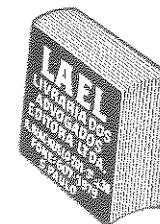


ISABEL ALEXANDRE  
ASSISTENTE DA FACULDADE DE DIREITO  
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

# PROVAS ILÍCITAS EM PROCESSO CIVIL



LIVRARIA ALMEDINA  
COIMBRA 1998



72,901 (199)  
207 f  
LPC/LPM  
de via

TÍTULO: PROVAS ILÍCITAS EM PROCESSO CIVIL

AUTOR: ISABEL ALEXANDRE

EDITOR: LIVRARIA ALMEDINA - COIMBRA

DISTRIBUIDORES:

LIVRARIA ALMEDINA  
ARCO DE ALMEDINA, 15  
TELEF. (039) 4191902  
FAX. (039) 4191901  
3 000 COIMBRA - PORTUGAL

LIVRARIA ALMEDINA - PORTO  
R. DE CEUTA, 79  
TELEF. (02) 2059773/2059783  
FAX. (02) 2026510  
4050 PORTO - PORTUGAL

EDIÇÕES GLOBO, LDA.  
R.S. FILIPE NERY, 37-A (AO RATO)  
TELEF. (01) 3857619  
1250 LISBOA - PORTUGAL

EXECUÇÃO GRÁFICA:

G.C. - GRÁFICA DE COIMBRA, LDA.

TIRAGEM:

1600 EX.

JANEIRO, 1998

DEPÓSITO LEGAL:

119324/98

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infractor.

## NOTA PRÉVIA

*O presente estudo corresponde, no essencial, à dissertação de mestrado em Ciências Jurídicas que apresentei na Faculdade de Direito de Lisboa em Março de 1993, sob a orientação do Senhor Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, e que foi sujeita a discussão pública em Novembro de 1994.*

*Além do orientador da dissertação — a quem, desde já, muito agradeço a disponibilidade sempre manifestada —, o júri perante o qual ela foi discutida era constituído pelo Senhor Professor Doutor Manuel da Costa Andrade, pelo Senhor Professor Doutor Marcelo Rebelo de Sousa, pelo Senhor Professor Doutor José Lebre de Freitas (arguente) e pelo Senhor Professor Doutor Miguel Teixeira de Sousa (arguente).*

*As alterações e os aditamentos que fiz ao texto original — e que, repito, não afectam a essência do mesmo — devem-se, em primeira linha, à necessidade de actualizá-lo perante a reforma legislativa entretanto implementada na área do processo civil, materializada no DL n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, com as alterações do DL n.º 180/96, de 25 de Setembro. Procurei também ter em conta, na medida do possível, as críticas e sugestões que àquele texto me foram dirigidas.*

*Quanto a este último aspecto, justifica-se, sem dúvida, um agradecimento ao Senhor Professor Doutor José Lebre de Freitas — de quem, aliás, já tive a honra de ser assistente na Faculdade de Direito de Lisboa —, que gentilmente me facultou o texto da sua arguição. E, como não podia deixar de ser, ao Senhor Professor Doutor Miguel Teixeira de Sousa, de quem fui aluna de Direito Processual Civil e de quem tenho tido, já por várias vezes, o privilégio de ser também assistente na Faculdade de Direito de Lisboa.*

*Julgo dever salientar que não tive a preocupação, ao publicar este estudo, de actualizar a bibliografia consultada para a elaboração e discussão da dissertação de mestrado. Como já referi ante-*

civil ou penal, consoante o caso, até à exclusão pura e simples do resultado obtido, enquanto fundamento da decisão do juiz.

Em Portugal, a pouca atenção que o tema tem suscitado aos juristas não permite falar de correntes doutrinárias num ou noutro sentido (embora relativamente ao processo penal a tendência seja no sentido da exclusão). No entanto, julga-se que essa quase indiferença necessita de ser ultrapassada, por várias razões.

Em primeiro lugar, a entrada em vigor do Código de Processo Penal de 1987 coloca a questão de saber em que medida o ordenamento jurídico português foi afectado pela regulamentação das proibições de prova constante do diploma: especialmente, em que medida se imporá uma solução tendencialmente unitária para o processo civil e penal. Note-se que, antes da entrada em vigor deste Código, o problema não surgia com tal acuidade, tendo em conta que o art. 261º do Código de Processo Penal de 1929 (na redacção do DL nº 377/77, de 6 de Setembro) apenas vedava a utilização de certos métodos probatórios em relação ao *arguido*.

