



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

**A Prova Ilícita e o Princípio da Proporcionalidade. Análise
sobre a sua admissibilidade em Processo Civil**

Yolanda Evaristo António Dinis

Mestrado em Direito e Ciência Jurídica

Especialidade de Direito Civil

Lisboa, 2019

A Prova Ilícita e o Princípio da Proporcionalidade. Análise sobre a sua
admissibilidade em Processo Civil

Yolanda Evaristo António Dinis

Dissertação apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Lisboa no âmbito
do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente
ao grau de Mestre), na área de especialização
em Ciências Jurídico – Civis.

Orientador: Professor Doutor Pedro Manuel de
Almeida Madeira de Brito

Lisboa, 2019

NOTA PRÉVIA

Na elaboração da presente dissertação não se observou o novo Acordo Ortográfico, com excepção das citações por ele abrangidas.

Algumas expressões citadas em língua estrangeira ou em latim são referenciadas em *itálico*.

As citações directas foram feitas entre vírgulas altas e algumas vezes aparecem também em *itálico* e respeitou-se a forma dos grifos apresentados nos originais das obras consultadas.

A identificação completa das obras consultadas é feita em notas de rodapé e são referenciadas pelo nome do autor, título, edição (se tiver), editora, local, ano e páginas correspondentes. Quando citadas pela segunda vez aparecem resumidas, constando apenas o nome do autor, uma breve referência ao título (tendo em conta que alguns autores possuem mais de uma obra citada no presente trabalho), seguido de ob., cit., e a página.

Os acórdãos citados são identificados no texto pelo tribunal e data e os restantes elementos de identificação (número de processo, relator, endereço virtual onde os mesmos podem ser consultados e a data de consulta) são referenciados em notas de rodapé.

As obras consultadas em endereço virtual são citadas com o respectivo endereço, precedidas das expressões *disponível em* e *acesso em* que indicam respectivamente o *site* visitado e a data de acesso.

Aos meus pais por todo apoio.

AGRADECIMENTOS

A Deus pela dádiva da vida, pela saúde e protecção diária.

Aos meus pais Francisco António Diniz e Elisa Evaristo Luciano por tudo que fizeram e fazem por mim, por me terem ensinado o melhor caminho a seguir, pela educação e apoio incondicional.

Aos meus companheiros de jornada Felismina Solange Gomes, Adelina Noloti Chissaluquila e Henrique Jay Kossengue, pelo apoio e encorajamento mútuo durante os constantes momentos de dificuldade, frustração e superação.

A todos os meus irmãos, em especial à Josemara, Rita, Wálter e Amélia Dinis; tias: Siumara Luís e Jezabeth Santa Rosa; amigos: Emília Ernesto, Elisa Fernando, Massuena da Costa, Joelma Adelino, Iraílde Chicapa, Barnabé Chimbiambiulo e Edgeron Lisboa que apesar da distância sempre me proporcionaram uma palavra de apoio e incentivo.

Ao Lourenço Chingongo pelo incentivo e compreensão.

Ao decano e vice-decanos da Faculdade de Direito da Universidade José Eduardo dos Santos, respectivamente Professor Doutor João Valeriano, Msc. Gabriel Cassuia e Dr. Paixão do Amaral e ao presidente do Instituto de Cooperação Jurídica da Universidade de Lisboa – Professor Doutor Dário Moura Vicente, por terem tornado possível a realização desse Mestrado.

Ao meu orientador, Professor Doutor Pedro Madeira de Brito pela disponibilidade, dedicação e apoio prestado durante a elaboração do trabalho.

A todos que directa ou indirectamente contribuíram para que eu conseguisse concretizar mais um passo na minha formação académica.

*“A lei não esgota o direito, assim como a gramática não
exaure o idioma”*

(Calheiros Bonfim)

*“A arte do processo não é essencialmente outra coisa
senão a arte de administrar as provas”*

(Jeremías Bentham)

ABREVIATURAS

AAFDDL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa

Ac. – Acórdão

Apud – Citado por.

Art.º – Artigo

BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

CC – Código Civil

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

Cfr – Conferir

Cons. – Conselheiro

Coord. – Coordenação

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

CT – Código do Trabalho

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

Ed. – Edição

Ibidem – quando é citada a mesma obra e a mesma página em rodapés subsequentes.

Idem – quando é citada a mesma obra e diferentes páginas em rodapés subsequentes.

IDPEE – Instituto de Direito Penal Económico e Europeu – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

LPDP – Lei de Protecção de Dados Pessoais

Ob. cit. – obra citada

Séc. – Século

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

V.g. – *verbi gratiae* (exemplo)

Vol. – Volume

RESUMO

O problema da (in)admissibilidade das provas ilícitas em Processo Civil tem merecido nos últimos tempos maiores pronunciamentos da doutrina e da jurisprudência nacionais. A prova ilícita – aquela que é obtida através da violação do direito material – coloca em colisão direitos materiais que, não raras vezes, recebem a mesma tutela constitucional. Esse conflito de interesses surge na medida em que, de um lado visa-se salvaguardar o direito de acesso à tutela jurisdicional efectiva e justa de uma das partes, cuja efectivação depende da apresentação de provas que sustentam a factualidade apresentada, e do outro lado pretende-se impedir que aquele direito seja salvaguardado em detrimento da violação dos direitos, liberdades e garantias da outra parte.

De modo a suprir a omissão do legislador quanto à admissibilidade das provas ilícitas no Processo Civil, maior parte da doutrina e da jurisprudência tem buscado no Processo Penal, directrizes para dar resposta a este problema, cuja solução tem sido encontrada através da aplicação analógica do art.º 32º nº 8 da CRP ao Processo Civil. Este artigo estabelece a nulidade destas provas e por essa razão as provas ilícitas são inadmissíveis no processo.

Tendo em conta que o Direito não se harmoniza com soluções extremas, procuramos buscar no nosso trabalho, uma solução mais balanceada – através da aplicação do princípio da proporcionalidade – permitindo desse modo a formação de um posicionamento intermédio que se ajuste aos padrões processuais modernos e ideal para a descoberta da verdade material e a justa composição do litígio.

Palavras-chave: Processo Civil, prova ilícita, (in)admissibilidade, direitos fundamentais, julgador, proporcionalidade.

ABSTRACT

The problem of (not)admissibility of the illicit evidences in Civil Procedure has in recent times merited greater pronouncements of national doctrine and jurisprudence. The illicit evidence - that obtained through the violation of the material right - collides with material rights that, not infrequently, receive the same constitutional protection. This conflict of interest arises in that, on the one hand, it seeks to safeguard the right of access to effective and fair jurisdictional tutelage of one of the parties, whose implementation depends on the presentation of evidence that supports the factuality presented, and on the other side that right is to be safeguarded to the detriment of the violation of the rights, freedoms and guarantees of the other party.

In order to overcome the omission of the legislator as to the admissibility of illicit evidence in the Civil Procedure, most part of the doctrine and jurisprudence have sought the Criminal Procedure guidelines to respond to this problem, whose solution has been found through the analogical application of art. 32° n° 8 of the CRP to the Civil Procedure. This Article establishes the nullity of such evidence and for that reason the illicit evidences are inadmissible in the case.

Taking into account that the law does not harmonize with extreme solutions, we seek in our thesis a more balanced solution - through the application of the principle of proportionality - thus allowing the formation of an intermediate position that conforms to modern and ideal procedural standards for the discovery of material truth and the just composition of the litigation.

Keywords: Civil Procedure, illicit evidence, (not)admissibility, fundamental rights, judge, proportionality.

INTRODUÇÃO

A convivência em sociedade implica, inevitavelmente, o aparecimento de conflitos diversos, cuja solução impõe o recurso à tutela jurisdicional do Estado pois, por força do princípio da proibição da justiça privada, os particulares estão proibidos de recorrer à força para acautelar ou salvaguardar os seus próprios direitos.

De forma a garantir a tutela efectiva dos seus direitos, as partes devem apresentar provas – v.g., pericial, documental, testemunhal, etc – que fundamentem os factos por si alegados. Se assim não procederem, poderão obter uma decisão desfavorável – art.º 342º CC. Para o efeito, as partes só devem socorrer-se dos meios de prova permitidos por lei.

Mas o que acontece se a parte utilizar um meio de prova vedado pela lei? Consideremos um exemplo concreto retirado, com as devidas adaptações, do acórdão do TRL¹ de 03-06-2004.

“**A** intentou uma acção contra **B** e **C**, pedindo a condenação das Rés no ressarcimento pelos prejuízos alegadamente sofridos em consequência da ofensa à sua honra e consideração e ao seu bom nome, feitas através da publicação do livro da autoria da ré **B**, onde são descritas cenas de violência doméstica, de que a ré alegadamente diz ter sido vítima, perpetradas pelo então seu marido, o autor. **A juntou aos autos uma cassette áudio que contém a gravação de vozes da ré e da jornalista que a entrevistou**, para demonstrar que as descrições feitas no referido livro não são verdadeiras. Entretanto, a ré **B** opôs-se à junção da cassette, alegando tratar-se de uma *prova ilícita*, pois embora soubesse que a conversa que manteve com a referida jornalista estava a ser gravada, jamais tais conversas se destinaram a ser divulgadas publicamente, designadamente, para servirem de suporte a qualquer publicação escrita, e/ou deu a sua autorização para que a gravação fosse utilizada para os efeitos agora pretendidos pelo autor”.

É em torno desta temática que incidirá a nossa pesquisa – (in)admissibilidade das provas ilícitas e sua valoração no Processo Civil português – não descurando de uma análise crítico-reflexiva sobre o problema enunciado.

¹ Processo nº 1107/2004-6. Relatora: Fátima Galante. Disponível em www.dgsi.pt. Acesso a 27-05-2019. Todos os acórdãos referenciados no presente trabalho estão disponíveis neste *site*, excepto se houver indicação de outra fonte.

Tendo em atenção a consagração de um Estado de Direito – art.º 2º CRP – que consequentemente reflecte a tutela jurisdicional efectiva dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos – art.º 20º CRP, a prova apresentada pelo autor deverá ser admitida no processo; sendo admitida qual o valor a ser atribuído a tal prova? Ou então, o tribunal deverá afastá-la por se tratar de uma prova ilícita obtida através da violação de direitos fundamentais da contraparte?

O problema que nos propomos analisar encerra grande complexidade e reflecte extrema importância prática, desde logo porque de um lado temos o direito subjectivo do autor de ver tutelada jurisdicionalmente a sua pretensão fazendo prova dos factos que alega [que as vezes tem necessidade de recorrer a uma prova obtida de forma ilícita, por se ver impedido de conseguir outro meio capaz de criar no juiz a convicção de veracidade dos mesmos] e do outro lado existe a necessidade de se tutelar outros direitos e interesses fundamentais da outra parte colocados em causa com a obtenção e apresentação da prova ilícita².

Nesse sentido, BARBOSA MOREIRA³ refere que “o problema das provas ilícitas inclui-se entre os mais árduos que a ciência processual e política legislativa têm precisado enfrentar, dada a singular relevância dos valores eventualmente em conflito. De um lado, é natural que suscite escrúpulos sérios a possibilidade de que alguém tire proveito de uma ação antijurídica e, em não poucos casos, antiética; de outro lado há o interesse público de assegurar ao processo resultado justo, o qual normalmente impõe que não se despreze elemento algum capaz de contribuir para o descobrimento da verdade”.

A complexidade do problema é ainda agravada pelo facto de, apesar da reforma de 2013 – que culminou com a aprovação da Lei nº 41/2013, de 26 de Junho, que aprovou o novo CPC – o legislador não se pronunciou sobre o mesmo que já vinha recebendo soluções diversas a nível da doutrina e da jurisprudência, não se encontrando assim no CPC uma norma que de uma forma explícita disponha que são *ilícitas* e por isso *nulas*, as provas obtidas mediante violação de direitos materiais das partes, facto que demonstra a falta de interesse do legislador na solução deste problema.

² Em sentido semelhante cfr CHIMBIAMBIULO, Barnabé Monteiro, *Da (in)admissibilidade da prova ilícita no Processo Civil português*, Relatório de Doutoramento apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017, p. 3.

³ MOREIRA, José Carlos Barbosa, *A constituição e as provas ilicitamente obtidas*, in *Revista de Processo*, Ano 21, nº 84, Revista dos Tribunais, São Paulo, Outubro - Dezembro de 1996, p. 154.

Pelo contrário, o problema é tratado de forma diferente no Processo Penal por se encontrar solidificada a consagração expressa de normas que vedam a utilização de provas ilícitas, sancionando-as com nulidade. O art.º 32º n.º 8 da CRP dá resposta à questão no âmbito do Processo Penal, cuja proibição é reforçada pelo CPP que consagra respectivamente, nos seus art.ºs 125º e 126º n.º 1 que apenas devem ser admitidos os meios de prova que *não forem proibidos por lei*, estabelecendo como consequência da sua utilização a *nulidade* de tais provas.

O fundamento da desigualdade de tratamento entre os dois ramos de direito é geralmente atribuído ao facto de que em processo penal regista-se a intervenção de entidades públicas que se encarregam da recolha de provas, cuja “(...) intervenção é maior do que em processo civil onde, apesar da atribuição de poderes de investigação ao juiz, não existe algo de semelhante a um inquérito ou instrução, destinado a obter sérios indícios, por parte do Ministério Público ou juiz de instrução, da prática de um crime. Desse modo, o legislador terá partido do princípio de que o processo penal seria um campo mais propício para a prática de abusos do que o processo civil, onde as partes se encontrariam numa situação de igualdade de armas. Daí a necessidade de maior tutela”⁴.

Dada a inexistência de um preceito normativo no CPC que delimite de forma directa e faça referência à problemática da admissibilidade da prova ilícita no Processo Civil, maioritariamente a doutrina e a jurisprudência têm vindo a defender a inadmissibilidade destas provas tendo como base uma interpretação analógica do art.º 32º n.º 8 da CRP ao processo civil, cuja epígrafe refere-se às garantias do processo criminal.

Várias questões foram suscitadas durante a elaboração do presente estudo cujas respostas procuramos dar à medida que o fomos desenvolvendo.

Do ponto de vista estrutural, o nosso trabalho encontra-se dividido em quatro capítulos. Num primeiro momento apresentaremos uma brevíssima abordagem sobre o direito de acção e o processo equitativo, prosseguindo com breves noções sobre a teoria geral da prova, com ênfase para o direito à prova e seus limites, bem como os princípios que norteiam o direito probatório.

O segundo capítulo começa por tratar propriamente da questão das provas ilícitas, procedendo à delimitação do seu conceito, distinguindo-as de figuras afins, analisando-se de forma sumária o tratamento do problema no Processo Penal, seguindo-

⁴ ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas em Processo Civil*, Almedina, Coimbra, 1998, p. 13.

se a análise das provas ilícitas por derivação com vista a aferir se uma prova lícita obtida através de uma prova ilícita poderá ou não ser admitida no processo e por fim analisamos a questão da aplicação analógica do art.º 32º nº 8 da CRP ao Processo Civil.

O terceiro capítulo é reservado à discussão das teorias que procuraram dar solução ao problema, procurando fazer um estudo crítico-reflexivo sobre as suas incoerências com objectivo de se encontrar a melhor solução possível para o problema enunciado.

No quarto e último capítulo procuramos fazer uma abordagem mais ampla sobre o princípio da proporcionalidade e apresentamos a nossa posição sobre o problema analisado, passando em revista alguns acórdãos que se posicionaram em sentido idêntico. E em seguida apresentamos as nossas conclusões.

CAPÍTULO I

A TUTELA DO DIREITO E A PROVA NO PROCESSO CIVIL

1. O direito de acção.

O CPC⁵ estabelece no seu art.º 1º o princípio de proibição da tutela dos direitos por “*mãos próprias*” ao vedar aos cidadãos o recurso à força para assegurar os seus direitos. Todavia, esta proibição não é absoluta pois o mesmo art.º apresenta a ressalva de casos em que o cidadão está legitimado a fazer uso da força para acautelar o seu direito ou eventualmente o de terceiro. É o caso da acção directa, da legítima defesa e do estado de necessidade, previstos respectivamente nos art.ºs. 336º, 337º e 339º do CC.

Desse modo, cabe ao Estado, através dos tribunais⁶, a função de assegurar a tutela dos direitos e interesses dos cidadãos, conferindo-lhes o direito de acção, isto é, o direito de recorrer aos órgãos jurisdicionais para assegurar o seu direito através da composição de conflitos e concomitantemente promover o restabelecimento da paz jurídica e social.

A nível internacional, o direito de acção encontra-se previsto em vários diplomas legais, destacando-se a D.U.D.H que estabelece no seu art.º 10º que “toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida”.

No ordenamento jurídico interno, o direito de acção goza de tutela constitucional, sendo corolário do direito ao acesso e tutela jurisdicional efectiva consagrado no art.º 20º da CRP. Com base neste art.º a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais tendo em vista a defesa dos direitos através da justa composição do litígio entre as partes que têm posições antagónicas.

No mesmo sentido, a lei ordinária (CPC) estabelece no seu art.º 2º nº 2 que “a todo o direito, (...) corresponde a acção adequada a fazê-lo reconhecer em juízo (...)”.

⁵ Referimo-nos ao Código de Processo Civil Português vigente à data da elaboração da presente dissertação.

⁶ O art.º 202º da CRP estabelece que “os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo”.

E o art.º 152º n.º 1 estabelece que “os juizes têm o dever de administrar justiça (...)”, dever que se traduz na justa composição dos litígios.

Segundo CANOTILHO e MOREIRA⁷, “o direito de acesso aos tribunais (...) inclui, no seu âmbito normativo, quatro «subdireitos» ou dimensões garantísticas: 1) o *direito de acção* ou de acesso aos tribunais; 2) o *direito ao processo* perante os tribunais; 3) o *direito à decisão* da causa pelos tribunais; e 4) o *direito à execução* das decisões dos tribunais”.

O direito de acção é definido como “um direito que respeita a todo aquele *que se afirma* titular de uma *posição jurídica substancial* (v.g., direito subjectivo, interesse difuso, interesse colectivo, etc.), cujo conteúdo consiste no dever de o Estado, na qualidade de titular do poder jurisdicional (mais precisamente, o juiz enquanto *titular do órgão* de soberania tribunal), examinar a pretensão concretamente deduzida em juízo”⁸. Logo, é por meio do processo que o direito de acção se efectiva. Entretanto, não basta apenas que seja garantido o direito de acesso aos tribunais. É ainda necessário que a defesa dos direitos através dos tribunais seja efectiva.

Nessa linha, CANOTILHO e MOREIRA sustentam que “o princípio da efectividade articula-se, assim como uma compreensão unitária da relação entre *direitos materiais* e *direitos processuais*, entre *direitos fundamentais* e *organização e processo de protecção e garantia*”⁹.

Do exposto podemos concluir que o direito de acção¹⁰ é um direito muito vasto que engloba não apenas a pretensão de tutela de direitos por meio da obtenção de uma

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Vol. I, 4ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 414.

⁸ MARQUES, João Paulo Remédio, *Acção declarativa à luz do Código revisto*, 3ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 111.

⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição... ob., cit., p. 416*.

¹⁰ A natureza jurídica do direito de acção foi muito discutida por várias teorias, destacando-se a **teoria civilista ou imanentista** (que o concebia como o direito material levado ao tribunal, isto é, o direito de acção correspondia à parte dinâmica do direito material que era estático); a **teoria do direito concreto de acção** (defendia que o direito de acção é uma decorrência do direito material, razão pela qual aquele estava predestinado a surgir sempre depois deste) e a **teoria eclética** (defende que o direito de acção e o direito material são realidades distintas, porém, o direito de acção só existe quando estejam preenchidos alguns pressupostos formais – as condições da acção). No entanto, estas teorias foram ultrapassadas e modernamente o direito de acção constitui uma garantia constitucional inerente ao Estado de Direito e tem sido qualificado como um direito *público* “*totalmente independente da existência da situação jurídica para a qual se pede a tutela judiciária*”, *irrenunciável* – pois impede as partes de celebrarem acordos em que o detentor do direito se compromete a não recorrer ao tribunal para o salvar; e *independente* do direito material, isto é, o direito de acção transcende o direito material, podendo existir mesmo que a situação jurídica material não exista. Para maior esclarecimento sobre a natureza jurídica do direito de acção, vide MEDEIROS, João Paulo Fontoura de, *Teoria geral do processo – o processo como serviço público*, 3ª Ed., Juruá Editora, Curitiba, 2009, p. 106; SILVA, Moacyr Motta da, *Direito de acção: aspectos destacados*, in *Direito e Processo – Estudos em homenagem ao desembargador Norberto*

decisão de mérito com base na justa composição do litígio mas também inclui o direito à informação e consultas jurídicas; o direito ao patrocínio judiciário independentemente da condição social ou económica e o direito de ver apreciada a sua causa em prazo razoável e mediante processo equitativo – art.º 20º n.º 4 da CRP.

1.1. O processo equitativo (devido processo legal)

Previsto no n.º 4 do art.º 20º da CRP segundo o qual “*todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo*”, este princípio é uma emanção do direito ao acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva consagrado no art.º 20º do mesmo diploma legal.

O processo equitativo teve a sua génese na Inglaterra, com a assinatura da Carta Magna de 1215, cujo art.º 39º estabelecia que “nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens (*disseisiatur*), banido (*utlagetur*) ou exilado ou, de algum modo, prejudicado (*destruatur*), nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra”¹¹.

De acordo com esta norma, os direitos do homem livre, *maxime*, direito à vida, direito à liberdade e à propriedade só seriam restringidos se fossem observados os formalismos de um processo justo ou equitativo.

A constitucionalização do processo equitativo permite estabelecer conexões entre as variadas garantias constitucionais referentes ao processo. Logo, “*o carácter relacional desta garantia permite dar expressão à exigência de coordenação sistemática entre as diversas garantias processuais e de tornar homogênea e interdependente a sua concretização prática, bem como pôr em evidência que o direito fundamental do indivíduo a um (ou ao princípio fundamental do) processo justo não se cristaliza, nem tão pouco se esfuma, numa garantia singular, mas baseia-se sobre a coordenação necessária entre diversas garantias concretas*”¹².

Ungaretti, Conceito Editorial, Florianópolis, 2007, pp. 712 ss; BRANDÃO, Paulo de Tarso, *Condições da ação e o princípio constitucional do acesso à justiça*, in Direito e Processo – Estudos em homenagem ao desembargador Norberto Ungaretti, Conceito Editorial, Florianópolis, 2007, pp. 765 ss.

¹¹ COMPARATO, Fábio Konder, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 6ª Ed., Saraiva, São Paulo, 2008, p. 85.

¹² COSTA, Tiago Félix da, *A (des)igualdade de armas nas providências cautelares sem audiência do requerido*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 25.

O conteúdo do princípio do processo equitativo é aferido em função das suas vertentes formal e substancial. Na sua origem, este princípio coincidia com a percepção formal da garantia de observância a um processo previamente estabelecido¹³.

Na sua vertente formal, o devido processo legal “visava garantir a observância a regras, (...) atribuindo às partes igualdade de condições para agir e defender-se durante a tramitação do processo, utilizando-se da concessão de instrumentos, meios e oportunidades equivalentes, e capazes de influenciar o resultado de um processo que almeja realizar justiça”¹⁴.

Por seu lado, na sua vertente substancial este princípio está intimamente ligado ao controlo de razoabilidade e tem como objectivo “orientar a interpretação das normas e sua aplicação ao caso concreto, notadamente quando se referir a direitos e garantias fundamentais do processo”¹⁵.

O princípio do processo equitativo ou devido processo legal tem sido densificado através de outros princípios, v.g. o princípio da igualdade de armas – conferindo às partes iguais possibilidades de juntar provas e de acesso ao processo; e o princípio do contraditório que permite que a cada uma das partes seja dada a possibilidade de contradizer os fundamentos de facto e de direito, apresentar a sua prova, controlar as provas da contraparte e pronunciar-se sobre o valor e resultado dessas provas¹⁶.

A esse propósito, EDUARDO CAMBI¹⁷ afirma que se trata de

“(...) uma “garantia de justiça” que assegura “o direito ao processo justo”, o qual consiste no direito ao serviço jurisdicional corretamente prestado e a todas as oportunidades que a Constituição juntamente com as leis processuais oferecem para a concretização da defesa judicial dos direitos

¹³ Nessa linha, tem-se afirmado na doutrina que “foi com essa índole essencialmente processualista que a garantia do devido processo legal vigorou na velha Inglaterra, por imposição da Magna Carta, e daí ingressou nas cartas coloniais da América do Norte e, depois, na 5ª e 14ª Emendas da Constituição dos Estados Unidos”. Vide GALBIATI, Carolina Maria Morro Gomes, *Prova ilícita no processo civil e a (in)aplicabilidade do princípio da proporcionalidade*, Dissertação de Mestrado apresentada ao Centro Universitário Eurípedes de Marília –UNIVEM, Marília, Brasil, 2013, p.72. Disponível em <http://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/941/Disserta%C3%A3o%20CAROLINA%20ARIA%20MORRO%20GOMES%20GALBIATI.pdf?sequence=1>. Acesso em 25-11-2018.

¹⁴ GALBIATI, Carolina Maria Morro Gomes, *Prova ilícita no processo civil...* ob., cit., pp.72-73.

¹⁵ *Idem*, p. 74.

¹⁶ Em sentido idêntico cfr VAZ, Manuel Afonso; BOTELHO, Catarina Santos, *Algumas reflexões sobre o artigo 6º da CEDH – Direito a um processo equitativo e a uma decisão num prazo razoável*, in e-Pública, Vol. 3, nº 1, Abril de 2016, p. 235. Disponível em <https://e-publica.pt/volumes/V3n1/pdf/Vol.3-nº1-Art.13.pdf>. Acesso a 27.11.2018.

¹⁷ CAMBI, Eduardo, *Direito Constitucional à prova no Processo Civil*, Vol. 3, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, pp. 111-112.

lesados ou ameaçados de lesão. Desse modo, a garantia do devido processo legal dá uma configuração não apenas técnica, mas também ético-política ao processo civil, compreendendo não somente a pura ordenação de actos ligados a um procedimento qualquer, mas vinculados, ao contrário, a um procedimento que assegure a participação contraditória das partes, para que possam sustentar suas razões, produzir as provas e contraprovas necessárias e, assim, ter amplas e iguais oportunidades de influir na formação do convencimento do juiz (...).”

O devido processo legal deve ser visto numa perspectiva ampla, “não só como um processo justo na sua conformação legislativa (...), mas também como um processo materialmente informado pelos princípios materiais da justiça nos vários momentos processuais”¹⁸.

Pode-se, então, concluir que o direito de acção [direito de acesso aos tribunais] é realizado por meio de um processo equitativo, pois só se chegará à paz jurídica e social se a composição dos conflitos for realizada em prazo razoável e num processo justo, leal e equitativo que corresponda ao trajecto necessário e devido para a realização da justiça, porquanto, “*quando um processo é iniciado, é importante restabelecer, assim que possível, a paz judiciária, observando os procedimentos que garantem um processo equitativo (due process law) e um desfecho tão justo quanto possível (...)*”¹⁹.

Consequentemente, FERREIRA DE ALMEIDA sustenta que “o direito a um processo equitativo (art.ºs 20º nº 4 da CRP e 26º nº 3 da LOSJ) implica a inadmissibilidade de meios de prova ilícitos. Tal ilicitude pode resultar, quer da violação de direitos fundamentais (ilicitude material), quer por formação (constituição) ou obtenção de meios probatórios em resultado de procedimentos ilícitos (ilicitude formal)”²⁰.

Contudo, não subscrevemos a posição deste autor por entendermos que a questão da (in)admissibilidade das provas ilícitas não deve ser aferida em abstracto mas num determinado caso concreto, podendo suceder que depois de ponderadas todas as circunstâncias que envolveram a produção daquela prova se conclua pela sua admissibilidade no processo, conforme veremos *infra*, no Capítulo IV.

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição... ob.*, cit., p. 415.

¹⁹ BRANCO, Carlos Castelo, *A prova ilícita: verdade ou lealdade?*, Almedina, Coimbra, 2018, p. 14.

²⁰ ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *Direito Processual Civil*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2015, p. 249.

2. A prova. Conceito, objecto e fim.

Etimologicamente a palavra prova provém do termo latino «*probatio*», que abarca o significado polissémico de prova, argumento ou razão. Do vocábulo «*probatio*» deriva outro termo latino «*probativus*», que corresponde, de acordo com a tradução que lhe tem sido atribuída, a “o que faz prova”²¹.

Na concepção de ALBERTO DOS REIS²², “a prova é o conjunto de operações ou actos destinados a formar a convicção do juiz sobre a verdade das afirmações feitas pelas partes”. As provas representam um “equivalente sensível do facto para uma avaliação, no sentido de que proporcionam ao avaliador uma percepção mediante a qual lhe é possível adquirir o conhecimento desse facto”²³.

O termo prova é entendido em diferentes acepções. Num primeiro momento a prova é entendida como o meio através do qual se pretende convencer o juiz sobre a veracidade dos factos alegados pelas partes. Nesse sentido ALBERTO DOS REIS definia os meios de prova como “*as fontes de que o juiz extrai os motivos da prova*”²⁴. É também enquanto meio que a prova aparece definida no art.º 341º CC ao estabelecer que “*as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos*”.

Numa outra acepção a prova surge como a actividade desenvolvida pelo juiz em que se procura demonstrar a veracidade dos factos articulados através da análise dos elementos probatórios constantes do processo.

Por último a prova aparece como o resultado final da actividade probatória, em que se dá por provada a pretensão do autor ou a defesa do réu e é nesse momento que se diz que foram provados os factos.

Ora, as provas servem para criar no juiz a convicção de veracidade dos factos alegados pelas partes. Porém, não se trata de uma verdade absoluta, uma vez que se pretende *convencer* o juiz de que certo facto ocorreu nos mesmos moldes que foi apresentado nos articulados. Portanto, a prova visa apenas criar no juiz um estado de certeza subjectiva com base nos meios de prova apresentados e são esses meios que o

²¹ RODRIGUES, Fernando Pereira, *A prova em Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 9.

²² REIS, José Alberto dos, *Código de Processo Civil anotado*, Vol. III, 3ª Ed., Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 239.

²³ CORREIA, Tércia Matias, *A prova em Processo Civil – Reflexões sobre o problema da (in)admissibilidade da prova ilícita*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, p. 30.

²⁴ REIS, José Alberto dos, *Código...* Vol. III, ob., cit., p. 239.

permitirão ter uma visão geral do que sucedeu e com base nisso criar a convicção de veracidade dos factos previamente apresentados pelas partes em juízo.

Como bem nota RONALDO BORGES²⁵, “a prova não se presta à formação no juiz de uma certeza absoluta sobre a ocorrência do fato”, visto que “(...) o restabelecimento de fatos pretéritos, em princípio, é ontologicamente inalcançável, sendo impossível que se extirpe do íntimo daquele que julga toda a dúvida eventualmente existente sobre a efetiva acuidade do juízo de certeza tomado”.

Qual será então o objecto da prova?

Como já ficou esclarecido *supra*, com a prova pretende-se demonstrar a realidade dos factos. Logo, o objecto da prova são os factos e não a matéria de direito. A prova deve incidir sobre os factos trazidos ao processo pelas partes e/ou aqueles que o tribunal pode apreciar de forma oficiosa.

Desse modo, são objecto de provas “as ocorrências da vida real, as ocorrências do mundo externo ou do mundo psíquico, bem como a situação ou qualidade de coisas ou pessoas e, outrossim, as ocorrências virtuais (os factos hipotéticos)”²⁶.

Será que todos os factos constantes do processo poderão ser objecto de prova?

A resposta a essa questão é negativa, pois apenas poderão ser objecto de prova os factos pertinentes para a análise e decisão da causa, destacando-se os factos tidos como controvertidos ou necessitados de prova – art.º 410º CPC.

Além dos factos principais, serão também objecto de prova os factos instrumentais que resultem da instrução da causa – art.º 5º nº 2 al. a) do CPC – “que sejam indiciários dos factos principais ou de factos complementares relevantes para uma boa e justa decisão do pleito, sem prejuízo da sua consideração a título oficioso”²⁷; os factos complementares ou concretizadores dos factos que as partes hajam alegado e resultem da instrução da causa, desde que sobre eles tenham tido a possibilidade de se pronunciar – art.º 5º nº 2 al. b) do CPC; e ainda os factos acessórios que dizem respeito à admissibilidade de certo meio de prova, qual seja, a impugnação da genuinidade de documento – art.º 444º CPC²⁸.

Destarte, a lei abre uma excepção e indica quais os factos que não carecem de alegação ou de prova. São eles: *os factos notórios* – aqueles que são de conhecimento

²⁵ BORGES, Ronaldo Souza, *A prova pela presunção na formação do convencimento judicial*, D’Plácido Editora, Belo Horizonte – Minas Gerais, 2016, p. 51.

²⁶ MARQUES, João Paulo Remédio, *Acção declarativa...* ob. cit. p. 561.

²⁷ ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *Direito Processual...* ob., cit., p. 224.

²⁸ *Ibidem*.

geral, razão pela qual não levantam dúvidas quanto à sua ocorrência e os *factos de que o tribunal tem conhecimento por virtude das suas funções* – art.º 412º e art.º 5º nº 2 al., c) CPC. Estes factos podem ser conhecidos officiosamente pelo tribunal ainda que as partes não os tenham alegado – o que representa uma excepção ao princípio do dispositivo pois são as partes que devem trazer os factos ao processo – art.º 5º nº 1 e 6º nº 1 do CPC.

Entre esses factos existe uma ligeira diferença que importa realçar. Se por um lado os factos notórios não necessitam de alegação nem de prova, por outro, os factos de que o tribunal tem conhecimento em virtude das suas funções, não necessitam de alegação mas necessitam de prova. Estes factos fazem parte de outro processo em que o juiz participou, e por isso, sempre que recorra a eles, este deve anexar ao processo documento que os comprove – art.º 412º nº 2 do CPC.

Outro ponto que merece realce tem que ver com a prova do direito. Nos termos do nº 3 do art.º 5º do CPC “o juiz não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito”. Isto significa que as partes devem apenas preocupar-se em fazer prova dos factos que invocam, deixando de lado as questões de direito pois estas não são objecto de prova. O juiz deverá interpretar e aplicar o direito aos factos alegados.

Porém, esta regra não é absoluta, visto que o direito será objecto de prova quando se tratar de direito consuetudinário, local ou estrangeiro. Quando determinada parte invocar um destes direitos, esta, além de provar os factos que alega, deverá também provar o direito que invoca, pois entende-se que por se tratar de direito consuetudinário, local ou estrangeiro, pode dar-se o caso de o juiz não ter domínio deste, razão pela qual a lei impõe que a parte que o invoca deve também provar a sua existência e conteúdo. Entretanto, o tribunal não pode colocar-se numa posição passiva quanto ao seu conhecimento. Embora recaia às partes o ónus de prova da existência e conteúdo do direito invocado, o juiz deve, officiosamente, procurar meios que o permitam conhecer o respectivo direito – art.º 348º nº 1 do CC.

3. Direito probatório.

O direito probatório é definido como o conjunto de normas que regulam as provas. Este subdivide-se em direito probatório material e direito probatório formal.

No direito probatório material encontramos as normas que regulam o objecto da prova, o ónus da prova e sua distribuição, a admissibilidade de vários meios probatórios, a sua força ou valor e critérios de apreciação²⁹.

No direito probatório formal enquadram-se as normas que regulam a forma como são produzidas as provas em tribunal. Ou seja, delimita a forma de solicitação, de produção, de assunção ou valoração das provas pelo tribunal.

4. Classificação das provas.

As provas apresentam várias classificações, havendo quem as distinga entre classificação legal e doutrinária. Para o presente estudo faremos uma abordagem geral sobre a classificação das provas, focando-nos àquelas que representam maior relevância para o tema em análise.

4.1. Provas pré-constituídas e provas constituendas

As provas pré-constituídas são aquelas cuja existência precede o processo, ou seja, antes de se propor a acção correspondente as provas já existiam.

São exemplos destas provas, os documentos e as chamadas provas *ad perpetuam rei memoriam*, isto é, “as provas elaboradas antecipadamente, com receio de se tornar impossível ou muito difícil a sua produção no momento normal da instrução”³⁰. Normalmente estas últimas são provas constituendas mas devido à impossibilidade ou dificuldade de serem produzidas no momento em que forem necessárias, a lei admite que sejam produzidas antes da fase da instrução ou até mesmo antes de ser proposta a acção – art.º 419º do CPC.

Já as provas constituendas são aquelas que surgem depois de ter sido proposta a acção. O seu surgimento depende da necessidade de prova que surge no decurso do processo. A título de exemplo temos a prova testemunhal, a prova por inspecção judicial e a prova pericial.

²⁹ No mesmo sentido, ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Noções elementares de processo civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1979, p. 193.

³⁰ VARELA, Antunes; BEZERRA, Miguel; NORA, Sampaio e, *Manual de Processo Civil*, 2ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1985, p. 441.

As provas constituídas, porque são “elaboradas no decurso da pugna judicial, têm a vantagem de mais facilmente se adaptarem às necessidades concretas ou específicas da prova a produzir”³¹.

O CPC estabelece a distinção entre estas provas no seu art.º 415º n.º 2 a propósito do princípio da audiência contraditória.

4.2. Provas pessoais e provas reais

As provas pessoais são aquelas que incidem sobre as pessoas, isto é, é através das pessoas – que desempenham a função de fonte de prova – que o juiz cria a sua convicção sobre a ocorrência dos factos. São exemplos deste tipo de prova, a prova testemunhal, a prova pericial, a confissão e os depoimentos de parte.

São ainda consideradas provas pessoais “os elementos que se retirem de pessoas (caligrafia, amostras de ADN, sangue, etc.)”³².

Ao passo que as provas reais são aquelas que incidem sobre uma coisa, um documento, ou um local onde se realiza uma inspecção.

4.3. Prova livre e prova legal

O CPC prevê esta classificação no seu art.º 607º n.º 5 segundo o qual “o juiz aprecia livremente as provas segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto; a livre apreciação não abrange os factos para cuja prova a lei exija formalidade especial, nem aqueles que só possam ser provados por documentos ou que estejam plenamente provados, quer por documentos, quer por acordo ou confissão das partes”.

A prova livre [que constitui a regra que vigora no ordenamento português] é aquela em que o juiz tem a liberdade de apreciar a prova apresentada pelas partes e atribui-lhe o valor que achar mais justo em conformidade com a sua convicção.

Na prova livre “o que torna provado um facto é a íntima convicção do juiz, gerada em face do material probatório trazido ao processo (...) e de acordo com a sua

³¹ *Idem*, p. 442.

³² MORGADO, Pedro Trigo, *Admissibilidade da prova ilícita em processo civil*, Petrony Editora, Lisboa, 2016, p. 28.

experiência da vida e conhecimento dos homens; não a pura e simples observância de certas formas legalmente prescritas”³³.

Porém, essa liberdade de apreciação das provas não significa que o juiz o fará de forma arbitrária sem ter em conta as provas apresentadas. Como bem ensinava ALBERTO DOS REIS “a prova livre não quer dizer prova *arbitrária* ou irracional; quer dizer prova apreciada em inteira liberdade pelo julgador, sem obediência a uma tabela ditada externamente, mas em perfeita conformidade, como é natural e compreensível, com as regras da experiência e as leis que regulam a actividade mental”³⁴.

A prova legal é aquela em que o julgador está obrigado a apreciar as provas com base nos critérios estabelecidos pela lei. O valor e a força probatória atribuída à prova não dependem da livre convicção do juiz, mas de critérios que de forma geral e abstracta estabelecem previamente aquele valor. Podemos referir como exemplo as presunções legais previstas no art.º 350º do CC; a confissão judicial escrita – art.º 358º nº 1 CC; os documentos – art.º 371º, 372º, 376º CC.

Tanto o sistema da prova livre quanto o sistema da prova legal apresentam prós e contras. Nessa medida, TEIXEIRA DE SOUSA refere que “*a prova livre desvia a administração da justiça da verdade formal mas exige meios específicos de controlo da decisão; a prova legal afasta a administração da justiça da verdade material mas encerra uma decisão facilmente verificável*”³⁵.

5. Direito à prova.

O direito à prova é reflexo do direito constitucional à tutela jurisdicional efectiva previsto no art.º 20º nº 1 da CRP. Sendo uma consequência do acesso ao direito e tutela efectiva, o direito à prova é também considerado como um direito fundamental conferido aos cidadãos e traduz-se no “*direito da parte de utilizar todas as provas de que dispõe, de forma a demonstrar a verdade dos factos em que a sua pretensão se funda*”³⁶.

³³ RODRIGUES, Fernando Pereira, *Os meios de prova em processo civil*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 18.

³⁴ REIS, José Alberto dos, *Código...* Vol. III, ob., cit., p. 245.