Em segundo lugar, a Constituição de 1976 consagra, no art. 32º, nº 8, uma regra relativa à nulidade das provas em processo penal. Idêntico regime parece dever ser aplicado ao processo contra-ordenacional e aos processos sancionatórios em geral, por força do estatuído no nº 10 do mesmo preceito (veja-se, aliás, o disposto no art. 42º do DL nº 433/82, de 27 de Outubro, que regula o ilícito de mera ordenação social). Significará isto que, *a contrario*, em processo civil não existem restrições à admissibilidade das provas, nomeadamente quando elas violem direitos fundamentais?

São várias as questões cuja resposta se impõe, e que se tentará encontrar na sequência da pesquisa que for sendo feita. Esta será dividida em quatro partes: na primeira, procurar-se-á delimitar o conceito de prova ilícita, assinalando as suas várias espécies e distinguindo-o de figuras afins; na segunda, far-se-á um enquadramento normativo da problemática das provas ilícitas, através da referência a princípios que jogam a favor ou contra a sua utilização processual; na terceira, analisar-se-á a possibilidade de valoração de provas cuja inadmissibilidade está prevista na lei ou que foram obtidas mediante violação de regras do procedimento probatório; na quarta parte será abordada a questão geral, e com maior incidência prática, que é a de saber se, no silêncio da lei, são de admitir em juízo as provas cuja obtenção ou utilização viola normas de direito material. Seguir-se-ão as conclusões.

## CAPÍTULO I

### O CONCEITO DE PROVA ILÍCITA

#### 1. AS VÁRIAS ESPÉCIES DE PROVA ILÍCITA

Segundo G. F. RICCI<sup>1</sup>, a ilicitude da prova pode manifestar-se em três perspectivas: em relação às *provas constituendas* (sendo necessário, neste caso, distinguir entre a prova inadmissível e a irregularidade na assunção da prova); em relação às *provas pré-constituídas* (abrangendo as hipóteses em que a parte se apossou do meio de prova de modo ilícito, sem todavia se verificarem irregularidades no procedimento probatório); em relação às *provas constituendas e pré-constituídas* (nos casos em que a irregularidade afecta a própria formação da prova).

A distinção efectuada pelo autor, entre a ilicitude referida às provas constituendas e a ilicitude relativa às provas pré-constituídas, só tendencialmente se afigura correcta. É, de facto, verdade, que o problema que normalmente se coloca é, no primeiro caso, o da violação de normas processuais (a implicar, aparentemente, a aplicação do regime das nulidades processuais) e, no segundo, o da violação do direito material (e suas repercussões em sede processual)<sup>2</sup>.

No entanto, tal não significa que, em relação às provas constituendas, não possam aventar-se hipóteses de violação de normas materiais e, quanto às provas pré-constituídas, de normas processuais: basta pensar, respectivamente, na ilícita obtenção de conhecimentos

<sup>1</sup> G. F. Ricci, "Le prove illecite nel processo civile", Riv. trim. di dir. e proc. civ. 1987, pág. 35.

<sup>2</sup> Trata-se da esquematização de F. CORDERO ("Il procedimento probatorio" in *Tre Studi sulle Prove Penali*, 1963), já que analisa separadamente a questão da admissibilidade da prova e invalidade do acto aquisitivo quanto às provas constituídas e a da admissibilidade das provas pré-constituídas ilicitamente obtidas (respectivamente, págs. 61 ss. e 119 ss.).

pela testemunha ou em desvios ao princípio do contraditório que, no que toca à prova documental, se traduz no direito de impugnar a admissão do documento e a sua força probatória, nos termos do art. 517º, nºs 1 e 2 CPC<sup>3</sup>.

No que se refere à ilicitude na formação do meio de prova, é ainda mais duvidosa a sua autonomização face às restantes figuras. Segundo G. F. RICCI<sup>4</sup>, o que a caracteriza é o facto de se traduzir num vício que afecta o próprio conteúdo da prova e não num desvio ao *iter* processual: daí que não esteja em causa, nem a violação de normas processuais (relativas ao procedimento probatório), nem materiais (que proibem a conduta através da qual o meio de prova chegou às mãos da parte que dele pretende fazer uso).