³⁵ SOUSA, Miguel Teixeira de, *A livre apreciação da prova em processo civil*, in *Scientia Iuridica* – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo XXXIII, nºs 187-188, Livraria Cruz, Braga, Janeiro – Abril de 1984, p. 119.

³⁶ BRANCO, Carlos Castelo, *A prova ilícita...* ob., cit., p. 29.

O direito à prova permite que as partes apresentem os fundamentos para a defesa da pretensão deduzida pois “o triunfo do verdadeiro direito depende, em larga medida, da possibilidade de prova”³⁷. É através da prova que se forma a convicção do juiz e se chega à verdade dos factos³⁸.

Em sentido semelhante, PICÓ y JUNOY³⁹ refere que “*el derecho a la prueba es aquél que posee el litigante consistente en la utilización de los médios probatórios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso*”.

A propósito do ordenamento italiano, ISABEL ALEXANDRE⁴⁰, refere que “a estreita conexão entre a alegação dos factos, como momento essencial do exercício da acção e da defesa, e a possibilidade de oferecer ao juiz os elementos necessários para demonstrar o fundamento das próprias alegações, torna clara a ligação entre as normas sobre as provas e os direitos garantidos pelo art.º 24º da Constituição”.

O mesmo sucede no ordenamento português. O exercício da acção e defesa só se efectivará se as partes tiverem a possibilidade de apresentarem as suas provas para convencerem o juiz da ocorrência dos factos e consequentemente beneficiarem de um processo justo e equitativo conforme estabelecido no art.º 20º n.º 4 da CRP.

Logo, “o acesso aos tribunais ficará vedado sempre que, por razões aleatórias, desproporcionais ou discricionárias não se permite ao titular do direito à prova demonstrar através da mesma, a sua razão na causa, ou no limite obter uma sentença mais justa que a que seria proferida sem o conhecimento de determinadas provas”⁴¹.

Nessa linha, o acórdão do STJ⁴² de 27-09-2018 refere que “o direito à prova está constitucionalmente consagrado no art.º 20º da Constituição da República Portuguesa, como princípio geral do acesso ao direito e aos tribunais, que a todos é

³⁷ JAUERNIG, Othmar, *Direito Processual Civil*, 25ª Ed., Tradução de Silveira Ramos, Almedina, Coimbra, 2002, p. 263.

³⁸ Portanto, “de nada adianta que a lei atribua ao cidadão inúmeros direitos, se não lhe confere a possibilidade concreta de usufruí-los, ou seja, se lhe impõe uma investigação fática capenga, incompleta, impedindo que o cidadão obtenha uma tutela jurisdiccional efetiva de seus direitos pela impossibilidade de demonstração dos fatos dos quais eles se originam. Daí emerge a função garantística da prova, pressuposto da tutela jurisdiccional efetiva dos direitos conferidos pelo ordenamento jurídico”. Cfr BORGES, Ronaldo Souza, *A prova pela presunção... ob., cit., p. 44*, nota 49.

³⁹ PICÓ y JUNOY, Joan, *El derecho a la prueba en el Proceso Civil*, 1ª Ed., Jose Maria Bosch Editor, Barcelona, 1996, pp. 18-19.

⁴⁰ ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas... ob., cit., p. 69*.

⁴¹ NASCIMENTO, Pedro Silvino Rebelo do, *Provas ilícitas no Regime Laboral: o caso da videovigilância*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2013, p. 20.

⁴² Processo nº 17/14.8TBVZL.C1.S1. Relatora: Maria do Rosário Morgado. Acesso em 18-11-2018.

assegurado para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos. As garantias constitucionais do acesso ao direito e ao processo equitativo não ficariam salvaguardadas se não fosse, correlativamente, facultado às partes a possibilidade de apresentar os meios de prova destinados a lograr provar os factos alegados e cujo ónus da prova lhes incumbe, nos termos da lei”.

De acordo com RUI RANGEL, “o direito à prova significa que as partes conflituantes, por via da acção e da defesa, têm o direito a utilizarem a prova em seu benefício e como sustentação dos interesses e das pretensões que apresentaram em tribunal”⁴³.

Destarte, no acórdão do TRC⁴⁴ de 21-04-2015, afirmou-se que “*o direito à prova emana da necessidade de se garantir ao cidadão a adequada participação no processo e de assegurar a capacidade de influenciar o conteúdo da decisão. Assim, as partes têm liberdade para demonstrar quaisquer factos, mesmo que não possuam o respetivo ónus da prova, desde que entendam que a sua comprovação diminuirá os seus riscos processuais*”.

Portanto, a protecção dos direitos só se torna efectiva se as partes tiverem a possibilidade de demonstrarem, por meio da prova, os factos por si alegados. Se não lhes tivesse sido dada essa possibilidade seria inútil a atribuição do direito de acção e defesa e isso traria consigo a desconfiança e insegurança dos cidadãos quanto ao resultado do processo e à realização do direito que consequentemente reflectir-se-ia numa prestação deficiente da justiça por parte do Estado.

Em termos semelhantes, LOPES DO REGO⁴⁵ afirma que “a tutela efectiva do direito de acesso à justiça implica que deva ser reconhecido às partes um verdadeiro “**direito à prova**”, destinado a facultar aos litigantes, em termos razoáveis e adequados, a oportunidade para demonstrarem a realidade dos factos que suportam a pretensão ou a impugnação deduzida”.

Não se duvida que o êxito da administração da justiça resulta de um correcto julgamento dos factos articulados pelas partes. No entanto, o correcto julgamento dos factos está directamente ligado à produção das provas. São as provas que permitem ao juiz a compreensão da realidade que as partes trazem ao processo.

⁴³ RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O ónus da prova no processo civil*, 3ª Ed., Almedina, Coimbra, 2006, p. 75.

⁴⁴ Processo nº 124/14.1TBFND-A.C1. Relatora: Maria João Areias. Acesso em 20-11-2018.

⁴⁵ REGO, Carlos Lopes do, *O direito de acesso aos tribunais na jurisprudência recente do Tribunal Constitucional*, in Estudos em memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 843.

Como bem refere NUNO JORGE “o direito à tutela jurisdicional efectiva implica o direito à prova, que engloba a possibilidade de propô-la e produzi-la”⁴⁶.

O direito à prova desdobra-se, assim, numa vertente positiva e outra negativa. Na primeira, o direito à prova “consistirá na possibilidade de as partes oferecerem, produzirem e requerem a prova que entendam necessária para a demonstração de que os factos alegados são verdadeiros”, e na sua vertente negativa o direito à prova “implica que as partes não fiquem impossibilitadas de produzir, demonstrar e requerer a prova que lhes permita concretizar as suas alegações”⁴⁷.

Portanto, o conteúdo do direito à prova abrange “o direito de alegar factos no processo; o direito de provar a exactidão ou inexactidão desses factos, através de qualquer meio de prova e o direito de participar na produção das provas”⁴⁸.

Em termos idênticos, BARBOSA MOREIRA⁴⁹ afirma que “(...) o direito à prova implica, no plano conceptual, a ampla possibilidade de utilizar quaisquer meios probatórios disponíveis. A regra é a admissibilidade das provas; e as exceções precisam ser cumpridamente justificadas, por alguma razão relevante”.

Todavia, o acórdão do STJ⁵⁰ de 17-12-2009, sustenta que embora o direito de acesso à justiça abranja o direito à produção da prova e o direito à cooperação na sua obtenção, isso não quer dizer que “o direito subjectivo à prova implique a admissão de todos os meios de prova permitidos em direito, em qualquer tipo de processo e relativamente a qualquer objecto do litígio”. Porém, “a restrição inoportável da faculdade da apresentação de prova em juízo impossibilitaria a parte de fazer valer o direito de acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efectiva, tal como vem reconhecido pelo artigo 20º da CRP”.

Do direito à prova resultam algumas consequências tanto para o autor como para o réu. A primeira diz respeito à aquisição e valoração das provas admitidas em juízo e está intimamente ligada ao princípio da aquisição processual que impõe ao juiz o dever de considerar todas as provas produzidas pelas partes – art.º 413º CPC. Caso contrário, “o direito de apresentar provas não teria de facto qualquer interesse e

⁴⁶ JORGE, Nuno Lemos, *Direito à prova: brevíssimo roteiro jurisprudencial*, in *Julgare*, nº 6 – Setembro/Dezembro, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 100.

⁴⁷ NASCIMENTO, Pedro Silvino Rebelo do, *Provas ilícitas...* ob., cit., p. 19.

⁴⁸ ALEXANDRE, Isabel, *Provas...* ob. cit., p. 70.

⁴⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa, *A constituição...* ob., cit., p. 144.

⁵⁰ Processo nº 159/07.6TVPR-T-D.P1.S1, Relator: Hélder Roque. Acesso a 24-10- 2018.

utilidade se não estivesse ligado a ele o direito à aquisição destas, uma vez consideradas admissíveis e relevantes”⁵¹.

Desse modo, PICÓ Y JUNOY⁵² refere que “*el derecho a la prueba conlleva que el medio probatorio admitido y practicado sea valorado por el órgano jurisdiccional (valoración motivada que tiene lugar en la sentencia) ya que, en caso contrario, se lestaría sustrayendo toda su virtualidad y eficacia*”.

A segunda consequência decorrente do direito à prova consiste no direito de cada uma das partes contradizer as provas produzidas pela contraparte ou produzidas oficiosamente pelo tribunal⁵³. Esta consequência é uma emanação do princípio do contraditório segundo o qual as partes têm a possibilidade de impugnar todas as provas carreadas ao processo quer estas sejam produzidas pela outra parte ou pelo tribunal.

Referindo-se a estas consequências, o acórdão do TRL⁵⁴ de 11-12-2018 refere que o direito à prova tem um alcance amplo, consistindo no: “*a) direito das partes em alegar factos no processo; b) direito de provar a existência ou inexistência desses factos; c) direito de participar na produção das provas; d) direito de valoração das provas pelo magistrado; e) direito do contraditório, quer seja das provas deduzidas pelas partes ou trazidas oficiosamente pelo juiz; f) direito das partes à aquisição das provas admitidas*”.

Portanto, “o direito à prova é um pilar fundamental do direito à protecção jurídica por via judiciária, que compreende não só o direito das partes a disporem no processo dos meios de prova sobre os factos alegados, mas também o direito ao modo de participação na produção de prova nos termos previstos na lei, bem como o direito de aproveitarem da prova produzida no processo, mesmo emanada da parte contrária, segundo o princípio da aquisição processual (...), salvo quanto a factos cuja alegação a lei faça depender da manifestação de vontade da parte a quem aproveita – as chamadas excepções próprias”⁵⁵.

⁵¹ RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O ónus...* ob., cit., p. 75.

⁵² PICÓ Y JUNOY, Joan, *El derecho...* ob., cit., p. 25.

⁵³ No mesmo sentido Cfr ALEXANRE, Isabel, *Provas...* ob. cit., p. 71; CORREIA, Tércia Matias, *A prova no processo civil...* ob., cit., p. 40.

⁵⁴ Processo nº 14808/15.9T8LSB.L1-6. Relatora: Gabriela de Fátima Marques. Acesso em 24-02-2019.

⁵⁵ GOMES, Manuel Tomé Soares, *Um olhar sobre a prova em demanda da verdade no processo civil*, in Revista do CEJ, 2º semestre, nº 3, Lisboa, 2005, p. 166.

5.1. Limites do direito à prova

O direito à prova não se configura como um direito absoluto, desde logo porque hoje ultrapassou-se totalmente a percepção antiquada de existência de direitos absolutos e irrestritos, podendo ser restringido ou limitado quando estiver em contradição com outros interesses que mereçam uma tutela mais forte. Todavia, tais restrições não podem ser muito extremas para não se chegar ao ponto de o suprimir.

Um dos limites do direito à prova diz respeito ao seu objecto, pois existem factos que não são objecto de prova⁵⁶.

Não obstante isso, em regra as limitações do direito à prova consubstanciam-se nas denominadas proibições de prova que impedem as partes de utilizarem todos os meios de prova que estiverem ao seu alcance. Entretanto, apesar de se conceder às partes a possibilidade de utilizarem outros meios de prova não proibidos para sustentar os factos articulados, deve-se ter em atenção que as proibições de prova que à primeira vista pareciam relativas podem tornar-se absolutas se a prova proibida for o único meio que a parte dispõe para sustentar a sua pretensão.

Ora, existirão casos em que as provas, embora sejam materialmente lícitas não podem ser admitidas no processo. Nesse caso estaremos diante de uma proibição de produção de prova. Por exemplo o art.º 511º nº 1 do CPC estabelece um limite máximo de 10 testemunhas. Se as partes ultrapassarem este limite no momento da indicação destas, os nomes que representam o excesso são tidos como não escritos – nº 3 do art.º 511º CPC.

Noutras circunstâncias, a proibição de prova resulta do facto desta ser materialmente proibida, isto é, viola regras de direito material conduzindo a uma proibição de valoração das mesmas. São exemplos deste tipo de provas as que vêm descritas respectivamente nos art.ºs 25º, 26º nº 1, 32º nº 8 e 34º da CRP, e no art.º 417º nº 3 do CPC⁵⁷.

O problema das proibições de prova foi analisado pela primeira vez em 1903 por BELING que no âmbito do direito penal deu início ao estudo desse problema como uma forma de reduzir os excessos do Estado na descoberta da verdade. O autor estabeleceu uma diferença entre as proibições de prova e as regras negativas de prova,

⁵⁶ Cfr o ponto 2 do presente capítulo.

⁵⁷ No mesmo sentido SOUSA, Miguel Teixeira de, *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª Ed., Lex, Lisboa, 1997, p. 57.

estas incluídas no sistema da prova legal. Acentuou, ainda, que as proibições de prova não incidem sobre o momento da apreciação das provas mas sobre um momento anterior, uma vez que representam limites à busca da verdade⁵⁸.

Assim, as proibições de provas visam, por um lado “(...) assegurar a inviolabilidade do núcleo irredutível dos direitos fundamentais dos cidadãos (...)” e por outro “(...) preservar a estrutura fundamental do próprio modelo processual(...)”⁵⁹. Nesse sentido podemos referir, seguindo de perto ISABEL ALEXANDRE⁶⁰, que “qualquer um desses objectivos está também presente em processo civil”.

Portanto, o direito à prova deve ser restringido quando estejam reunidos os seguintes requisitos, quais sejam, “a) necessidade de salvaguardar um interesse público preponderante; b) respeito pelo princípio da proporcionalidade; e c) manutenção do núcleo intangível do direito à prova”⁶¹.

Em sentido convergente, DIDIER, PAULA E RAFAEL ensinam que “(...) o direito ao manejo das provas relevantes à tutela do bem perseguido pode ser limitado, excepcionalmente, quando colida com outros valores e princípios constitucionais. Em tais casos, invocar-se-á o princípio da proporcionalidade e, à luz do caso concreto, decidir-se-á qual dos valores merece prevalecer⁶²”.

Pode-se, então, concluir que o direito à prova não é um direito absoluto visto que pode ser restringido para tutelar outros interesses relevantes que consigo colidam. Todavia, a sua restrição deve ser sempre norteada pelo princípio da proporcionalidade pois as normas que o restringem só se justificam “*quando se revelem proporcionais, evidenciam uma justificação racional ou procuram garantir o adequado equilíbrio face a outros direitos merecedores de tutela*”⁶³.

Em termos substancialmente convergentes, no já referido acórdão do TRC⁶⁴ de 21-04-2015 afirmou-se que “(...) o direito à prova não é um direito absoluto e incondicionado, não implicando a total postergação de determinadas limitações legais aos meios de prova utilizáveis ou a imposição de condições à sua utilização, desde que

⁵⁸ Cfr ALEXANDRE, Isabel, *Provas...* ob. cit., pp. 46 – 47.

⁵⁹ ANDRADE, Manuel da Costa, *Parecer*, in *Colecânea de Jurisprudência*, Tomo I, Ano VI, 1981, p. 8.

⁶⁰ ALEXANDRE, Isabel, *Provas...* ob. cit., p. 48.

⁶¹ MORGADO, Pedro Trigo, *Admissibilidade...* ob., cit., p. 40.

⁶² JÚNIOR, Freddie Didier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael, *Curso de Direito Processual Civil*, 4ª Ed., Vol. II, Jus Podivm Editora, Salvador, 2009, p. 20.

⁶³ CASANOVA, J. F. Salazar, *Provas ilícitas em processo civil – sobre a admissibilidade e valoração de meios de prova obtidos pelos particulares*, in *Direito e Justiça*, Vol. XVIII, Tomo I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2004, p. 98.

⁶⁴ Processo nº 17/14.8TBVZL.C1.S1. Relatora: Maria do Rosário Morgado. Acesso em 18-11-2018. Grifo nosso.

essas limitações se mostrem materialmente justificadas e respeitadoras do princípio da proporcionalidade. A emissão de uma norma restritiva da utilização dos meios de prova, não implica necessariamente um desrespeito do direito ao acesso à justiça na sua vertente do direito do interessado produzir a demonstração de factos que, na sua ótica, suportam o seu direito ou a sua defesa. Tal desrespeito só se verificará quando se possa concluir que a norma em causa determina para o interessado, na generalidade das situações, a impossibilidade de uma real defesa dos seus direitos ou interesses em conflito”.

6. Princípios relevantes do direito probatório formal

Para melhor compreensão do tema em estudo torna-se necessário fazer um breve estudo sobre os princípios que norteiam o direito probatório, tendo em conta a influência de alguns desses princípios para a resolução da questão da (in)admissibilidade das provas ilícitas.

6.1. Princípio da livre apreciação das provas

De acordo com este princípio, o juiz tem a liberdade de apreciar as provas e valorá-las com base na convicção que este tenha criado acerca da existência dos factos ao confrontar os vários meios de prova contidos no processo – art.º 607º nº 5 do CPC.

O princípio da livre apreciação da prova tem a sua génese no Direito Romano onde “por respeito à liberdade e incoercibilidade da consciência do juiz, se lhe permitia que se abstinêsse de julgar quando jurasse não ter certezas quanto à verdade dos factos”⁶⁵.

Actualmente o princípio da livre apreciação da prova não é acolhido no ordenamento português com o carácter extremo que revestia no Direito Romano [onde o juiz podia abster-se de julgar se as provas apresentadas não lhe tivessem criado uma convicção de veracidade dos factos], pois, o art.º 8º nº 1 do CC proíbe que o tribunal se abstenha de julgar em casos de dúvidas (*non liquet*), e adoptou-se o ónus da prova como solução ao problema – art.º 414º do CPC.

⁶⁵ MORGADO, Pedro Trigo, *Admissibilidade...* ob., cit., p. 59.

Note-se que a livre apreciação da prova significa que o juiz criará a sua convicção tendo como base os elementos probatórios existentes no processo e não por livre arbítrio.

Nesse sentido, no acórdão do TC⁶⁶ n° 1165/96 de 19-11-1996, referiu-se que o princípio da livre apreciação da prova,

“Não pode de modo algum querer apontar para uma apreciação imotivável e incontrolável — e portanto *arbitrária* — da prova produzida. (...) A liberdade de apreciação da prova é, no fundo, uma *liberdade de acordo com um dever* — o dever de perseguir a chamada ‘verdade material’ —, de tal sorte que a apreciação há-de ser, em concreto, reconduzível a critérios *objectivos* e, portanto, em geral *susceptível* de motivação e de controlo. A livre apreciação da prova não pode ser entendida como uma operação puramente subjectiva, emocional e, portanto, imotivável. Há-de traduzir-se em valoração racional e crítica, de acordo com as regras comuns da lógica, da razão, das máximas de experiência e dos conhecimentos científicos, que permita ao julgador objectivar a apreciação dos factos, requisitos necessários para a efectiva motivação da decisão”.

É por esse motivo que o princípio da livre apreciação da prova tem sido também denominado pela doutrina como princípio da livre apreciação motivada da prova ou princípio do livre convencimento ou persuasão racional, o que permite distingui-lo do sistema da prova livre pura.

6.2. Princípio do contraditório

Inicialmente o princípio do contraditório era entendido numa concepção mais limitada como um direito de defesa conferido às partes, que lhes permitia opor-se aos factos e às provas apresentadas pela contraparte.

Actualmente este princípio é visto numa acepção mais vasta e possibilita que as partes se pronunciem sobre todas as questões relevantes do processo.

Isso significa que “às partes deve ser facultada a possibilidade de contraditar os factos alegados pela outra, a possibilidade de apresentar todos os meios de prova possíveis e de se pronunciarem sobre todas as provas produzidas (por elas, pela

⁶⁶ Processo n° 142/96. Relator: Cons. Antero Alves Monteiro Diniz. Acesso a 22-03-2019. Disponível em www.tribunalconstitucional.pt.

contraparte ou pelo tribunal), e a possibilidade de se pronunciarem quanto a todas as questões de direito que possam ser relevantes para a decisão da causa”⁶⁷.

Previsto no art.º 3º nº 1 *in fine*, nº 3 e 4 do CPC, o princípio do contraditório funciona como “uma garantia efetiva das partes no desenvolvimento de todo o litígio, mediante a possibilidade de, em plena igualdade, influírem em todos os elementos (*factos, provas, questões de direito*) que se encontrem em ligação com o objeto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão”⁶⁸.

O princípio do contraditório funciona também como uma garantia contra as decisões-surpresa visto que as partes devem intervir e se pronunciar sobre todos os aspectos utilizados pelo juiz – quer sejam questões de facto ou de direito – para firmar a sua decisão.

6.3. Princípio da imediação

Este princípio é analisado em duas perspectivas. Por um lado traduz-se no contacto mais directo possível que o juiz estabelece com os meios de prova que lhe permite criar uma percepção mais fidedigna dos factos que estes visam provar. Por outro lado, implica que os meios de prova estejam directamente ligados aos factos que pretendem provar⁶⁹.

Na primeira perspectiva, relativamente às provas constituídas, os actos de produção dessas provas devem ser realizados no tribunal em que decorre a acção para que o juiz estabeleça o contacto directo com a fonte de prova que o permitirá, através de sinais como a gesticulação da testemunha ou da parte, do tom e a firmeza da voz e das expressões faciais, apreender a veracidade dos seus depoimentos e conseqüentemente formar a sua convicção⁷⁰.

Numa segunda perspectiva, o princípio da imediação estatui que deve ser dada primazia à fonte de prova mais próxima do facto que visa provar, por ser esta que reflecte um contacto mais directo com os factos objecto de prova.

⁶⁷ MORGADO, Pedro Trigo, *Admissibilidade...* ob., cit., p. 54.

⁶⁸ FREITAS, José Lebre de, *Introdução ao Processo Civil – conceito e princípios gerais à luz do novo código*, 3ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 125.

⁶⁹ No mesmo sentido Cfr. FREITAS, Lebre de, *Introdução...* ob., cit., p. 193-195; MORGADO, Pedro, *Admissibilidade...* ob., cit., p. 57.

⁷⁰ No mesmo sentido MORGADO, Pedro, *Admissibilidade...* ob., cit., p. 58.

Desse modo, LEBRE DE FREITAS afirma que “não está excluída a inquirição da chamada «testemunha de ouvir dizer», mas o depoimento daquela de quem ela ouviu o relato dos factos a provar tem maior valor probatório”⁷¹.

Para a efectivação do contacto directo que vimos referindo, o princípio da imediação implica a presença de dois outros princípios que lhe são instrumentais: o princípio da oralidade e o princípio da concentração.

O primeiro estabelece que a produção das provas pessoais (o depoimento de parte ou de testemunha, os esclarecimentos de peritos) deve ser feita de forma oral perante o juiz que aprecia a matéria de facto⁷².

O princípio da concentração impõe que os actos de produção de prova, discussão da matéria de facto e de direito e o julgamento da causa sejam realizados de modo contínuo e num curto espaço de tempo.

Este princípio permite que o juiz tenha uma memória recente de todas as ocorrências e deduza “as suas conclusões, em conformidade com as impressões colhidas e com a convicção que através delas se foi gerando no seu espírito, de acordo com as máximas de experiência que forem aplicáveis”⁷³.

6.4. Princípio do inquisitório

Ultrapassada a fase em que o processo era exclusivamente dominado pelo princípio do dispositivo [o juiz assumia uma posição passiva no processo, sendo este conduzido pelas partes que apenas beneficiavam dos factos que alegassem «ónus de afirmação» e que provassem «ónus subjectivo da prova», aparecendo o juiz como mero árbitro para regular o pleito], o processo civil moderno confere ao juiz amplos poderes instrutórios.

Diferentemente do que sucedia anteriormente, hoje o juiz cumpre um papel mais activo⁷⁴ no processo, podendo, para tanto, providenciar oficiosamente pelo suprimento da falta de pressupostos processuais susceptíveis de sanção, determinando a realização dos actos necessários à regularização da instância ou, quando a sanção

⁷¹ FREITAS, Lebre de, *Introdução...* ob., cit., p. 195.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ RODRIGUES, Fernando Pereira, *O novo processo civil...* ob., cit., p. 147.

⁷⁴ Como refere RANGEL, Rui, *O ónus da prova...* ob., cit., p. 49, “o juiz activo tem que ter, durante a fase da instrução, uma posição tal que lhe permita conduzir o processo em conformidade com o triunfo da verdade e da justiça. Só a larga intervenção e liberdade na demonstração, na produção e na apreciação dos meios de prova é que faz verdadeiro jus a este princípio”.

dependa de acto que deva ser praticado pelas partes, convidando estas a praticá-lo – art.º 6º n.º 2 do CPC.

Além disso, apesar de o processo civil português guiar-se pelo princípio do dispositivo, o juiz pode, ainda, à luz do art.º 5º n.º 2 do CPC, ter em consideração factos instrumentais que resultem da instrução do processo – n.º 2, al. a); os factos que sejam complemento ou concretização dos que as partes hajam alegado e resultem da instrução da causa, desde que sobre eles tenham tido a possibilidade de se pronunciar – n.º 2, al. b); e os factos notórios e aqueles de que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções – n.º 2, al. c).

No que à prova diz respeito, o juiz deixou igualmente de ser um mero espectador e assumiu um papel mais activo no processo que lhe permite ter iniciativa instrutória para o devido apuramento da verdade material. Desse modo, o juiz deve, para além das provas fornecidas pelas partes, ordenar a produção das provas que considera necessárias para a descoberta da verdade.

Assim, nos termos do art.º 411º do CPC sob a epígrafe princípio do inquisitório, “incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo officiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos que lhe é lícito conhecer”.

A consagração do princípio do inquisitório, harmonizado com o princípio do dispositivo, permite-nos afirmar que o processo civil português é caracterizado por uma natureza híbrida.

A este propósito ESTRELA CHABY⁷⁵, ensina que o “(...) *o hibridismo de um regime sob o fogo cruzado mas concertado dos dois princípios de sinal oposto* tem vindo a ser explicado e justificado de forma constante, pese embora a evolução do texto adjectivo, remetendo um respeito mais ortodoxo pelo princípio dispositivo, para o campo, por um lado, do impulso processual, ou seja, conexionado com o princípio do pedido, e, no que concerne aos factos, para o campo da *alegação de factos*, mas já não operante no que toca à *prova dos factos alegados*, em que, entre nós, funcionaria antes o princípio do inquisitório”.

No entanto, pode-se questionar se a atribuição desses poderes instrutórios ao juiz poderá interferir ou não com o seu dever de imparcialidade em relação às partes.

⁷⁵ CHABY, Estrela Capelo de Sousa, *O depoimento de parte em processo civil*, 1ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 181-182.

A resposta é negativa pois estes poderes instrutórios não representam nenhuma interferência com o seu dever de imparcialidade uma vez que o juiz não substitui a parte no seu papel de provar os factos por si alegados mas “(...) exerce um poder-dever⁷⁶, destinado a tutelar um interesse público de descoberta da verdade, instrumental em relação à realização da justiça”⁷⁷.

Portanto, “os poderes inquisitórios nunca impediram o juiz de uma avaliação objectiva e imparcial da prova, pois tais poderes são similares a outros que lhe são atribuídos sem se levantar qualquer controvérsia (ex. possibilidade de admissão ou indeferimento de um requerimento de prova)”⁷⁸.

Na verdade, os poderes instrutórios atribuídos ao juiz permitem-lhe ter uma participação mais activa no processo, cuja actuação visa a busca da verdade material e a justa composição do litígio entre as partes. No fundo o que se quer alcançar com o princípio do inquisitório é “um juiz participante, mas não parcial; inquiridor, mas não inquisidor; com autoridade, mas sem autoritarismo”⁷⁹.

6.5. Princípio da aquisição processual

Segundo este princípio, todas as provas produzidas no processo servem de base para a formação da convicção do juiz quanto à veracidade dos factos, independentemente de as mesmas terem sido trazidas ao processo pela parte onerada pela prova, pela contraparte ou pelo juiz.

Mesmo que as provas sejam desfavoráveis à parte que as trouxe, depois de incluídas no processo, nenhuma das partes pode desistir das mesmas porque passam a pertencer àquele. Desse modo, o princípio da aquisição processual “*traduz-se na comunidade de provas*”⁸⁰, isto é, as provas deixam de pertencer às partes que as produziram e passam a pertencer ao processo.

⁷⁶ RANGEL, Rui, *O ónus da prova...* ob., cit., p. 51, refere que “ao juiz conferem-se determinados poderes que para este não são mais do que deveres (...). Do lado do juiz, nesta relação dialéctica, surgem poderes-deveres, tais como o poder de instrução, de disciplina, de impulso e de decisão (...). Os poderes do juiz devem ser exercidos com bom senso e como complemento da actividade processual das partes”.

⁷⁷ JORGE, Nuno de Lemos, *Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas*, in *Julgar*, nº 3 – Setembro/Dezembro, Coimbra Editora, 2007, p. 67.

⁷⁸ CARDOSO, João Daniel de Sousa Garcês, *Sobre a admissibilidade da prova ilícita no processo civil português*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012, p. 28.

⁷⁹ JORGE, Nuno de Lemos, *Os poderes instrutórios...* ob. cit., p. 84.

⁸⁰ ANDRADE, Manuel Domingues de, *Noções...* ob. cit. p. 385.

Este princípio encontra consagração no art.º 413º do CPC ao estabelecer que “o tribunal deve tomar em consideração todas as provas produzidas, tenham ou não emanado da parte que devia produzi-las, sem prejuízo das disposições que declarem irrelevante a alegação de um facto, quando não seja feita por certo interessado”.

6.6. Princípio da cooperação

Segundo o art.º 7º nº 1 do CPC “na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio”.

Acompanhando LEBRE DE FREITAS, podemos dividir este princípio em dois tipos: cooperação em sentido material (art.º 7º nº 2 e 3 e art.º 417º do CPC) e cooperação em sentido formal (art.º 7º nº 1 e 4 e art.º 151º do CPC).

Diz-se que a cooperação é material “quando se dá no sentido do apuramento da *verdade material* dos factos controvertidos para, dessa forma, se obter a *justa composição do litígio*”⁸¹.

Nos termos do art.º 7º nº 2 do CPC, sempre que achar necessário, o juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, para prestarem esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se mostrem relevantes.

Por seu turno, o art.º 517º nº 1 do CPC impõe sobre todas as pessoas, independentemente de serem ou não partes no processo, um dever de colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspecções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os actos que forem determinados.

Por conseguinte, este dever de colaboração tem, nos termos do nº 3 do referido artigo, dois limites: (1) o respeito pelos direitos fundamentais, quais sejam, o direito à integridade física e moral, o direito à reserva da vida privada ou familiar, o direito à inviolabilidade do domicílio, da correspondência ou das telecomunicações; (2) e o respeito pelo direito ou dever de sigilo – sigilo profissional ou dos funcionários públicos, ou do segredo de Estado⁸².

⁸¹ CARDOSO, João Daniel de Sousa Garcês, *Sobre a admissibilidade...* ob., cit., p. 29.

⁸² No mesmo sentido, Cfr FREITAS, José Lebre, *Introdução...* ob., cit., p. 187; CARDOSO, João Daniel de Sousa Garcês, *Sobre a admissibilidade...* ob., cit., p. 30.

Encontrando-se numa destas situações, a parte ou terceiro, pode recusar-se a prestar a sua colaboração e dessa recusa não deriva o dever de pagamento de multa.

No que às provas ilícitas diz respeito, a questão que se tem colocado é a de saber se podemos retirar deste n.º 3 do art.º 417º um princípio de proibição expressa de utilização de provas ilícitas em processo civil. Sobre esse assunto ocupar-nos-emos mais adiante no capítulo II do presente estudo.

Diz-se cooperação em sentido formal “aquela dada no sentido de, sem dilações inúteis, se proporcionarem todas as condições para que a decisão seja proferida no menor período possível (num prazo razoável)”⁸³ – art.º 7º n.º 1 do CPC.

Desse modo, o juiz deve, sempre que possível, remover os obstáculos que surjam às partes que as impossibilitem de obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual – art.º 7º n.º 4 do CPC.

Constituem também manifestações do princípio da cooperação em sentido formal o disposto no art.º 151º n.ºs 1 a 3 do CPC (marcação de *diligências* por acordo com os mandatários judiciais); n.ºs 4 e 5 do referido art.º (comunicação imediata de impedimento de mandatário ou do juiz para a diligência) e ainda o n.º 6 do mesmo preceito legal (comunicação pelo juiz de atraso no início da diligência)⁸⁴.

Portanto, como refere GOMES QUEIROZ⁸⁵, para que exista cooperação no seu verdadeiro sentido,

“As partes devem cumprir seus deveres de esclarecimento, redigindo suas demandas com clareza e coerência; de lealdade, abstendo-se de litigar de má-fé, e agindo de boa-fé; de proteção, deixando de causar danos à parte adversária; e de urbanidade, tratando os demais sujeitos processuais com respeito e educação. Por outro lado, o órgão jurisdicional deve adimplir seus deveres de esclarecimento, de prevenção, de consulta, de auxílio, e de urbanidade. As partes e os terceiros devem colaborar com o Judiciário para o esclarecimento da verdade dos factos controvertidos, somente podendo se abster de fazê-lo quando presente alguma escusa reconhecida pelo

⁸³ CARDOSO, João Daniel de Sousa Garcês, *Sobre a admissibilidade...* ob., cit., p. 30.

⁸⁴ Em sentido convergente Cfr FREITAS, José Lebre de, *Introdução...* ob., cit., p. 190; CARDOSO, João Daniel de Sousa Garcês, *Sobre a admissibilidade...* ob., cit., p. 30.

⁸⁵ QUEIROZ, Pedro Gomes de, *O Princípio da Cooperação e a exibição de documento ou coisa no processo civil (Segunda Parte)*, in Revista Jurídica Luso - Brasileira, Ano 1, n.º 1, Publicação do Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (CIDP), Lisboa, 2015, pp. 1840-1841, 1844-1845. Disponível em http://cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_0000_Capa.pdf. Acesso a 24-10-2018.

ordenamento jurídico (...). Sempre que algum sujeito deixa de cumprir com seu dever de cooperação, o resultado tempestivo e justo que se espera do processo será comprometido em alguma medida (...).”

6.7. Princípio da boa-fé

Com raízes no Direito Civil, o princípio da boa-fé rapidamente expandiu-se para outros ramos do direito, sendo o Direito Processual Civil o primeiro sector do Direito Público atingido pela boa-fé uma vez que a “sua natureza instrumental perante o Direito Civil e uma certa tradição literária de escrita sobre a boa fé em Processo terão facilitado a transposição”⁸⁶.

Previsto no art.º 8º do CPC segundo o qual “as partes devem agir de boa-fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior”, o princípio da boa-fé processual impõe, assim, um verdadeiro dever às partes de agirem com lealdade na defesa dos seus interesses.

Apesar de este artigo fazer menção apenas às partes, o dever de boa fé é extensivo a todos os sujeitos que intervenham no processo incluindo o juiz. Na sua actuação, o órgão jurisdicional (representado pelo juiz) deve agir de forma leal e com base na boa fé, tendo como fim a protecção da confiança que os cidadãos depositam na administração da justiça.

Trata-se de uma *cláusula geral processual* ou uma *norma* de conduta, como afirma DIDIER JÚNIOR, que “impõe e proíbe condutas, além de criar situações jurídicas ativas e passivas”⁸⁷. O autor refere-se à boa fé objectiva que corresponde à boa fé processual.

A boa fé processual desdobra-se, por um lado, num sentido positivo que corresponde à obrigação das partes cooperarem entre si e com os demais sujeitos que intervenham no processo, com vista a atingir o seu fim – a justa composição do litígio; e por outro lado, num sentido negativo que se consubstancia na obrigação de lealdade, vedando às partes a prática de actos que impedem o normal desenvolvimento do processo.

Diferentemente do que sucede no processo penal [onde o réu não é obrigado a dizer a verdade quanto aos factos que lhe são imputados], no processo civil o dever de

⁸⁶ CORDEIRO, António Menezes, *Da boa fé no Direito Civil*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1984, p. 375.

⁸⁷ JÚNIOR, Freddie Didier, *Fundamentos do princípio da cooperação no Direito Processual Civil Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 80-81.

lealdade e de veracidade impõe-se sempre uma vez que às partes recai o dever de cooperar para a descoberta da verdade, ressalvando os casos previstos no n.º 3 do art.º 417º do CPC.

Portanto, “a existência de um dever de verdade das partes em processo civil tem vindo a ser afirmada, por vezes de forma bastante exigente, havendo mesmo quem refira a existência, em processo civil, de um *dever de veracidade plena* ou de *verdade total*; a actuação do princípio da verdade perpassa por todo o sistema, designadamente em matéria probatória”⁸⁸.

Assim, de acordo com TÉSSIA CORREIA, “a lealdade processual das partes (inclusive do julgador) é um aspecto crucial para o bom e eficaz andamento e funcionamento do processo, de maneira transparente e justa”, visto que “a falta de lealdade e veracidade das partes e de todos que de qualquer forma participam do processo constitui um acto contrário ao exercício da jurisdição e incompatível com o objectivo do processo – *a justa composição do litígio e a descoberta da verdade*”⁸⁹.

No âmbito do processo civil alemão, JAUERNIG afirma que “a parte não pode alegar um facto contra a parte contrária, de cuja inveracidade tenha conhecimento ou de que esteja convencida; e não pode impugnar uma alegação da parte contrária de cuja verdade tenha conhecimento ou de que esteja convencida”⁹⁰.

O autor salienta ainda que “o dever de verdade é um verdadeiro dever, não apenas um ónus; pois a parte não pode optar entre ser verdadeira ou não ser”⁹¹.

Pelo exposto podemos inferir que o princípio da boa fé reveste carácter fundamental no estudo das provas ilícitas, pois, “*tanto pode fundamentar-se a sua inadmissibilidade na violação do dever de lealdade daquele que as pretende utilizar, como a sua admissibilidade no dever de veracidade da parte contrária*”⁹², razão pela qual alguma doutrina defende-o como um dos argumentos para a admissibilidade dessas provas, conforme veremos *infra* no ponto 2.4 do capítulo III.

Entretanto, a utilização de prova ilícita não faz da parte que a usou litigante de má fé. Se assim fosse, a sanção do seu uso não seria a inadmissibilidade daquelas provas mas sim a condenação em multa e provavelmente indemnização à parte contrária, conforme disposto no art.º 542º n.º 1 CP.

⁸⁸ CHABY, Estrela Capelo de Sousa, *O depoimento de parte...* ob., cit., pp. 190-191.

⁸⁹ CORREIA, Tércia Matias, *A prova no Processo Civil...* ob., cit., p. 71.

⁹⁰ JAUERNIG, Othmar, *Direito...* ob., cit., p. 151.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...* ob., cit., p. 88.

7. O fim do processo: a justa composição do litígio e a busca da verdade

À medida que fomos desenvolvendo o tema em estudo várias vezes fizemos referência ao termo veracidade/verdade dos factos. Mas, o que vem a ser verdade e qual é o fim que se pretende com o processo?

Em direito processual tem sido comum fazer a distinção entre verdade formal e verdade material. Esta seria a verdade real ou pura e aquela a verdade que se adquire no processo por meio de uma correcta aplicação de regras jurídicas que têm como fim estabelecer certo facto como verdadeiro.

Esta fragmentação não é pacificamente aceite pela doutrina.

Parte da doutrina entende que a distinção entre verdade formal e verdade material surgiu para dar “*resposta a um dilema intrínseco ao próprio processo*” pois “*muitas vezes no processo dão-se como provadas alegações falsas, ou seja, sem correspondência fáctica com o que realmente aconteceu*”, razão pela qual “*ou se abandonava a ideia de relação de dependência entre prova e verdade ou se admitia que quando reconhecemos um enunciado falso como provado, não está provado*”. Portanto, esta divisão “*é uma falsa saída para o dilema, uma vez que se coloca a tónica na autoridade que se confere à declaração de factos provados realizada pelo juiz, ao mesmo tempo que se determina a irrelevância jurídica da verdade material, uma vez resolvido o caso*”⁹³.

Em termos semelhantes CASTRO MENDES entende que a verdade formal é “*uma representação intelectual definida pelo modo de formação; e que pode ser ou não verdadeira (...)*”⁹⁴. O autor sustenta ainda que “*a ideia geral de verdade formal é a de uma verdade que é demonstrada como tal apenas pela verificação da correcta aplicação de certo número de regras jurídicas pelas quais se deve pautar a obtenção do seu conteúdo e não pela exaustão de todos os meios humanamente possíveis de confronto entre esse conteúdo e a realidade*”⁹⁵. Refere também que “*sobre a mesma matéria não pode haver duas verdades; a verdade é necessariamente uma só*”⁹⁶, e acrescenta que a “*verdade formal e a verdade material também não são realidades que se oponham, de tal forma que um elemento da primeira não possa pertencer à outra e*

⁹³ OLIVEIRA, Sara Ferreira de, *Admissibilidade da prova ilícita em processo civil*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014, p. 29.

⁹⁴ MENDES, João de Castro, *Do conceito de prova em processo civil*, Ática, Lisboa, 1961, p. 392.

⁹⁵ *Idem*, p. 388.

⁹⁶ *Idem*, p.391.

vice-versa”⁹⁷. Em jeito de conclusão afirma que o “*conceito de verdade formal deveria ser banido da ciência jurídica*” pois o termo permite admitir quanto à verdade “*uma realidade que verdade pode não ser*”⁹⁸.

Em interpretação idêntica SÉRGIO ARENHART⁹⁹ refere que

“(…) falar-se em verdade formal (especialmente em oposição à verdade substancial) implica reconhecer que a decisão judicial não é calcada na verdade, mas em uma não-verdade. Supõe-se que exista uma verdade mais perfeita (a verdade substancial) mas que, para a decisão no processo civil, deve o juiz contentar-se com aquela imperfeita e, portanto, não condizente com a verdade. A idéia de verdade formal é, portanto, absolutamente inconsistente e, por esta mesma razão, foi (e tende a ser cada vez mais), paulatinamente perdendo seu prestígio no seio do processo civil. A doutrina mais moderna nenhuma referência mais faz a este conceito, que não apresenta qualquer utilidade prática, sendo mero argumento retórico a sustentar a posição cômoda do juiz de inércia na reconstrução dos fatos e a frequente dissonância do produto obtido no processo com a realidade fática”.

É certo que a verdade é uma só, razão pela qual não podem existir duas verdades para o mesmo facto. Assim, SALAZAR CASANOVA refere que “*no processo civil a verdade deve ser demonstrada através da verdade. Não é lícito mentir. O ónus de alegação é um ónus de alegação de factos verdadeiros (...)*”. Todavia, “*esse dever de verdade não se limita à alegação de factos; estende-se também à utilização de meios probatórios verdadeiros (...). Em suma, verdade na alegação, verdade na prova*”¹⁰⁰.

Ora, com o processo não se busca uma verdade absoluta, devido à impossibilidade que se verifica para a reconstrução dos factos tal como sucederam, busca-se apenas uma verdade relativa perceptível através de representações sensoriais ou intelectuais. O que se pretende é uma reconstituição factual que mais se aproxima à realidade, isto é, uma verdade que seja possível ser apreendida pelo julgador.

⁹⁷ *Idem*, p.393.

⁹⁸ *Idem*, p. 401.

⁹⁹ ARENHART, Sérgio Cruz, *A verdade e a prova no processo civil*, in Revista Ibero-americana de Derecho Procesal, Vol. 7, Madrid, 2005, pp. 71 e ss.

¹⁰⁰ CASANOVA, J. F. Salazar, *Provas ilícitas... ob., cit., p. 94.*

Nesse sentido, ALYNNE OLIVEIRA¹⁰¹ refere que “(...) a busca pela verdade real é utópica e ideal. Não há como afirmar com absoluta certeza que o produto encontrado corresponde aos fatos efetivamente ocorridos. A verdade que se alcança no processo nada mais é que a verdade possível”.

Trata-se de uma verdade relativa¹⁰² porque é assimilada por meio de provas que possuem habilidades restritas de demonstração dos factos pertinentes para o conflito. O juiz forma a sua convicção de veracidade dos factos através dos meios de prova que as partes trazem ao processo ou que aquele ordena oficiosamente. Com base nas provas produzidas no processo o juiz firma uma convicção maior sobre a verdade dos factos, havendo maior certeza de que certo facto aconteceu. É esta verdade que releva no processo.

Por seu turno, o vocábulo verdade formal já foi, também, muitas vezes associado à verdade que se buscava em processo civil e a verdade material era identificada como a verdade que se buscava em processo penal. Esta ideia era justificada porque entendia-se que o processo penal tutela interesses mais sensíveis, mais importantes e indisponíveis, podendo surgir a necessidade de restringir a liberdade do arguido, ao passo que o processo civil defende somente interesses patrimoniais e disponíveis.

Esse entendimento encontra-se ultrapassado pois “*na actualidade não se defende, nem uma verdade material absoluta para o processo penal, nem uma verdade formal absoluta para o processo civil*”¹⁰³. A actual preocupação tanto para o processo penal quanto para o processo civil é a busca da verdade material. Uma verdade que está mais próxima da realidade tendo em conta as limitações da percepção humana.

Desse modo, o processo civil moderno visa a justa composição do litígio num prazo razoável e a busca da verdade material – art.º 6º nº 1 *in fine* CPC. Este

¹⁰¹ OLIVEIRA, Alynne de Lima Gama Fernandes, *A busca pela verdade possível e a admissibilidade das provas ilícitas no direito processual civil*, in Revista do Ministério Público do Estado de Goiás, 2012, p. 383. Disponível em <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4189684.pdf>. Acesso em 20-11-2018.

¹⁰² A valoração da (verdade) da prova é “o juízo de aceitabilidade das informações trazidas ao processo através dos meios de prova, o que implica aquilatar se as afirmações podem aceitar-se como verdadeiras, em virtude do grau de confirmação que cada uma disponha. Em relação a cada uma das possibilidades fácticas conflituantes, irá ser determinada a sua maior ou menor idoneidade para aportar a realidade ao processo, pressupondo esta decisão a formação da convicção do julgador acerca da medida de corroboração que expressa o nível da sua aproximação à verdade”. Cfr COSTA, Liane Teresa Andrade, *A simples e provável verdade processual: contornos, perfil e expressões de uma verdade «possível»*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013, pp. 137-138. Disponível em <http://hdl.handle.net/10316/34834>. Acesso a 20-05-2019.

¹⁰³ ALEXANDRE, Isabel, *Provas... ob., cit., p. 80.*

pensamento é corroborado por JOSÉ ABRANTES¹⁰⁴, quando afirma que “o fim primeiro do processo é a composição justa de um litígio, o que implica a pesquisa da verdade: não há composição justa de um litígio sem verdade”.

No mesmo sentido, o acórdão do TRL¹⁰⁵ de 03-05-2006 refere que em relação ao processo civil “há que ter presente que o fim primeiro do processo é a composição justa de um litígio o que implica a pesquisa da verdade. Para atingir esse fim mostra-se necessário que em princípio todas as provas relevantes sejam admissíveis. É o que decorre do disposto no art. 515º do Cód. Proc. Civil, sob a epígrafe “provas atendíveis” e que é considerado um afloramento do princípio da aquisição processual”.

Assim, quanto maior for a aproximação das provas à realidade dos factos controvertidos maior será a possibilidade de se alcançar a justa composição do litígio pois é com base nas provas que o tribunal dá os factos como provados e compõe o conflito.

Nesse contexto, MALATESTA¹⁰⁶ refere que “sendo a prova o meio objectivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade, a eficácia da prova será tanto maior, quanto mais clara, ampla e firmemente ela fizer surgir no nosso espírito a crença de estarmos na posse da verdade”.

Logo, em relação às provas ilícitas, embora estas cheguem ao processo através de métodos contrários à ordem jurídica, o seu conteúdo não é afectado pela ilicitude, mantendo-se, assim, a sua autenticidade. Por essa razão, elas têm grande influência na busca da verdade uma vez que a sua admissibilidade no processo permitirá que o tribunal tenha maior conhecimento dos factos em causa, o que representa maior aproximação à verdade, ao passo que a sua inadmissibilidade impossibilita que o tribunal conheça a verdade dos factos e a decisão proferida poderá não ser tão justa quanto seria se aquelas provas fossem admitidas.

Como refere ALCIDES LIMA¹⁰⁷, “a luta judiciária não é um duelo, nem um jogo em que cada litigante se possa utilizar dos meios que melhor lhe assegure a vitória”. Todavia, “o juiz não pode ficar sujeito a essas maquinações interesseiras para

¹⁰⁴ ABRANTES, José João, *Prova ilícita (Da sua relevância no Processo Civil)*, in Revista Jurídica, nº 7, Nova Série, AAFDL, Lisboa, Julho – Setembro, 1986, p. 33.

¹⁰⁵ Processo nº 872/2006-4 Relatora: Isabel Tapedinhas. Acesso em 11-04- 2018. Actualmente o art.º 515º corresponde ao art.º 413º.

¹⁰⁶ MALATESTA, Nicola Framarino dei, *A lógica das provas em matéria criminal*, 2ª Ed., Livraria Clássica Editora, Lisboa, 1927, p. 19.

¹⁰⁷ LIMA, Alcides de Mendonça, *A eficácia do meio de prova ilícito no Código de Processo Civil brasileiro*, in Revista de Processo, Vol. 11, nº 43, São Paulo, 1986, pp. 138-141. Disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/643/29.pdf>. Acesso a 27-05-2019.

sentenciar, dando um veredictum falso se comparado com a realidade dos factos. Fazer justiça é o ideal do magistrado, desde que possa conhecer lisamente, em seu conteúdo, todos os factos debatidos, para aplicar a lei a favor de quem a mereça. Se o fato existe, mas deixa de ser conhecido, por aspectos meramente formais, e isso influir no julgamento, não haverá justiça, no sentido alcandorado do termo, mas embuste dos mais graves, porque se revela sob o palio, embora conspurcado, do Poder Judiciário”

CAPÍTULO II

A PROVA ILÍCITA E O PROCESSO CIVIL

1. Colocação do problema.

Tendo sido analisada no capítulo anterior a teoria geral da prova, ocupar-nos-emos agora de fazer uma contextualização do problema das provas ilícitas, seu conceito e regime no CPC.

O problema das provas ilícitas surge com maior acuidade no momento da instrução processual e é extensivo a outros sectores do direito. Além do direito processual civil, abrange ainda o direito processual penal no que se refere às proibições de prova – art.º 126º do CPP e 32º n.º 8 da CRP; o direito civil no que diz respeito aos direitos de personalidade – art.ºs 66º e 70º n.º 1 do CC – direitos cuja defesa encontra respaldo na Constituição que impõe limites à sua ofensa, como o direito à integridade física e moral – art.º 25º n.º 1 e 2 da CRP; o direito à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar – art.º 26º n.º 1 CRP; o direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência – art.º 34º n.º 1 CRP¹⁰⁸.

No que ao direito processual civil diz respeito, a questão que se discute quando se fala de provas ilícitas é a de saber se uma prova obtida através de métodos que o ordenamento jurídico reprovava, pode ou não ser admitida no processo e valorada pelo juiz no momento da decisão da causa. Por exemplo, se uma das partes juntar ao processo uma gravação clandestina de uma conversa telefónica que comprove factos articulados por esta ou juntar uma prova que é consequência de coacção ou ameaça de um mal, pode o juiz admitir o ingresso dessa prova no processo e valorá-la no momento de proferir a sua decisão?

Em processo civil o problema das provas ilícitas tem gerado muita controvérsia a nível da doutrina e da jurisprudência, uma vez que o CPC português não dispõe de uma norma que de uma forma explícita regula a questão da admissibilidade das provas ilícitas.

Dada essa omissão do CPC, tem-se levantado a questão de saber se é possível retirar do n.º 3 do art.º 417º (que regula a recusa legítima do dever de cooperação das partes), um fundamento favorável à inadmissibilidade das provas ilícitas.

¹⁰⁸ No mesmo sentido, Cfr CORREIA, Tércia Matias, *A prova...* ob., cit., p. 73.

Em sentido afirmativo, TÉSSIA CORREIA¹⁰⁹ sustenta que em relação ao processo civil português, o problema da prova ilícita coloca-se apenas quanto às provas *pré-constituídas* por entender que da análise que se faz do CPC encontra-se uma norma que é dirigida indirectamente à proibição de provas ilícitas referente às provas *constituendas* produzidas em violação do disposto no art.º 417º n.º 3.

Refere ainda, que ambas as provas (*pré-constituídas e constituendas*) podem ser afectadas por ilicitude com a diferença de que nestas, o legislador esclareceu o problema ao consagrar expressamente no n.º 3 do art.º 417º a recusa de colaboração das partes, impedindo consequentemente a sua valoração por configurar uma verdadeira violação do direito material. Apoiando-se em MIGUEL MESQUITA a autora defende que o art.º 417º n.º 3, embora descreva o direito de recusa (que se configura numa excepção à regra da colaboração para a descoberta da verdade), consagra indirectamente a *inadmissibilidade das provas ilícitas constituendas*, que resulta não de uma mera violação processual mas de uma violação material – v.g. de direitos fundamentais – e por isso, não pode ser valorada dentro do processo¹¹⁰.

Na mesma linha JOSÉ ABRANTES¹¹¹ afirma que “*face à nossa lei, determinados valores são intangíveis (...) e podem até justificar uma recusa ao dever de colaboração que sobre todas as pessoas impende, nos termos do n.º 1 do art.º 519º*”¹¹², o que “*logicamente poderão, a fortiori, fundamentar a inadmissibilidade de certos meios de prova que com eles colidam*”.

A propósito dessa temática ISABEL ALEXANDRE refere que o problema derivado da violação do art.º 417º n.º 3 CPC (que se refere às provas *constituendas*) é diferente do problema que é suscitado quando se trata de provas *pré-constituídas* (v.g. um documento furtado ou uma gravação secreta que se pretende utilizar em juízo) porque ao contrário do que sucede com as provas *pré-constituídas* em que deverá ser decidida previamente sobre a sua admissibilidade, no caso das provas *constituendas* pelo facto da lei decretar a inadmissibilidade dessas provas, procura-se apenas saber se o resultado destas pode ser aproveitado para fins de decisão¹¹³.

Contudo, duas razões impedem-nos de aceitar que o fundamento da inadmissibilidade das provas ilícitas seja retirado deste artigo. Por um lado, pelo facto

¹⁰⁹ CORREIA, Tércia Matias, *A prova...* ob., cit., p. 79.

¹¹⁰ *Idem*, p. 80.

¹¹¹ ABRANTES, José João, *Prova ilícita...* ob. cit., p. 34.

¹¹² No novo código corresponde ao art.º 417º n.º 3.

¹¹³ ALEXANDRE, Isabel, ob., cit., p. 22.

deste artigo não prever uma situação de recusa legítima de colaboração da parte em relação ao modo de obtenção da prova, isto é, a parte pode escusar-se de colaborar para a descoberta da verdade sem estar sujeita às sanções estabelecidas para essa recusa, se por exemplo, tal colaboração implicar a violação do segredo profissional. Por outro lado, este artigo refere-se apenas às provas constituídas, deixando sem previsão as provas pré-constituídas. Como é que seriam resolvidos os casos de provas ilícitas produzidas extrajudicialmente se o n.º 3 do art.º 417º apenas refere-se às provas constituídas.

Como bem refere PEDRO NASCIMENTO este *“preceito apenas legitima a recusa, não a impondo ou simplesmente proibindo o dever de colaboração. A lei atribui ao sujeito a possibilidade, a opção de ou continuar a colaborar ou recusar em colaborar. Se é a própria lei que atribui tal faculdade não se pode retirar dela, através de uma interpretação extensiva, uma consequência mais forte que aquela que a própria norma consagra, como será considerar a inadmissibilidade de provas que violem tais preceitos, pelo que, a nosso ver, o artigo 417º n.º 3 CPC, não pode justificar a inadmissibilidade da prova ilícita”*¹¹⁴.

Por seu turno, CASTELO BRANCO¹¹⁵ afirma que este artigo *“apenas restringe os deveres da parte que pode prestar a sua colaboração, olvidando os poderes da parte a quem aproveita a realização da colaboração probatória. No art. 417º n.º 3, do CPC, o legislador resolveu a tensão entre Verdade processual e a Lealdade na obtenção dos meios probatórios dando prevalência a determinados direitos fundamentais em detrimento do direito à prova”*.

Em interpretação idêntica, SARA OLIVEIRA¹¹⁶ sustenta que a inadmissibilidade das provas ilícitas não se pode retirar deste art.º porquanto *“(…) a norma apenas indica casos de legítima recusa, não referindo nada acerca da admissibilidade ou inadmissibilidade da prova obtida mediante tais acções (…)*”. A autora é ainda mais contundente e afirma que o termo *“«a recusa é legítima» não é o mesmo que «a prova será proibida se», pelo que, segundo o art.º 9º, n.º 3, do CC, o intérprete presumirá que o legislador soube exprimir o seu pensamento em termos adequados”*.

¹¹⁴ NASCIMENTO, Pedro Silvino Rebelo do, *Provas ilícitas...* ob., cit., p.37.

¹¹⁵ BRANCO, Carlos Castelo, *A prova ilícita...* ob., cit., p. 227.

¹¹⁶ OLIVEIRA, Sara Ferreira de, *Admissibilidade...* ob., cit., pp. 28-29.

Porém, admitindo a possibilidade da inadmissibilidade das provas ilícitas poder ser retirada desse artigo, o acórdão do TRL¹¹⁷ de 11-12-2018 refere que não há dúvidas “que a lei processual é omissa quanto à inadmissibilidade de prova ilícita, ainda que contenha muitas normas limitativas de produção de prova – por ex. artºs 433º, 607º nº 2 do CPC e artºs 364º, 393º e 394º do CC. Porém afloramento de tal consideração poderá advir da recusa de cooperação legítima ou ilegítima contida no art.º 417º do CPC, (...)”.

2. Noção

Para melhor compreensão do conceito de prova ilícita, importa antes de mais fazer uma breve referência à ilicitude.

Etimologicamente o termo ilícito provém do latim *illicitu* que corresponde, em português, a proibido, contrário à lei, vedado, ilegítimo.

A ilicitude é, em termos gerais, um vício que atinge determinados actos jurídicos e por conta disso, contrariam a Ordem Jurídica. Os factos jurídicos podem ser lícitos ou ilícitos. Os actos lícitos são aqueles que “estão de acordo com a ordem jurídica, que os aprova e consente” e os ilícitos “são contrários à ordem jurídica, antagónicos com ela, por ela reprovados”¹¹⁸.

Segundo JUAN MONTERO AROCA “*la licitud de la prueba se refiere a cómo la parte ha obtenido la fuente de prueba que luego pretende introducir en el proceso por un medio de prueba, y así es posible cuestionarse si, atendida la manera como la parte se ha hecho con esa fuente, cabe que luego use en el proceso, realizando la actividad prevista legalmente para los medios, con el fin de intentar conformar la convicción judicial o para fijar un hecho*”¹¹⁹.

O conceito de prova ilícita merece, entre os autores, diferentes apreciações.

ISABEL ALEXANDRE¹²⁰ adopta um conceito mais restrito e define a prova ilícita como “*a prova cujo modo de obtenção o direito material reprova, quer essa ilicitude se verifique dentro ou fora da órbita processual*”.

¹¹⁷ Processo nº 14808/15.9T8LSB.L1-6. Relatora: Gabriela de Fátima Marques. Acesso a 24-02-2019.

¹¹⁸ ANDRADE, Manuel Domingues de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, 4ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 1974, p. 2.

¹¹⁹ AROCA, Juan Montero, *La prueba en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1996, p. 81.

¹²⁰ ALEXANDRE, Isabel, *Provas... ob., cit., p. 21.*

Por sua vez, JOSÉ ABRANTES¹²¹ definiu-a como a prova “*que se encontra afectada por ilicitude no que respeita ao modo da sua obtenção*”.

Noutra perspectiva, SALAZAR CASANOVA entende ser prova ilícita “*aquela que é obtida ou produzida com ofensa de direitos fundamentais*”¹²².

Este autor afirma, ainda, que a ilicitude da prova pode ocorrer quando se verificar a violação do normativo legal em três momentos, quais sejam, o momento da obtenção da prova, o momento da produção da prova e o momento da valoração da prova¹²³.

Por seu turno, GARCÊS CARDOSO parte do pressuposto de que a ilicitude da prova pode se verificar em duas esferas distintas: (1) pode ocorrer fora do processo, isto é, a prova é afectada de ilicitude antes de ser introduzida no processo – por exemplo a obtenção delituosa de documentos ou de testemunha que obteve os conhecimentos através de meios ilegais; (2) ou ocorrer dentro do processo, quando no decurso do processo viola-se a lei com o fim de conseguir meios probatórios que permitam a descoberta da verdade – por exemplo o juiz ordena a obtenção arbitrária de documentos, ou emprega meios coactivos durante a inquirição de uma testemunha, ou ainda a prestação de informações salvaguardadas pelo dever de sigilo profissional¹²⁴.

O autor refere-se, também, às *provas ilícitas em si mesmas*, ou seja, aquelas que são obtidas legalmente mas a sua utilização no processo viola direitos constitucionais do titular da mensagem (exemplo, um diário íntimo, uma carta particular ou gravações, obtidos através de uma doação ou sucessão, cuja leitura ou reprodução em audiência fere certos direitos fundamentais do autor da mensagem). Em conclusão, o autor entende ser prova ilícita “*aquela em que a obtenção ou produção do meio de prova implica a violação das regras de direito material*”¹²⁵.

Para ELENA BURGOA¹²⁶, prova ilícita é “*a prova que ao ser recolhida infringe normas e princípios estabelecidos na Constituição, destinados à proteção de direitos de personalidade e a sua manifestação como o direito à intimidade*”.

¹²¹ ABRANTES, José João, *Prova ilícita...* ob., cit., p. 12.

¹²² CASANOVA, J. F. Salazar, *Provas ilícitas...* ob., cit., p. 101.

¹²³ *Idem*, p. 99.

¹²⁴ CARDOSO, João Garcês, *Sobre a admissibilidade...* ob., cit., p. 47.

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ BURGOA, Elena, *La prueba ilícita en el Proceso Penal Portugués*, in Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, coord. Diogo Freitas do Amaral, Almedina, Coimbra, 2008, p. 602.

Por seu turno, PEDRO MORGADO¹²⁷ adota um conceito mais abrangente e define a prova ilícita como sendo “*toda a prova que, devido ao modo como foi adquirida, aos factos de que faz prova, ao modo como é trazida a juízo ou que por qualquer outra razão, extrínseca ou intrínseca ao processo, viola disposições de direito, processual ou material*”.

Segundo SARA DE OLIVEIRA¹²⁸ prova ilícita é a prova “*cujo modo de obtenção o direito material reprovava ou cuja produção em juízo consubstancia violação de direito material*”.

Para nós a prova ilícita é aquela cujo modo de obtenção e/ou produção viola normas de direito material, independentemente de tal violação ser externa ou interna ao processo.

3. Distinção de figuras próximas

A prova ilícita é muitas vezes confundida com outras figuras e por isso, para melhor compreensão do seu conceito é necessário distingui-la, embora de forma breve, das figuras que com ela se confundem.

3.1. Prova ilícita e prova imoral

A primeira distinção que importa fazer é entre a prova ilícita e a prova imoral. Enquanto a prova ilícita implica uma violação da ordem jurídica, isto é, viola normas de direito material quer essa violação seja externa ou interna ao processo, a prova imoral não viola a ordem jurídica – logo é tida como uma prova lícita, todavia, a sua utilização em processo poderá eventualmente ser afastada pelo julgador por ser uma prova que foi obtida através da violação de normas éticas ou de ordem moral que são impostas ao ser humano.

Assim, sendo a moral tida como elemento de manifestação da dignidade e honestidade, à imoralidade cabe o comportamento desonesto, malicioso e antiético. Logo, a prova imoral será aquela que tem em seu âmago a deslealdade e a indecência¹²⁹.

¹²⁷ MORGADO, Pedro Trigo, *Admissibilidade...* ob., cit., p. 85.

¹²⁸ OLIVEIRA, Sara Ferreira de, *Admissibilidade...* ob., cit., p. 19.

¹²⁹ ROCHA, Maria Luiza do Valle, *A prova ilícita no processo civil português*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 41.

O tribunal poderá apreciar livremente esta prova e de acordo com a sua convicção o juiz poderá ou não utilizá-la para a decisão do caso.

O caso paradigmático de prova imoral é o da “esposa comprada” enunciado por ZEISS, em que a esposa renuncia ao seu direito de recusar a depor como testemunha porque o seu marido – que era o demandante da causa – ofereceu-lhe uma quantia em dinheiro para o efeito. O advogado do réu tomou conhecimento desse facto e objectou-se à valoração desse depoimento por considerar ser uma prova ilicitamente obtida¹³⁰.

Conforme já referido, esta prova não é ilícita pois não viola a ordem jurídica e nos termos do art.º 497º n.º 1 al. c) do CPC, o cônjuge pode recusar-se a depor nas acções em que seja parte o outro cônjuge. Se não quiser recusar por achar que está preparado para prestar o seu depoimento pode fazê-lo. Neste exemplo o que se questiona é o motivo pelo qual a esposa decidiu não renunciar ao seu direito, o que atenta contra os valores éticos. Caberá então ao juiz, com base no princípio da livre apreciação da prova valorar o depoimento prestado (art.º 607º n.º 5 do CPC).

3.2. Prova ilícita e prova viciada

Outra figura que não se confunde com a prova ilícita é a da prova viciada. A prova viciada é aquela cujo conteúdo não corresponde à verdade, sendo portanto falso. Diferentemente da prova ilícita que apesar de ter violado normas de direito substancial e/ou processual, o seu conteúdo é verdadeiro, isto é, corresponde à veracidade dos factos.

A prova viciada equivale à prova falsa, sendo tida a falsidade “como atributo de toda a representação ou afirmação desconforme com a realidade”¹³¹.

Devemos ter em atenção que a “problemática relativa à prova ilícita só reveste autonomia caso o seu conteúdo seja verdadeiro, corresponda à realidade tal como ela objectivamente se apresenta. Se esse conteúdo é falso, o problema reconduz-se ao da prova viciada”¹³².

Quanto aos mecanismos de protecção, para a prova viciada o legislador estabeleceu meios que obstam à sua eficácia em juízo como a falsidade de documentos

¹³⁰ ALEXANDRE, Isabel, *Provas...* ob., cit., p. 32 e 33.

¹³¹ FREITAS, José Lebre de, *A falsidade no direito probatório*, 2ª Ed. Atualizada, Almedina, Coimbra, 2013, p. 109.

¹³² ABRANTES, José João, *Prova...* ob., cit., p. 12.

– art.ºs 444º e ss CPC e 372º CC. Em relação à prova ilícita a lei processual civil é omissa.

3.3. Prova ilícita e prova inadmissível.

A prova inadmissível é aquela que por qualquer razão não pode ser incluída no processo.

Como refere ISABEL ALEXANDRE, a inadmissibilidade da prova pode derivar de quatro razões¹³³: a) porque o legislador, suspeitando do contributo por ela prestado para a busca da verdade resolve subtraí-la à apreciação do juiz; b) porque o requerimento de prova foi apresentado fora do prazo estabelecido pela lei; c) porque a lei substantiva exige a observância de formalidades *ad probationem* ou *ad substantiam* para certos actos; d) porque infringem certos direitos fundamentais que funcionam como limites à descoberta da verdade.

A inadmissibilidade da prova pode respeitar quer às provas pré-constituídas como às provas *constituendas*. Quanto às provas *constituendas*, a sua inadmissibilidade é justificada por três motivos: a) a lei proíbe a prova de certo facto; b) a lei exclui certas pessoas como fontes de prova; c) restrição quanto ao modo de realização de uma operação probatória¹³⁴.

Outro tipo de prova que não se confunde com a prova ilícita nem mesmo com a prova inadmissível é a prova irrelevante ou desnecessária – aquela que não tem nenhuma relação com o objecto da acção. O princípio da limitação dos actos inúteis (art.º 130º CPC) impede que esta prova seja incluída no processo e, por esse motivo, o julgador deve rejeitá-la.

A este propósito o acórdão do TRG¹³⁵ de 20-10-2011, referiu que “*não pode entender-se que uma diligência de prova é impertinente só pela circunstância do facto a provar ou a contra-provar poder ser provado por outro meio de prova, ou que o meio requerido não o prova de forma plena, ou ainda que este iria fazer prolongar a duração do processo. Uma diligência de prova só pode considerar-se impertinente se não for idónea para provar o facto que com ela se pretende provar, se o facto se*

¹³³ ALEXANDRE, Isabel, *Provas...* ob., cit., p. 29.

¹³⁴ *Idem*, p. 30.

¹³⁵ Processo nº 3361.0TBBCL-B.G1. Relator: Carlos Guerra. Acesso em 21-11-2018.

encontrar já provado por qualquer outra forma ou se carecer de todo de relevância para a decisão da causa”.

3.4. Prova ilícita e prova atípica

Outra figura que comumente se confunde com a prova ilícita é a prova atípica.

A distinção entre as duas prende-se com o facto de a prova ilícita ser aquela que viola o ordenamento jurídico (viola uma norma, princípio ou interesse protegido) e a prova atípica ser aquela que não está prevista no ordenamento jurídico (não será enunciada como meio de prova)¹³⁶.

Todavia, a doutrina das provas ilícitas e a das provas atípicas apresenta vários pontos de convergência, quer porque determinadas provas ilícitas poderão ser tidas como atípicas, quer porque as provas atípicas também são objecto de discussão quanto à sua admissibilidade ou não em processo, quer porque alguns autores defendem a possibilidade de se utilizar a prova ilícita como se de uma prova atípica se tratasse¹³⁷.

Em relação ao processo civil português, importa analisar se os meios de prova elencados obedecem ao princípio da taxatividade ou se constituem um modelo exemplificativo, admitindo, deste modo outros meios de prova.

A propósito dessa questão surgiram três teorias que discutiram o problema da admissibilidade das provas atípicas no processo: a *legalista*, a *analógica* e a *discricionária*¹³⁸. A teoria *legalista* defende que a enumeração legal dos meios de prova reveste carácter taxativo; a teoria *analógica* admite a existência de novos meios de prova, desde que seja possível enquadrá-los numa das categorias previstas na lei; e a teoria *discricionária* baseia-se na liberdade dos meios de prova, devendo o juiz decidir se os admite ou não.

A doutrina italiana tem defendido, de modo unânime, a teoria discricionária, cabendo ao juiz a livre admissibilidade dos meios de prova. Os fundamentos para tal tese, prendem-se, como afirma ISABEL ALEXANDRE, “*ora com a consagração do*

¹³⁶ MORGADO, Pedro Trigo, *Admissibilidade...* ob., cit., p. 91.

¹³⁷ No mesmo sentido ALEXANDRE, Isabel, *Provas...* ob., cit., p. 34; CAMPOS, Sara Rodrigues, *(In)admissibilidade de provas ilícitas – dissemelhança na produção de prova no direito Processual?*, Almedina, Coimbra, p. 42.

¹³⁸ ALEXANDRE, Isabel, *Provas...* ob., cit., p. 34.

princípio da livre apreciação das provas, ora com a existência de uma disciplina das presunções simples, ora com a licitude das provas atípicas”¹³⁹.

Em relação ao carácter taxativo ou exemplificativo das provas atípicas, CAVALLONE¹⁴⁰, a propósito do ordenamento italiano, defende “que não faz sentido dizer que um elenco é taxativo ou exemplificativo, sem que esteja verificada preliminarmente a homogeneidade lógica dos vários elementos que o compõem”. Segundo o autor, “esta homogeneidade não se encontra nos modernos catálogos legais ou doutrinários”.

Desse modo, apoiando-nos em ISABEL ALEXANDRE¹⁴¹, pensamos que a tese de CAVALLONE pode ser transferida para o direito português, pois, embora o CC disponha nos seus art.ºs 349º e ss., um catálogo de meios de prova, este, por sua vez, apresenta natureza variada, pelo que, não faz sentido discutir o carácter taxativo ou exemplificativo do mesmo.

Porém, a autora ressalta que a discussão da admissibilidade dos meios de prova que não constam desse elenco legal não é inútil uma vez que nada impede que esse elenco possa ser reduzido (de modo a, dentro dele, encontrar tipos legais) e completado com outros meios previstos fora do CC, v.g., a prova por apresentação de coisas imóveis – art.º 416º n.º 2 e 3 do CPC.

Todavia, no ordenamento português, a questão da admissibilidade das provas atípicas não tem sido recebida com unanimidade pois alguns autores defendem a admissibilidade de meios atípicos e outros a rejeitam.

Assim, LEBRE DE FREITAS¹⁴², defende que vigora um sistema de taxatividade dos meios de prova tendo como fundamento o art.º 345º n.º 2 do CC que regula a nulidade das convenções sobre as provas, não podendo, desse modo, ser admitidos outros meios de prova.

Por seu turno, admitindo a prova atípica, A. VARELA, J. M. BEZERRA e S. NORA¹⁴³ defendem que “tudo quanto se mostre capaz de testemunhar (através da percepção, do raciocínio ou da intuição do observador) a existência de um facto (positivo ou negativo) com interesse para a decisão da causa, pode, em princípio, ser admitido como meio de prova”.

¹³⁹*Ibidem*.

¹⁴⁰*Apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas...* ob., cit., p. 36.

¹⁴¹ *Idem*, p. 39.

¹⁴² FREITAS, José Lebre de, *A confissão no direito probatório – um estudo de direito positivo*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, p. 256 e nota 40.

¹⁴³ VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e, *Manual...* ob., cit., p. 469.

Embora com restrições, CASTRO MENDES defende que o art.º 345º n.º 2 CC que sanciona com nulidade as convenções por meio das quais se admite um meio de prova diverso dos legais, impede as partes de ampliar o elenco legal dos meios de prova, e explica que isso “é inteiramente justificado em processo civil, em atenção ao princípio segundo o qual as partes não dispõem da forma de solução do litígio”¹⁴⁴.

Ora, quanto a esta questão, acompanhamos os autores que defendem a admissibilidade da prova atípica, excluindo desse modo, o carácter taxativo dos meios de prova, uma vez que estes contribuem para a busca da verdade e além disso, a sua inadmissibilidade representa uma restrição desnecessária ao direito à prova consagrado no art.º 20º da CRP.

Assim sendo, segundo ISABEL ALEXANDRE, “o ponto de partida deve ser, antes, o da sua admissibilidade, só se impondo solução diversa na medida em que tal seja necessário para defender outros direitos ou interesses”¹⁴⁵.

Do exposto, podemos inferir que existe uma impossibilidade de extrair os fundamentos da admissibilidade da prova ilícita recorrendo à prova atípica uma vez que em relação a esta a regra é a da admissibilidade, sendo admitida solução inversa nos termos *supra* mencionados. Pelo contrário, no que às provas ilícitas diz respeito, a regra é a da inadmissibilidade, podendo ser admitidas em determinadas circunstâncias, conforme se analisará mais adiante¹⁴⁶.

4. Provas ilícitas em processo penal

Para melhor percepção do problema ora suscitado, pensamos ser necessário fazer uma brevíssima exposição da problemática das provas ilícitas em processo penal.

No direito processual penal a questão da admissibilidade das provas ilícitas é tratada de forma expressa pelo art.º 32º n.º 8 da CRP que prevê as garantias do processo criminal, sancionando com nulidade as provas que violam direitos materiais dos cidadãos, sendo proibida a sua utilização ou valoração no processo¹⁴⁷.

¹⁴⁴ MENDES, João de Castro, *Direito processual...* ob., cit., p. 720.

¹⁴⁵ ALEXANDRE, Isabel, *Provas...* ob., cit., p. 46.

¹⁴⁶ No mesmo sentido, *vide* CAMPOS, Sara Rodrigues, (*in*) *admissibilidade...* ob., cit., pp. 44-45.

¹⁴⁷ A doutrina alemã dominante faz uma clara distinção entre “as hipóteses de proibições de produção de provas e as de proibições de utilização de provas. As primeiras advêm do regulamento ou limitação do modo de obtenção das provas, e, as segundas, vedam o uso judicial das provas que já foram obtidas. Dentro do âmbito relativo às proibições de produção probatória é feita, também, a distinção entre proibições de temas probatórios, proibições de meios probatórios e proibições de métodos probatórios”.

De acordo com a construção dessa norma, as proibições de prova são divididas em duas categorias: proibições absolutas, porque colidem com direitos indisponíveis e inalienáveis, relativamente aos quais o consentimento do titular é irrelevante para efeitos de obtenção de prova, v.g. a dignidade humana e a integridade física ou moral da pessoa; e proibições relativas – quando violem direitos disponíveis ligados à privacidade. No caso destas, “serão admissíveis a validade de meios de prova que, de algum modo, colidem com estes valores e direitos sempre que haja uma habilitação legal para tal ou quando o titular do direito violado haja dado o seu consentimento, ao passo que nas primeiras o consentimento do lesado e uma autorização por parte da lei é totalmente irrelevante para uma futura valoração das provas obtidas”¹⁴⁸.

Além do art.º 32º n.º 8 da CRP, encontramos ainda no Código de processo penal uma norma que de forma expressa afasta a utilização de provas obtidas de modo ilícito, estatuidando no seu art.º 125º que só são admissíveis os meios de prova que não forem proibidos por lei.

À semelhança do n.º 8 do art.º 32º CRP, o art.º 126º do CPP estabelece que “*são nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas*”. Descrevendo no seu n.º 2 de que forma é que se pode ofender a integridade física ou moral das pessoas, e o n.º 3 sanciona igualmente com nulidade as “*provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular*”.

Ora, diante do conflito existente entre a busca da verdade e o respeito pelo princípio da legalidade, não raras vezes a descoberta da verdade em processo penal tem sido limitada pelas regras legais que impõem a observância de meios legítimos para a sua obtenção onde a “legalidade dos meios de prova, bem como as regras gerais de produção de prova e as chamadas «proibições de prova» são condições de validade processual da prova e, por isso, critérios da própria verdade material”¹⁴⁹.

Poderá questionar-se se no intuito de se alcançar a verdade material, podem ser empregados e/ou admitidos quaisquer meios de obtenção de prova. Obviamente a resposta é negativa, desde logo, porque num Estado de Direito democrático não é

Vide GALVÃO, Ricardo Neto, *O efeito-à-distância*, Relatório de Mestrado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2012, p. 5.

¹⁴⁸ MELO, Nuno Miguel, *Dos limites do efeito à distância nas proibições de prova*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2012, p. 6.

¹⁴⁹ SILVA, Sara Oliveira e, *Legalidade da prova e provas proibidas*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, n.º 4, Outubro - Dezembro de 2011, Coimbra Editora, Coimbra, p. 546.

aceitável que os fins justifiquem os meios, tampouco a busca da verdade e a consequente realização da justiça pode ser alcançada à custa da violação de direitos fundamentais dos cidadãos, v.g. torturar¹⁵⁰ o arguido para confessar determinado facto de que é acusado.

A realização da justiça não pode ser tida como um valor absoluto que deve ser alcançado a qualquer custo. Esta encontra-se muitas vezes limitada pela salvaguarda de outros valores que com ela colidam. Logo, *“a eficácia da Justiça é (...) um valor que deve ser perseguido, mas (...) só é aceitável quando alcançada lealmente, pelo engenho e arte, nunca pela força bruta, pelo artifício ou pela mentira, que degradam quem os sofre, mas não menos quem os usa”*¹⁵¹.

Face à proibição expressa de utilização de prova ilícita em processo penal, tem se questionado se essa proibição é absoluta ou se poderá, em casos excepcionais, admitir-se aquele tipo de prova.

Em sentido afirmativo, MIRANDA E MEDEIROS¹⁵² entendem que a nulidade estabelecida pelo art.º 32º nº 8 CRP deve ser tomada em sentido forte, isto é, *“como proibição absoluta da sua utilização no processo; pois seria intolerável que para realizar a Justiça no caso fossem utilizados elementos de prova obtidos por meios vedados pela Constituição e incriminados pela lei”*.

De igual modo, SYDOW citado por MANUEL DE ANDRADE¹⁵³ sustenta que a vedação de utilização das provas ilicitamente obtidas “garantirá maior segurança jurídica do que os juízos de ponderação segundo o caso concreto, que apelam para a gravidade da suspeita do facto como fundamento da admissibilidade de valoração das provas ilicitamente obtidas ou para a gravidade da agressão, levada a cabo pelo particular, aos direitos do arguido como fundamento da sua não-valoração”.

Inclinando-se para uma flexibilização das normas proibitivas, OTTO citado por MANUEL DE ANDRADE¹⁵⁴, refere que “o facto de um meio de prova ter sido ilicitamente obtido por um particular não preclude, por via de regra, a sua utilização em processo penal” uma vez que “não existe qualquer princípio segundo o qual quem

¹⁵⁰ A tortura representa o modo mais agravado de tratamento cruel e desumano que consiste num *“acto originador de dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, intencionalmente infligidos a uma pessoa para dela obter informações, a intimidar ou a punir”* – CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição...* ob., cit., p. 456.