Constituem exemplos de ilicitude na formação do meio de prova aqueles que vêm referidos no art. 126º, nºs 1 e 2 CPP como métodos proibidos de prova e que têm em comum o representarem uma ofensa da integridade física ou moral das pessoas. WENGEREK<sup>5</sup> distingue, a este propósito, entre a coacção absoluta e a não absoluta: na primeira, incluir-se-ia a coacção física (por exemplo, pegar na mão de outrem, forçando-o a assinar um documento<sup>6</sup>), a narcoanálise e a

<sup>3</sup> O regime da impugnação da força probatória dos documentos foi profundamente remodelado com a recente reforma: assim, o DL nº 329-A/95, de 12 de Dezembro, com as alterações do DL nº 180/96, de 25 de Setembro, aboliu o incidente de falsidade, anteriormente regulado nos arts. 360º a 370º. Por outro lado, instituiu-se um procedimento para a impugnação da genuinidade de documento (arts. 544º e 545º), ao lado de um outro destinado a ilidir a autenticidade ou a força probatória de documento (arts. 546º a 551º).

Quanto à incidência do contraditório na prova documental, veja-se ANSELMO DE CASTRO, Direito Processual Civil Declaratório, III, 1982, pág. 302. Note-se que G. F. RICCI ("Le prove illecite...", op. cit., pág. 37) considera pouco interessantes as situações de violação de normas processuais, quanto às provas pré-constituídas, em virtude de elas não necessitarem de uma providência de admissão no processo, sendo suficiente a apresentação da parte (considerações que não se adequam totalmente ao esquema do procedimento probatório dos documentos, previsto no direito português, já que se distingue entre o acto de apresentação (cfr., por exemplo, o art. 526º) e o acto de admissão (como se deduz do art. 517º, nº 1 e nº 2, última parte): distinção que melhor será analisada adiante, no Capítulo III, 2.1.).

<sup>4</sup> G. F. RICCI, "Le prove illecite...", op. cit., págs. 71-79.

<sup>5</sup> E. WENGEREK, "Das Problem der Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel im polnischen Zivilprozessrecht", ZJP 1976, pág. 404.

<sup>6</sup> Este exemplo não é certamente muito feliz, pois que, se não houver vontade de acção, dificilmente se verificará a imputação da assinatura à pessoa e se,

hipnose (mesmo com o consentimento da pessoa interrogada); na segunda, incluir-se-iam as várias formas de *vis compulsiva* (ofensas corporais, tortura), as ameaças, a extorsão, a promessa de vantagens, as manobras ardilosas.

As formas de coacção descritas só apresentam interesse para o estudo da relevância processual da ilicitude na formação dos meios de prova, na medida em que, como atrás se frisou, tenham afectado o conteúdo da prova. O que, por vezes, não será fácil de precisar: assim, por exemplo, a formulação de perguntas sugestivas à testemunha parece afectar o conteúdo da prova e, ao mesmo tempo, constitui um vício que afecta o procedimento probatório. Por outro lado, a utilização da narcoanálise ou o emprego da tortura, além de afectar o conteúdo da prova, consubstancia evidentemente uma violação do direito material e, nessa medida, é dificilmente enquadrável na esquematização de G. F. RICCI.

Acresce ainda o facto de certos meios de prova obtidos mediante violação do direito material — e como tal tratados pelo autor<sup>7</sup> — parecerem configurar situações de ilicitude na formação da prova (na medida em que ela não teria sido constituída sem a violação do direito do lesado): é o caso das fotografias e gravações secretas. Será que o autor lhes dá um tratamento diferenciado em relação às provas "ilicitamente formadas", só pelo facto de o lesado ter agido espontaneamente ou por se tratar de bens jurídicos disponíveis?

Registe-se, finalmente, que não existe unanimidade em considerar como ilícita a prova que resultou da inobservância das normas processuais (na terminologia de G. F. RICCI, a "ilicitude referida às provas constituendas"). A doutrina italiana prefere denominá-la prova *ilegítima*, reservando a expressão prova *ilícita* para a prova obtida mediante violação de deveres de natureza substantiva<sup>8</sup>: pres-

apesar de tudo, ela subsistir, a situação é de coacção moral (art. 255º CC) e não de coacção física (art. 246º CC).

<sup>7</sup> G. F. RICCI, "Le prove illecite...", op. cit., pág. 37.