¹⁵¹ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 361.

¹⁵² *Idem*, p. 362.

¹⁵³ ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições...* ob., cit., p. 43.

¹⁵⁴ *Idem*, p. 45.

praticou um crime não haja de ver utilizado contra si um meio de prova que um outro obteve à custa de uma conduta ilícita, mesmo que criminalmente punível. O que a ideia de direito reclama nessa situação é, antes, o restabelecimento da paz jurídica através da perseguição dos crimes de todos os agentes”.

Não subscrevemos completamente os argumentos invocados por este autor, especialmente a última parte, porquanto parece-nos que na sua perspectiva, o que importa é o restabelecimento da paz jurídica, independentemente desta ser ou não restabelecida através da utilização de meios de provas ilícitos. Como vimos anteriormente, a realização da justiça não é um valor absoluto que se alcança de qualquer forma.

Apesar de existir no ordenamento jurídico português a proibição expressa da utilização de provas ilícitas em processo penal, pensamos que essa vedação não deve ser tomada em termos absolutos, abrindo-se espaço para, mediante aplicação do princípio da proporcionalidade, ponderar se naquele caso concreto aquela prova deve ou não ser admitida e valorada pois poderá se tratar do único meio idóneo para provar a inocência do arguido¹⁵⁵.

No mesmo sentido, PAULO SOARES¹⁵⁶ afirma que a proibição da prova “(...) *dependerá das circunstâncias do caso concreto, da ponderação dos interesses em conflito e da necessidade e proporcionalidade da medida invasiva*”. Porquanto, “*ainda que exista um sacrifício para direitos fundamentais, ele encontra justificação na necessidade de salvaguardar outros direitos ou interesses da comunidade*”.

5. Provas ilícitas por derivação: teoria dos frutos da árvore envenenada

Nalguns casos, da prova ilícita (primária) derivam outras provas que a doutrina tem denominado por provas derivadas, mediatas ou indirectas. A questão que surge é a de saber se estas provas que se obtêm por meio de provas ilícitas carregam consigo a ilicitude daquelas (e em que medida), ou se apesar de derivarem de provas ilícitas, a ilicitude destas não as afectam.

Como resposta a esta questão surgiu no ordenamento norte-americano, a teoria dos frutos da árvore envenenada [*fruit of the poisonous tree doctrine*: metáfora segundo

¹⁵⁵ Cfr Capítulo V, ponto 5.4.

¹⁵⁶ SOARES, Paulo Alexandre Fernandes, *Meios de obtenção de prova no âmbito das medidas cautelares e de polícia*, 2ª Ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 113.

a qual o veneno que enferma a árvore afecta também os seus frutos, ou seja, o veneno da prova ilícita é extensivo às suas derivações ou às restantes provas dela resultantes ou que dela se originem] da qual derivou o princípio do *efeito-à-distância* das provas¹⁵⁷.

Este problema foi abordado pela primeira vez no caso *Silverthorne Lumber Co. Vs United States* em 1920, e posteriormente foi também abordado noutros casos v.g. *Nardone vs United States* em 1939 e *Wong Sun vs United States* em 1963¹⁵⁸.

Nestes casos chegou-se à conclusão que as provas secundárias ou mediatas que derivaram de provas ilícitas eram também ilícitas e, por essa razão, não deviam ser admitidas no processo pois “*a ineficácia da prova ilegalmente obtida afecta as provas, que, embora sejam lícitas, se baseiam em dados conseguidos de forma ilícita, não se admitindo tais provas*”¹⁵⁹.

A (in)admissibilidade das provas derivadas baseia-se no facto de que a doutrina dos frutos da árvore envenenada “*é não apenas a orientação capaz de dar eficácia à proibição constitucional da admissão da prova ilícita, mas também, a única que realiza o princípio de que, no Estado de Direito, não é possível sobrepor o interesse na apuração da verdade real à salvaguarda dos direitos, garantias e liberdades fundamentais (...)*”¹⁶⁰.

Nesse sentido, no acórdão do STJ de 31-01-2008¹⁶¹ afirmou-se que “o efeito-à-distância é a única forma de impedir que os investigadores policiais, os procuradores e os juízes menos escrupulosos se aventurem à violação das proibições de produção de prova na mira de prosseguirem sequências investigatórias às quais não chegariam através dos meios postos à sua disposição pelo Estado de Direito”.

No entanto, alguns autores defendem a admissibilidade das provas derivadas ou secundárias, contrapondo-se, desse modo, à tese do efeito-à-distância e para tal argumentam que não existem normas que obriguem os órgãos competentes para a investigação a deixarem de lado a prova obtida através de uma prova ilícita. Além disso, defendem que o aparecimento de meras irregularidades podem criar barreiras

¹⁵⁷ No mesmo sentido, Cfr MORÃO, Helena, *O efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português*, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 16, nº 4, Coimbra Editora, Coimbra, Outubro – Dezembro de 2006, p. 577.

¹⁵⁸ Cfr CUSTÓDIO, Sérgio Filipe Barata Lourenço, *Provas ilícitas: o princípio da proporcionalidade*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011, p. 45.

¹⁵⁹ *Idem*, p. 44.

¹⁶⁰ BATISTI, Leonir, *Curso de Direito Processual Penal*, Vol. II, 2ª Ed., Juruá Editora, Curitiba, 2008, p. 174.

¹⁶¹ Processo nº 06P4805, nota de rodapé nº 7. Relator: Carmona da Mota. Acesso em 29-11-2018.

intransponíveis à descoberta da verdade quer seja em processo penal como em processo civil.

No extremo oposto, LEONARDO GRECO¹⁶² contrapõe-se a esta posição e afirma que “*as provas derivadas das provas ilícitas (os chamados frutos da árvore venenosa) devem reputar-se igualmente ilícitas, sob pena de, por via indireta, acabar por legitimar-se o desrespeito a direitos fundamentais*”.

No mesmo sentido TROCKER¹⁶³ sustenta que a admissibilidade das provas derivadas facilmente apartariam as proibições de prova visto que a eficácia da prova ilícita seria restabelecida através da utilização daquelas, ou seja, estar-se-ia a permitir “entrar pela janela o que não entrou pela porta”.

Este autor defende que a solução para este problema consiste na descoberta da *ratio* das normas violadas com o comportamento oposto à Constituição; só haverá efeito-à-distância se as normas violadas protegem direitos como a integridade moral e física ou a esfera da reserva; pelo contrário, se estiver em causa a violação de normas processuais não haverá efeito-à-distância¹⁶⁴.

A dificuldade de determinar com exactidão quais provas derivam efectivamente de provas ilícitas tem suscitado grandes obstáculos à aplicação prática da teoria do efeito-à-distância aos casos concretos.

Por isso, o julgador tem a obrigação de, perante o caso concreto, examinar com extremo cuidado as particularidades que envolveram a produção da prova para determinar se esta derivou ou não de uma prova ilícita, pois a aplicação da teoria da árvore envenenada depende da existência de um nexo de causalidade entre a prova ilícita primária e a prova derivada, caso contrário, estas provas não são afectadas pela ilicitude daquelas por não existir nenhum nexo de causalidade entre o comportamento ilícito primário e a prova derivada.

Por essa razão é indispensável que se determine o nexo efectivo de causalidade entre a prova primária e a prova secundária pois o efeito-à-distância só se verificará se as duas provas se situarem numa relação de conexão de ilicitude. Não seria justo sancionar uma prova com nulidade e consequentemente recusar a sua

¹⁶² Apud CARVALHO, Michelle Aurélio de, *Flexibilização da inadmissibilidade das provas ilícitas*, in Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, nº 6, Junho de 2005, p. 555. Disponível em <http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista06/Discente/07.pdf>. Acesso em 25-11-2018.

¹⁶³ Apud ALEXANDRE, Isabel, *Provas...* ob., cit., p. 150.

¹⁶⁴ *Idem*, p. 151.

admissibilidade e valoração no processo se não estiver completamente demonstrado que aquela prova é reflexo de uma prova obtida ilicitamente.

Assim, no acórdão do TC¹⁶⁵ nº 198/2004 de 24-03-2004 retira-se o seguinte excerto: “(...) Isto, cotejado com a apontada amplitude das garantias de defesa contidas no artigo 32º da CRP, leva a que este Tribunal considere que, efectivamente, certas situações de «efeito-à-distância» não deixam de constituir uma das dimensões garantísticas do processo criminal, **permitindo verificar se o nexó naturalístico que, caso a caso, se considere existir entre a prova inválida e a prova posterior é, também ele, um nexó de antijuridicidade que fundamente o «efeito-à-distância», ou se, pelo contrário, existe na prova subsequente um tal grau de autonomia relativamente à primeira que a destaque substancialmente daquela**”.

Em sentido idêntico o acórdão do STJ¹⁶⁶ de 12-03-2009 referiu o seguinte:

“É inequívoca a conclusão de que o conteúdo normativo do direito fundamental previsto no art. 32º, nº 8, da CRP inclui no seu âmbito o efeito remoto da utilização de métodos proibidos de prova. O efeito à distância da prova proibida nunca poderá alcançar uma abrangência que congregue no seu efeito anulatório *provas que só por uma mera relação colateral, e não relevante, se encontram ligadas à prova proibida* ou que sempre se produziriam, ou seria previsível a sua produção, independentemente da existência da mesma prova proibida. *Nada obsta a que as provas mediatas possam ser valoradas quando provenham de um processo de conhecimento independente e efectivo, uma vez que não há nestas situações qualquer relação de causalidade entre o comportamento ilícito inicial e a prova mediatamente obtida. Pode afirmar-se que o efeito metastizante da violação das regras de proibição de prova apenas tem razão de ser em relação à prova que se situa numa relação de conexão de ilicitude.* (...) O mesmo se dirá em relação à prova produzida através de uma prova ilícita pela sua proibição quando for imperativa a conclusão de que o mesmo resultado probatório seria sempre atingido por outro meio de obtenção de prova licitamente conformado”.

Entretanto, esta teoria não é aplicada de forma absoluta pois admite algumas limitações que extinguem a ilicitude inicial, *maxime*, a doutrina da atenuação

¹⁶⁵ Processo nº 39/2004. Relator: Cons. Moura Ramos. Acesso em 17-04-2019. Grifo nosso.

¹⁶⁶ Processo nº 09P0395. Relator: Santos Cabral. Acesso a 17-04-2019. Grifo nosso.

(*attenuation doctrine*), a doutrina da fonte independente (*independent source doctrine*) e a doutrina da descoberta inevitável (*inevitable discovery doctrine*).

Segundo a **doutrina da atenuação**, as provas indirectas ou secundárias podem ser admitidas no processo “*se a conexão se tiver tornado tão atenuada a ponto de dissipar a mácula*”¹⁶⁷, ou seja, se a ligação ou a relação entre a prova ilícita primária e a prova derivada não for muito intensa e a nódoa desta for destruída, esta poderá ser admitida e valorada para a decisão da causa.

Para a concretização dessa teoria “exige-se que o facto pelo qual se imputa a culpabilidade ao agente nasça de maneira espontânea e autónoma, mediando um certo lapso de tempo entre o vício de origem e a prova derivada, ou a intervenção de um terceiro, ou a confissão espontânea. Trata-se de dados de culpabilidade de certa forma interligados mas que surgem de forma natural e automática”¹⁶⁸.

Para a **doutrina da fonte independente**, a prova secundária não resulta da prova ilícita mas de uma fonte autónoma e legal, razão pela qual não deve ser tida também como uma prova ilícita, devendo portanto, ser admitida no processo.

O nexo de causalidade entre a prova primária e a prova secundária é quebrado “*quando existe uma prova independente dos resultados probatórios ilegalmente obtidos, que é prova legal. (...) Em consequência, não fica contaminado todo o processo, nem se produz a nulidade radical de toda a sentença*”¹⁶⁹.

A propósito desta limitação o acórdão do STJ de 07-06-2006¹⁷⁰ refere que,

“(…) A extensão da “regra de exclusão” às provas reflexas e a projecção de invalidade foi sempre conformada e limitada por circunstâncias particulares que determinam que a invalidade da prova se não projecte à prova reflexa. São os casos de prova obtida por “fonte independente”, “descoberta inevitável” ou “mácula dissipada” (...). No caso de “fonte independente”, a produção de prova autónoma corroborando os conhecimentos também derivados da prova inválida afastaria o “efeito-à-distância”; a confissão, ou a prova testemunhal autónoma têm sido consideradas o paradigma da chamada “fonte independente”. A doutrina do *fruit of the poisonous tree* nunca teve,

¹⁶⁷ MENDES, Paulo de Sousa, *O efeito-à-distância das proibições de prova*, in Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n° 74, Julho – Dezembro de 2013, p. 221. Disponível em https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1401215359.pdf. Acesso em 22-04-2019.

¹⁶⁸ JESUS, Francisco Marcolino de, *Os meios de obtenção da prova em processo penal*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2015, p. 118.

¹⁶⁹ *Idem*, pp. 115-116.

¹⁷⁰ Processo n° 06P650JSTJ000. Relator: Henriques Gaspar. Acesso em 24-07-2018.

mesmo no sistema que a formulou, um «efeito-dominó» que arraste todas as provas em quaisquer circunstâncias.

Sucintamente enunciados a formulação da doutrina e os modelos de decisão segundo critérios de coerência de acordo com a ponderação dos interesses em causa, vê-se que, no caso, tal como as decisões que as instâncias elaboraram, a invalidade das interceptações não se projecta consequencialmente em termos de ilegitimar as provas subsequentes referidas, administradas e valoradas pelas instâncias”.

Uma parte da doutrina critica o facto da limitação da fonte independente ser considerada como uma excepção à teoria do efeito-à-distância.

Entende-se que a admissibilidade e valoração dessa prova no processo é feita porque aquela teve a sua génese numa fonte independente da prova ilícita primária, ou seja, é uma prova válida em si mesma e não por aplicação de um critério de excepção. O que acontece nessa limitação é que “*apenas circunstancialmente houve aproximação do contexto de uma ilicitude, mas sem ser por ela contaminada*”¹⁷¹, existindo assim uma pequena ligação entre a prova primária e a prova mediata que derivou de uma fonte independente [razão pela qual tem sido considerada como uma excepção].

Por seu turno, *a doutrina da descoberta inevitável* “*assenta na ideia de que a projecção do efeito da prova proibida não impossibilita a admissão de outras provas derivadas quando estas tivessem inevitavelmente (would inevitably) sido descobertas, através de outra actividade investigatória legal*”¹⁷², ou seja, baseia-se na *inevitabilidade* da descoberta do facto. O facto que só ficou conhecido por causa da prova ilícita seria igualmente descoberto, mais cedo ou mais tarde, com a utilização de outros meios legais de prova. Sendo clara a *inevitabilidade* da descoberta por outros meios de prova, entende-se que não há necessidade de vedar a sua admissibilidade e valoração, razão pela qual ela deve ser admitida no processo.

Diferentemente do que sucede na limitação da fonte independente, na limitação da descoberta inevitável existe um nexo de causalidade entre as provas ilícitas principais e as provas secundárias, tornando-as igualmente em provas ilícitas. Todavia, estas poderão ser admissíveis se for indubitável a inevitabilidade da sua descoberta.

¹⁷¹ SILVA, Océlio Nobre da, *A prova ilícita no processo civil*, Relatório de Mestrado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2012, p. 48.

¹⁷² BRANCO, Carlos Castelo, *A prova ilícita...* ob., cit., p. 385.

Esta teoria baseia-se num juízo hipotético segundo o qual mesmo que aquela prova derivada não fosse utilizada no processo, chegar-se-ia à verdade com a utilização de outros meios de prova.

O exemplo precursor da aplicação dessa exceção é ilustrado no caso *Nix vs Williams*, (467 U.S. 430 de 1983), no qual um suspeito, tendo sido detido e interrogado sem a presença do seu advogado, confessou ter assassinado uma criança de dez anos de idade e indicou o local onde foi enterrado o corpo. Porém, momentos antes da sua confissão já se faziam buscas no mesmo local, e por isso o Supremo Tribunal norte-americano considerou que embora seja ilícita, a confissão é válida porque o cadáver seria encontrado pelo decurso normal das buscas que decorriam no local independentemente da confissão do acusado sobre o local em que se encontrava. Essa descoberta inevitável eliminou a ilicitude da prova derivada (a confissão)¹⁷³.

Todavia, a doutrina da descoberta inevitável tem sido alvo de críticas pois entende-se que a aplicação arbitrária desta destrói o fim visado pelo efeito-à-distância – impedir que as provas obtidas através de provas ilícitas sejam admitidas no processo.

Contudo, não tem sido fácil estabelecer limites a esta exceção. Por exemplo, no referido caso *Nix vs Williams*, o Supremo Tribunal norte-americano estabeleceu que só aplicaria esta exceção se a acusação conseguisse demonstrar, com um nível de probabilidade acima de 50%, que o facto teria sido *inevitavelmente* descoberto por meios legais [as buscas que decorriam]¹⁷⁴.

Apesar de ter a sua génese no processo penal, a teoria do efeito-à-distância é extensiva ao processo civil. Imaginemos que uma testemunha obtenha conhecimentos sobre determinados factos discutidos no processo porque teve acesso a um documento que foi obtido ilicitamente por outra pessoa. O seu depoimento deve ou não ser admitido e valorado no processo?

Partindo do regime geral de nulidade, concretamente o art.º 195º n.º 2 do CPC nos termos do qual “*quando um acto tenha de ser anulado, anulam-se também os termos subsequentes que dele dependam absolutamente; a nulidade de uma parte do acto não prejudica as outras partes que dela sejam independentes*”, ISABEL ALEXANDRE¹⁷⁵ sustenta que não decorre o efeito-à-distância das proibições de

¹⁷³ Em sentido idêntico Cfr Ac. TC n.º 198/2004, de 24-03-2004. Processo n.º 39/04. Relator: Cons. Rui Moura Ramos. Acesso a 17-04-2019.

¹⁷⁴ Em termos semelhantes Cfr MENDES, Paulo de Sousa, *O efeito-à-distância...* ob., cit., p. 222.

¹⁷⁵ ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...* ob., cit., pp. 268, 271-272.

valoração das provas dada a inexistência de dependência absoluta entre os actos que seguem procedimentos probatórios distintos.

No entanto, a autora¹⁷⁶ defende a inadmissibilidade das provas mediatas se for comprovado o nexo de causalidade e de imputação objectiva entre o acto ilícito e a prova secundária. Porém, chama atenção ao facto desse nexo não poder derivar de um entendimento maximalista do efeito-à-distância, sob pena de se impedir a efectivação do direito à prova.

A autora¹⁷⁷ defende ainda que a admissibilidade das provas secundárias não passa por soluções generalizadas e uniformes mas depende da ponderação casuística de dois factores: a) alta probabilidade de obtenção da prova secundária por via legítima (v.g. o depoimento seria admitido se já existissem vários indícios de conhecimento dos factos que a prova ilícita secundária visa provar; ou se uma quantidade considerável de pessoas soubesse do facto à data do acto ilícito – v.g. o adultério); b) interferência de uma nova fonte legítima de conhecimento (v.g. o depoimento testemunhal seria admissível se, depois de praticado o acto ilícito, alguém informasse o marido acerca da relação extra-conjugal da mulher ou se, voluntariamente ela e/ou o amante confessassem o facto).

O acórdão do STJ de 19-05-2010¹⁷⁸ optou pelo afastamento da teoria do efeito-à-distância, considerando *justificada* a ilicitude da prova obtida por se tratar de uma prova relevante para o processo e que dificilmente aqueles factos poderiam ser provados por outra forma, uma vez que “(...)no direito probatório processual civil não vigora, salvo casos excepcionais, o princípio do direito anglo-saxónico denominado “fruits of poisonous tree” – frutos da árvore envenenada”, e optando pela utilização de “um juízo de proporcionalidade [que implica a ponderação dos interesses em jogo], para saber que interesses devem prevalecer, tendo em conta (...) a verdade material”, concluiu que “não deve ser posta em causa a autenticidade da certidão, pelo que, para lá das respostas negativas a alguns daqueles quesitos (que em nada prejudicou os recorrentes), são de manter as demais respostas que, em tal certidão se basearam, desatendendo-se, destarte, a pretensão dos recorrentes que pedem se considerem não escritas as respostas afirmativas ou restritivas que pressupunham aquela certidão”, defendendo, assim, a admissibilidade das provas mediatas.

¹⁷⁶ *Ibidem.*

¹⁷⁷ *Ibidem.*

¹⁷⁸ Processo n° 158/06.5TCFUN.L1.S1. Relator: Fonseca Ramos. Acesso em 21-06-2018.

Em sentido contrário, o acórdão do TRP de 17-12-2014¹⁷⁹, que versou sobre despedimento injusto em que a entidade patronal usou como meio de prova o depoimento de uma testemunha (vigilante da loja) que obteve os conhecimentos através de imagens ilícitas de um circuito de videovigilância instalada no estabelecimento, considerou ilícito o depoimento, afirmando que *“tendo o depoimento da testemunha em causa por base factos ou o seu conhecimento, a sua razão de ciência, que derivam ou têm como suporte probatório um meio ilícito e que não pode ser valorado, facilmente concluímos que também tal depoimento não pode ser valorado. Assim, sendo a prova obtida mediante um método proibido e ilícito, ilícita é a prova adquirida mediante esse mesmo método, bem como a prova derivada ou mediata”*.

Portanto, a admissibilidade ou inadmissibilidade das provas ilícitas derivadas dependerá da ponderação das circunstâncias de cada caso concreto, havendo casos em que a ilicitude das provas primárias se estenderá às provas secundárias e outros casos em que a ilicitude daquelas não será extensiva a estas.

Em sentido idêntico, o já citado acórdão do TC¹⁸⁰ n° 198/2004 de 24-03-2004 refere que

“(…) outro sentido não tem, aliás, a doutrina dos «frutos da árvore venenosa», desde a sua formulação no direito norte-americano, que não seja aquele que exige a ponderação do caso concreto determinando a existência, ou não, desse nexó de antijuridicidade entre a prova proibida e a prova subsequente que exige para esta última o mesmo tratamento jurídico conferido àquela. (...) Aquilo que está em causa (...) é uma doutrina que abre um amplo espaço à ponderação das situações concretas, ou seja à interpretação, e que está longe de justificar, através da sua invocação, o caminho único de invalidar todas as provas posteriores à prova ilegal. Diversamente, trata-se com esta doutrina da procura de modelos de decisão assentes em critérios coerentes com a ponderação de interesses que justifica que, em determinadas circunstâncias, se projecte a invalidade de uma prova proibida, para além de nela própria, noutras provas e, em circunstâncias distintas, se recuse tal projecção”.

¹⁷⁹ Processo n° 231/.6.TTVNG.P1. Relator: António José Ramos. Acesso em 20-06-2018.

¹⁸⁰ Processo n° 39/2004. Relator: Cons. Rui Moura Ramos. Acesso a 17-04-2019.

6. Valor extraprocessual das provas ilícitas (prova emprestada).

A prova emprestada é aquela cuja produção foi realizada num processo diferente daquele em que será usada para formar a convicção do juiz sobre a ocorrência dos factos. Ou seja, “consiste no transporte de produção probatória de um processo para outro. É o aproveitamento de atividade probatória anteriormente desenvolvida, mediante traslado dos elementos que a documentaram”¹⁸¹.

Para que a prova emprestada seja admitida no segundo processo é indispensável que se observem alguns pressupostos: a) as partes devem ser as mesmas nos dois processos; b) ter sido observado o princípio do contraditório no processo originário e a c) impossibilidade de reprodução da prova no segundo processo.

Assim, no acórdão do TRC¹⁸² de 09-11-2010, excluiu-se a possibilidade de utilização de uma prova produzida noutro processo por não se terem verificado todos os requisitos exigidos para esse efeito, tendo o tribunal fundamentado nos seguintes termos:

“O relatório da perícia médica realizada no âmbito da acção de averiguação oficiosa da paternidade não retira pertinência à perícia, com a mesma finalidade, que seja requerida na acção judicial de investigação da paternidade, na medida em que aquela foi produzida em processo sem o contraditório do demandado, previsto no art.º 517º do CPC. O art.º 522º do CPC exige que a parte contra quem a prova é invocada tenha sido também parte no primeiro processo e nele tenha sido respeitado o princípio da “audiência contraditória”, nos termos caracterizados pelo art.º 517º do CPC. Não se verificando os dois referidos pressupostos, a eficácia extraprocessual da prova está excluída. Assim sendo, é inequívoco que assiste a qualquer das partes da acção de investigação da paternidade o direito a requerer o exame hematológico, mesmo que semelhante exame já tenha sido realizado em antecedente acção de investigação oficiosa da paternidade, nomeadamente quando nesta interveio, como parte, o pretense pai. Assistindo a qualquer das partes da acção de investigação da paternidade o direito a requerer o exame hematológico, não pode esse direito ser coarctado ao réu, com o fundamento de idêntico exame ter tido lugar na acção de averiguação oficiosa da

¹⁸¹ TALAMINI, Eduardo, *Prova emprestada no processo civil e penal*, in Revista de Informação Legislativa, Vol. 35, nº 140, Outubro – Dezembro de 1998, p, 146. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/426>. Acesso em 26-11-2018.

¹⁸² Processo nº 32/10.0TBMDA-A.C1. Relator: Manuel Capelo. Acesso em 26-11-2018.

paternidade, nomeadamente quando nesta não interveio, como parte, o pretense pai”.

Para alguns autores o requisito fundamental para que uma prova produza os seus efeitos noutra processo é a observância do princípio do contraditório em relação às partes litigantes. Logo, “as provas produzidas em outro juízo podem ser válidas, se nele a parte teve a oportunidade de empregar contra elas todos os meios de controle e de impugnação que a lei lhe conferia no juízo em que foram produzidas (...). Da mesma maneira, as provas do juízo penal podem ser válidas no juízo cível, se no processo criminal a parte teve a oportunidade de exercer contra elas todas as formas de impugnação facultadas pelo processo penal”¹⁸³.

No que às provas ilícitas diz respeito, a questão que se coloca relativamente à prova emprestada é saber se uma prova ilícita poderá ser trasladada do processo originário para outro processo com o fim de provar factos que se levantem neste, independentemente da transferência ocorrer do processo penal para o processo civil e vice-versa ou entre processos civis.

Já acima assinalámos que o ordenamento jurídico português acolhe o princípio do direito à prova segundo o qual as partes têm a liberdade de apresentar as provas que achem convenientes para formar a convicção do juiz ressalvando os casos de proibições de prova. Ora, desde que sejam observados os requisitos de admissibilidade, uma prova poderá ser emprestada a outro processo.

Tratando-se de uma prova ilícita, esta poderá ser usada noutra processo mediante aplicação do princípio da proporcionalidade, balanceando os interesses em causa e atendendo à impossibilidade de produção da prova. Apesar da ilicitude, esta prova poderá ser transferida de um processo para outro (processo penal ou civil), desde que sejam salvaguardadas as especificidades de cada caso concreto.

¹⁸³ NETO, Elias Marques de Medeiros, *Prova emprestada, prova ilícita e princípio da proporcionalidade*, in *A prova no direito processual civil – Estudos em homenagem ao professor João Baptista Lopes*, Editora Verbatim, São Paulo, 2013, p. 162.

7. Aplicação analógica do art.º 32º nº 8 da CRP ao processo civil?

A problemática da admissibilidade das provas ilícitas recebe tratamento diferente quando é suscitada no processo penal ou no processo civil. Este tratamento diferenciado deve-se ao facto de existir no processo penal uma norma que estabelece directamente a proibição da utilização de provas obtidas ilicitamente, qual seja, o art.º 32º nº 8 da CRP que sanciona com nulidade as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações; ao contrário do processo civil onde o legislador foi omissivo.

Diante dessa omissão tem-se questionado se o art.º 32º nº 8 respeitante às garantias de processo penal pode ser aplicado analogicamente ao processo civil para resolver o problema da admissibilidade da prova ilícita.

Antes de nos debruçarmos sobre esta questão, importa analisar se o preceito constitucional ora citado refere-se unicamente às provas obtidas por entidades públicas ou se também é extensivo às provas obtidas por particulares.

Analisando o art.º 34º nº 4 da CRP segundo o qual “*é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal*”, facilmente chegaríamos à conclusão de que o art.º 32º nº 8 da CRP ao declarar nulas as provas obtidas mediante “[...] abusiva intromissão na vida privada, [...] na correspondência ou nas telecomunicações”, estar-se-ia a referir somente às provas obtidas pelas entidades públicas, excluindo da sua esfera protectora as provas ilícitas obtidas por particulares e consequentemente o processo civil.

Com efeito, ISABEL ALEXANDRE¹⁸⁴ rejeita este entendimento e sustenta que não se deve fazer uma conjugação dos dois preceitos citados, pois de acordo com o art.º 18º nº 1 da CRP tanto as entidades públicas como as privadas encontram-se vinculadas aos preceitos constitucionais que dizem respeito aos direitos, liberdades e garantias, e por isso, os particulares incluem-se também no âmbito de protecção do art.º 32º nº 8 CRP.

De acordo com a autora, o art.º 34º nº 4 CRP tem o propósito de “reafirmar a inviolabilidade daqueles direitos por parte das autoridades públicas, reafirmação (ou

¹⁸⁴ ALEXANDRE, Isabel, *Provas... ob., cit.*, p. 235.

repetição) essa que se justifica essencialmente por razões históricas ligadas à prática de abusos por estas entidades; e autorizar (às autoridades públicas e não aos particulares) essa ingerência apenas ao nível do processo penal”¹⁸⁵.

Outro fundamento que a autora avoca a favor da aplicação extensiva do art.º 32º n.º 8 CRP aos particulares é a inserção sistemática deste no capítulo dedicado aos direitos, liberdades e garantias pessoais. Todavia, a autora considera esta atitude precipitada pois os artigos que o precedem só fazem sentido na relação Estado/indivíduo. Por conseguinte, entende que “o elemento sistemático de interpretação do art.º 32º n.º 8 não tem eficácia horizontal, limitando-se a estabelecer mais uma garantia para o arguido, nas suas relações com as entidades públicas”¹⁸⁶.

Portanto, o elemento sistemático afigura-se insuficiente para estender a aplicação do art.º 32º n.º 8 da CRP aos particulares. Perante essa insuficiência ISABEL ALEXANDRE¹⁸⁷ recorre à interpretação da letra da lei, concretamente na parte que prescreve que são nulas “*todas as provas*” e afirma que esta expressão pode não estar a se referir às provas obtidas por entidades públicas ou privadas, mas referir-se às imediata ou mediata obtidas através dos métodos descritos naquele art.º, ou então às provas desfavoráveis ou favoráveis à defesa. Desse modo, o art.º 9º n.º 3 do CC estabelece que existe uma presunção favorável à letra da lei, consequentemente, se nenhum elemento de interpretação apontar em sentido contrário, deve considerar-se uma interpretação mais abrangente do art.º 32º n.º 8 CRP, incluindo assim as provas obtidas pelos particulares.

Este entendimento é corroborado por outros autores que defendem a aplicação extensiva desse artigo aos particulares. Para FIGUEIREDO DIAS¹⁸⁸ este preceito representa “[...] a continuação, ao nível de processo, do direito fundamental dos cidadãos à integridade da pessoa [...]”. Por seu turno, CANOTILHO E MOREIRA¹⁸⁹ sustentam que esta norma tem como fim “limitar os interesses do processo criminal pela dignidade humana (art.º 1º) e pelos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático (art.º 2º) ”.

Do exposto podemos concluir que a norma do art.º 32º n.º 8 CRP é também aplicável aos particulares por força do princípio da eficácia jurídica dos direitos

¹⁸⁵ *Idem*, pp. 235-236.

¹⁸⁶ *Idem*, p. 237.

¹⁸⁷ *Idem*, p. 238.

¹⁸⁸ DIAS, Figueiredo, La protection des droits de l’homme dans la procédure pénale portugaise, in BMJ 1979, n.º 291, pp. 163 ss. *Apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas...* ob., cit., p. 238.

¹⁸⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição...* ob., cit., p. 524.

fundamentais previsto no art.º 18º nº 1 CRP e por isso, são tidas como nulas tanto as provas ilícitas obtidas pelas autoridades públicas como as provas ilícitas obtidas pelos particulares.

De seguida analisaremos se o art.º 32º nº 8 da CRP pode ser aplicado analogicamente ao processo civil.

Partindo do entendimento de que o facto de a Constituição se referir apenas ao processo penal não é motivo suficiente para atribuir carácter excepcional à norma constante do art.º 32º nº 8 CRP e tendo em conta o disposto no art.º 10º nº 2 CC que estabelece que “[...] no caso omissis procedem as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei”, ISABEL ALEXANDRE¹⁹⁰ defende a aplicação analógica daquele art.º ao processo civil, pois este não consagra de forma explícita o seu carácter excepcional. Caso contrário, ou seja, caso a regra demonstrasse o seu carácter de excepcionalidade formal, o seu âmbito estaria restrito ao processo penal e consequentemente não se aplicaria analogicamente àquele.

Afastada a demonstração da excepcionalidade formal, a autora¹⁹¹ parte para a análise da excepcionalidade material e defende que esta também não é demonstrada pois ao tomar as provas obtidas à custa da violação de direitos fundamentais como nulas não se contraria nenhum princípio geral de direito: nem o princípio da investigação da verdade, nem os princípios decorrentes do direito à prova, e sustenta que isso só ocorreria se estes exprimissem a investigação da verdade a qualquer preço, ou a possibilidade de investigação de todo o tipo de provas, não sendo o caso.

A autora¹⁹² defende ainda que a concepção do art.º 32º nº 8 CRP como norma excepcional não pode ser aceite¹⁹³, porquanto, o entendimento oposto levaria a considerar inconstitucionais todos os preceitos legais que, não assentando expressamente nela, estabelecessem restrições à admissibilidade das provas (v.g. o art.º 519º nº 3 CPC¹⁹⁴).

Nessa linha, o acórdão do TRG¹⁹⁵ de 16-02-2012, defendeu a aplicação analógica deste art.º ao processo civil, referindo que “nos termos do nº 8 do art.º 32º da

¹⁹⁰ ALEXANDRE, Isabel, *Provas...* ob., cit., p. 239.

¹⁹¹ *Idem*, p. 240.

¹⁹² *Ibidem*.

¹⁹³ Assim, MORÃO, Helena, *O efeito-à-distância...* ob., cit., p. 589, defende que “com a norma do artigo 32/8, a Constituição parece ter pretendido ir ainda mais longe, transcendendo a normal ponderação de valores inerentes ao processo penal, e criando um regime reforçado para alguns direitos fundamentais”.

¹⁹⁴ No código actual corresponde ao art.º 417º nº 3.

¹⁹⁵ Processo nº 435234/09.8YIPRT-A.G1. Relator: Manso Rainho. Acesso em 19-11-2018.

CRP, é nula - logo necessariamente ilícita e proibida - a prova obtida mediante abusiva intromissão na vida privada ou nas telecomunicações. Esta norma, conquanto formalmente prevista para o processo penal, deve ser tida como aplicável em todo e qualquer processo, e reporta-se tanto à prova obtida pelas entidades públicas como pelas entidades particulares”.

Idêntica posição defende o acórdão do TRP¹⁹⁶ de 15-05-2010 ao referir que *“apoioando-se nesta última disposição (art.º 32º nº 8), alguma doutrina e jurisprudência mais recentes vem sustentando que a sua disciplina, apesar de expressamente referenciada para o processo penal, tem aplicação analógica ao processo civil, sendo a interpretação por analogia possível devido a não ser excepcional a regra deste artigo, nem as suas razões justificativas (dimanadas dos direitos individualmente reconhecidos no citado art.º 26º nº 1) serem válidas apenas para o processo penal”.*

Já o acórdão do TRP¹⁹⁷ de 22-04-2013 defende a aplicação analógica deste preceito a outros processos ao afirmar que *“a utilização do GPS – como equipamento electrónico de vigilância e controlo que é – e o respectivo tratamento, implica uma limitação ou restrição do direito à reserva da intimidade da vida privada, consignada no artigo 26º nº 1 da CRP, nomeadamente uma restrição à liberdade de movimento, integrando esses dados, por tal motivo, informação relativa à vida privada dos trabalhadores. (...) A consequência da utilização ilícita dos meios de vigilância à distância invalida a prova obtida para efeitos disciplinares. Assim, à luz do artigo 32º, nº 8 da Constituição da República Portuguesa, a prova produzida através desses registos é nula, uma vez que a sua aquisição, o seu tratamento e posterior utilização constitui uma evidente violação da dignidade e privacidade do trabalhador, não podendo, assim, a mesma ser utilizada como meio de prova em sede de procedimento disciplinar”.*

Entretanto, não acompanhamos nem os argumentos da autora e nem os argumentos dos acórdãos citados. Embora de forma implícita, pensamos que existe uma consagração da excepcionalidade formal do art.º 32º nº 8, pois, como indica a epígrafe, este destina-se ao processo penal. Por se tratar de um processo especial e para evitar a criação de preceitos redundantes, em algumas ocasiões o processo penal utiliza subsidiariamente disposições do processo civil a fim de acautelar matérias que aquele não regula. É por exemplo o caso do art.º 104º CPP que remete a contagem dos prazos

¹⁹⁶ Processo nº 10795/08.8TBVNG-A.P1. Relator: Teixeira Ribeiro. Acesso em 19-11-2018.

¹⁹⁷ Processo nº 73/12.3TTVNF.P1. Relator: António José Ramos. Acesso em 12-04-2019.

para o processo civil. Todavia, o inverso não ocorre por causa das especificidades próprias que o processo penal apresenta. Pensamos que com a utilização da expressão “*garantias de processo criminal*” o legislador terá querido restringir o âmbito de aplicabilidade do art.º 32º ao processo penal, verificando-se assim a excepcionalidade formal deste preceito e impedindo, deste modo, a sua aplicação analógica ao processo civil¹⁹⁸.

Outro ponto em que discordamos da autora tem que ver com a excepcionalidade material. Embora à primeira vista possa parecer que a sanção de nulidade das provas obtidas com violação de direitos fundamentais não infringe nenhum princípio geral de direito, entendemos que poderá, algumas vezes, violar o direito à prova – reflexo do direito ao acesso à tutela jurisdicional efectiva previsto no art.º 20º CRP, uma vez que este direito poderá ser limitado em termos absolutos quando a prova ilícita for a única via de defesa que a parte dispõe¹⁹⁹.

Segundo PEDRO MORGADO, o direito à prova “*é violado pela interpretação que alarga ao processo civil proibições que nele não existiam, podendo o mesmo ser invocado para o princípio da procura da verdade*”²⁰⁰.

Não subscrevemos também o pensamento da autora segundo o qual a concepção do art.º 32º n.º 8 CRP como norma excepcional traduziria uma inconstitucionalidade de todos os preceitos legais que, não assentando expressamente nela, estabelecessem restrições à admissibilidade das provas.

Embora o art.º 32º n.º 8 seja a única norma da Constituição que preveja expressamente uma proibição de prova, é possível extrair proibições de provas de outros artigos constitucionais. Assim, podemos invocar proibições de provas tendo como base os art.ºs 25º (direito à integridade pessoal); art.º 26º (outros direitos pessoais que inclui o direito à identidade pessoal, [...] ao bom nome e reputação; à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar, [...]) ou o art.º 34º (inviolabilidade do domicílio e da correspondência). Os direitos fundamentais protegidos pelo art.º 32º n.º 8 são também tutelados por aqueles art.ºs, pelo que, pensamos que não há razões para fundamentar a inadmissibilidade das provas ilícitas em processo civil recorrendo à aplicação analógica daquele preceito específico do processo penal a este²⁰¹.

¹⁹⁸ No mesmo sentido, MORGADO, Pedro Trigo, *Admissibilidade*, ob., cit., p. 116.

¹⁹⁹ Em interpretação idêntica Cfr CAMPOS, Sara Rodrigues, *(In)admissibilidade...* ob., cit., p. 76.

²⁰⁰ MORGADO, Pedro Trigo, *Admissibilidade*, ob., cit., p. 117.

²⁰¹ Em sentido convergente Cfr MORGADO, Pedro Trigo, *Admissibilidade*, ob., cit., pp. 117-118.

Para recorrer à aplicação analógica não é suficiente a verificação de uma omissão pois isso não significa que o legislador não tenha previsto essa situação, mas algumas situações podem não estar reguladas porque assim não foi pretendido ou porque foi considerado desnecessário e não por simples esquecimento, concedendo à doutrina e à jurisprudência a liberdade de encontrar a melhor solução²⁰².

Outrossim, o processo penal e o processo civil regulam realidades distintas, isto é, naquele está em jogo a repressão da criminalidade tendo em vista a protecção de interesses da sociedade e neste está em causa a protecção de direitos privados, dominado essencialmente pelas partes, e com base no princípio do dispositivo, a maior parte das provas é produzida pelas partes que se encontram muito mais limitadas que o Estado no que diz respeito à sua recolha, uma vez que este dispõe de mais recursos²⁰³.

Conforme referimos anteriormente²⁰⁴, o aparecimento das proibições de prova têm como fundamento a supressão do excesso empregado pelo Estado na descoberta da verdade material dos factos, pois a História confirma que o Estado e seus representantes utilizavam quaisquer meios/métodos para obter prova dos factos e na maior parte das vezes esses métodos sacrificavam direitos fundamentais do arguido.

²⁰² Em sentido semelhante cfr CASANOVA, J. F. Salazar, *Provas ilícitas...* ob., cit., p. 120.

²⁰³ Cfr CASANOVA, J. F. Salazar, *Provas ilícitas...* ob., cit., p. 120; CARDOSO, João Daniel de Sousa Garcês, *Sobre a admissibilidade...* ob., cit., p. 94.

²⁰⁴ Cfr o ponto 1.5.1 do Capítulo I.

CAPÍTULO III

(IN)ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL

1. Considerações iniciais

O problema da admissibilidade das provas ilícitas tem merecido bastante discussão doutrinária, carecendo ainda de uma resposta unânime entre os autores. Estes encontram-se divididos entre os que defendem que a prova ilícita deverá ser sempre admissível no processo, não se colocando quaisquer limites à sua admissibilidade; outros que defendem que aquela prova não pode, em nenhuma circunstância, ser admitida no processo e ainda uma terceira corrente, esta mais flexível em relação às duas anteriores, que defende a admissibilidade da prova ilícita em determinadas situações.

Em suma, existem três correntes doutrinárias sobre a admissibilidade das provas ilícitas em processo civil: a tese permissiva ou da admissibilidade; a tese restritiva ou da inadmissibilidade e a tese intermédia ou da admissibilidade em certas condições.

2. Tese da admissibilidade da prova ilícita

Maioritariamente defendida nos países da “*commom law*” – Inglaterra, Canadá, Índia, África do Sul, e igualmente na Argentina, Dinamarca, Finlândia e E.U.A (modelo seguido nos tribunais civis), – de um modo geral, esta tese propugna o acolhimento de todas as provas ilícitas no processo pois contribuem para a descoberta da verdade²⁰⁵.

Para sustentar a admissibilidade destas provas esta corrente apoia-se nos seguintes fundamentos:

2.1. A irrelevância processual da ilicitude material

Com base neste argumento, a prova ilícita deve ser sempre admitida em juízo, pois existe uma independência entre o direito material e o direito processual.

²⁰⁵ Cfr BRANCO, Carlos Castelo, *A prova ilícita...* ob., cit., p. 129.

Os apologistas dessa tese partem da ideia de que “*a incorporação no processo das fontes probatórias é independente da forma legal ou ilegal pela qual elas são obtidas devendo apenas ser afastada pelo julgador a prova alcançada quando se infringem normas processuais. Esta autonomia do ordenamento processual pressupõe que da ilicitude material do acto de aquisição de um elemento probatório não pode fazer-se derivar a inadmissibilidade do acto processual que admite a dita prova*”²⁰⁶.

Assim, “se a ilicitude tiver ocorrido relativamente às provas pré-constituídas, a sua eficácia e valor probatório manter-se-ão, uma vez que sanções de cariz penal poderão acarretar o efeito dissuasório pretendido com a proibição de provas ilícitas, não sendo necessário que estas sejam nulas”²⁰⁷. Logo, a prova ilícita conserva o seu valor probatório uma vez que a ilicitude material não releva para efeitos processuais da prova, devendo o juiz fundamentar a sua decisão com base nela.

Entretanto, não podemos subscrever o entendimento de que as provas ilícitas devem ser admissíveis e valoradas no processo com fundamento na irrelevância da ilicitude material em relação ao direito processual. Tanto o direito material como o direito processual são ramos que pertencem ao Direito e este busca incessantemente a segurança e a paz social. Apesar da independência científica que cada ramo apresenta para concretizar os seus objectivos, “*as finalidades inerentes ao Direito não laboram numa lógica distintiva para com o material ou o processual. Estes são parte integrante daquilo que o Direito visa almejar*”²⁰⁸. O facto de a ilicitude da prova ser externa ao processo, não deve significar que esta seja irrelevante para este, caso contrário estaríamos a criar um fosso entre estes ramos. O Direito tem de ser visto como um todo e nessa perspectiva tanto a ilegalidade material como a ilegalidade processual representam uma oposição à juridicidade, havendo em ambas a possibilidade de virem a ser violados direitos fundamentais dos cidadãos, facto que não se harmoniza com a consagração de um Estado de Direito democrático cujo núcleo fundamental é a protecção daqueles direitos.

Como forma de superação desta teoria, TROCKER afirma que a jurisprudência alemã elaborou uma espécie de contrariedade à Constituição como fonte de proibições de prova, baseando-se na distinção entre a violação das normas de direito material e a violação das normas constitucionais. Este autor defende que “*a recondução dos juízos*

²⁰⁶ CASANOVA, J.F. Salazar, *Provas ilícitas...* ob., cit., p. 103.

²⁰⁷ CAMPOS, Sara Rodrigues, *(In)admissibilidade...* ob., cit., p. 86.

²⁰⁸ CUSTÓDIO, Sérgio Filipe Barata Lourenço, *Provas ilícitas...* ob., cit., p. 57.

*de valor das normas materiais e processuais a uma origem comum não seria, aliás, inteiramente nova, encontrando-se presente, por exemplo, no conceito de unidade do sistema jurídico de KELLNER*²⁰⁹.

Embora não perfilhemos a aplicação analógica do art.º 32º n.º 8 da CRP ao processo civil, existem, como já o referimos anteriormente, outras normas constitucionalmente consagradas que defendem ou protegem os mesmos direitos fundamentais, e essa protecção não faz distinção entre o direito material e o direito processual.

Por seu turno, ISABEL ALEXANDRE é de opinião que o argumento da separação entre o direito material e o direito processual não soluciona o problema da admissibilidade processual das provas ilícitas pois *“a produção da prova em juízo (que é o momento em que a prova ilicitamente obtida tem ingresso no processo) pode, em si, violar certas regras constitucionais e, quando assim seja, o dogma da separação não oferece resposta para a questão da admissibilidade da mesma, dada a obediência devida pelo juiz à Constituição*”²¹⁰.

2.2. A celeridade processual

Outro argumento em que se baseia a corrente permissiva tem que ver com a celeridade processual.

De acordo com este argumento a discussão entre as partes sobre a admissibilidade ou não de determinada prova ilícita afectaria o princípio da celeridade processual pois perder-se-ia muito tempo para se chegar à justa decisão da causa, o que causaria grave prejuízo àquele princípio que é considerado um dos princípios do processo e que decorre do princípio do acesso ao direito e tutela efectiva consagrado no art.º 20º n.º 4 CRP. Por esse facto, defende-se que as provas ilícitas deviam ser sempre admitidas.

Todavia, não perfilhamos este entendimento. Embora seja guiado pelo princípio da celeridade processual, este não é o único ou o mais importante princípio em que se rege o processo civil, por isso a celeridade processual não deve ser alcançada a qualquer preço ou à custa da violação de outros princípios como o da audiência

²⁰⁹ TROCKER, Nicolás *apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas...* ob., cit., p. 174.

²¹⁰ ALEXANDRE, Isabel, *Provas...* ob., cit., 175.

contraditória – art.º 3º nº 3 e 415º CPC, que interdita a admissão ou produção de quaisquer provas sem que seja dada à parte contrária a oportunidade de as contrariar²¹¹.

No mesmo sentido, ZEISS²¹² baseando-se no incidente de recusa de depoimento previsto no §387 ZPO em que se confere às partes a oportunidade de serem ouvidas sobre a legalidade da recusa antes de o tribunal decidir, defende que a admissibilidade da prova ilícita com base no argumento da celeridade processual não é consistente pois não se pode pular etapas e discussões indispensáveis ao processo.

2.3. Descoberta da verdade material

Apoiando-se na finalidade da prova, os defensores desta tese sustentam que todos os meios de prova capazes de levar à descoberta da verdade material devem ser admitidos e/ou valorados no processo, mesmo que isso implique a admissibilidade de provas ilícitas, desde que estas sejam relevantes para a causa, pois a rejeição destas implicaria o afastamento de elementos importantes para formar a convicção do juiz, impedindo assim que se obtenha uma solução justa.

Segundo esta teoria o interesse da descoberta da verdade deve sobrepor-se ao interesse que proíbe a obtenção de provas ilícitas porque este é salvaguardado por meio de aplicação de sanções civis ou criminais ao autor da lesão. O que significa que a prova ilícita deve ser admitida no processo, devendo a parte que vir o seu direito lesado socorrer-se dos meios sancionatórios facultados pela lei para a defesa dos seus interesses.

Assim, segundo JOSÉ JOÃO ABRANTES²¹³, *“a prova visa trazer factos à presença do juiz, é um trabalho (...) cujos resultados se medem em termos de verdade e não de moralidade”* e por isso, *“a justiça deve velar pela honestidade dos meios, mas isso não significa que não possa aproveitar-se do resultado produzido por certos meios ilícitos”*. Portanto, *“o valor violado (...) deve ser defendido, não através de um julgamento falso, mas através de sanções previstas na lei para essa ilicitude”*²¹⁴.

Entretanto, estes fundamentos não podem ser levados adiante pois a descoberta da verdade não é, por si só, suficiente para admissibilidade de provas ilícitas no processo. Num Estado de Direito em que são salvaguardados direitos, liberdades e

²¹¹ Em sentido idêntico Cfr ALEXANDRE, Isabel, *Provas...* ob., cit., p. 178.

²¹² *Idem*, pp. 177-178.

²¹³ ABRANTES, José João, *Prova ilícita...* ob., cit., p. 14.

²¹⁴ *Idem*, p.20.

garantias, a descoberta da verdade não pode ser obtida à custa da violação desses direitos. Deve antes estar limitada aos princípios fundamentais de um Estado de Direito.

Outro ponto que fundamenta a rejeição desta tese é o facto de existirem no CPC artigos que impõem certos limites à descoberta da verdade, quais sejam, o art.º 417º n.º 3; 454º n.º 2, que impedem as partes de colaborarem para a descoberta da verdade quando tal colaboração implicar violação de direitos de personalidade. Mesmo que a prova seja indispensável para a descoberta da verdade e a consequente composição justa do litígio, esta não pode ser obtida a qualquer custo, suprimindo-se os direitos individuais das partes. Na busca da verdade material não pode prevalecer a máxima segundo a qual “*os fins justificam os meios*”, sob pena de se transformar o processo num campo de batalha onde é permitido tudo para que se alcance o sucesso da causa.

De acordo com TÉSSIA CORREIA²¹⁵, “a admissibilidade das provas ilícitas sem restrições (...) fomentaria a proliferação deste tipo de prova dentro do meio probatório, com a agravante de, por um lado, produzir como *consequência imediata*, o desincentivo à obediência à lei, e principalmente, o desincentivo pelo respeito dos direitos fundamentais das partes, e por outro lado, uma *consequência mediata*, contribuindo para o afogamento do sistema judicial com processos eivados por provas ilícitas (...)”.

Todavia, devemos ter sempre patente que o interesse da descoberta da verdade não pode ser muito limitado em detrimento de outros interesses processuais sob pena de se compor o litígio baseando-se apenas numa verdade estritamente formal, contrariando assim, os fins a que o processo civil moderno se propõe – a busca da verdade material. Deve antes fazer-se uma ponderação das suas implicações em cada caso concreto.

2.4. O dever de dizer a verdade

Tendo em atenção que as partes processuais têm o dever de dizer a verdade sobre todos os factos, ressalvando-se as excepções admitidas pela lei (v.g. art.º 417º n.º 3 CPC), parte da doutrina usa esse dever como fundamento para defender a admissibilidade das provas ilícitas em juízo.

²¹⁵ CORREIA, Têssia, *A prova... ob., cit.*, p. 118.

Segundo esta tese a prova ilícita contrapõe-se à falsidade das alegações da parte contrária porquanto a parte só recorrerá à prova obtida ilicitamente porque a contraparte faltou o seu dever de dizer a verdade. Outrossim, as falsas declarações, ainda que sejam feitas sem intenção, põem em perigo a descoberta da verdade. Defende também que é relevante a unidade do ordenamento jurídico e em caso de conflito de interesses, subsiste o interesse público da descoberta da verdade e, por isso, a prova ilícita deve ser admitida²¹⁶.

Contudo, essa concepção, a par das anteriores, não resolve a questão da admissibilidade das provas ilícitas. Ora vejamos.

O dever de dizer a verdade não pode servir como fundamento à admissibilidade de provas ilícitas porque este não abrange todas as situações de ilicitude, é por exemplo o caso do art.º 454º n.º 2 do CPC em que as partes não têm o dever de dizer a verdade sobre factos criminosos ou torpes de que seja arguida e não tendo a parte a obrigação de dizer a verdade sobre estes factos, não se pode fundamentar a admissibilidade da prova ilícita com base neste dever.

Os art.ºs 464º CPC e 359º n.º 1 CC que sancionam com nulidade ou anulabilidade a confissão realizada por falta ou vícios de vontade, independentemente de corresponderem ou não à verdade, são preceitos que reforçam a rejeição desta tese por ser mais um exemplo de ilicitude que esta não responde.

Portanto, duas razões impedem que a prova ilícita seja admitida com base neste fundamento: “a) as alegações de facto da parte contrária não têm necessariamente de ser falsas (ela pode, por exemplo, limitar-se a impugnar a admissão do meio de prova, com base no modo como foi obtido); b) a questão de saber se a prova apresentada pode ser admitida coloca-se num momento necessariamente anterior ao do apuramento da realidade dos factos”²¹⁷.

3. Tese da inadmissibilidade ou restritiva

À tese da admissibilidade opõe-se a da inadmissibilidade ou restritiva que defende a inutilização absoluta de toda a prova ilícita no processo, independentemente da natureza da sua ilicitude. Os seus defensores repudiam quaisquer mecanismos que abrandem a inadmissibilidade destas provas, pois estão em colisão direitos que são

²¹⁶ ALEXANDRE, Isabel, *Provas...* ob., cit., p. 176.

²¹⁷ *Idem*, p. 177.

igualmente salvaguardados. Destarte, a “vedação constitucional à admissibilidade dessa espécie de prova funciona como garantia dos direitos individuais, subtraindo a eficácia jurídica do ato assim perpetrado e, via de consequência, retirando o interesse em sua obtenção”²¹⁸. Esta tese vigora no ordenamento francês, espanhol e brasileiro²¹⁹ (valendo tanto para o processo penal quanto para o civil).

Como suporte da sua posição têm sido invocados os seguintes fundamentos:

3.1. Unidade do sistema jurídico

Esta tese contrapõe-se à tese da irrelevância processual da ilicitude material que defende a separação entre o direito material e o direito processual de modo a admitir-se a prova ilícita em juízo.

Contrariamente a esta, a tese da unidade do ordenamento jurídico postula que o ordenamento jurídico deve ser visto como um todo indivisível. Assim, se certa conduta for ilícita para o direito material também o será para o direito processual porquanto a ilicitude é um conceito único na ordem jurídica, relevando tanto para o direito material quanto para o processo e por isso o ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma unitária e não fragmentada. A ilicitude material de determinada prova deve ser tida em conta pelo direito processual.

Portanto, *“sendo a ilicitude um conceito geral do direito, e não conceito especial de algum de seus ramos, o princípio de que o que é nulo e inválido é também geral: e assim, para sustentar-se a inadmissibilidade de uma prova em juízo, basta o facto de que tenha sido ela obtida ilegalmente, violando-se normas jurídicas de qualquer natureza”*²²⁰.

Por conseguinte, a doutrina é unânime no sentido de que a unidade do sistema jurídico não representa fundamento bastante para a inadmissibilidade de provas ilícitas. Segundo ZEISS, citado por ISABEL ALEXANDRE²²¹, a ilicitude material deriva duma

²¹⁸ MELLO, Rodrigo Pereira de, *Provas ilícitas e sua interpretação constitucional*, Sérgio António Fabris Editor, Porto Alegre, 2000, p. 73.

²¹⁹ A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece expressamente a vedação da utilização de provas ilícitas em qualquer tipo de processo, estatuinto no seu art.º 5º, inciso LVI, que *“são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”*. Essa vedação é também retirada do art.º 332º do CPC brasileiro que determina que *“todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos factos, em que se funda a ação e a defesa”*.

²²⁰ CUSTÓDIO, Sérgio Filipe Barata Lourenço, *Provas ilícitas...* ob., cit., p. 73.

²²¹ ALEXANDRE, Isabel, *Provas...* ob., cit., pp. 189-190.

conduta que o direito reprova cujo objectivo é a protecção de bens jurídicos, não sendo possível retirar daquela ilicitude consequências dirigidas ao tratamento processual, por exemplo, o facto de um documento ter sido furtado não significa que este não possa ser utilizado como meio de prova em processo.

O que deve ser feito nestes casos é uma ponderação do caso concreto pois a inadmissibilidade de determinada prova porque viola o direito material pode representar a violação de outros direitos materiais que merecem, igualmente, protecção no mesmo ordenamento jurídico, v.g. o direito à prova.

Portanto, não podemos aceitar que a unidade do sistema jurídico estabeleça *“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”*²²².

3.2. O interesse na descoberta da verdade

O interesse na descoberta da verdade é um argumento usado quer para defender a admissibilidade ou a inadmissibilidade da prova ilícita.

A corrente que defende a inadmissibilidade da prova com base neste argumento baseia-se na credibilidade da prova apresentada pois entende que pelo facto desta ter sido obtida ilicitamente, o seu conteúdo poderá não ser verdadeiro, o que dificultaria o alcance da verdade.

Todavia, este fundamento tem sido criticado e afastado pela doutrina por se entender que cabe ao tribunal, por meio do princípio da livre apreciação da prova, examinar se determinado meio de prova é ou não fidedigno, não podendo a prova ser excluída *ab initio* com fundamento na sua ilicitude.

É bem verdade que alguns métodos de obtenção de provas (v.g. confissão sob tortura, coacção, detector de mentiras ou narcoanálise) podem pôr em perigo a descoberta da verdade uma vez que o indivíduo para se ver livre do sofrimento que lhe é imposto poderá mentir, afectando conseqüentemente o conteúdo daquela prova. No entanto, esses meios de provas, principalmente a narcoanálise, são proibidos não pela incerteza do meio científico, isto é, por não levar à descoberta da verdade mas por

²²² ALEXANDRE, Isabel, *Provas...* ob., cit., p. 190.

representarem “a violação de certos direitos inalienáveis da pessoa humana, como a integridade psíquica (...)”²²³.

Em relação a estes métodos poderá existir a possibilidade do meio de prova não ser credível, porém, o mesmo não ocorrerá em relação às gravações de áudio, vídeos ou fotografias, que apesar de serem feitas sem o consentimento do titular do direito, absorvem e reproduzem factos verdadeiros, sem sofrerem qualquer interferência no seu conteúdo. Por essa razão, a prova não pode ser inadmissível com fundamento nesse interesse, pois não se aplicaria nestes casos.

Outrossim, não podemos ignorar que quaisquer meios de prova oferecem o perigo de serem incríveis. O risco de falsificação é inerente a todos os meios de prova. Por exemplo a lei considera a prova testemunhal como um meio admissível, todavia, esse meio de prova carrega consigo o perigo de a testemunha prestar falsos depoimentos. Portanto, a inadmissibilidade da prova ilícita não pode ter como fundamento a sua falta de credibilidade²²⁴.

3.3. O dolo não deve aproveitar o seu autor

Segundo esta tese não deve ser permitido que a parte que tenha obtido ilicitamente uma prova tire benefícios da sua utilização em processo.

Em anotação feita ao acórdão da *Corte d'Appello* de Milão, de 5 de Abril de 1934 que gravitou em torno do caso *Vigo vs. Formenti*, CARNELUTTI defendeu esta tese numa época em que o direito de propriedade era associado à dignidade humana. De acordo com o autor – que não se desviou da posição descrita no acórdão –, quem obteve ilicitamente um documento que estava na posse da outra parte não tem o direito de o exhibir em tribunal. Se apesar disso a parte insistir em apresentá-lo, deve considerar-se o acto de exibição daquele documento ilícito como ineficaz, pois “*seria absurdo admitir que, através de um comportamento ilícito, alguém ficasse numa situação mais vantajosa do que aquela em que ficaria se tivesse actuado licitamente*”²²⁵.

Este autor defendia ainda que a exibição do documento ilícito só seria admitida nas seguintes situações: se a execução pudesse ser obtida por via executiva; se, da recusa da exibição do documento pela parte contrária decorresse uma situação idêntica à

²²³ *Idem*, p. 188.

²²⁴ Em termos convergentes, Cfr CAMPOS, Sara Rodrigues, *(In)admissibilidade...* ob., cit., p. 88.

²²⁵ ALEXANDRE, Isabel, *Provas...* ob., cit., p. 197.

resultante da exibição; ou se a parte que o exibisse fosse proprietário ou comproprietário²²⁶.

No entanto, a tese de CARNELUTTI foi criticada por vários autores, dentre eles destaca-se TROCKER²²⁷ que afirma que “*tal tese se deve considerar produto da ordem de valores instituída à data no ordenamento jurídico italiano – em que era assinalável o peso de uma visão privatística do direito e da prova – e com ela coerente*”.

ISABEL ALEXANDRE²²⁸ entende que a questão da inadmissibilidade das provas ilícitas com base no argumento de que o dolo não deve aproveitar ao seu autor deve ser distinguida em duas situações: na primeira, as provas estão na posse da contraparte que tem o dever de as apresentar em juízo e não o faz, por essa razão, a parte que as necessita obtém-nas de modo ilícito; na segunda, meios de prova ilícitos, desde a sua origem em poder do apresentante (por exemplo, uma gravação secreta), ou ilicitamente obtidos da parte contrária, que não tem o dever de as apresentar em juízo por estar protegida pelo direito legítimo de recusa previsto no n.º 3 do art.º 417º CPC.

Na primeira situação descrita, a parte obtém uma vantagem ilícita que seria obtida de outro modo uma vez que a parte que possui a prova tem a obrigação de a apresentar em tribunal, se não o fizer, com base no art.º 417º n.º 2 do CPC, o tribunal aprecia livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, podendo até inverter o ónus da prova por ter impossibilitado culposamente a parte contrária de provar o facto – art.º 344º n.º 2 CC.

Pelo contrário, na segunda situação, a parte que adquire ilicitamente uma prova beneficia da ilicitude porquanto não obteria as mesmas vantagens se procedesse de forma lícita porque a parte que detém o meio de prova não tinha o dever de os apresentar em juízo, não podendo a sua recusa ser sancionada.

Este argumento (o dolo não deve aproveitar ao seu autor) não é suficiente para fundamentar a inadmissibilidade da prova ilícita, desde logo porque poderão existir casos em que a prova ilícita apresentada contenha elementos que sejam desfavoráveis à parte que a produziu e, por força do princípio da aquisição processual, aquela prova, ainda que seja desfavorável àquela parte, passa a pertencer ao processo. Por outro lado, o conteúdo da prova e as respectivas vantagens apenas são conhecidos posteriormente,

²²⁶ *Idem*, pp. 196 e 199.

²²⁷ *Apud* MORGADO, Pedro Trigo, *Admissibilidade...* ob., cit., p. 153, nota de rodapé n.º 325.

²²⁸ ALEXANDRE, Isabel, *Provas...* ob., cit., p. 201.

não sendo possível saber no momento da produção da prova se esta trará ou não vantagens à parte que a produziu para que possa aproveitar-se do dolo cometido.

Como refere ISABEL ALEXANDRE, “*do facto de a parte ter retirado um benefício da conduta ilícita para a sua actual situação processual, não decorre que caiba à lei adjectiva castigá-la, até porque essa função compete à lei substantiva*”²²⁹.

3.4. Dissuasão de comportamentos ilícitos

Para impedir que as provas ilícitas sejam admitidas em processo é invocado o argumento de que apenas a inadmissibilidade dessas provas teria um efeito dissuasor, isto é, a inadmissibilidade desincentivaria a prática de condutas ilícitas, uma vez que a admissibilidade daquelas funcionaria como um incentivo à produção de provas ilícitas pois apesar da sua ilicitude seriam admitidas. Assim, de modo a não estimular essa prática alguns autores defendem a inadmissibilidade das provas ilícitas.

Esta tese, embora seja apenas no processo penal, prevalece nos Estados Unidos da América cuja aceitação levou ao reconhecimento de excepções à regra da inadmissibilidade da prova ilícita, v.g., a boa fé.

Entretanto, esta tese é criticada pois não se consegue estabelecer a existência de uma conexão entre a admissibilidade de provas ilícitas e os actos contrários à lei que visem obter tais provas, ou seja, é impossível obter dados concretos que demonstrem que os actos ilícitos praticados são consequência da admissibilidade daquelas provas. Por outro lado, não cabe ao processo civil, por meio de proibições de prova, sancionar as condutas desvaliosas das partes porque esta é uma tarefa do direito substantivo (civil ou penal). Caso contrário, conforme refere ISABEL ALEXANDRE²³⁰, “*as proibições de prova traduzem-se em sanções acessórias que, ao contrário das previstas no direito material, não podem ser medidas: ou seja, a escolha é sempre entre a admissibilidade e a inadmissibilidade (...), não havendo espaço para circunstâncias atenuantes ou agravantes, em função das características do caso concreto*”.

²²⁹ *Idem*, p. 202.

²³⁰ *Idem*, pp. 207-208.

3.5. Ofensa à Constituição: proibição de valoração da prova ilícita

Alguns autores defendem a inadmissibilidade das provas ilícitas baseando-se numa perspectiva de defesa constitucional, isto é, entendem que as provas ilícitas ofendem a Constituição porque violam direitos fundamentais. Por essa razão não podem ser admitidas em juízo. A Constituição funciona assim como uma garantia de defesa dos direitos fundamentais.

Esta tese reveste-se de um enorme interesse pois, no que diz respeito à interpretação, alguns ordenamentos jurídicos tendem a direccionar-se para uma flexibilização das suas normas. Com efeito, com vista a proteger a liberdade e a dignidade humana, ADA GRINOVER²³¹, refere duas razões que sustentam a relevância desta orientação: “por um lado, pelo problema da prova ilícita, que sofre influência na mudança de atitude nos sistemas jurídicos, face aos problemas constitucionais e processuais, que se alteram conforme a crescente preocupação em proteger os valores fundamentais, v.g. cada vez mais expostos pela tecnologia moderna; e por outro lado, pela tendência que se verifica quanto à inclusão das provas ilícitas, o que demonstra uma ruptura com o *princípio da proibição da valoração da prova ilícita*, caminhando para uma consolidação de uma tendência antagónica”.

É indubitável que os direitos fundamentais revestem-se de grande importância na conformação social e jurídica das sociedades contemporâneas, devendo ser rejeitada a sua violação. Por conta disso, alguns ordenamentos jurídicos tiveram a preocupação de os proteger, prevendo expressamente nas suas Constituições a vedação da admissibilidade de provas ilícitas tanto em processo civil como em processo penal²³².

A constituição brasileira de 1988, baseando-se na defesa dos direitos fundamentais, consagra expressamente no seu art.º 5º, inciso LVI, que “*são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*”. Também o art.º 32º nº 8 da CRP (embora se refira às garantias do processo criminal) determina que “*são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações*”.

²³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas, interceptações e escutas*, 1.ª ed., Gazeta Jurídica Editora, Brasília, 2013, pp. 149-150.

²³² Em sentido idêntico Cfr CUSTÓDIO, Sérgio Filipe Barata Lourenço, *Provas ilícitas...* ob., cit., p. 75.

Embora reconheçamos a importância e tutela que deve ser dispensada aos direitos fundamentais, estes “*não podem ser elevados a uma categoria de direitos tal que possam servir como verdadeira espécie de imunidade à prática de actividades ilícitas*”²³³.

Portanto, não podemos subscrever esta tese por duas razões: por um lado, impõe uma posição extremista; e por outro, a ofensa à Constituição através da violação de direitos fundamentais não é, por si só, fundamento suficiente para vedar a admissibilidade de provas ilícitas em processo. A questão da (in)admissibilidade das provas ilícitas não deve ser entendida numa perspectiva absoluta e abstracta. Deve-se fazer uma ponderação casuística, apoiando-se no princípio da proporcionalidade para se poder aferir a relevância dos interesses ou valores em conflito.

4. Tese intermédia ou mista: admissibilidade da prova ilícita com base no princípio da proporcionalidade.

Para um desenvolvimento mais amplo sobre este tema, a sua abordagem será realizada de modo independente nos Capítulos IV e V, devido à relevância que o princípio da proporcionalidade apresenta para a admissibilidade da prova ilícita em determinadas circunstâncias.

²³³ *Idem*, p. 76.

CAPÍTULO IV

DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A PROVA ILÍCITA

1. Origem e evolução histórica

Embora de uma forma extrema, uma das primeiras referências à proporcionalidade é descrita pela Bíblia no livro do Êxodo²³⁴ quando refere o seguinte: “mas se resultar dano então darás vida por vida”; “olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé”; “queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe”, tendo resultado daqui a conhecida Lei de Talião – *olho por olho, dente por dente*, cuja premissa baseava-se na igual retribuição ao infractor do mal causado a outrem²³⁵.

Entretanto, na Grécia Antiga Aristóteles fazia menção ao meio termo e à justa medida, termos equivalentes à ideia de proporcionalidade (embora num plano filosófico) e de justiça material. Os cidadãos da Grécia Antiga apoiavam-se na concepção de proporcionalidade para praticar o que era bom e justo para a comunidade.

No Direito moderno este princípio tem a sua génese ligada aos direitos, liberdades e garantias do homem tendo começado a ser notabilizado na Europa a partir do séc. XIII. Foi concretamente na Inglaterra, em 1215, onde o princípio da proporcionalidade começou a ser utilizado como limite do poder exercido pelo Estado. Com a promulgação da Carta Magna por João Sem Terra, os monarcas ingleses presenciaram uma significativa redução do seu poder, gerando desse modo uma limitação do seu arbítrio e soberania.

Posteriormente o princípio da proporcionalidade despontou nos Estados Unidos da América onde é descrito como razoabilidade (*reasonableness*) e está associado ao processo de transição da ideia do devido processo legal (*procedural due process of law*).

Porém, a sua notabilidade jurídica deu-se na Alemanha [com a denominação de *verhältnismässig*, «proporcional», onde foi associado à concepção de Estado de Direito], tendo sido incorporado pela primeira vez no Direito Administrativo alemão no final do séc. XIX, com objectivo de “limitar a liberdade da actividade policial e vedar a força da sua actuação em moldes que não fossem além do necessário e exigível para a

²³⁴ Bíblia Sagrada, livro do Êxodo, capítulo 21, versículos 23 a 25.

²³⁵ Em sentido idêntico cfr ANDRADE, Sabrina Dourado França, *O princípio da proporcionalidade e o poder de criatividade judicial*, in Constituição e Processo, Coord. (Freddie Didier Júnior; Luiz Rodrigues Wambier; Luiz Manoel Gomes Júnior), Jus Podivm, Salvador – Bahia, 2007, p. 654.

consecução das respectivas finalidades, criando-se assim o *Princípio da proporcionalidade* entre meios e fins”²³⁶.

No entanto, o princípio da proporcionalidade ou princípio da proibição de excesso só ganhou dignidade constitucional depois da Segunda Guerra Mundial com a aprovação da Constituição alemã em 1949, tendo estabelecido os poderes fossem exercidos de forma moderada e proporcional.

A sua projecção jurídica deve-se essencialmente à doutrina e jurisprudência alemãs, especificamente o Tribunal Constitucional alemão que com maior frequência foi se pronunciando sobre este princípio, destacando-se o acórdão de 16 de Março de 1971, onde o Tribunal afirmou que “*o meio empregue pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com o seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível ao direito fundamental*”²³⁷.

O Tribunal Constitucional alemão estabeleceu, por meio desse acórdão, os elementos intrínsecos do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Importa referir que tanto nos Estados Unidos da América (razoabilidade) como na Alemanha (proporcionalidade), o princípio da proporcionalidade “*surgiu para defender a democracia e os direitos fundamentais, sendo sinónimas as expressões «razoabilidade» e «proporcionalidade»*”²³⁸.

Portanto, sendo reflexo do Estado de Direito, a dignidade constitucional deste princípio reflecte-se através dos direitos fundamentais, cujo objectivo principal é protegê-los de todas as violações de que sejam alvos.

Além disso, o princípio da proporcionalidade “*destina-se, também, a solucionar eventuais conflitos entre os direitos fundamentais, apontando qual deles deve prevalecer na hipótese de colisão, funcionando, aí, como importantíssimo*

²³⁶ CUSTÓDIO, Sérgio Filipe Barata Lourenço, *Provas ilícitas...* ob., cit., p.96.

²³⁷ *Ibidem*.

²³⁸ FILHO, Orlando de Moraes, *A integridade da pessoa humana no direito internacional e no direito brasileiro*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010, p. 55.

instrumento de interpretação”²³⁹, ou seja, este princípio permite a composição de conflitos concretos quando haja colisão entre direitos e interesses fundamentais.

2. Conceito

De acordo com JORGE MIRANDA²⁴⁰ “*o apelo à proporcionalidade surge quando há dois ou mais bens jurídicos carecidos de realização e sobre os quais, ocorra ou não conflito, tenha de procurar-se o equilíbrio, a harmonização, a ponderação e a concordância prática (...)*”.

Assim, de um modo geral, podemos definir a proporcionalidade como a conformidade entre os meios e os fins com vista a salvaguardar determinado direito. É o balanceamento realizado pelo julgador entre os interesses em colisão para se chegar à solução do conflito.

O princípio da proporcionalidade permite fazer “o sopesamento dos princípios e direitos fundamentais, bem como dos interesses e bens jurídicos em que se expressam, quando se encontram em estado de contradição, solucionando-se de forma que maximize o respeito a todos os envolvidos no conflito”²⁴¹.

Segundo GUILHERME FELICIANO, o princípio da proporcionalidade traduz a ideia segundo a qual “na esfera de conformação do legislador e, por extensão, no âmbito da atuação criativa dos demais poderes públicos, o excesso pode configurar a *ilegitimidade* de uma dada providência ou de sua abstenção, por derivação do *princípio do Estado de Direito*, que proíbe restrições de direitos fundamentais inadequadas à consecução dos fins a que afinal se prestam”²⁴².

Assim, tal como refere MARIA DUARTE²⁴³, a “proporcionalidade corresponde a uma exigência de actuação dos poderes públicos que seja necessária e adequada à realização do objectivo seleccionado ou à tutela de um interesse público relevante (...)”.

²³⁹ VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de, *A fungibilidade à luz dos princípios constitucionais*, in Constituição e Processo, Coord. (Freddie Didier Júnior; Luiz Rodrigues Wambier; Luiz Manoel Gomes Júnior), Jus Podivm, Salvador – Bahia, 2007, p. 613.

²⁴⁰ MIRANDA, Jorge, *Direitos fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 329.

²⁴¹ GALBIATI, Carolina Maria Morro Gomes, *Prova ilícita... ob., cit., p. 143.*

²⁴² FELICIANO, Guilherme Guimarães, *Direito à prova e dignidade humana (cooperação e proporcionalidade em provas condicionadas à disposição física da pessoa humana – abordagem comparativa)*, LTR Editora, São Paulo, 2007, p. 72.

²⁴³ DUARTE, Maria Luísa, *União Europeia e direitos fundamentais – no espaço da internormatividade*, AAFDL, Lisboa, 2006, p. 253.

Por isso, “a regra da proporcionalidade é uma regra de aplicação e interpretação do direito (...) empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais”²⁴⁴.

Sendo assim, o princípio da proporcionalidade tem a função de equilibrar a balança para ajustar a interpretação e aplicação da lei nos casos de colisão de direitos fundamentais com objectivo de se alcançar uma decisão mais adequada com a justiça, razão pela qual, “*para que seja otimizada sua aplicação depende da realidade fática e jurídica atinentes ao caso concreto posto diante daquele que deve proferir uma decisão jurídica, sendo os princípios e regras com aqueles outros colidentes elementos essenciais para a construção de uma decisão jurídica*”²⁴⁵.

De acordo com ERNESTO PENALVA²⁴⁶, “*proporcionalidad es pues algo más que un criterio, regla o elemento de juicio utilizable técnica e asépticamente para afirmar consecuencias jurídicas; constituye un principio inherente al Estado de Derecho con plena y necesaria operatividad encuan to su exigida utilización se presenta como una de las garantías básicas que han de observarse en todo caso en el que puedan verse lesionados los Derechos y Libertades fundamentales*”.

Em suma, o princípio da proporcionalidade diz respeito à adequação “que deve existir entre a ação e o resultado ou entre os valores protegidos pelas normas jurídicas. É o critério de interpretação axiológica, quando se põem em confronto valores diversos, devendo o intérprete optar pelo valor que se mostra com maior densidade ou importância”²⁴⁷.

3. Fundamento jurídico-constitucional

O fundamento do princípio da proporcionalidade não é unânime entre os autores, razão pela qual surgiram várias teses sobre o seu fundamento, *maxime*, a que

²⁴⁴ GALBIATI, Carolina Maria Morro Gomes, *Prova ilícita...* ob., cit., p. 140.

²⁴⁵ FILHO, Orlando de Moraes, *A integridade...* ob., cit., p. 57.

²⁴⁶ PENALVA, Ernesto Pedraz, *Constitución, jurisdicción y proceso*, Akal, Madrid, 1990, p. 289.

²⁴⁷ TAKAYANAGI, Fabiano Yuji, *O risco da proporcionalidade nas provas ilícitas do Processo penal*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Vol. 104, Janeiro/Dezembro de 2009, p. 850. Disponível em www.periodicos.usp.br/rfdnsp/article/download/67879/70487. Acesso em 22-04-2019.

associa este princípio à ideia de justiça; ao princípio da igualdade; à racionalidade ou proibição do arbítrio; à democracia; à dignidade e autonomia da pessoa e direitos fundamentais; à estrutura de certas normas jurídicas; e finalmente ao Estado de Direito. Em seguida analisaremos resumidamente alguns desses fundamentos.

Os que baseiam o seu fundamento na **ideia de justiça** entendem que a proporcionalidade é consequência directa da concepção de justiça, ou seja, “uma situação não é justa se contrariar a projeção jurídica do valor suprapositivo de proporcionalidade”²⁴⁸.

Parte da doutrina associa o fundamento do princípio da proporcionalidade ao **princípio da igualdade**, sustentando que este princípio é uma imposição de “*tratamento proporcionalmente igual*”. Esta concepção baseia-se na génese dos dois princípios, uma vez que tanto o princípio da igualdade como o da proporcionalidade surgiram em simultâneo, lado a lado, razão pela qual alguns autores defendem que um é fundamento do outro²⁴⁹.

Outros autores defendem que o princípio da proporcionalidade tem o seu fundamento no **princípio constitucional da democracia** que se desdobra entre a vertente material e a vertente formal. A primeira corresponde à salvaguarda dos direitos fundamentais, inexistindo democracia quando estes não são garantidos. A segunda diz respeito aos processos democráticos por meio dos quais os órgãos do Estado exercem a soberania. Havendo colisão entre ambas vertentes recorre-se à proporcionalidade para restabelecer o equilíbrio adequado, pois democracia e proporcionalidade são conceitos indissociáveis, não podendo existir democracia sem proporcionalidade e esta não sobrevive num regime não democrático²⁵⁰.

Todavia, essa ligação entre democracia e proporcionalidade não basta para associar o fundamento deste princípio àquela, porquanto este fundamento não engloba todas as funções de aplicação do princípio da proporcionalidade, uma vez que existirão situações em que este poderá ser aplicado para resolver colisões que nada têm a ver com as dimensões material e formal da democracia.

Existe ainda uma corrente que defende que o princípio da proporcionalidade tem o seu fundamento na **dignidade da pessoa humana** e nos **direitos fundamentais** e para tal baseia-se nas teorias relativas sobre o conteúdo essencial dos direitos,

²⁴⁸ CANAS, Vitalino, *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 355.

²⁴⁹ *Ibidem*.

²⁵⁰ *Idem*, p. 357.

liberdades e garantias que “admitem a variação do conteúdo essencial de acordo com as circunstâncias concretas, prescindindo de um conteúdo essencial absoluto, rígido, fixo e irrestringível”²⁵¹. Logo, o princípio da proporcionalidade tem a função de determinar em concreto o conteúdo do direito.

Outra corrente associa o fundamento do princípio da proporcionalidade ao princípio do **Estado de Direito** enquanto “conglobador e integrador de um amplo conjunto de regras e princípios (...) que garantam a protecção dos cidadãos contra a prepotência, o arbítrio e a injustiça por parte do Estado e de particulares”²⁵².