<sup>8</sup> Neste sentido, E. M. DELL'ANDRO, "Colloqui registrati ed uso probatorio", Riv. it. di dir. e proc. pen. 1984, págs. 108-109. Note-se que o autor distingue dois tipos de prova *ilegítima*: a) a prova ilegítima em sentido estrito, que é aquela que a lei processual proíbe expressamente obter; b) a prova ilegítimamente obtida, que é aquela que o foi em violação do procedimento ditado para a sua formação ou de outras normas de natureza não substantiva. Identicamente, V. VIGORITI

supondo, portanto, que as normas processuais, ao regularem os requisitos de admissibilidade das provas, ou dos actos em que se há-de decompor o procedimento probatório, não o fazem sempre sob pena de ilicitude dos mesmos.

É claro que, sob certo ponto de vista, a prova obtida em desconformidade com as regras que estabelecem a inadmissibilidade de certos meios de prova, ou que regulam o procedimento probatório, é ilícita, na medida em que resulta da violação de um dever por parte do juiz<sup>9</sup>: assim, se numa acção que não tenha como objecto verifi-

(“Sviluppi giurisprudenziali in tema di prove illecite”, Riv. di dir. proc. 1972, págs. 324-325), que fala em prova de conteúdo ilegítimo e prova adquirida de modo ilegítimo. Estes dois tipos de prova ilegítima correspondem, no essencial, à prova inadmissível e invalidamente constituída, expressões muito usadas na doutrina italiana. Também P. NUVOLONE (“Le prove vietate nel processo penale nei paesi di diritto latino” in Trent'Anni di Diritto e Procedura Penale, I, 1969, pág. 524) considera necessária a distinção entre acto ilícito e acto ilegítimo, na medida em que, se ambos constituem uma ilegalidade, o primeiro viola uma proibição de natureza substantiva e o segundo uma proibição de natureza processual. Refira-se que, para o autor, a natureza da proibição afere-se de acordo com o interesse que prossegue: será substantiva, se visa salvaguardar os direitos das pessoas, independentemente do processo; processual, se se reporta à lógica e finalidade do processo.

<sup>9</sup> Sobre a possibilidade jurídica ou formal (licitude), enquanto requisito do acto processual, veja-se M. LOZANO-HIGUERO PINTO (“La teoria de los actos procesales en el sistema de la reforma del proceso civil” in Jornadas sobre la Reforma del Proceso Civil, 1990, págs. 58-60 e 62-63, nota 37). Como assinala F. Carneletti (Istituzioni del Processo Civile Italiano, I, 1956, pág. 270), os actos processuais são ilícitos (contrários ao direito) quando resultam do incumprimento de um dever (é o caso da sentença dolosa do juiz ou do falso testemunho); se, pelo contrário, o acto corresponde a um ónus, é sempre lícito, quer haja ou não cumprimento. Também G. A. MICHELI (Corso di Diritto Processuale Civile, I, 1959, págs. 256-257) define o acto jurídico processual como “o exercício de um poder-ónus ou de um poder-dever ou ainda de um dever processual das partes, do Ministério Público ou de terceiros”. Tanto os actos *facultativos* como os *necessários* (que constituem o exercício de uma faculdade ou de um poder-ónus) são sempre lícitos processualmente, embora possam ser penalmente ilícitos (como sucede no juramento falso da parte); já os actos *devidos* (que constituem o exercício de um poder-dever ou de um dever processual) podem ser ilícitos (por exemplo, a recusa da parte em submeter-se a um exame).

Para uma perspectiva geral da ilicitude referida a comportamentos que violam deveres processuais, veja-se também W. ZEISS, “Schadenersatzpflichten aus prozessuellem Verhalten”, NJW 1967, págs. 703 ss. Como assinala o autor, as teses de J. GOLDSCHMIDT (Der Prozess als Rechtslage, 1925, pág. 292) ou de W. NRESE (Doppelfunktionelle Prozesshandlungen, 1950, pág. 75, *apud* W. ZEISS) que, com

car o nascimento ou o óbito dos filhos, o juiz admitir a depor alguém que é ascendente de uma das partes, sem a advertir da faculdade que lhe assiste de não o fazer (art. 618º, nº 1, al. a) e nº 2 CPC)<sup>10</sup>, ou se a prova testemunhal for produzida sem audiência contraditória da parte a quem há-de ser oposta (art. 517º, nº 1 CPC).