Todavia, este fundamento [o de que a proporcionalidade é derivada do princípio do Estado de Direito] não é acolhido pela doutrina com unanimidade, porquanto, autores como FÁBIO HEERDT afirmam que “*o princípio do Estado de direito garante tão-somente a legalidade dos atos da administração e, no máximo, a necessidade formal de reserva legal para intromissões estatais (intervenção) na esfera individual, não revelando nada sobre o conteúdo de leis concretizadoras das reservas legais. Por isso, o princípio do Estado de direito é insuficiente para descrever o efeito e fundamentar a validade da proporcionalidade enquanto critério do controle de constitucionalidade*”²⁵³.

Em relação ao ordenamento português, o fundamento jurídico-constitucional desse princípio tem sido analisado tanto na vertente dos direitos, liberdades e garantias quanto na vertente do Estado de Direito. Tratando-se de intromissões em direitos, liberdades e garantias, o fundamento do princípio da proporcionalidade tem sido retirado do art.º 18º n.º 2 CRP segundo o qual “*a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente provados*”, ou no Estado de Direito – art.º 2º CRP – quando não estiverem em causa aqueles direitos.

Para além destes artigos, encontramos ainda outras normas na Constituição que fazem referência expressa à proporcionalidade.

É o caso do art.º 19º n.º 4 da CRP ao estabelecer que “a opção pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência (...), devem respeitar o princípio da

²⁵¹ *Idem*, p. 358.

²⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA Vital, *Constituição... ob., cit.*, pp. 205-206.

²⁵³ HEERDT, Fábio Vieira, *Exercício de ponderação pelo juiz constitucional no processo penal brasileiro como proibição de protecção insuficiente no tema das provas ilícitas?*, in *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais – Estudos em homenagem a Jorge Dias Novais*, organizador – José Péricles Pereira de Sousa, Arraes Editores Ltda, Belo Horizonte, 2015, p. 47, nota de rodapé n.º 22.

proporcionalidade e limitar-se, nomeadamente quanto às suas extensão e duração e aos meios utilizados, ao estritamente necessário ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional”. Igualmente o art.º 266º n.º 2 CRP ao referir que “os órgãos e agentes administrativos (...) devem actuar com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade (...)”.

Ora, o princípio da proporcionalidade que modernamente deve a sua origem e desenvolvimento à doutrina e jurisprudência alemãs, rapidamente expandiu-se para outros ordenamentos jurídicos, e é hoje um princípio com assento constitucional, concebido como instrumento de interpretação e optimização de conflitos entre direitos, liberdades e garantias fundamentais.

4. Subprincípios do princípio da proporcionalidade

4.1. Princípio da adequação ou conformidade de meios

Segundo este princípio, a medida seleccionada para decidir o caso concreto deve ser adequada ou apta à concretização dos objectivos a que se propõe. A adequação visa “aferir a existência de uma relação de causa-efeito entre duas variáveis: o meio, instrumento, medida ou solução empregue pela entidade sujeita ao escrutínio, de um lado; e o objectivo, ou a finalidade que se procura atingir (...)”²⁵⁴.

De acordo com GUILHERME FELICIANO o princípio da adequação “é um critério de carácter empírico que faz referência, em uma perspectiva tanto objetiva quanto subjetiva, à *causalidade hipotética* entre as medidas restritivas e os fins prosseguidos. Para que as restrições sejam lícitas, devem ser ingerências que *garantam* ou razoavelmente *facilitem* a obtenção de êxito na finalidade visada”²⁵⁵.

O autor sustenta ainda que a adequação só terá um efeito positivo se a medida restritiva for adequada do ponto de vista qualitativo, quantitativo e subjetivo. Quanto à adequação quantitativa “é intolerável que a duração e a intensidade das restrições sejam demasiadas para a finalidade pretendida, qualquer que seja o carácter do processo e o fim da medida”; do ponto de vista subjetivo, “é de se indagar sempre qual o verdadeiro

²⁵⁴ BRANCO, Carlos Castelo, *A prova ilícita...* ob., cit., p. 295.

²⁵⁵ FELICIANO, Guilherme Guimarães, *Direito à prova...* ob., cit., p. 88.

intuito da parte requerente ou do próprio titular do órgão atuante (seja ele o juiz, o membro do Ministério Público ou a autoridade policial, conforme o caso) ”²⁵⁶.

4.2. Princípio da necessidade ou da exigibilidade

De acordo com este princípio o meio adoptado para solucionar o conflito deve ser aquele que gera menor desvantagem possível ao cidadão. Assim, a medida torna-se exigível ou necessária quando, dadas as circunstâncias, não se poderia adoptar outro meio menos gravoso mas eficiente para a prossecução do fim que se pretende, isto é, um meio capaz de alcançar o objectivo que se espera mas que represente um nível menor de restrição ao direito fundamental em conflito.

Portanto, deve ser exigida prova de que naquelas circunstâncias era muito difícil, quiçá impossível, alcançar o fim visado aplicando um meio menos gravoso pois este princípio impõe “*não apenas a identificação de todas as medidas admissíveis e idóneas para a prossecução do fim em causa, mas também que a opção tomada seja, de entre as possíveis, a menos lesiva (...)*”²⁵⁷.

Com objectivo de gerar melhores resultados, a doutrina tem tentado acrescentar outros elementos ao princípio da necessidade ou exigibilidade, quais sejam, “*a) a exigibilidade material*, pois o meio deve ser o mais «poupado» possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; *b) a exigibilidade espacial* que aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; *c) a exigibilidade temporal* que pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva usada pelo poder público; *d) a exigibilidade pessoal* significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados”²⁵⁸.

Portanto, a questão suscitada pelo princípio da necessidade ou exigibilidade não tem que ver com o facto de se ter usado aquele meio (exigibilidade absoluta), mas antes a de saber se o legislador ou o aplicador da norma tinha a possibilidade de optar pela utilização de outro meio que fosse capaz de dirimir o conflito e ao mesmo tempo fosse menos desvantajoso para a parte envolvida (exigibilidade relativa).

²⁵⁶ *Idem*, pp. 88-89.

²⁵⁷ BRANCO, Carlos Castelo, *A prova ilícita...* ob., cit., p. 295.

²⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional...* ob., cit., p. 270.

4.3. Princípio da proporcionalidade em sentido estrito

Segundo este princípio, a vantagem derivada da aplicação da norma terá de ser superior ao peso colocado por ela. Deverá ser feita uma avaliação minuciosa para se aferir se o meio utilizado é ou não desproporcional ao fim pretendido, isto é, vai se avaliar ou comparar “os sacrifícios (custos) impostos ao direito fundamental contrapostos aos benefícios (vantagens) produzidos na obtenção do fim visado com a restrição”²⁵⁹.

Directamente ligada à proporcionalidade em sentido estrito está a ideia de *justa medida*, o que significa dizer que antes da aplicação da norma restritiva tem de ser feito um balanceamento entre as desvantagens dos meios empregados e as vantagens dos fins pretendidos, no sentido de aferir se “a medida (idónea e necessária) é também ela proporcional em relação ao fim prosseguido e, assim, se a lesão que tal acto pode acarretar é ou não desmedida em relação aos benefícios que dele se podem tirar”²⁶⁰.

5. Tese intermédia ou mista

Depois de termos analisado as duas teses sobre a admissibilidade das provas ilícitas²⁶¹, podemos inferir que tanto a tese da admissibilidade quanto a tese da inadmissibilidade perfilham posições bastante extremas. Se por um lado uma defende a admissibilidade de provas ilícitas sem restrições, por outro lado, a outra defende a inadmissibilidade de tais provas em quaisquer circunstâncias. Perante este quadro extremista surge a tese intermédia ou mista, que defende uma solução mais equilibrada para solucionar a problemática da admissibilidade de provas ilícitas assente num conflito de interesses que só diante do caso concreto poderá ser resolvido, através da ponderação de todas as circunstâncias que envolvem o caso, podendo, nalguns casos, o interesse da descoberta da verdade ser perpassado em função de outros interesses.

Assim, esta tese alicerça-se nos seguintes argumentos:

²⁵⁹ NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos fundamentais e justiça constitucional*, AAFDL, Lisboa, 2017, p. 250.

²⁶⁰ BRANCO, Carlos Castelo, *A prova ilícita...* ob., cit., p. 295.

²⁶¹ Cfr os pontos 2 e 3 do capítulo III.

5.1. O princípio da boa fé

Para uma parte da doutrina o princípio da boa fé serve de fundamento para solucionar a questão da admissibilidade das provas ilícitas.

Num estudo realizado em 1983, BAUMGÄRTEL²⁶², baseando-se na unidade do sistema jurídico, defende que o princípio da boa fé impõe como regra geral a inadmissibilidade das provas ilicitamente obtidas à parte contrária, uma vez que às partes impende um dever de lealdade processual. Para tal, o autor estabelece uma distinção entre provas ilícitas que violam a Constituição (v.g. gravação secreta) e provas ilícitas que violam somente leis ordinárias (v.g. furto de um documento).

Segundo o autor, só na segunda situação é que se recorre ao princípio da boa fé para solucionar a questão da valoração da prova ilícita, pois na primeira a prova é inadmissível pela simples interpretação das normas processuais que deve ser realizada de acordo com o disposto na Constituição. A questão que se segue, de acordo com o autor, é a de saber se essa inadmissibilidade é absoluta ou se, em algumas situações, poderá ser feita uma ponderação de interesses através da aplicação do princípio da proporcionalidade que pode abrir espaço à admissibilidade de tais provas.

No entanto, esta tese é criticada dada a dificuldade de se determinar em que momento o juiz deverá decidir acerca da admissibilidade da prova visto que se a decisão de inadmissibilidade for tomada antes da produção da prova apoia-se unicamente na conduta da parte que apresentou a prova, sem ter em conta a provável violação do dever de veracidade da contraparte; se decidir depois, para que o juiz possa examinar se a contraparte violou ou não o dever de verdade, inverter-se-á a sequência lógica da análise da admissibilidade e fundamentação do requerimento de produção de prova²⁶³.

Com efeito, ISABEL ALEXANDRE²⁶⁴ apoia-se nessa crítica para demonstrar que a inadmissibilidade da prova ilícita não pode ser fundamentada no princípio da boa fé uma vez que haverá dificuldade de se recorrer a este princípio quando dele não resulta somente o dever de conduta leal mas também o dever de veracidade e plenitude das partes, havendo assim, a necessidade de fazer uma hierarquização entre os dois deveres no sentido de se determinar qual deles deverá prevalecer em caso de conflito.

²⁶² *Apud* ALEXANDRE, Isabel, *Provas...* ob., cit., pp. 218-219.

²⁶³ ALEXANDRE, Isabel, *Provas...* ob., cit., p. 222.

²⁶⁴ *Ibidem*.

Para a autora, a tese defendida por BAUMGÄRTEL não se adequa à lei portuguesa por ser incompatível com o regime da litigância de má fé descrito no art.º 542º CPC que sanciona com multa a parte que falta ao seu dever de veracidade, deixando de se referir à parte que utiliza uma prova ilícita, e por isso, segundo a autora, para o legislador é maior o desvalor da conduta da parte que violou o dever de veracidade em relação à conduta da parte que utiliza prova ilícita²⁶⁵.

O princípio da boa fé foi também invocado como fundamento de inadmissibilidade da prova ilícita pela *Cour de Cassation* de França no caso *Mme. Neocel c/ Spaeter* em que foi discutida a (in)admissibilidade de uma gravação de vídeo efectuada pelo dono de um estabelecimento comercial que desconfiava que a sua empregada furtava o dinheiro da caixa, tendo sido demitida depois da confirmação da suspeita. Apesar disso, aquela prova foi rejeitada pelo tribunal tendo fundamentado a sua decisão na violação do dever de lealdade inerente ao contrato de trabalho pois, ao filmar secretamente a sua empregada, o patrão colocou em crise a confiança que deve reinar entre a entidade patronal e o trabalhador²⁶⁶.

Portanto, pela análise das duas teses (de BAUMGÄRTEL e da *Cour de Cassation*), vemos que o princípio da boa fé poderá servir de fundamento tanto para a admissibilidade como para a inadmissibilidade de provas ilícitas. Entretanto, para nós o princípio da boa fé não se afigura como fundamento suficiente para solucionar a problemática da (in)admissibilidade dessas provas.

5.2. Distinção entre violação de direitos fundamentais e violação de direitos infraconstitucionais

Para esta tese, a admissibilidade ou inadmissibilidade de provas ilícitas dependerá do tipo de normas violadas pela prova. Assim, a prova será inadmissível se a violação incidir sobre direitos fundamentais. Pelo contrário, se a violação incidir sobre normas infraconstitucionais, a prova poderá ser admitida e valorada.

Não podemos subscrever esta tese por várias razões.

Primeiramente não há dúvidas que o art.º 417º nº 3 do CPC impõe o respeito por certos direitos fundamentais no momento da obtenção da prova, *v.g.* a integridade física ou moral das pessoas; a intimidade da vida privada ou familiar; a inviolabilidade

²⁶⁵ *Ibidem*.

²⁶⁶ ALEXANDRE, Isabel, *Provas...* ob., cit., p. 224.

do domicílio, da correspondência ou telecomunicações, etc. Porém, não concordamos com a ideia segundo a qual da limitação estabelecida por esta norma possam ser retiradas proibições de prova (conforme vimos *supra* no capítulo II ponto 1).

Por outro lado, o facto de o legislador (constituente e/ou ordinário) ter o cuidado de fazer constar na Constituição e no CPP uma norma específica que proíbe a utilização de provas ilícitas – art.ºs 32º n.º 8 da CRP e 126º do CPP – afasta o raciocínio de que o respeito pelos direitos fundamentais condiciona a admissibilidade de provas ilicitamente obtidas, de outro modo, se o respeito pelos direitos fundamentais fosse suficiente para coibir a utilização dessas provas, seria desnecessária tal regulação²⁶⁷.

O facto de a Constituição ter primazia sobre as leis ordinárias não quer dizer que as provas que violem normas constitucionais devam ser necessária e automaticamente inadmissíveis, uma vez que os direitos fundamentais não são absolutos, podendo ser comprimidos (principalmente quando haja colisão entre direitos fundamentais) em determinadas circunstâncias para salvaguardar outros interesses (v.g. o direito à prova pode sobrepor-se ao direito à imagem, ou à reserva da vida privada).

5.3. A colisão de direitos fundamentais

Os direitos fundamentais definidos como “*os direitos ou as posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição*”²⁶⁸, podem colidir entre si.

O problema da admissibilidade das provas ilícitas implica, geralmente, uma conexão com os direitos fundamentais pois podem verificar-se situações em que estejam a ser discutidos no processo dois ou mais direitos fundamentais em posições opostas. Verificando-se esta situação estaremos em presença do que se tem denominado por *colisão de direitos fundamentais* que ocorre “quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular”²⁶⁹.

²⁶⁷ No mesmo sentido Cfr CARDOSO, João Daniel de Sousa Garcês, *Sobre a admissibilidade...* ob., cit., p. 87.

²⁶⁸ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 5ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 9.

²⁶⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 7ª Ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 1270.

Segundo VIEIRA DE ANDRADE²⁷⁰ estaremos diante de colisão ou conflito de direitos fundamentais “*sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição numa determinada situação concreta (real ou hipotética)*” ou seja, “*a esfera de proteção de um direito é constitucionalmente protegida em termos de intersetar a esfera de outro direito ou de colidir com uma outra norma ou princípio constitucional*”.

De modo a solucionar a questão da colisão entre esses direitos, uma parte da doutrina tem se apoiado em raciocínios de preferência abstracta, estabelecendo uma hierarquia entre direitos fundamentais, isto é, determinando qual dos direitos em conflito tem menor valor para que possa ser sacrificado. Outras vezes a solução para este conflito baseia-se numa cedência recíproca do conteúdo dos direitos por parte dos seus titulares conforme descrito no art.º 335º CC segundo o qual “*1. Havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes; 2. se os direitos forem desiguais ou de espécie diferente, prevalece o que deva considerar-se superior*”.

Todavia, as soluções acima apontadas não são acolhidas pela doutrina contemporânea devido à dificuldade de se estabelecer abstractamente uma hierarquização entre os direitos fundamentais para que se proceda a uma preferência absoluta de um em detrimento do sacrifício total de outro. A restrição de um direito para salvaguardar outro não pode ser feita de forma abstracta, apenas poderá fazer-se atendendo às circunstâncias do caso concreto já que os direitos fundamentais gozam todos de um mesmo valor ou grau de importância, inexistindo entre eles uma hierarquia, isto é, não existem direitos fundamentais superiores ou inferiores.

Logo, “*dada a complexidade estrutural dos direitos fundamentais e a intensidade diferenciada dos valores protegidos, não pode aceitar-se, nem uma sistemática prevalência de um dos direitos ou valores, nem uma redução mútua igual, impondo-se uma ponderação concreta dos bens, que pode conduzir a resultados variáveis em função das circunstâncias*”²⁷¹.

Por isso, o conflito entre os direitos fundamentais encerra grande dificuldade para o Direito em geral e para o julgador em particular, pois embora o princípio da

²⁷⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 5ª Ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 299.

²⁷¹ *Idem*, p. 303.

unidade da Constituição confira coesão ao ordenamento jurídico, verifica-se sempre uma dificuldade de proceder à harmonização entre esses direitos por se encontrarem no mesmo nível²⁷².

Corroborando esse entendimento, o acórdão do TRL²⁷³ de 12-05-2016, refere que "o direito à honra e o direito à liberdade de expressão têm igual dignidade constitucional, não podendo, por isso, o direito à liberdade de expressão "esmagar" ou anular *tout court* o direito à honra e reputação, pois a isso se opõe o artigo 18º, nº 3 da Constituição da República Portuguesa, [...]. A jurisprudência do TEDH que confere prevalência quase absoluta ao direito à liberdade de expressão, pode ser violadora da Constituição da República Portuguesa, na medida em que a mesma não permite, no seu artigo 18º, nº 3, a restrição dos direitos, liberdades e garantias, de modo a diminuir o conteúdo essencial dos preceitos constitucionais que os consagram e por estar, na prática, *a hierarquizar, em termos abstractos, os direitos, liberdades e garantias, previstos na Constituição da República Portuguesa e também na Declaração Universal dos Direitos do Homem, (artigos 12º e 19º), as quais os tutelam em termos paritários, não permitindo tal hierarquização por força da sua igual dignidade*".

Desse modo, "no conflito entre princípios – entre direitos fundamentais – deve-se buscar uma conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual no caso concreto, sem que um dos princípios venha a ser excluído do ordenamento por irremediável contradição com o outro"²⁷⁴.

Assim, para solucionar um conflito entre direitos fundamentais num caso concreto adopta-se o princípio da proporcionalidade que funciona como um método interpretativo para resolver tal conflito visto que "*o carácter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagónicos, o qual será feito com a «máxima da proporcionalidade», com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito*"²⁷⁵.

Em termos idênticos, no acórdão do TRL²⁷⁶ de 12-01-2016 – cuja discussão versava sobre a admissibilidade ou não de documentos obtidos à custa da violação do

²⁷² Em sentido idêntico, Cfr ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos...* ob., cit., p. 302; CUSTÓDIO, Sérgio Filipe Barata Lourenço, *Provas ilícitas...* ob., cit., p. 105.

²⁷³ Processo nº 2544/10.7TDLSB.L1-9, Relator: Antero Luís. Acesso em 24-02-2019. Grifo nosso.

²⁷⁴ CUSTÓDIO, Sérgio Filipe Barata Lourenço, *Provas ilícitas...* ob., cit., p. 106.

²⁷⁵ ZANELLA, Everton Luiz, *Infiltração de agentes e o combate ao crime organizado – análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo*, Juruá Editora, Curitiba, 2016, p. 100.

²⁷⁶ Processo nº 744/14.0T8SXL-B.L1-7. Relator: Roque Nogueira. Acesso em 09-12-2018.

direito ao sigilo da correspondência da outra parte – depois de proceder à ponderação –, chegou-se à conclusão de que aqueles deviam ser admitidos no processo pois

“(…) trata-se de um problema de conflitos de interesses, que só pode ser resolvido caso a caso, de acordo com todas as circunstâncias que o rodeiam. No fundo, a questão é encontrar um ponto de equilíbrio, tendo em conta um critério de proporcionalidade. Assim, admitem-se restrições aos direitos fundamentais em confronto com outros direitos ou interesses, desde que justificadas quanto à sua necessidade e adequação em relação à prossecução de uma determinada finalidade pública (no caso, a prossecução do fim do processo, ou seja, a descoberta da verdade) e proporcionais à importância da finalidade a atingir. Deste modo, bem pode acontecer que a intromissão em direitos fundamentais seja de tão pequena importância, que não justifique a exclusão da prova. (...) Por outro lado, consideramos que se trata de documentos que, ainda que, eventualmente, obtidos ilicitamente, devem ser admitidos nos autos, porquanto, além de a sua veracidade não ter sido posta em causa, os mesmos não foram obtidos com violação da integridade física ou moral de quem quer que seja, mas, tão só com intromissão na correspondência do réu, a qual, no entanto, não é desproporcionada em relação à finalidade que se pretende prosseguir no presente processo, sendo que o próprio réu já havia junto documentos de idêntico cariz, designadamente informações bancárias, fiscais e da sua entidade patronal. O que vale por dizer que, a nosso ver, não estamos perante prova obtida com violação do núcleo dos direitos fundamentais, e que, atendendo às circunstâncias que rodeiam a situação relatada nos autos, se justifica restrição ao direito fundamental em causa, em nome da descoberta da verdade que interessa ao fim do presente processo. Parece-nos, pois, que assim se encontra um ponto de equilíbrio na avaliação dos interesses em jogo no caso concreto”.

Portanto, para solucionar o conflito entre direitos fundamentais terá de se fazer uma harmonização dos valores envolvidos no caso concreto. Deve-se proceder a uma ponderação de interesses com base no princípio da proporcionalidade de modo a *“comprimir o menos possível os valores em causa segundo o seu peso nessa situação –*

segundo a intensidade e a extensão com que a sua compressão no caso afeta a proteção que a cada um deles é constitucionalmente concedida”²⁷⁷.

Ora, a restrição de um direito é *“toda a interpretação e aplicação do direito que conduza a uma exclusão da proteção jusfundamental”*²⁷⁸. Estas restrições podem ser feitas tanto por normas constitucionais como por normas infraconstitucionais. As primeiras são também denominadas por restrições directamente constitucionais e as segundas por restrições indirectamente constitucionais. Nas restrições directamente constitucionais é a própria Constituição que de forma expressa fixa a limitação do direito. Entretanto, poderão existir restrições que não são estabelecidas expressamente pela Constituição mas consagradas implicitamente. Estas são *“derivadas fundamentalmente da necessidade de salvaguardar «outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos»*”²⁷⁹. Por seu turno, estaremos diante das restrições infraconstitucionais quando a Constituição permite que a restrição do direito seja feita por uma lei ordinária.

Contudo, devemos ter em atenção que *“as medidas restritivas dos direitos fundamentais devem ser proporcionais ao fim visado e jamais atingirem a substância do direito”*²⁸⁰.

Assim, baseando-se no princípio da proporcionalidade, a prova ilícita por violação de direitos fundamentais poderá ser ou não admissível em juízo, dependendo da ponderação dos valores em conflito e das circunstâncias de cada caso concreto²⁸¹.

Porém, existem situações em que se impõem limites ao princípio da proporcionalidade não sendo possível utilizá-lo para admissibilidade de provas ilícitas, conforme veremos a seguir.

5.3.1. Limite à utilização do princípio da proporcionalidade em casos de violação grave da dignidade humana

As provas obtidas à custa da violação da dignidade humana²⁸² não são susceptíveis de ponderação de interesses no caso concreto, dada a prevalência dos bens jurídicos ofendidos por estas provas.

²⁷⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos...* ob., cit., p. 303.

²⁷⁸ QUEIROZ, Cristina, *Direitos fundamentais – teoria geral*, 2ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 247.

²⁷⁹ *Idem*, p. 253.

²⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional...* ob., cit., p. 269.

²⁸¹ No mesmo sentido Cfr MORGADO, Pedro Trigo, *Admissibilidade...* ob., cit., p. 162.

A dignidade da pessoa humana é salvaguarda pelos art.ºs 25º da CRP que impõe a inviolabilidade da integridade moral e física das pessoas, proibindo também que as pessoas sejam submetidas à tortura, tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanas; e 26º n.º 2 da CRP segundo o qual “a lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias; e n.º 3 onde se estabelece que “a lei garantirá a dignidade pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica”²⁸³.

Desse modo, são consideradas provas ilícitas que atentam gravemente contra a dignidade humana, as provas obtidas mediante: a) perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos; b) perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação; c) utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei; d) ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto; e) promessa de vantagem legalmente inadmissíveis – art.º 126º n.º 2 CPP.

Em síntese, agridem gravemente a dignidade humana porque violam a integridade física ou moral da pessoa, as provas obtidas por meio de tortura, coacção, administração de “soro da verdade” para obtenção de informações, teste do polígrafo/detector de mentiras, etc.

Por se tratar de um valor supremo que “(...) faz da pessoa fundamento e fim do Estado”²⁸⁴, razão pela qual foi “elevado à qualidade de base ou alicerce em que assenta todo o edifício constitucional e, portanto, é, de algum modo, constitucionalmente reconhecido como princípio dos princípios”²⁸⁵, não pode ser permitido, em

²⁸² A dignidade da pessoa humana é “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano e que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais, que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais”. Cfr SYLVESTRE, Fábio Zech, *O direito fundamental à privacidade em face do interesse público: uma análise sob a perspectiva da teoria geral dos direitos fundamentais*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010, p. 49.

²⁸³ Em sentido idêntico Cfr MORGADO, Pedro Trigo, *Admissibilidade...* ob., cit., p. 163.

²⁸⁴ MIRANDA, Jorge, *Direitos fundamentais*, ob., cit., p. 223.

²⁸⁵ NOVAIS, Jorge Reis, *A dignidade da pessoa humana – dignidade e direitos fundamentais*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2015, p. 20.

circunstância alguma, que em nome da procura da verdade a pessoa seja tomada como um objecto instrumentalizado, submetendo-a à tortura física ou psíquica para obtenção de provas. É inaceitável que o direito à prova se sobreponha ao direito à integridade física ou moral da pessoa, uma vez que, “há que reconhecer (...) que dentro dos próprios direitos fundamentais (...) existem uns “mais fundamentais do que outros” ou, dito de outra maneira, existem direitos que, sob o ponto de vista constitucional, não sofrem qualquer limitação na hora do seu reconhecimento (direito à vida e à integridade física) e outros que, sendo fundamentais, admitem limitações (...): direito à intimidade, à inviolabilidade de domicílio, ao segredo das comunicações”²⁸⁶.

Em relação aos primeiros nem mesmo o consentimento do seu titular afastaria a ilicitude das provas obtidas à custa da violação daqueles direitos. Por essa razão, os meios de prova obtidos com base nesses métodos devem ser sempre inadmitidos no processo, excluindo, portanto, a possibilidade de ponderação mediante aplicação do princípio da proporcionalidade. Por seu lado, quanto aos segundos, o consentimento do titular ou a autorização judicial eliminam a antijuridicidade dessas provas. Portanto, “sem nos devermos remeter a um casuísmo ilimitado, na ponderação sobre se a prova foi ou não ilicitamente obtida, se deve ter em atenção o tipo de direito fundamental atingido e as circunstâncias que envolveram a actuação lesiva”²⁸⁷.

Como refere COSTA ANDRADE, “*não é nenhum princípio da ordenação processual que a verdade tenha de ser investigada a todo o preço*”²⁸⁸, encontrando-se limitada pela dignidade da pessoa humana que é um valor intangível, devendo ser salvaguardado em qualquer conflito de interesses que surja no processo pois a “*violação contra a dignidade humana coloca um limite a toda e qualquer ponderação*”²⁸⁹.

Portanto, a dignidade humana é entendida como um princípio absoluto que não admite ponderação. Caso contrário, estar-se-ia a “*permitir uma degradação de pessoa em objeto quando alguém tem de suportar um meio mais drástico do que o exigido para atingir o fim geral*”²⁹⁰.

Nessa linha, o acórdão do TRL²⁹¹ de 26-09-2013, fazendo uma distinção entre provas absolutamente inadmissíveis e provas relativamente admissíveis, sendo aquelas

²⁸⁶ CASANOVA, J. F. Salazar, *Provas ilícitas...* ob., cit., p. 126.

²⁸⁷ *Idem*, pp. 126-127.

²⁸⁸ ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições...* ob., cit., p. 117.

²⁸⁹ CAMPOS, Sara Rodrigues, *(In)admissibilidade...* ob., cit., p. 105, nota 153 *in fine*.

²⁹⁰ CANAS, Vitalino, *O princípio...* ob., cit., p. 357.

²⁹¹ Processo n.º 1130/10.6YXLSB.L1-2. Relatora: Teresa Albuquerque. Acesso em 14-11-2018.

as que decorrem da violação da integridade física ou moral das pessoas, previstas nos art.ºs 25º n.º 1 e 2; e 26º n.º 2 e 3 CRP – refere que *“tal prova não deve ser admitida e o Tribunal oficiosamente em qualquer momento pode e deve conhecer em termos de facto se houve desrespeito dos assinalados direitos na obtenção da prova que, assim, fica irremediavelmente afectada devendo, quanto a ela, proceder-se como se não tivesse jamais sido produzida em juízo”*.

Contra, FRANCISCO AGUILAR²⁹² refere que a distinção entre proibições absolutas e proibições relativas de prova obsta a realização do Direito por se desconsiderar a interpretação ponderativamente integrada do caso, conduzindo ao torto. Para o autor, essa distinção *“é uma classificação contra-axiológico-metodológica ao implicar uma inversão metodológica, que seria a de determinar uma norma do caso antes do caso, mais propriamente uma norma do caso sem avaliação dos contornos do caso na ponderação integrada no vai-e-vem da horizontalmente comparativa interpretação realizadora do direito”*.

Outrossim, o autor defende que nem mesmo a dignidade humana se apresenta como um princípio absoluto, visto que esta poderá entrar em colisão com a própria dignidade humana, v.g. quando ela seja invocada não apenas como razão argumentativa mas também como antagonista contra-razão argumentativa. E conclui referindo que a distinção entre proibições absolutas e proibições relativas de prova é impossível pois todas as proibições de prova são relativas porquanto não há norma sem interpretação, o que quer dizer que não há norma sem ponderação.

Não negligenciamos a possibilidade de existir colisão entre a dignidade de uma pessoa e a de outra, todavia, o que não podemos aceitar é que o núcleo rígido da dignidade da pessoa humana [integridade física e moral] seja objecto de um juízo de ponderação ou ceda diante de outros princípios ou interesses que não seja a própria dignidade, uma vez que esta constitui o cerne onde confluem os demais princípios do Estado de Direito democrático. Portanto, a *“sua densidade jurídica no sistema constitucional há-de ser portanto máxima e se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão*

²⁹² AGUILAR, Francisco, *A destrinça tipológica entre prova defensiva e prova ofensiva em sede de proibições de prova em Processo Penal*, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 28, n.º 2, Edição: IDPEE, Coimbra, Maio/Agosto de 2018, pp. 297-300.

aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados”²⁹³.

Contudo, o acórdão do TRG²⁹⁴ de 16-02-2012, sustentou que a sanção de nulidade prevista no art.º 32º n.º 8 da CRP que concretiza o valor da dignidade humana assumido como princípio estruturante no seu art.º 1º, prevê “*não só a imposição de condicionamentos formais ao acesso aos meios de prova que represente uma intromissão na vida privada, como, também, a existência de restrições à valoração de provas, que devem aferir-se, conforme o exposto, pelas exigências do princípio da proporcionalidade, sempre ressaltando a ineliminável dignidade e integridade da pessoa humana*”.

Ressalvados que estão os casos de inadmissibilidade das provas ilícitas que agridem gravemente a dignidade humana, nos restantes casos – nas chamadas provas relativamente ilícitas²⁹⁵, a admissibilidade ou inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos deve ser aferida mediante uma ponderação dos interesses em conflito.

5.4. Único meio de se provar um facto

Segundo esta tese, a prova ilícita poderá ser admitida em processo quando for o único meio capaz de demonstrar a realidade de determinado facto. Perante a dificuldade de obter provas de forma lícita, a parte vê-se obrigada a recorrer ao meio de prova ilícito, como a única forma possível de demonstrar a veracidade dos factos por si articulados e, conseqüentemente, obter uma justa composição do conflito.

Partindo do pressuposto de que mesmo sendo ilícitas aquelas provas podem ser valoradas em certos casos, transmitindo assim a ideia de que o direito à prova sobrepõe-se a outros direitos fundamentais depois de realizada uma ponderação dos interesses em colisão, REMÉDIO MARQUES²⁹⁶ defende a admissibilidade de provas ilícitas quando se tratar do único meio idóneo para provar os factos, isto é, sempre que a parte que as apresente dificilmente conseguiria demonstrar a realidade dos factos por outra via.

Por seu turno, JOSÉ JOÃO ABRANTES, que também acolhe esta tese, parte do princípio de que as provas ilícitas são, em regra, inadmissíveis, podendo apenas

²⁹³ SYLVESTRE, Fábio Zech, *O direito fundamental...* ob., cit., p. 51, nota de rodapé n.º 100.

²⁹⁴ Processo n.º 435234/09.8YIPRT-A.G1. Relator: Manso Rainho. Acesso em 19-11-2018. Grifo nosso.

²⁹⁵ A classificação destas provas será desenvolvida *infra* no ponto 6.

²⁹⁶ MARQUES, João Paulo Fernandes Remédio, *A acção declarativa...* ob., cit., pp. 565-566.

serem admitidas em processo “quando se mostrar serem a única via possível e razoável de proteger outros valores que, no caso concreto, devam ser tido por prioritários”²⁹⁷.

O autor admite que o problema deriva de um conflito de interesses, direitos ou valores, cuja solução passará pelo recurso ao princípio da proporcionalidade, procedendo-se a uma restrição dos direitos fundamentais que estejam em conflito com outros interesses. Desse modo, “a admissibilidade de provas obtidas através de actos violadores de preceitos constitucionais apenas poderá ter por base o serem o único e **«proporcionado»** (em relação à importância do fim que se pretende obter) meio de o seu utilizador se proteger contra a violação de outros direitos de valor constitucional”²⁹⁸.

Todavia, o interesse da procura da verdade não pode justificar um afastamento cego de outros valores ou interesses, ou uma utilização arbitrária da prova ilícita com o fundamento de serem o único meio de prova que a parte dispunha. Poderão existir situações em que a verdade material seja preterida para salvaguardar um interesse maior, v.g. não se pode permitir a utilização de uma prova obtida por meio de tortura com o argumento de que aquela foi a única forma possível para obter tal prova para se chegar à verdade. O mais sensato é fazer uma ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto para se aferir qual dos interesses deverá sobrepor-se ao outro, sem deixar de ter em conta que “os bens jurídicos constitucionalmente protegidos devem ser coordenados de tal modo que na solução do problema, todos eles conservem a sua identidade (...), a fixação de limites deve responder em cada caso concreto ao princípio da proporcionalidade”²⁹⁹.

Assim, a prova ilícita poderá ser admitida no processo se, aplicando o princípio da proporcionalidade nas suas vertentes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, concluir-se que aquela visa provar a inocência do acusado (adequação); sendo a única forma de que este dispõe (necessidade), e respeitando a proporcionalidade do bem lesado com o bem a ser protegido (proporcionalidade estrita)³⁰⁰.

²⁹⁷ ABRANTES, José João, *Prova ilícita...* ob., cit., p. 36.

²⁹⁸ *Ibidem*.

²⁹⁹ STEINMETZ, Wilson Antônio, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2001, p. 95.

³⁰⁰ No mesmo sentido Cfr ÁVILA, Thiago André Pierobom de, *Provas ilícitas e proporcionalidade*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2007, p. 205.

5.5. Estado de necessidade processual

Este argumento é maioritariamente usado no processo penal. Embora o art.º 32º n.º 8 CRP imponha a nulidade das provas obtidas ilicitamente e o art.º 126º CPP reforce essa ideia de nulidade, no âmbito do processo penal, a prova ilícita de natureza defensiva poderá ser admitida e valorada com fundamento num estado de necessidade probatório defensivo, isto é, a ilicitude da prova é excluída pelo estado de necessidade em que se encontra a parte acusada de ter cometido determinado facto criminoso, por se tratar do único meio capaz de levar à sua absolvição.

Na base desta concepção estão os princípios da *insuportabilidade da condenação de um inocente* e o da *insuportabilidade da condenação para além da culpa*, ou seja, havendo provas que disponham de elementos suficientes que comprovem a inocência do arguido, ainda que obtidas de forma ilícita devem ser admitidas e valoradas pelo tribunal para evitar a condenação de um inocente ou condenação para além da culpa, de forma a salvaguardar as garantias e direitos processuais inerentes ao Estado de Direito.

Quando se trata de provas ilícitas defensivas “há uma tendencial permissão de valoração que poderá ser dita de permissão independente, *rectius*, de *comando de valoração independente*, no sentido de obrigatoriamente beneficiar o arguido mesmo que o juízo quanto à obtenção de prova conclua pela sua ilicitude (...)”³⁰¹.

Este entendimento é acolhido pois entende-se que uma prova ilícita cujo objectivo é absolver o acusado de determinado crime deve ser admitida, visto que esta impedirá a condenação de um inocente e conseqüentemente evita-se o erro judiciário.

Nesta linha, COSTA ANDRADE propugna a admissibilidade de meios de prova ilícitos “quando a valoração configure o único meio de salvaguarda de valores de irrecusável prevalência e transcendentais aos meros interesses da perseguição penal (...) v.g. a valoração dum gravação ilícita quando represente a única possibilidade de alcançar a absolvição de um inocente infundadamente acusado de um crime”³⁰².

Todavia, a admissibilidade e valoração de provas ilícitas com fundamento em estado de necessidade só se verifica em casos de provas defensivas, isto é, provas que

³⁰¹ AGUILAR, Francisco, *A destrição tipológica...* ob., cit., p. 294.

³⁰² ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições...* ob., cit., p. 45.

favoreçam o arguido³⁰³. O mesmo não sucederá com as provas ofensivas uma vez que “a consideração da sua valoração nunca permitirá legitimamente ultrapassar a preterição de uma proibição de produção em termos processuais ou a sua ilícita obtenção fora do processo”³⁰⁴.

Não será permitida a produção de provas ilícitas contra o acusado com fundamento no estado de necessidade processual pois o Estado não pode violar direitos fundamentais do cidadão para concretizar a sua pretensão punitiva, sob pena de se afastar dos ideais do Estado de Direito.

6. As provas obtidas mediante abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações. Violação do direito à imagem, à honra e à palavra.

Já referimos anteriormente que as chamadas provas ilícitas em sentido absoluto – aquelas cuja violação atinge directa e gravemente a dignidade da pessoa humana [prova obtida através da violação da integridade física ou moral da pessoa, v.g. a tortura, a coacção, etc.] são absolutamente inadmissíveis no processo, ou seja, são provas que não admitem quaisquer juízos ponderativos.

Contrariamente àquelas, tratando-se de provas ilícitas em sentido relativo – aquelas cuja produção ou valoração impliquem violações que não atingem directa e violentamente a dignidade humana, mas ofendem direitos relacionados à privacidade – estas, embora sejam proibidas, poderão ser admitidas no processo, a depender das circunstâncias do caso concreto, mediante consentimento do titular do direito fundamental violado ou através da ponderação de valores jusfundamentais em conflito – mediante aplicação do princípio da proporcionalidade.

Neste ponto trataremos de fazer uma brevíssima exposição sobre os direitos que são afectados por essas provas.

³⁰³ Contra esta posição, PEDRO VASCONCELOS sustenta ser “um vício constante da doutrina afirmar que as provas ilícitas incriminatórias não podem jamais ser utilizadas contra o réu. O problema de se tratar assuntos tão importantes apenas no âmbito da abstracção, sem testar suas construções doutrinárias com exemplos hipotéticos, leva a injustiças frequentes, bem como ao esquecimento dos problemas crónicos que necessitam de soluções urgentes. Exemplifique-se com o caso do combate ao tráfico. Não se pode negar que é notória a frequência com que os meios convencionais fracassam na resolução destes problemas”. Apud CARVALHO, Michelle Aurélio de, *Flexibilização... ob.*, cit., p. 553.

³⁰⁴ AGUILAR, Francisco, *A destriça tipológica... ob.*, cit., p. 294.

6.1. Direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar

Em termos históricos, embora estivesse sempre associado ao direito de propriedade, o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar é salvaguardado há muitos anos. Numa de suas intervenções no Parlamento britânico em 1776, Lorde CHATHAM referiu-se a esse direito sustentando que “*o homem mais pobre desafia em sua casa todas as forças da Coroa, sua cabana pode ser muito frágil, seu teto pode tremer, o vento pode soprar entre as portas mal ajustadas, a tormenta pode nela penetrar, mas o Rei da Inglaterra não pode nela entrar*”³⁰⁵. Embora faça referência apenas ao Rei, esta proibição era extensiva a todas as pessoas. Ninguém podia entrar na propriedade de outrem sem o consentimento do seu dono.

Posteriormente o problema da privacidade veio a ser tratado com maior desenvolvimento e autonomia nos EUA no séc. XIX por SAMUEL WARREN e LOUIS BRANDEIS, dois jovens advogados que publicaram na Harvard Law Revue, em 15 de Dezembro de 1890, um artigo onde propunham a regulamentação do “*right to privacy*”, identificado como “*right to be let alone*”, isto é, o “*direito de estar só e de ficar sozinho*”, cujo objectivo era determinar um limite jurídico às intromissões da imprensa na vida privada das pessoas.

A publicação do referido artigo foi incitada pela devassa da vida pessoal de WARREN pela imprensa americana, que divulgou a lista de convidados e pormenores do casamento de sua filha³⁰⁶.

Desde então, o direito à reserva da vida privada passou a ser tomado como uma característica da personalidade da pessoa. Porém, foi apenas em 1965 que o direito à privacidade ganhou consagração constitucional quando a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu expressamente o “*right to privacy*”. Nessa decisão o conceito de privacidade passou a desdobrar-se em dois tópicos principais, quais sejam, “o segredo da vida privada (concepção inicial), ligado a noção do *right to be alone* e a liberdade da

³⁰⁵ CUPELLO, Leonardo Pache de Faria, *Direito à inviolabilidade do domicílio, da correspondência, das comunicações e dos meios de obtenção da prova no processo penal*, Relatório de Mestrado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2002, p. 5.

³⁰⁶ Em sentido idêntico, cfr MORRONE, Michelle Ribeiro, *Direito à reserva sobre intimidade da vida privada das figuras públicas?*, Relatório de Mestrado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2005, p. 6.

vida privada, constituindo esta a possibilidade de efectuar as escolhas existenciais do ser humano”³⁰⁷.

O direito à reserva da intimidade da vida privada, está consagrado no art.º 26º n.º 1 *in fine*, e n.º 2 da CRP, no art.º 80º do CC, no art.º 12º da DUDH segundo o qual “ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência”, e também na CEDH ao dispor no seu art.º 8º n.º 1 que “qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”.

Este direito consiste “*no interesse de evitar ou de controlar a tomada de conhecimento ou a revelação de informação pessoal (...) daqueles factos, comunicações ou opiniões que se relacionam com o indivíduo e que é razoável esperar que ele encare como íntimos ou pelo menos como confidenciais e que por isso queira excluir ou pelo menos restringir a sua circulação*”³⁰⁸. Ou seja, consiste na proibição de estranhos acederem a informações sobre a vida privada e familiar bem como a proibição de tornar públicas informações que alguém tenha sobre ela, porquanto “a protecção do espaço íntimo do homem e da sua família não constitui apenas uma exigência da ordem jurídica, mas representa, mais do que isso, uma necessidade biológica e social”³⁰⁹.

A consagração do direito à reserva ou resguardo da intimidade da vida privada e familiar abrange “*toda a exclusão alheia do conhecimento daquilo que se refere só à pessoa em si mesma*”³¹⁰ e visa salvaguardar “*(...) um espaço de recato, seja ou não objectiva ou subjectivamente desonroso o que no seu seio ocorra*”³¹¹.

O direito à reserva da vida privada desdobra-se em dois direitos menores relacionados entre si: (i) o direito de não permitir que estranhos tenham acesso à informações sobre a vida privada e familiar, isto é, o direito da intimidade não ser

³⁰⁷ QUINTINO, Cláudia Pereira, *A fiscalização do correio electrónico pelo empregador e o direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador*, in Portugal, Brasil e o Mundo do Direito, Almedina, Coimbra, 2009, p. 414.

³⁰⁸ PINTO, Paulo Mota, *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, in BFDUC, Vol. LXIX, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p. 508.

³⁰⁹ CASTRO, Jorge Rosas de, *Direito à reserva da intimidade da vida privada versus direito à honra: a ofensa à honra de terceiros cometida em privado*, in *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LIX, n.º 321, Universidade do Minho, Braga, Janeiro/Março de 2010, p. 67.

³¹⁰ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 326.

³¹¹ CASTRO, Jorge Rosas de, *Direito à reserva da intimidade da vida privada... ob., cit., p. 67.*

agredida por terceiros e (ii) o direito a que ninguém torne público as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem³¹².

Nessa linha de entendimento, no acórdão do STJ³¹³ de 25-09-2003 referiu-se que *“a tutela do direito à intimidade da vida privada desdobra-se em duas vertentes: a protecção contra a intromissão na esfera privada e a proibição de revelações a ela relativas. (...) O direito ao resguardo não é, no entanto, absoluto em todos os casos e relativamente a todos os domínios. Havendo que atender à contraposição do interesse do indivíduo em obstar à tomada de conhecimento ou à divulgação de informação a seu respeito e dos interesses de outros em conhecer ou revelar a informação conhecida, interesses que ganharão maior peso se forem também interesses públicos, a extensão do dever de resguardo e, assim, do correlativo direito, deverá ser apreciada segundo as circunstâncias do caso e das pessoas”*.

No entanto, a salvaguarda desses interesses dá-se em momentos distintos. Primeiramente, “numa reação à interferência sem consentimento na intimidade evitando que terceiros tomem ciência de informações as quais não se quer compartilhar”, e por outro lado, “contrária à exteriorização indevida da intimidade alcançada, impedindo que terceiros divulguem informações por si obtidas e que não se quer sejam propagadas”³¹⁴.

As provas obtidas através da violação do direito à reserva da vida privada e familiar são ilícitas e a admissibilidade e/ou valoração destas provas depende da aplicação do critério da ponderação dos valores em conflito.

Desse modo, no acórdão do STJ³¹⁵ de 17-12-2009, concluiu-se que o acesso aos dados bancários não viola a reserva da intimidade da vida privada pois,

“(...) não implicando o direito subjectivo à prova a admissão de todos os meios de prova permitidos em direito, a parte só deve soçobrar na pretensão deduzida em juízo, por dificuldades inultrapassáveis de obtenção dos meios de prova que, por sua iniciativa pessoal, razoavelmente, sem o concurso de outra ou de terceiro, não esteja em condições de conseguir. As informações pretendidas pela autora, relacionadas com o aprovisionamento e utilização de contas à ordem, de que eram titulares a ré e o marido da autora, não constituem violação do princípio da reserva da intimidade da vida privada. A

³¹² No mesmo sentido, Cfr CANOTILHO, José Joaquim Gomes; Moreira, Vital, Constituição... ob., cit., p. 467.

³¹³ Processo nº 03B2361. Relator: Oliveira Barros. Acesso em 09-12-2018.

³¹⁴ GUIMARÃES, Jane de Fátima, *A interceptação telefónica: sua admissibilidade e valoração como meio de prova em processo civil*, Relatório de Mestrado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2005, p. 8.

³¹⁵ Processo nº 159/07.6TVPRT-D.P1.S1. Relator: Hélder Roque. Acesso em 12-12-2018. Itálico nosso.

exigência da divulgação dos elementos da conta bancária de uma das partes que permitam o apuramento da situação patrimonial da outra, em causa pendente, no âmbito do, estritamente indispensável à realização dos fins probatórios visados por aquela, e com observância rigorosa do princípio da proibição do excesso, é garantia da justa cooperação das partes com o Tribunal, com vista à descoberta da verdade, *à luz da doutrina da ponderação de interesses, sob pena de insanável comprometimento do direito da autora a produzir as provas que indicou e a alcançar uma tutela jurisdicional efectiva, com o conseqüente e inequívoco abuso de direito da parte que a tal se opõe.* O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada tutela a esfera da vida íntima ou de segredo, compreendendo todos aqueles aspectos que fazem parte do domínio mais particular e íntimo que se quer manter afastado de todo o conhecimento alheio, com exclusão da vida normal de relação, ou seja, dos factos que o próprio interessado, apesar de pretender subtraí-los ao domínio do olhar público, isto é, da publicidade, não resguardada do conhecimento e do acesso dos outros. *Ao contrário do que acontece no caso da violação da integridade física ou moral das pessoas, que se trata de direitos absolutos ou intangíveis, estando em causa os direitos fundamentais da não intromissão no sigilo bancário, trata-se de “direitos condicionais”, em que já não existe uma proibição absoluta da admissibilidade da prova que, em função das circunstâncias do caso concreto em que foi obtida e do estado de necessidade da situação, será ou não valorizada pelo Tribunal”.*

6.2. Direito à inviolabilidade do domicílio, da correspondência e das telecomunicações

A **inviolabilidade do domicílio** consiste na proibição de acesso de terceiros ao domicílio ou correspondência de outrem sem o seu consentimento.

Este direito distingue-se do direito à reserva da intimidade da vida privada pois embora o seu resultado coincida em parte com este, a inviolabilidade do domicílio “pode abranger factos que não são tutelados pelo direito à reserva, designadamente por não serem de incluir na vida privada de uma pessoa”³¹⁶. Todavia, não olvidamos que geralmente a violação do domicílio consubstancia um modo de violação da reserva da intimidade da vida privada.

³¹⁶ PINTO, Paulo Mota, *O direito à reserva...* ob., cit., pp. 546-547.

O direito à inviolabilidade do domicílio funciona como uma garantia do direito à reserva sobre a vida privada e familiar e é extensiva a pessoas físicas e entidades públicas e privadas.

A **inviolabilidade da correspondência e das telecomunicações** traduz-se na confidencialidade ou sigilo da correspondência³¹⁷ e visa a protecção da comunicação particular, ou seja, “*a comunicação que se destina a um receptor individual ou a um círculo de destinatários (...) previamente determinado*”³¹⁸ e inclui todos os meios de comunicação entre as pessoas, seja ela escrita ou oral (v.g. cartas, telegramas, telefonemas, mensagens, e-mails, etc.).

Tal como sucede com o direito à reserva da vida privada e familiar, a prova obtida através da violação do domicílio ou da correspondência e telecomunicações de outrem é igualmente considerada ilícita e a sua admissibilidade ou não no processo dependerá de um juízo de ponderação dos valores conflitantes no caso concreto.

Assim, no acórdão do STJ³¹⁹ de 03-03-2010, retira-se o seguinte excerto:

“Os princípios constitucionais da busca da verdade material e da realização da justiça, mesmo em matéria de funcionalidade da justiça, penas e da tutela de valores, têm limites, impostos pela dignidade e pelos direitos fundamentais das pessoas, que se traduzem processualmente nas proibições de prova. A proibição de obtenção de meios de prova mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações pode ser afastada, quer pelo acordo do titular dos direitos em causa, quer pelas restrições à inviolabilidade desses direitos expressamente autorizadas pela CRP. O legislador constitucional, atento à necessidade de compaginar interesses e valores igualmente merecedores de tutela e, ainda, da circunstância de uma leitura fundamentalista do catálogo dos direitos da personalidade deixar desarmada a comunidade perante as exigências de perseguição de uma criminalidade cada vez mais organizada e eficiente na prossecução dos seus propósitos, veio admitir, na área menos densa dos mesmos direitos, restrições à intangibilidade da vida privada, domicílio, correspondência ou telecomunicações. A regra neste domínio é a da

³¹⁷ “A tutela do direito ao sigilo dos meios de comunicação percorre o caminho da confiança, consistindo ilícita a divulgação pela pessoa com quem o autor se dispôs a confidencializar suas manifestações”. Cfr SOUZA, Lariany Guedes Teodoro de, *A questão do direito à protecção de correspondência, de telecomunicações e demais meios de comunicação e as provas ilícitas no processo civil – análise sob à luz do ordenamento jurídico português*, Relatório de Mestrado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010, p. 10.

³¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição...* ob., cit., p. 544.

³¹⁹ Processo nº 886/07.8PSLSB.L1.S1. Relator: Santos Cabral. Acesso a 23-04-2019. Grifo nosso.

proibição de produção e de valoração das gravações; a excepção será a existência de uma lei ordinária relativa ao processo criminal que estabeleça uma autorização de produção e conseqüente valoração probatória. O sigilo das telecomunicações, protegido legalmente e com inscrição no texto constitucional – art. 34º, nº 1 – tem uma perspectiva dual em que está subjacente a possibilidade de cada cidadão poder emitir, ou receber informação produzida para ou por terceiro, desenvolvendo ideias e valorações que não são mais do que emanações da sua personalidade. Relativamente às mesmas assiste-lhe o direito de preservar tal informação, impedindo o seu acesso por outrem, o que postula a ideia de que o que está em causa é a transmissão à distância e tal informação e todo o conteúdo que esta comporte ou seja o conteúdo das comunicações e, também, os dados de tráfego. Num Estado de Direito democrático, assiste a qualquer cidadão o direito de telefonar quando, e para quem quiser, com a mesma privacidade que se confere ao conteúdo da sua conversa. Porém, diferentemente se alinham os elementos, ou dados de base, pois que aqui, e nomeadamente no que toca ao catálogo de número de telemóveis, estamos perante algo exógeno a qualquer comunicação, ou ao conjunto das comunicações, e antes se perfila uma situação em tudo semelhante à informação constante de um documento, de uma agenda ou eventualmente de uma base de dados. A mera identificação do titular de um número de telefone fixo ou móvel, mesmo quando confidencial, surge com uma autonomia e uma instrumentalidade relativamente às eventuais comunicações e, por isso mesmo, não pertence ao sigilo das telecomunicações, nem beneficia das garantias concedidas ao conteúdo das comunicações e os elementos de tráfego gerados pelas comunicações propriamente ditas. A consulta da agenda contida num telemóvel não representa uma intromissão nas telecomunicações nem representa a violação da reserva da vida privada. Outrossim, *a ponderação investigatória e probatória*, da agenda do telemóvel como factor de determinação da sua propriedade, e da relação sequente com o crime praticado, *não colide com nenhum núcleo fundamental da dignidade do investigado e está perfeitamente justificada pela ponderação do interesse em perseguir criminalmente quem comete um crime de homicídio voluntário*, sob a forma tentada, face à mera determinação dos contactos telefónicos existente na agenda do telemóvel que foi abandonado. Estamos em face de uma situação análoga à da mera agenda, ou do documento, que por mero

descuido o agente criminoso esqueceu no local do crime, não existindo qualquer utilização de meio proibido de prova”.

6.3. Direito à honra, à imagem e à palavra

Tal como o direito à reserva da vida privada, também o direito à honra, o direito à imagem e o direito à palavra são direitos de personalidade e direitos fundamentais de natureza pessoal. Pela sua importância, estes direitos recebem respectivamente tutela constitucional, cível e penal, nos art.ºs 26º nº 1 CRP; 70º e 79º CC, 180º, 181º e 199º CP.

O **direito à honra** consiste no direito de manter o seu bom nome perante a comunidade e não permitir que outrem macule sua dignidade ou consideração social.

Segundo CAPELO DE SOUSA³²⁰, a honra traduz-se na *“projecção na consciência social do conjunto dos valores pessoais de cada indivíduo, desde os emergentes da sua mera pertença ao género humano até aqueloutros que cada indivíduo vai adquirindo através do seu esforço pessoal”*.

Este direito tutela dois interesses da pessoa: por um lado protege-se a estima, isto é, a afeição que uma pessoa tem por si própria; e por outro lado visa tutelar *“o valor atribuído por alguém ao juízo do público, isto é, do apreço ou, pelo menos, da não desconsideração que os outros tenham por ele”*³²¹.

Havendo um conflito entre direitos constitucionalmente protegidos (v.g. direito à honra vs. direito de liberdade de informação), a solução mais plausível é proceder a um juízo ponderativo do caso concreto para se aferir qual deles deverá sobrepor-se ao outro.

Assim, no acórdão do TRL³²² de 25-11-2014, retira-se o seguinte excerto: *“a existência dessa relação tendencialmente conflituante entre estes dois direitos constitucionalmente garantidos (isto é, o direito de liberdade de informação e o direito à honra e ao bom nome) leva à necessidade de dirimir o conflito de direitos daí decorrente, através (...) do “princípio da concordância prática” ou a “ideia do melhor*

³²⁰ SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de, *O direito... ob., cit., p. 301.*

³²¹ SANTOS, José Beleza, *Algumas considerações jurídicas sobre crimes de difamação e de injúria*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 92º, nºs 3142-3165, Coimbra Editora, Coimbra, 1960, p. 165.

³²² Processo nº 1599/13.7 TVLSB.L1. Relator: Pedro Brighton. Acesso a 24-02-2019.

equilíbrio possível entre os direitos colidentes”, por forma a atribuir a cada um desses direitos a máxima eficácia possível”.

Em sentido convergente o acórdão do TRP³²³ de 14-12-2017 referiu-se nos termos seguintes:

“(…) Decorre da forma genérica como o referido preceito legal declara a ilicitude das ofensas ou das ameaças à personalidade física ou moral dos indivíduos que existem uma série de direitos, designadamente direitos da personalidade, tutelados constitucionalmente, cfr art.º 26º da C.R.Portuguesa, em termos de direito fundamental (aliás, de aplicação directa e imediata, vinculando quer entidades públicas quer privadas, cfr art.º 18º da lei Fundamental) de entre os quais há a considerar o direito ao bom nome e à reputação. Ora o direito ao bom nome e reputação, enquanto direito de personalidade, consiste, em suma, em não ser ofendido na sua honra, dignidade moral ou consideração social mediante a imputação feita por outrem, bem como no direito a defender-se dessa ofensa e obter a competente reparação. A honra significa tanto o valor moral íntimo do homem, como a estima dos outros, ou a sua consideração social, o bom nome ou a boa fama, o sentimento, ou a consciência, da própria dignidade humana. (...) A honra existe numa vertente pessoal e subjectiva, e noutra vertente social, objectiva. Na primeira, traduz-se no respeito e consideração que cada pessoa tem de si própria, na segunda, traduz-se no respeito e consideração que cada pessoa merece ou de que goza na comunidade a que pertence. (...) O valor da honra enquanto dignitas humana, “é mais importante que qualquer outro (valor do direito à projecção moral, ou seja, o direito à honra em sentido amplo) e transige menos facilmente com os demais em sede de ponderação de interesses”.

(...) Não obstante sabermos que há quem defenda sempre a prevalência do direito de personalidade à honra, bom nome, reputação e consideração sobre outros direitos que com ele se encontrem em colisão, *julgamos ser mais sensato, recorrermos à ponderação casuística, e assim perante o litígio concreto e a colisão de direitos que se verifique, ponderar-se a situação dos bens e interesses relevantes no caso concreto, sem que nenhum desses direitos seja absolutamente aniquilado”.*

³²³ Processo nº 8126/16.2T8PRT.P1. Relator: Anabela Dias da Silva. Acesso a 23-04-2019. Grifo nosso.

O **direito à imagem** consiste na vedação a terceiros de captar, reproduzir, divulgar ou comercializar a imagem de outrem sem o seu consentimento, independentemente do meio usado (retrato ou desenho) – art.º 79º CC.

Embora o direito à imagem tenha relação com o direito à reserva da vida privada (v.g. tornar pública uma imagem que retrate a vida privada), aquele direito é autónomo em relação a este, pois pode violar-se o direito à reserva da intimidade privada sem que se viole o direito à imagem, e também este pode ser violado fora da vida privada.

O conteúdo do direito à imagem é analisado em dois momentos. De um lado “o direito de definir a sua própria *auto-exposição*, ou seja, o direito de cada um de não ser fotografado, nem de ver o seu retrato exposto em público sem seu consentimento”, e por outro lado, “o direito de não o ver apresentado em forma gráfica ou montagem ofensiva e malevolamente distorcida ou infiel”³²⁴.

Desse modo, no acórdão do TRP³²⁵ de 11-10-2017 no qual foi suscitada a questão da captação de imagem através de videovigilância concluiu-se que “*não constitui prova proibida nem é ilícita a captação de imagens por aparelho de videovigilância, se esta captação não ocorre em local privado mas antes para local acessível ao público e os acontecimentos filmados não atingem o núcleo essencial da intimidade da vida privada*”.

O **direito à palavra** traduz-se na defesa constitucional do direito do indivíduo não ter a sua voz gravada e publicada sem o seu consentimento. Consiste, pois, na “proibição de escuta e/ou gravação de conversas privadas sem consentimento ou de qualquer deformação ou utilização «enviesada» (através de montagem, manipulação e inserção das palavras em contextos radicalmente diversos, etc.), das palavras de uma pessoa”³²⁶.

Este direito desdobra-se em três direitos que o complementam, *maxime*, (a) o direito à voz que proíbe que terceiros gravem e tornem público a sua voz sem o consentimento do seu titular; (b) o direito às palavras ditas, que salvaguarda a garantia de fidedignidade e rigidez da reprodução dos termos, expressões, metáforas escritas e

³²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição...* ob., cit., p. 467.

³²⁵ Processo nº 636/15.ST9STS.P1. Relator: Maria dos Prazeres Silva. Acesso em 11-12-2018.

³²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição...* ob., cit., p. 467.

ditas por uma pessoa; (c) o direito ao auditório, que confere a faculdade ao seu titular de determinar a quem é transmitida a palavra³²⁷.

Portanto, as provas que violem esse direito devem ser consideradas nulas, havendo a possibilidade de admissibilidade por aplicação do princípio da proporcionalidade.

Nesse sentido o acórdão do TRP³²⁸ de 15-12-2016, referiu que

“O conteúdo dos emails enviados ou rececionados pelo trabalhador, quer de conta correio pessoal, quer de conta de correio profissional que tenham natureza pessoal/extraprofissional, estão abrangidos pela tutela dos direitos à privacidade e à confidencialidade das mensagens conferida pela CRP e pelo CT/2009. (...) Pelo menos nas situações em que o empregador, ao abrigo do disposto nos citados arts. 22º, nº 2, e 106º, nº 1, não haja regulamentado e proibido a utilização de contas de correio eletrónico pessoais, o controlo dos dados de tráfego dos emails enviados ou rececionados em tais contas é sempre inadmissível. (...) A violação da proibição de recolha e utilização dos dados de correio eletrónico (conteúdo dos emails, anexos e dados de tráfego) e/ou dos princípios previstos na Lei 67/98 **determina a nulidade da prova obtida por via dessa recolha**, bem como da que assente, direta ou indiretamente, no conhecimento adveniente dessa prova nula. (...) O empregador, antes de qualquer medida de controlo eletrónico destes meios, tem de respeitar os princípios previstos na LPDP, a saber: (...) *princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso*, o qual se subdivide nos princípios: da *conformidade ou adequação de meios*, nos termos do qual a medida adotada para a realização de um determinado interesse tem de ser a apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes; da *exigibilidade ou da necessidade ou da menor ingerência possível*, o qual está relacionado, quando aplicado ao direito do trabalho, com a necessidade de salvaguardar a correta execução do contrato e o da *proporcionalidade no sentido restrito*, nos termos do qual, ainda que a medida seja necessária e adequada para alcançar o fim determinado, ainda assim tem de se aferir se o resultado obtido é proporcional à restrição ocorrida.

³²⁷ No mesmo sentido Cfr *ibidem*.

³²⁸ Processo nº 208/14.1TTVFR-D.P1. Relator: Paula Leal de Carvalho. Acesso a 23-04-2019. Grifo nosso.

A *ratio* da consagração desses direitos [direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar; direito à inviolabilidade do domicílio, da correspondência e telecomunicações; direito à honra, à imagem e à palavra] prende-se com o reconhecimento constitucional da dignidade humana e da liberdade das pessoas.

É sobre esses direitos que incidirá a ponderação de interesses (de que nos ocupamos *infra*) pois a sua violação não representa uma agressão grave e absoluta à dignidade da pessoa humana, ou seja, “*não se inserem naquele núcleo mais radical dos direitos pessoais*”³²⁹, que não admitem quaisquer restrições (v.g. o direito à vida ou à integridade física ou moral).

7. Posição adoptada: admissibilidade da prova ilícita em casos excepcionais – o princípio da proporcionalidade

Embora não admitamos a aplicação analógica do art.º 32º nº 8 da CRP ao processo civil, defendemos nesse estudo, a possibilidade de se retirarem proibições de prova de outros art.ºs da Constituição³³⁰, razão pela qual, entendemos que a regra no ordenamento jurídico português é a da inadmissibilidade das provas ilícitas em processo.

Perante este quadro, pretende-se averiguar se essa vedação é absoluta ou se em casos excepcionais, abrir-se-á a possibilidade de uma ponderação de interesses que levará à admissibilidade daquelas provas.

Diante do extremismo defendido pelas teses da admissibilidade e da inadmissibilidade, posições que demonstram uma via abstracta e geral de resolução do problema da admissibilidade da prova ilícita, adoptamos uma posição intermédia que defende a admissibilidade dessas provas em casos excepcionais, com base na ponderação concreta dos interesses conflituantes tendo como instrumento máximo o princípio da proporcionalidade, visto que “o cerne da questão está em encontrar o equilíbrio entre os dois valores contrapostos: a tutela da norma violada com a obtenção da prova ilícita e a utilização dos meios necessários ao alcance do escopo da actividade

³²⁹ LUMBRALES, Nuno B. M., *O direito à palavra, o direito à imagem e a prova audiovisual em processo penal*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 67, Edição da Ordem dos Advogados, Lisboa, Setembro – 2007, p. 687.

³³⁰ Vide Capítulo II, ponto 7.

jurisdicional. Daí existir outra tendência que, entre a absoluta rejeição das provas ilícitas e a sua total admissibilidade, procura o equilíbrio entre os valores contrastantes”³³¹.

Em sentido convergente, ALEXANDRE DE MORAES³³² admite uma atenuação à regra da inadmissibilidade das provas ilícitas e defende a sua admissibilidade em casos excepcionais ou extremamente graves pois, “nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se perceba que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização”.

A solução que mais se adequa à justiça passa pela aplicação do princípio da proporcionalidade, atenta a uma minuciosa ponderação comparativa de todas as circunstâncias que envolvam os interesses em confronto num determinado caso concreto, tendo em conta que *“em casos extremos, os direitos fundamentais se contrapõem ao direito fundamental à prova e à prestação jurisdicional, que também possuem fundamento constitucional. Por esta razão, a questão deveria ser resolvida pelo sopesamento dos valores fundamentais em jogo”*³³³.

Esta posição é sufragada pelo acórdão do TRL³³⁴ de 11-12-2018, tendo afirmado que

“No caso a questão coloca-se em relação a uma prova eventualmente materialmente ilícita, nomeadamente por violação de disposições infraconstitucionais, ligados a direitos fundamentais, contrapondo estes ao direito à prova também constitucionalmente consagrado. E nesta oposição há quem defenda que embora a prova seja ilícita a mesma deve ser admitida quando configure a única forma possível de demonstrar determinado facto (...). (...) «adotamos uma posição intermédia, de “inadmissibilidade mitigada”, segundo a qual a prova ilícita deverá ser vedada, salvo os casos excepcionais em que se mostre ser o único meio possível e razoável para apurar a verdade e nas situações que envolvem direitos fundamentais em colisão, que deverão ser analisados de acordo com o princípio da proporcionalidade». Assim, perante um conflito entre dois direitos constitucionalmente protegidos v.g. direito à honra e intimidade da vida

³³¹ CUSTÓDIO, Sérgio Filipe Barata Lourenço, *Provas ilícitas...* ob., cit., p. 110.

³³² MORAES, Alexandre de, *Direitos humanos fundamentais – teoria geral. Comentários aos art.ºs 1º e 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*, 5ª Ed., Atlas, São Paulo, 2003, p. 263.

³³³ ROQUE, André Vasconcelos, *As provas ilícitas no projecto do novo Código de Processo Civil: Primeiras reflexões*, in Revista Electrónica de Direito Processual; Vol. VI, Ano 4, Julho/Dezembro de 2010, Rio de Janeiro, p. 16. Disponível em www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21566. Acesso a 24-02-2019.

³³⁴ Processo nº 14808/15.9T8LSB.L1-6. Relatora: Gabriela de Fátima Marques. Acesso a 24-02-2019.

familiar e privada e direito à prova, deve ser realizada uma ponderação de interesses tendo por base o caso concreto (...). Ou seja, a prova será apreciada dentro do contexto da acção em concreto e a eventual necessidade de a mesma ser ou não a única prova com relevância para o caso concreto”.

Desse modo, “a teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade, também denominada teoria do balanceamento ou da preponderância dos interesses, consiste, pois, exatamente, numa construção doutrinária e jurisprudencial que se coloca nos sistemas de admissibilidade da prova obtida ilicitamente, permitindo, em face de uma vedação probatória, que se proceda a uma escolha, no caso concreto, entre os valores constitucionalmente relevantes postos em confronto”³³⁵.

Assim, torna-se necessário fazer uma avaliação dos interesses em conflito pois só através da aplicação do princípio da proporcionalidade nas suas vertentes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, se saberá se aquela prova, embora seja ilícita, pode ser admitida a título excepcional por se tratar de um meio adequado e necessário cujo valor salvaguardado pela utilização dessa prova justifica a violação de outros valores ou se, a prova ilícita, embora traga a verdade dos factos ao processo não pode ser admitida naquele caso concreto, porque colide com outros interesses que merecem tutela maior.

No entanto, a aplicação desse princípio obedece alguns passos ou etapas: “primeiramente, impõe-se examinar a adequação entre o meio empregado (prova) e o fim almejado (busca da verdade, tutela do bem jurídico pelo direito material). Em segundo lugar, cumpre verificar a existência ou não de outros meios alternativos ao emprego da prova considerada ilícita, capazes de garantir o respeito ao fim anteriormente referido, de maneira que, ao existirem outras possibilidades, além de tal expediente probatório, que seja empregado o meio que importe em menor restrição aos direitos fundamentais – como, por exemplo, o emprego de meios de prova lícitos que levem a resultados similares. Por último, o exame final submete-se ao da proporcionalidade em sentido estrito, no qual se verifica se as vantagens obtidas mediante o emprego da prova ilícita se sobrepõem às desvantagens verificadas”³³⁶.

³³⁵ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato, *Provas ilícitas – interceptações telefónicas, ambientais e gravações clandestinas*, 5ª Ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012, p. 60.

³³⁶ REICHELDT, Luis Alberto, *A prova no Direito Processual Civil*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2009, p. 295.

Assim, depois de realizada uma ponderação dos interesses em jogo (no caso o direito à prova e o direito à reserva da intimidade da vida privada), no acórdão do TRG³³⁷ de 16-02-2012 concluiu-se que as gravações telefónicas obtidas ilicitamente não poderiam ser admitidas no processo porque nesse caso concreto o direito à intimidade privada sobrepõe-se ao direito à prova, fundamentando nos seguintes termos:

“O critério a usar em caso de colisão de direitos conferidos pela Constituição deve passar, em primeira linha, não pela hierarquização abstracta dos bens envolvidos nesses direitos fundamentais, mas por uma ponderação em função das circunstâncias *concretas* em que se põe o problema, de forma a encontrar a solução mais conforme à ordem constitucional. Pois bem: nada se encontra no caso vertente que autorize a pensar que o recurso probatório em causa seja imperioso e insubstituível em ordem à demonstração dos factos a que se destina e, como assim, que sem ele o direito de acção judicial (*rectius*, de acesso aos tribunais) do Autor seja posto em causa. Já ao contrário, é a todos os títulos evidente que o direito da Ré à reserva da intimidade da vida privada fica completamente desguarnecido. A ser assim, como é, nunca poderia este último direito ser posto em crise no confronto daquele outro”.

Embora reconheçamos os riscos do subjectivismo inerente à utilização do princípio da proporcionalidade, não podemos perder de vista que este princípio é um “(...) instrumento necessário para a salvaguarda e manutenção de valores conflituantes, desde que aplicado única e exclusivamente em situações tão extraordinárias que levariam a resultados desproporcionais, inusitados e repugnantes se inadmitida a prova ilicitamente acolhida”³³⁸.

Apesar da importância que este princípio representa na resolução da problemática da admissibilidade das provas ilícitas, a sua aplicação aos casos concretos suscita grande dificuldade, podendo correr-se o risco de o transformar num critério geral de admissibilidade daquelas provas.

Por conta disso, ISABEL ALEXANDRE³³⁹ mostra-se receosa em admitir a utilização de provas ilícitas em processo civil com base numa ponderação de interesses através da aplicação do princípio da proporcionalidade e defende que as proibições

³³⁷ Processo nº 435234/09.8YIPRT-A.G1. Relator: Manso Rainho. Acesso em 19-11-2018.

³³⁸ CAMPOS, Sara Rodrigues, *(In)admissibilidade...* ob., cit., pp. 103-104.

³³⁹ ALEXANDRE, Isabel, *Provas...* ob., cit., p. 116.

absolutas de valoração da prova têm o seu fundamento na subordinação do juiz à Constituição estando este impedido de praticar actos contrários àquela e por isso esse raciocínio deve ser aplicado a todas as situações em que o próprio acto de utilização processual da prova consubstancia uma ofensa a um direito fundamental.

Apoiando-se na dificuldade de se conseguir fazer uma individualização dos interesses concretos que devam ser ponderados, a autora afirma que “*mesmo admitindo que o conflito se verifica, não entre o direito à prova de uma das partes e o direito da outra (por exemplo, o direito à imagem, ou à palavra), suscita dificuldades a determinação dos concretos interesses a ponderar em cada caso: haverá de um lado, o interesse privado da parte que é lesada no seu direito com a obtenção e/ou a valoração da prova e, do outro, o interesse público (por exemplo, o interesse público na descoberta da verdade)?; ou será antes de ponderar, deste lado da balança, o interesse privado que se quer satisfazer com a utilização da prova?*”³⁴⁰.

Pelas razões ora referidas, uma parte da doutrina tem criticado a utilização do critério da ponderação dos interesses no caso concreto, sustentando que a inevitabilidade do arbítrio³⁴¹ e do casuísmo devido à dificuldade de se estabelecer claramente a hierarquia entre os direitos fundamentais, com a ressalva do direito à vida e à integridade física [que se afiguram como os “mais relevantes”] abala muitas vezes o recurso a um juízo de ponderação para solucionar a questão da admissibilidade das provas ilícitas.

Nessa medida, TROCKER³⁴² sustenta que não é de se estranhar “*o ceticismo daqueles que veem no princípio da proporcionalidade um parâmetro excessivamente vago e perigoso para uma satisfatória sistematização das vedações probatórias*”, porquanto, “*existe o perigo, percebido nos precedentes jurisprudenciais colacionados, de que os juízes, na definição da fattispecie singular, venham a orientar-se somente com base nas circunstâncias particulares do caso concreto e percam de vista as dimensões do fenómeno no plano geral*”.

Não ignoramos a existência de riscos de subjectivismo³⁴³ que a aplicação arbitrária do princípio da proporcionalidade pode gerar, todavia, estes riscos poderão ser

³⁴⁰ *Ibidem*.

³⁴¹ O arbítrio consiste na “*inadequação do meio para se alcançar o fim ou, pior, na própria ilegitimidade do fim*”. Cfr MIRANDA, Jorge, *Direitos fundamentais*, ob., cit., p. 335.

³⁴² Apud CARVALHO, Michelle Aurélio de Carvalho, *Flexibilização...* ob., cit., pp. 550-551.

³⁴³ Referindo-se ao receio de subjectivismo que o julgador pode incorrer na aplicação do princípio da proporcionalidade, MOREIRA, José Carlos Barbosa, *A constituição...* ob., cit., p. 146, defende “*que não se deve perder de vista quão frequentes são as situações em que a lei confia na valoração (inclusive*

minimizados com a determinação dos interesses em confronto no caso concreto e o estabelecimento do grau de relevância de cada valor conflituante a fim de se fazer uma ordenação normativa das prioridades e da regra de proporcionalidade entre meio e fim.

Mesmo nos casos em que a utilização de provas ilícitas esteja expressamente vedada no ordenamento jurídico, v.g. o português (processo penal) e o brasileiro, a ponderação dos interesses em cada caso concreto é o caminho mais correcto e justo para solucionar esta questão, sob pena de a sua inadmissibilidade gerar decisões que se distanciem dos ideais de justiça.

A propósito do ordenamento brasileiro, alguma doutrina refere que “*o texto constitucional parece jamais admitir qualquer prova cuja obtenção tenha sido ilícita. (...) Porém, (...) a regra não é absoluta, porque nenhuma regra constitucional é absoluta, uma vez que tem de conviver com outras regras ou princípios também constitucionais. Assim, continuará a ser necessário o confronto ou peso entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, a fim de se admitir, ou não, a prova obtida por meio ilícito*”³⁴⁴.

No acórdão do TRL³⁴⁵ de 31-10-2017, concluiu-se que

“São atentatórias da honra os comportamentos que, atentas as particulares circunstâncias da sua ocorrência, se mostrem aptos a afectar a intrínseca dignidade humana do visado ou a assacar-lhe, sem motivação ou fundamento plausível, actos susceptíveis de diminuir o seu reconhecimento pessoal. Entre o direito à honra e a liberdade de expressão não há hierarquização, tratando-se de direitos de igual valor. Em caso de conflitos entre tais direitos o mesmo deve ser casuisticamente resolvido com recurso ao balanceamento dos interesses e circunstâncias envolvidos (...). Não sendo tais direitos absolutos (como claramente é inculcado nos artigos 18º, nºs 2 e 3, da Constituição da República e 8º, nº 2, e 10º, nº 2 da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais), nem se encontrando estabelecida nenhuma hierarquia, mas antes tratando-se de direitos de igual valor, (...), levanta-se toda uma problemática relativamente à conflitualidade latente entre eles, a qual vai sendo resolvida segundo

ética) do juiz para possibilitar a aplicação de normas regidas com empregos de conceitos jurídicos indeterminados, como o de “bons costumes”, o de “mulher honesta” ou o de “interesse público”. A subjetividade do juiz atua constante e inevitavelmente no modo de dirigir o processo e de decidir; se pretendêssemos eliminá-la de todo, seríamos forçados a substituir por computadores os magistrados de carne e osso. Visões desse género, projetadas num hipotético futuro, já têm provocado pesadelos demais”.

³⁴⁴ CUSTÓDIO, Sérgio Filipe Barata Lourenço, *Provas ilícitas...* ob., cit., p. 116.

³⁴⁵ Processo nº 159/13.7TVLSB.L1-1. Relator: Rijo Ferreira. Acesso a 25-02-2019.

critérios casuísticos e, não raras vezes, com diferenciadas soluções de jurisdição para jurisdição ou mesmo dentro da mesma jurisdição.

Apesar disso, alguns autores entendem ser desnecessário o exercício da ponderação de interesses para a admissibilidade das provas ilícitas. Referindo-se ao ordenamento brasileiro OCÉLIO DA SILVA³⁴⁶, sustenta que *“a matéria já foi sopesada pelo constituinte, ciente dos bens em conflito (verdade e liberdade), optando por proscrever a prova ilícita”*. Portanto, *“(…) não haveria espaço para a realização de um juízo de ponderação pelo magistrado, sob pena de usurpação de funções constituintes, coisa que não lhe teria sido dado pela Constituição”*.

Transportando esse entendimento para o ordenamento português, pensamos que o mesmo não merece acolhimento. Embora o legislador constituinte tenha feito essa ponderação no âmbito do processo penal, prevendo a inadmissibilidade das provas ilícitas, isto não afasta a possibilidade de uma segunda ponderação pelo julgador no caso concreto. O que o legislador fez foi uma ponderação geral e abstracta, sem ter em atenção as circunstâncias que envolvem cada caso concreto. O juiz, que estará diante desse conflito de interesses num determinado caso concreto, deve fazer o balanceamento entre os interesses conflitantes para aferir qual deles sobrepõe-se ao outro, pois a exclusão ou a aceitação da prova sem essa ponderação pode levar a resultados injustos. Nesse diapasão, CANOTILHO E MOREIRA³⁴⁷, referem que *“(…) os direitos em colisão devem considerar-se como princípios susceptíveis de ponderação ou balanceamento nos casos concretos, afastando-se qualquer ideia de supra ou infravaloração abstracta”*.

Para além do risco do subjectivismo e arbítrio, a aplicação do critério da ponderação de interesses tem suscitado uma outra crítica que tem a ver com a provável violação dos princípios da igualdade e da segurança jurídica, porquanto entende-se que ao examinar as circunstâncias de cada caso concreto poderão surgir casos semelhantes que são resolvidos de forma distinta.

Não obstante tratar-se de casos semelhantes, pensamos que soluções distintas de casos que envolvam provas ilícitas são naturais e não representam violação àqueles princípios visto que a ponderação dos interesses em confronto dependerá das especificidades e das circunstâncias que envolvem aquele caso em concreto, podendo

³⁴⁶ SILVA, Océlio Nobre da, *A prova ilícita...* ob., cit., p. 60.

³⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição...* ob., cit., p. 466.

suceder que uma solução que se acha a mais adequada num caso não o seja no outro caso porque as circunstâncias são diferentes³⁴⁸.

Na mesma linha de entendimento, CRISTINA QUEIROZ³⁴⁹ sustenta que “*o procedimento de ponderação é racional, mas trata-se de um procedimento que em cada caso conduz exactamente a uma única solução*”, pois “*(...) a solução que depois de uma ponderação vem considerada como correcta, depende de valorações que não resultam controláveis pelo procedimento de ponderação*”.

Desse modo, GONZALEZ-CUELLAR SERRANO³⁵⁰ afirma que “*en cualquier caso, aceptando que en algunas circunstancias la aplicación poco meditada del principio de proporcionalidad pudiera provocar injusticias, más injusta es la aplicación automática e indiscriminada de la ley, si se prescinde de los necesarios criterios orientadores de la discrecionalidad judicial y los medios para controlarla*”.

Embora a inadmissibilidade das provas ilícitas no ordenamento jurídico português seja a regra, actualmente há uma tendência jurisprudencial de abrir espaço para uma relativização dessa proibição, admitindo a prova ilícita em determinadas circunstâncias através da aplicação do princípio da proporcionalidade, pois entende-se que “*(...) a livre aceitação, sem critério, da prova ilícita é tão errada e perniciosa como a sua cega e liminar rejeição, pois ambas as atitudes, (...) extremistas, não permitem sopesar os interesses ou direitos em jogo: o direito ofendido pela prova ilícita e o direito exercido e necessitado dessa mesma prova*”³⁵¹.

Além dos acórdãos já mencionados ao longo do trabalho, passaremos em revista outros acórdãos que se posicionaram nesse sentido. Ora vejamos.

O acórdão do TRP³⁵² de 25-05-2009, pronunciou-se no sentido da admissibilidade da prova ilícita em casos excepcionais referindo que

“O problema é (...) de conflito de interesses: a garantia constitucional dos direitos fundamentais funcionará sempre que aos interesses nela tutelados não se sobreponham outros interesses, que no caso concreto (...) se mostrem merecedores de maior protecção. Quer-nos parecer, assim, que a orientação que admite a prova com algumas restrições, consoante o caso concreto e os interesses em conflito, (...) é a mais razoável e a que melhor se ajusta aos

³⁴⁸ Em termos idênticos Cfr CAMPOS, Sara Rodrigues, *(In)admissibilidade... ob., cit., p. 107.*

³⁴⁹ QUEIROZ, Cristina, *Direitos fundamentais... ob., cit., p. 254.*

³⁵⁰ *Apud* CAMPOS, Sara Rodrigues, *(In)admissibilidade... ob., cit., p. 107.*

³⁵¹ MESQUITA, Miguel, *in* prefácio à obra de CAMPOS, Sara Rodrigues, *(In)admissibilidade... ob., cit., p. 11.*

³⁵² Processo nº 159/07.6TVPR-T-D.P1. Relatora: Maria José Simões. Acesso em 16-11- 2018.

princípios e normas em vigor, sem esquecer, obviamente, a relevância que a prova, cuja junção se pretende, tem no caso concreto. Assim, não é ilícita a violação do segredo profissional se, em presença de um conflito de deveres, o agente optar pelo dever de valor igual ou superior ao do dever sacrificado”.

E fazendo uma ponderação dos interesses mediante a aplicação do critério da proporcionalidade concluiu que *“não sendo prestadas as informações em causa, ficaria irremediavelmente comprometida a posição da parte que a requereu (a autora) bem como a descoberta da verdade. É, pois, de concluir pela prevalência do interesse público – a administração da justiça, como justificação para a quebra de tal sigilo – o bancário”*.

Na mesma linha o acórdão do STJ³⁵³ de 27-09-2018 ao debruçar-se sobre a violação do segredo de justiça optou por uma ponderação caso a caso nos termos seguintes: *“Todavia, uma vez que a protecção do segredo não constitui um valor absoluto, há que fazer caso a caso uma ponderação dos valores em conflito (averiguação da verdade ou a protecção de direitos dos cidadãos beneficiados pelo segredo), por forma a determinar qual deles deve prevalecer”*.

Por sua vez o acórdão do STJ³⁵⁴ de 19-05-2010 chegou à conclusão que o melhor caminho para dar solução à problemática da prova ilícita é optar por uma ponderação de interesses no caso concreto, tendo referido que *“ainda que a prova seja ilícita quanto ao método da sua obtenção, a sua valoração em processo não está forçosamente excluída. (...) Pese embora aquela actuação censurável, um juízo de proporcionalidade [que implica a ponderação dos interesses em jogo], é decisivo para saber que interesses devem prevalecer, tendo em conta aqui a verdade material”*.

Em termos semelhantes o acórdão do TRL³⁵⁵ de 03-06-2004, concluiu que

“(...) a orientação que admite a prova com algumas restrições, consoante o caso concreto e os interesses em conflito, independentemente de se aceitar com maior ou menor reserva a aplicação analógica do art. 32º da Constituição, é a mais razoável e a que melhor se ajusta aos princípios e normas em vigor, sem olvidar, obviamente, a relevância que a prova, cuja junção se pretende, tem no caso concreto. Ou seja, a ilicitude na obtenção de

³⁵³ Processo nº 17/14.8TBVZL.C1.S1. Relatora: Maria do Rosário Morgado. Acesso em 18-11-2018.

³⁵⁴ Processo nº 158/06.5TCFUN.L1.S1. Relator: Fonseca Ramos. Acesso em 18-11-2018.

³⁵⁵ Processo nº 1107/2004-6. Relatora: Fátima Galante. Acesso a 27-05-2019

determinado meio de prova não conduz necessariamente à proibição da sua admissibilidade, mas também não implica, a garantia do seu aproveitamento. No processo civil a regra continua a ser a afirmação do princípio dispositivo, pelo que, como se referiu, uma protecção sem limites de certos direitos fundamentais, como o direito à imagem ou à palavra que não podem deixar de se considerar como relativos na sua oponibilidade à produção de prova, ao direito à prova, seria vista como uma desprotecção dos meios de prova mais valiosos a favor dos mais frágeis. Por isso, mesmo quando estão em causa certos direitos fundamentais, não pode pretender-se uma transposição automática do disposto no art. 32º da Constituição, respeitante às garantias do processo criminal, para o processo civil.

Não decorrendo da lei a proibição absoluta de admissibilidade da prova, é em função das circunstâncias como foi obtida e da relevância que possa ter, que será ou não admitida pelo Tribunal”.

Entretanto, no acórdão do TRE³⁵⁶ de 15-05-2017, não foi permitida a junção de uma gravação ilícita visto que existiam outros meios de prova lícitos. Retira-se da fundamentação desse acórdão o seguinte excerto:

“No âmbito da protecção da esfera da vida pessoal dos cidadãos, a Constituição reconhece, entre outros, (...) o direito à inviolabilidade do sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada (art.º 34º n.º 1). Por outro lado, apesar do art.º 32º n.º 8 estar inserido entre as garantias de processo criminal (...), a infracção à proibição constitucional de ingerências nas telecomunicações há-de, pois, ter, nos processos cíveis e em matéria de prova, a mesma sanção radical: a nulidade. Desse modo, no caso das comunicações orais, por telefone ou de viva voz, é proibido, na ausência de consentimento do emitente, gravar as palavras proferidas por outrem e não destinadas ao público, mesmo que sejam dirigidas a quem ilicitamente faz a gravação, sendo igualmente proibido utilizar ou deixar utilizar as mesmas gravações. Pretende-se, pois, impedir que uma expressão fugaz e transitória da vida se converta num produto registado e susceptível de ser utilizado a todo o tempo. Deste modo, a obtenção de uma gravação como a descrita nos autos, de uma reunião ocorrida entre o Requerente, o Requerido (...) e duas testemunhas inquiridas nos autos, consiste em prova proibida e nula. (...) Assim, o direito de acesso aos tribunais e de produção de prova

³⁵⁶ Processo n.º 8346/16.0T8STB.E1. Relator: Mário Coelho. Acesso em 12-12-2018. Itálico nosso.

em processo civil, não significa a admissibilidade de qualquer meio de prova, em especial quando este for obtido com violação de relevantes direitos, como os supra descritos. *Se é certo que tais limitações não podem ser arbitrárias ou desproporcionadas, devendo ponderar-se as circunstâncias concretas do caso, não se pode afirmar que a gravação obtida sem consentimento em 26.04.2016, constitua meio de prova insubstituível para demonstração dos factos a que se destina, tanto mais que está em causa uma reunião onde estiveram presentes duas das testemunhas inquiridas nos autos e que puderam ser inquiridas quanto ao que ali se passou. Assim, porque está em causa meio de prova obtido de forma ilícita, bem andou a primeira instância ao não permitir a junção da referida gravação”.*

É nessa medida que deve ser solucionado o problema da (in)admissibilidade das provas ilícitas, procedendo a um juízo de ponderação entre os interesses em conflito, uma vez que *“os valores e direitos fundamentais devem ser harmonizados, no caso concreto, por meio de juízos de ponderação que vise concretizar ao máximo os direitos constitucionalmente protegidos, não se devendo por meio de uma precipitada ponderação de bens ou valores in abstracto, desprezar um direito a custa da prevalência do outro”*³⁵⁷.

Todavia, deve ter-se em atenção que a aplicação do princípio da proporcionalidade e seus elementos intrínsecos – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – deve ser sempre norteada pela racionalidade e objectividade para garantir a perfeita realização da justiça.

³⁵⁷ MOREIRA, Josemar, *O princípio da proporcionalidade como eixo normativo de conflito de interesses: análise da prerrogativa de exercício de um direito fundamental em detrimento de outro e a produção de prova na ocorrência de condução sob o efeito do álcool*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2005, p. 100.

CONCLUSÕES

Depois do estudo feito sobre o tema é chegado o momento de apresentarmos as nossas conclusões.

1. A tutela dos direitos dos particulares foi deferida ao Estado por força do princípio da proibição da autotutela tendo-se-lhes concedido o direito de acção – art.º 20º CRP.

2. As partes intervenientes no processo têm o direito de ver a sua causa apreciada num processo justo, leal e equitativo, ou seja, o conflito tem de ser composto de forma justa e num prazo razoável.

3. A prova visa formar a convicção do juiz sobre a veracidade dos factos. E esta é entendida em três sentidos, quais sejam, a prova enquanto meio, enquanto actividade e enquanto resultado da actividade probatória.

4. Embora tenha como fim criar a certeza da ocorrência de certo facto, não se trata de uma certeza absoluta mas sim relativa devido às limitações da percepção humana.

5. A prova incide sobre os factos e não sobre a matéria de direito, excepto quando se tratar de direito consuetudinário, local ou estrangeiro que será objecto de prova.

6. O direito probatório é aquele que se ocupa da regulação das provas podendo distinguir-se em direito probatório formal e material.

7. As provas pré-constituídas são aquelas cuja existência é anterior ao processo e as constituendas aquelas que surgem no decurso da acção.

8. A prova livre é aquela em que o juiz aprecia livremente a prova e atribui-lhe o valor que melhor lhe convier, diferentemente da prova legal em que o juiz está adstrito ao valor previamente estabelecido pela lei.

9. As partes têm o direito constitucional de apresentar provas para fundamentar as suas pretensões, porém, este não é um direito absoluto e incondicionado, encontrando-se limitado pela utilização de provas ilícitas que colocam em colisão direitos que igualmente carecem de tutela.

10. O princípio da livre apreciação da prova impõe que o juiz aprecie a prova de acordo com a sua convicção, todavia, esta apreciação não é arbitrária porque o juiz, ao emitir o seu juízo, tem de ter presentes os elementos probatórios existentes no processo.

11. As partes têm o direito de se pronunciar sobre todas as questões suscitadas no processo, para evitar que sejam surpreendidas pela decisão tomada pelo juiz.

12. Para criar uma convicção mais fidedigna da veracidade dos factos o juiz deve ter um contacto mais directo possível com os meios de prova. Nisso consiste o princípio da imediação.

13. No processo civil moderno o juiz desempenha um papel mais activo e detém vários poderes instrutórios para o devido apuramento da verdade material fruto da consagração do princípio do inquisitório que em comunhão com o princípio do dispositivo permite-nos concluir que o processo civil apresenta uma natureza híbrida.

14. Uma vez produzida, a prova passa a pertencer ao processo e serve para provar os factos independentemente das partes que a trouxeram.

15. À todas as pessoas independentemente de serem ou não partes no processo impende o dever de cooperar para a descoberta da verdade.

16. Na sua actuação as partes devem agir com lealdade, evitando actos que inviabilizam o normal desenvolvimento do processo.

17. O processo civil moderno visa a justa composição do litígio, o que implica a busca da verdade material.

18. O CPC português não dispõe de uma norma que estabeleça um regime para a admissibilidade de provas ilícitas em processo civil.

19. O fundamento da (in)admissibilidade das provas ilícitas em processo civil não pode ser retirado do art.º 417º n.º 3 do CPC.

20. A prova ilícita é aquela cuja obtenção e/ou produção implica violação de normas de direito material.

21. A prova ilícita distingue-se de várias outras figuras que lhe são afins. Ela distingue-se da prova imoral porque esta, contrariamente àquela, viola normas éticas ou de ordem moral.

22. Difere ainda da prova viciada pois esta apresenta um conteúdo que não corresponde à verdade, portanto, falso.

23. Distingue-se também da prova atípica pois enquanto esta não se encontra prevista no ordenamento jurídico, a prova ilícita tem previsão legal mas foi obtida com violação de certas normas de direito material.

24. Existe uma diferença de tratamento entre o processo civil e o processo penal. Neste o problema da admissibilidade das provas ilícitas foi resolvido pelo art.º

32º n.º 8 da CRP e pelos art.ºs 125º e 126º do CPP que estabelecem respectivamente a nulidade de tais provas, não podendo por isso serem admissíveis no processo.

25. Apesar da consagração expressa da sua inadmissibilidade no processo penal, a tendência doutrinária vai no sentido de abrir espaço para uma ponderação de interesses, admitindo-se em alguns casos a prova ilícita, tendo em conta as circunstâncias de cada caso concreto.

26. As provas derivadas de provas ilícitas são também ilícitas porque a ilicitude da prova primária estende-se às provas secundárias. Porém, esta teoria admite algumas exceções que extinguem a ilicitude inicial *maxime* a doutrina da atenuação; a doutrina da fonte independente e a doutrina da atenuação.

27. A admissibilidade ou não das provas derivadas dependerá de um juízo de ponderação – através da aplicação do princípio da proporcionalidade – com vista a se aferir se atendendo as circunstâncias da sua produção, estas provas podem ser admitidas e valoradas no processo.

28. Desde que sejam salvaguardadas as especificidades de determinado caso concreto uma prova ilícita poderá ser trasladada de um processo para outro mediante aplicação do princípio da proporcionalidade, ponderando os interesses em causa e atendendo à impossibilidade de se produzir nova prova.

29. Não admitimos a possibilidade de aplicação analógica do art.º 32º n.º 8 da CRP ao processo civil porque este dirige-se ao processo penal e porque existe a possibilidade de se retirar a inadmissibilidade das provas ilícitas de outras normas da Constituição.

30. Tanto a tese da admissibilidade quanto a tese da inadmissibilidade sem restrições não resolvem satisfatoriamente a problemática da (in)admissibilidade das provas ilícitas porque ambas as teses perfilham posições extremistas. Se por um lado uma defende a admissibilidade de provas ilícitas sem restrições, por outro lado, a outra defende a inadmissibilidade de tais provas em quaisquer circunstâncias. Perante este quadro extremista surge a tese intermédia ou mista, que defende uma solução mais equilibrada para solucionar a problemática da (in)admissibilidade de provas ilícitas assente num conflito de interesses que só diante do caso concreto poderá ser resolvido, através da ponderação de todas as circunstâncias que envolvem o caso.

31. Assim, adoptamos uma posição intermédia de modo a admitir a prova ilícita em certas condições, através da aplicação do princípio da proporcionalidade e seus elementos indissociáveis de adequação, necessidade e proporcionalidade estrita,

ponderando as circunstâncias que envolveram cada caso em concreto, visto que a adoção de posições extremas de admissibilidade ou inadmissibilidade absolutas levam-nos a soluções injustas porquanto, por um lado a inadmissibilidade sem restrições “*conduz à proteção dos direitos fundamentais de cariz individual de modo absoluto e à custa de uma impunidade generalizada que pode afetar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos de modo desproporcionado*”³⁵⁸, e por outro lado, a admissibilidade absoluta traduz a violação ininterrupta dos direitos fundamentais.

32. Portanto, actualmente assiste-se a uma tendência doutrinal e jurisprudencial no sentido de mitigar a inadmissibilidade absoluta das provas ilícitas, abrindo-se caminho à ponderação das circunstâncias do caso concreto.

³⁵⁸ MARTINS, Milene Viegas, *A admissibilidade de valoração de imagens captadas por particulares como prova no processo penal*, AAFDL, Lisboa, 2014, pp. 54-55, nota 43.

BIBLIOGRAFIA

ABRANTES, José João, *Prova ilícita (Da sua relevância no Processo Civil)*, in Revista Jurídica, nº 7, Nova Série, AAFDL, Lisboa, Julho – Setembro, 1986.

AGUILAR, Francisco, *A destriça tipológica entre prova defensiva e prova ofensiva em sede de proibições de prova em Processo Penal*, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 28, nº 2, Edição: IDPEE, Coimbra, Maio – Agosto de 2018.

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

ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *Direito Processual Civil*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2015.

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, 1979.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, 4ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 1974.

ANDRADE, Manuel da Costa, *Parecer*, in Colectânea de Jurisprudência, Tomo I, Ano VI, 1981.

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

ANDRADE, Sabrina Dourado França, *O princípio da proporcionalidade e o poder de criatividade judicial*, in Constituição e Processo, Coord. (Freddie Didier Júnior; Luiz Rodrigues Wambier; Luiz Manoel Gomes Júnior), Jus Podivm, Salvador – Bahia, 2007.

ARENHART, Sérgio Cruz, *A verdade e a prova no processo civil*, in Revista Ibero-americana de Derecho Procesal, Vol. 7, Madrid, 2005.

AROCA, Juan Montero, *La prueba en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1996.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de, *Provas ilícitas e proporcionalidade*, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2007.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato, *Provas ilícitas – interceptações telefónicas, ambientais e gravações clandestinas*, 5ª Ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.

BATISTI, Leonir, *Curso de Direito Processual Penal*, Vol. II, 2ª Ed., Juruá Editora, Curitiba, 2008.

BORGES, Ronaldo Souza, *A prova pela presunção na formação do convencimento judicial*, D'Plácido Editora, Belo Horizonte – Minas Gerais, 2016.

BRANCO, Carlos Castelo, *A prova ilícita: verdade ou lealdade?*, Almedina, Coimbra, 2018.

BRANDÃO, Paulo de Tarso, *Condições da ação e o princípio constitucional do acesso à justiça*, in *Direito e Processo – Estudos em homenagem ao desembargador Norberto Ungaretti*, Conceito Editorial, Florianópolis, 2007.

BURGOA, Elena, *La prueba ilícita en el Proceso Penal Português*, in *Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Coord. Diogo Freitas do Amaral, Almedina, Coimbra, 2008.

CAMBI, Eduardo, *Direito Constitucional à prova no Processo Civil*, Vol. 3, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.

CAMPOS, Sara Rodrigues, *(In)admissibilidade de provas ilícitas – dissemelhança na produção de prova no Direito Processual?*, Almedina, Coimbra, 2018.

CANAS, Vitalino, *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controlo de atos legislativos*, Almedina, Coimbra, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 7ª Ed., Almedina, Coimbra, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Vol. I, 4ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

CARDOSO, João Daniel de Sousa Garcês, *Sobre a admissibilidade da prova ilícita no processo civil português*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012.

CARVALHO, Michelle Aurélio de, *Flexibilização da inadmissibilidade das provas ilícitas*, in *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VI, nº 6, Junho de 2005. Acesso em <http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista06/Discente/07.pdf>.

CASANOVA, J. F. Salazar, *Provas ilícitas em processo civil – sobre a admissibilidade e valoração de meios de prova obtidos pelos particulares*, in *Direito e Justiça*, Vol. XVIII, Tomo I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2004.

CASTRO, Jorge Rosas de, *Direito à reserva da intimidade da vida privada versus direito à honra: a ofensa à honra de terceiros cometida em privado*, in *Scientia*

Ivridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LIX, nº 321, Universidade do Minho, Braga, Janeiro-Março de 2010.

CHABY, Estrela Capelo de Sousa, *O depoimento de parte em processo civil*, 1ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

CHIMBIAMBIULO, Barnabé Monteiro, *Da (in)admissibilidade da prova ilícita no Processo Civil português*, Relatório de Doutoramento apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

COMPARATO, Fábio Konder, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 6ª Ed., Saraiva, São Paulo, 2008.

CORDEIRO, António Menezes, *Da boa fé no Direito Civil*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1984.

CORREIA, Tércia Matias, *A prova em Processo Civil – Reflexões sobre o problema da (in)admissibilidade da prova ilícita*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015.

COSTA, Liane Teresa Andrade, *A simples e provável verdade processual: contornos, perfil e expressões de uma verdade «possível»*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2013. Disponível em <http://hdl.handle.net/10316/34834>.

COSTA, Tiago Félix da, *A (des)igualdade de armas nas providências cautelares sem audiência do requerido*, Almedina, Coimbra, 2012.

CUPELLO, Leonardo Pache de Faria, *Direito à inviolabilidade do domicílio, da correspondência, das comunicações e dos meios de obtenção da prova no processo penal*, Relatório de Mestrado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2002.

CUSTÓDIO, Sérgio Filipe Barata Lourenço, *Provas ilícitas: o princípio da proporcionalidade*, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011.

DUARTE, Maria Luísa, *União Europeia e direitos fundamentais – no espaço da internormatividade*, AAFDL, Lisboa, 2006.

FELICIANO, Guilherme Guimarães, *Direito à prova e dignidade humana (cooperação e proporcionalidade em provas condicionadas à disposição física da pessoa humana – abordagem comparativa)*, LTR Editora, São Paulo, 2007.

FILHO, Orlando de Moraes, *A integridade da pessoa humana no direito internacional e no direito brasileiro*, Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010.

FREITAS, José Lebre de, *A confissão no direito probatório – um estudo de direito positivo*, Coimbra Editora, Coimbra, 1991.

FREITAS, José Lebre de, *A falsidade no direito probatório*, 2ª Ed. Atualizada, Almedina, Coimbra, 2013.

FREITAS, José Lebre de, *Introdução ao Processo Civil – conceito e princípios gerais à luz do novo código*, 3ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013.

GALBIATI, Carolina Maria Morro Gomes, *Prova ilícita no processo civil e a (in)aplicabilidade do princípio da proporcionalidade*, Dissertação de Mestrado apresentada ao Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2013. Disponível em <http://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/941/Disserta%C3%A3o%20CAROLINA%20MARIA%20MORRO%20GOMES%20GALBIATI.pdf?sequence=1>.

GALVÃO, Ricardo Neto, *O efeito-à-distância*, Relatório de Mestrado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2012.

GOMES, Manuel Tomé Soares, *Um olhar sobre a prova em demanda da verdade no processo civil*, in Revista do CEJ, 2º semestre, nº 3, Lisboa, 2005.

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

GUIMARÃES, Jane de Fátima, *A interceptação telefónica: sua admissibilidade e valoração como meio de prova em processo civil*, Relatório de Mestrado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2005.

HEERDT, Fábio Vieira, *Exercício de ponderação pelo juiz constitucional no processo penal brasileiro como proibição de proteção insuficiente no tema das provas ilícitas?*, in Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais – Estudos em homenagem a Jorge Dias Novais, organizador – José Péricles Pereira de Sousa, Arraes Editores Ltda, Belo Horizonte, 2015.

JAUERNIG, Othmar, *Direito Processual Civil*, 25ª Ed., Tradução de Silveira Ramos, Almedina, Coimbra, 2002.

JESUS, Francisco Marcolino de, *Os meios de obtenção da prova em processo penal*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2015.

JORGE, Nuno de Lemos, *Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas*, in *Julgar*, nº 3, Coimbra Editora, Coimbra, Setembro/Dezembro de 2007.

JORGE, Nuno Lemos, *Direito à prova: brevíssimo roteiro jurisprudencial*, in *Julgar*, nº 6, Coimbra Editora, Coimbra, Setembro/Dezembro, 2008.

JÚNIOR, Freddie Didier, *Fundamentos do princípio da cooperação no Direito Processual Civil Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

JÚNIOR, Freddie Didier; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael, *Curso de Direito Processual Civil*, 4ª Ed, Vol. II, Jus Podivm Editora, Salvador, 2009.

LIMA, Alcides de Mendonça, *A eficácia do meio de prova ilícito no Código de Processo Civil brasileiro*, in *Revista de Processo*, Vol. 11, nº 43, São Paulo, 1986, pp. 138-141. Disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/643/29.pdf>.

LUMBRALES, Nuno B. M., *O direito à palavra, o direito à imagem e a prova audiovisual em processo penal*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 67, Edição da Ordem dos Advogados, Lisboa, Setembro – 2007.

MALATESTA, Nicola Framarino dei, *A lógica das provas em matéria criminal*, 2ª Ed., Livraria Clássica Editora, Lisboa, 1927.

MARCOLAN, Cíntia Venâncio, *Provas ilícitas e direitos fundamentais*, Relatório de Mestrado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2009.

MARQUES, João Paulo Remédio, *Acção declarativa à luz do Código revisto*, 3ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

MARTINS, Milene Viegas, *A admissibilidade de valoração de imagens captadas por particulares como prova no processo penal*, AAFDL, Lisboa, 2014.

MEDEIROS, João Paulo Fontoura de, *Teoria geral do processo – o processo como serviço público*, 3ª Ed., Juruá Editora, Curitiba, 2009.

MELLO, Rodrigo Pereira de, *Provas ilícitas e sua interpretação constitucional*, Sérgio António Fabris Editor, Porto Alegre, 2000.

MELO, Nuno Miguel, *Dos limites do efeito à distância nas proibições de prova*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2012.

MENDES, João de Castro, *Do conceito de prova em processo civil*, Ática, Lisboa, 1961.

MENDES, Paulo de Sousa, *O efeito-à-distância das proibições de prova*, in *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, nº 74,

Julho/Dezembro de 2013. Disponível em https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1401215359.pdf.

MIRANDA, Jorge, *Direitos fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2017.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais*, Tomo IV, 5ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

MORAES, Alexandre de, *Direitos humanos fundamentais – teoria geral. Comentários aos art.ºs 1º e 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*, 5ª Ed., Atlas, São Paulo, 2003.

MORÃO, Helena, *O efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 16, nº 4, Coimbra Editora, Coimbra, Outubro – Dezembro de 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, *A constituição e as provas ilicitamente obtidas*, in *Revista de Processo*, Ano 21, nº 84, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Outubro – Dezembro de 1996.

MOREIRA, Josemar, *O princípio da proporcionalidade como eixo normativo de conflito de interesses: análise da prerrogativa de exercício de um direito fundamental em detrimento de outro e a produção de prova na ocorrência de condução sob o efeito do álcool*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2005.

MORGADO, Pedro Trigo, *Admissibilidade da prova ilícita em processo civil*, Petrony Editora, Lisboa, 2016.

MORRONE, Michelle Ribeiro, *Direito à reserva sobre intimidade da vida privada das figuras públicas?*, Relatório de Mestrado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2005.

NASCIMENTO, Pedro Silvino Rebelo do, *Provas ilícitas no Regime Laboral: o caso da videovigilância*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2013.

NETO, Elias Marques de Medeiros, *Prova emprestada, prova ilícita e princípio da proporcionalidade*, in *A prova no direito processual civil – Estudos em homenagem ao professor João Baptista Lopes*, Editora Verbatim, São Paulo, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis, *A dignidade da pessoa humana – dignidade e direitos fundamentais*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2015.

NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos fundamentais e justiça constitucional*, AAFDL, Lisboa, 2017.

OLIVEIRA, Alynne de Lima Gama Fernandes, *A busca pela verdade possível e a admissibilidade das provas ilícitas no direito processual civil*, in Revista do Ministério Público do Estado de Goiás, 2012. Disponível em <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4189684.pdf>.

OLIVEIRA, Sara Ferreira de, *Admissibilidade da prova ilícita em processo civil*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2014.

PENALVA, Ernesto Pedraz, *Constitución, jurisdicción y proceso*, Akal, Madrid, 1990.

PICÓ y JUNOY, Joan, *El derecho a la prueba en el Proceso Civil*, 1ª Ed., Jose Maria Bosch Editor, Barcelona, 1996.

PINTO, Paulo Mota, *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*, in BFDUC, Vol. LXIX, Coimbra Editora, Coimbra, 1993.

QUEIROZ, Cristina, *Direitos fundamentais – teoria geral*, 2ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

QUEIROZ, Pedro Gomes de, *O Princípio da Cooperação e a exibição de documento ou coisa no processo civil (Segunda Parte)*, in Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 1, nº 1, Publicação do Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (CIDP), Lisboa, 2015. Disponível em http://cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_0000_Capa.pdf.

QUINTINO, Cláudia Pereira, *A fiscalização do correio electrónico pelo empregador e o direito à reserva da intimidade da vida privada do trabalhador*, in Portugal, Brasil e o Mundo do Direito, Almedina, Coimbra, 2009.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O ónus da prova no processo civil*, 3ª Ed., Almedina, Coimbra, 2006.

REGO, Carlos Lopes do, *O direito de acesso aos tribunais na jurisprudência recente do Tribunal Constitucional*, in Estudos em memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

REICHELDT, Luís Alberto, *A prova no Direito Processual Civil*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2009.

REIS, José Alberto dos, *Código de Processo Civil anotado*, Vol. III, 3ª Ed., Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

ROCHA, Maria Luiza do Valle, *A prova ilícita no processo civil português*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014.

RODRIGUES, Fernando Pereira, *A prova em Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

RODRIGUES, Fernando Pereira, *Os meios de prova em processo civil*, Almedina, Coimbra, 2015.

ROQUE, André Vasconcelos, *As provas ilícitas no projecto do novo Código de Processo Civil: Primeiras reflexões*. In Revista Eletrônica de Direito Processual, Vol. VI, Ano 4, Rio de Janeiro, Julho – Dezembro de 2010. Disponível em www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21566.

SANTOS, José Beleza, *Algumas considerações jurídicas sobre crimes de difamação e de injúria*, in Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 92º, n.ºs 3142-3165, Coimbra Editora, Coimbra, 1960.

SILVA, Moacyr Motta da, *Direito de ação: aspectos destacados*, in Direito e Processo – Estudos em homenagem ao desembargador Norberto Ungaretti, Conceito Editorial, Florianópolis, 2007.

SILVA, Océlio Nobre da, *A prova ilícita no processo civil*, Relatório de Mestrado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2012.

SILVA, Sara Oliveira, *Legalidade da prova e provas proibidas*, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 21, n.º 4, Coimbra Editora, Coimbra Outubro - Dezembro de 2011.

SOARES, Paulo Alexandre Fernandes, *Meios de obtenção de prova no âmbito das medidas cautelares e de polícia*, 2ª Ed., Almedina, Coimbra, 2017.

SOUSA, Miguel Teixeira de, *A livre apreciação da prova em processo civil*, in Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo XXXIII, n.ºs 187-188, Livraria Cruz, Braga, Janeiro – Abril de 1984.

SOUSA, Miguel Teixeira de, *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª Ed, Lex, Lisboa, 1997.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

SOUZA, Lariany Guedes Teodoro de, *A questão do direito à proteção de correspondência, de telecomunicações e demais meios de comunicação e as provas ilícitas no processo civil – análise sob à luz do ordenamento jurídico português*,

Relatório de Mestrado apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010.

STEINMETZ, Wilson Antônio, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2001.

SYLVESTRE, Fábio Zech, *O direito fundamental à privacidade em face do interesse público: uma análise sob a perspectiva da teoria geral dos direitos fundamentais*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010.

TAKAYANAGI, Fabiano Yuji, *O risco da proporcionalidade nas provas ilícitas do Processo penal*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Vol. 104, Janeiro/Dezembro de 2009. Disponível em www.periodicos.usp.br/rfdnsp/article/download/67879/70487.

TALAMINI, Eduardo, *Prova emprestada no processo civil e penal*, in Revista de Informação Legislativa, Vol. 35, nº 140, Outubro – Dezembro de 1998. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/426>.

VARELA, Antunes; BEZERRA, Miguel; NORA, Sampaio e, *Manual de Processo Civil*, 2ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1985.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de, *A fungibilidade à luz dos princípios constitucionais*, in Constituição e Processo, Coord. (Freddie Didier Júnior; Luiz Rodrigues Wambier; Luiz Manoel Gomes Júnior), Jus Podivm, Salvador – Bahia, 2007.

VAZ, Manuel Afonso; BOTELHO, Catarina Santos, *Algumas reflexões sobre o artigo 6º da CEDH – Direito a um processo equitativo e a uma decisão num prazo razoável*, in e-Pública, Vol. 3, nº 1, Abril de 2016. Disponível em <https://e-publica.pt/volumes/V3n1/pdf/Vol.3-nº1-Art.13.pdf>.

ZANELLA, Everton Luiz, *Infiltração de agentes e o combate ao crime organizado – análise do mecanismo probatório sob o enfoque da eficiência e do garantismo*, Juruá Editora, Curitiba, 2016.

JURISPRUDÊNCIA CITADA

Tribunal Constitucional

✓ Ac. nº 1165/96 de 19-11-1996 – Processo nº 142/96. Relator: Cons. Antero Alves Monteiro Diniz.

✓ Ac. nº 198/2004 de 24-03-2004 – Processo nº 39/04. Relator: Cons. Rui Moura Ramos.

Supremo Tribunal de Justiça

✓ Ac. de 27-09-2018 – Processo nº 17/14.8TBVZL.C1.S1. Relatora: Maria do Rosário Morgado.

✓ Ac. de 17-12-2009 – Processo nº 159/07.6TVPRT-D.P1.S1. Relator: Hélder Roque.

✓ Ac. de 07-06-2006 – Processo nº 06P650JSTJ000 Relator: Henriques Gaspar.

✓ Ac. de 19-05-2010 – Processo nº 158/06.5TCFUN.L1.S1. Relator: Fonseca Ramos.

✓ Ac. de 31-01-2008 – Processo nº 06P4805. Relator: Carmona da Mota.

✓ Ac. de 25-09-2003 – Processo nº 03B2361. Relator: Oliveira Barros.

✓ Ac. de 12-03-2009 – Processo nº 09P0395. Relator: Santos Cabral.

✓ Ac. de 03-03-2010 – Processo nº 886/07.8PSLSB.L1.S1. Relator: Santos Cabral.

Tribunal da Relação de Coimbra

✓ Ac. de 21-04-2015 – Processo nº 124/14.1TBFND-A.C1. Relatora: Maria João Areias.

✓ Ac. de 21-04-2015 – Processo nº 17/14.8TBVZL.C1.S1. Relatora: Maria do Rosário Morgado.

✓ Ac. de 09-11-2010 – Processo nº 32/10.0TBMDA-A.C1. Relator: Manuel Capelo.

Tribunal da Relação de Guimarães

✓ Ac. de 16-02-2012 – Processo nº 435234/09.8YIPRT-A.G1. Relator: Manso Rainho.

✓ Ac. de 20-10-2011 – Processo nº 3361.0TBBCL-B.G1. Relator: Carlos Guerra.

Tribunal da Relação de Lisboa

✓ Ac. de 03-06-2004 – Processo nº 1107/2004. Relatora: Fátima Galante.

✓ Ac. de 03-05-2006 – Processo nº 872/2006-4. Relatora: Isabel Tapadinhas.

✓ Ac. de 26-09-2013 – Processo nº 1130/10.6YXLSB.L1-2. Relatora: Teresa Albuquerque.

✓ Ac. de 12-01-2016 – Processo nº 744/14.0T8SXL-B.L1-7. Relator: Roque Nogueira.

✓ Ac. de 12-05-2016 – Processo nº 2544/10.7TDLSB.L1-9, Relator: Antero Luís.

✓ Ac. de 25-11-2014 – Processo nº 1599/13.7 TVLSB.L1. Relator: Pedro Brighton.

✓ Ac. de 11-12-2018 – Processo nº 14808/15.9T8LSB.L1-6. Relatora: Gabriela de Fátima Marques.

✓ Ac. de 31-10-2017 – Processo nº 159/13.7TVLSB.L1-1. Relator: Rijo Ferreira.

Tribunal da Relação do Porto

✓ Ac. de 17-12-2014 – Processo nº 231/6.TTVNG.P1. Relator: António José Ramos.

✓ TRP de 22-04-2013 – Processo nº 73/12.3TTVNF.P1. Relator: António José Ramos.

✓ Ac. de 15-05-2010 – Processo nº 10795/08.8TBVNG-A.P1. Relator: Teixeira Ribeiro.

✓ Ac. de 25-05-2009 – Processo nº 159/07.6TVPRT-D.P1. Relatora: Maria José Simões

✓ Ac. de 11-10-2017 – Processo nº 636/15.5T9STS.P1. Relatora: Maria dos Prazeres Silva.

✓ Ac. de 14-12-2017 – Processo nº 8126/16.2T8PRT.P1. Relatora: Anabela Dias da Silva.

✓ Ac. de 15-12-2016 – Processo nº 208/14.1TTVFR-D.P1. Relator: Paula Leal de Carvalho.

ÍNDICE

Abreviaturas.....	7
Resumo.....	9
Abstract.....	10
Introdução.....	11

CAPÍTULO I

A TUTELA DO DIREITO E A PROVA NO PROCESSO CIVIL

1. O direito de acção.....	15
1.1. O processo equitativo (devido processo legal).....	17
2. A prova. Conceito, objecto e fim.....	20
3. Direito probatório.....	22
4. Classificação das provas.....	23
4.1. Provas pré-constituídas e provas constituendas.....	23
4.2. Provas pessoais e provas reais.....	24
4.3. Prova livre e prova legal.....	24
5. Direito à prova.....	25
5.1. Limites do direito à prova.....	30
6. Princípios relevantes do direito probatório formal.....	32
6.1. Princípio da livre apreciação das provas.....	32
6.2. Princípio do contraditório.....	33
6.3. Princípio da imediação.....	34
6.4. Princípio do inquisitório.....	35
6.5. Princípio da aquisição processual.....	37
6.6. Princípio da cooperação.....	38
6.7. Princípio da boa-fé.....	40
7. O fim do processo: a justa composição do litígio e a busca da verdade.....	42

CAPÍTULO II

A PROVA ILÍCITA E O PROCESSO CIVIL

1. Colocação do problema.....	47
2. Noção.....	50
3. Distinção de figuras próximas.....	52
3.1. Prova ilícita e prova imoral.....	52
3.2. Prova ilícita e prova viciada.....	53

3.3. Prova ilícita e prova inadmissível.....	54
3.4. Prova ilícita e prova atípica.....	55
4. Provas ilícitas em processo penal.....	57
5. Provas ilícitas por derivação: teoria dos frutos da árvore envenenada.....	60
6. Valor extraprocessual das provas ilícitas (prova emprestada).....	69
7. Aplicação analógica do art.º 32º nº 8 da CRP ao processo civil?.....	71

CAPÍTULO III

ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL

1. Considerações iniciais.....	77
2. Tese da admissibilidade da prova ilícita.....	77
2.1. A irrelevância processual da ilicitude material.....	77
2.2. A celeridade processual.....	79
2.3. Descoberta da verdade material.....	80
2.4. O dever de dizer a verdade.....	81
3. Tese da inadmissibilidade ou restritiva.....	82
3.1. Unidade do sistema jurídico.....	83
3.2. O interesse na descoberta da verdade.....	84
3.3. O dolo não deve aproveitar o seu autor.....	85
3.4. Dissuasão de comportamentos ilícitos.....	87
3.5. Ofensa à Constituição: proibição de valoração da prova ilícita.....	88
4. Tese intermédia ou mista.....	89

CAPÍTULO IV

DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A PROVA ILÍCITA

1. Origem e evolução histórica.....	90
2. Conceito.....	92
3. Fundamento jurídico – constitucional.....	93
4. Subprincípios do princípio da proporcionalidade.....	96
4.1. Princípio da adequação ou da conformidade de meios.....	96
4.2. Princípio da necessidade ou da exigibilidade.....	97
4.3. Princípio da proporcionalidade em sentido estrito.....	98
5. Tese intermédia ou mista.....	98
5.1. O princípio da boa fé.....	99
5.2. Distinção entre violação de direitos fundamentais e violação de direitos infraconstitucionais.....	100

5.3. A colisão de direitos fundamentais.....	101
5.3.1. Limite à utilização do princípio da proporcionalidade em caso de violação grave da dignidade humana.....	105
5.4. Único meio de se provar um facto.....	109
5.5. Estado de necessidade processual.....	111
6. As provas obtidas mediante abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações. Violação do direito à imagem, à honra e à palavra.....	112
6.1. Direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar.....	113
6.2. Direito à inviolabilidade do domicílio, da correspondência e das telecomunicações.....	116
6.3. Direito à honra, à imagem e à palavra.....	119
7. Posição adoptada: admissibilidade da prova ilícita em casos excepcionais – o princípio da proporcionalidade.....	123
Conclusões.....	134
Bibliografia.....	138
Jurisprudência citada.....	147