Afigura-se, porém, preferível optar por um conceito de prova ilícita mais restrito do que o de G. F. RICCI, entendendo como tal apenas a prova cujo modo de obtenção o direito material reprova, quer essa ilicitude se verifique dentro ou fora da órbita processual<sup>11</sup>. Com efeito, existe uma diferença nítida entre as situações apontadas (em que a única consequência imediata parece ser a nulidade do de-

base, respectivamente, na separação entre a moral e o direito ou na não aplicação do conceito de ilicitude ao processo, negam a existência de deveres processuais das partes, devem ser rejeitadas. Com efeito, “ilícito é todo o comportamento humano que contraria proibições ou mandamentos do ordenamento jurídico”, sendo indiferente a área de actuação de tais preceitos — ora, o processo também conhece deveres e, portanto, também conhece a ilicitude (W. ZEISS, pág. 704).

Uma concepção particular de ilicitude é a de J. GUASP, Derecho Procesal Civil, I, 1968, págs. 291-294. Segundo o autor, a ilicitude do acto processual (equivalente a irregularidade) é um conceito que se contrapõe ao de nulidade (ou invalidade). A nulidade acarreta a privação (total ou parcial) de efeitos, enquanto a ilicitude determina a adição, à eficácia normal do acto, de uma consequência que o acto em princípio não produziria — consequência essa que recebe o nome de sanção (e que pode ser de vários tipos: penal, civil ou disciplinar). A assimilação do conceito de ilicitude ao de irregularidade não parece todavia correcta, pelo menos perante a lei processual civil portuguesa: por um lado, porque o art. 201º, nº 1 CPC concebe a irregularidade como causa de nulidade; por outro lado, porque o conceito de irregularidade (agora no sentido de consequência, e não como vício que afecta o acto) traduz apenas a ideia de que o acto, apesar de viciado, não perde a sua eficácia, sem que isso implique necessariamente a existência de uma sanção.

<sup>10</sup> O DL nº 329-A/95, de 12 de Dezembro alterou o disposto no art. 618º, que no seu nº 1, al. b) considerava inábeis por motivo de ordem moral “os ascendentes nas causas dos descendentes, e vice-versa”, excepto em “(...) causas em que se trate de verificar o nascimento ou o óbito dos filhos” (nº 2).

<sup>11</sup> Como assinala V. SILVA MELERO (La Prueba Procesal, I, 1963, págs. 65-66), constituem exemplos de ilicitude fora da órbita processual, a obtenção delictuosa de documentos ou de conhecimentos que depois aparecem no processo através de um depoimento testemunhal, e de ilicitude dentro da órbita processual, a obtenção arbitrária de documentos (por ordem do juiz), o emprego de meios coactivos durante a inquirição e a prestação de informações mediante violação do dever de segredo. No mesmo sentido, F. CORDERO, “Prove illecite” in Tre Studi sulle Prove Penali, 1963, págs. 147-148.

poimento) e a ofensa de direitos subjectivos durante a actividade instrutória<sup>12</sup>, de que pode servir de exemplo a aplicação de meios coercitivos, ordenada pelo juiz, à parte que recusa justificadamente a sua colaboração na descoberta da verdade. Neste caso, o juiz estará, ao mesmo tempo, a desrespeitar o disposto no art. 519º, nº 3 CPC<sup>13</sup> (o que determinará, em princípio, a nulidade do acto) e a actuar ilicitamente, sob o ponto de vista do direito material.

No entanto, se bem se reparar, o problema que se coloca a propósito da violação do art. 519º, nº 3 CPC (bem como, em geral, em relação a qualquer desvio às normas que regulam o procedimento probatório) não é o mesmo que se suscita a propósito de um documento furtado ou de uma gravação secreta que se pretende utilizar em juízo: no primeiro caso, sendo a própria lei processual a estabelecer a inadmissibilidade da prova, a questão reside apenas em saber se o resultado pode ser aproveitado para fins de decisão; no caso do documento e da gravação, há que decidir previamente sobre a admissibilidade (ou seja, sobre a relevância processual da ilicitude material). A este respeito, assinala CAPPELLETTI<sup>14</sup> que o problema das provas introduzidas em juízo através de acto ilegítimo assume duas vertentes: a) ilegitimidade do acto, processual ou extraprocessual, anterior ao acto de admissão da prova (abrangendo-se aqui, ao contrário de G. F. RICCI, casos de ilicitude na formação da prova); b) ilegitimidade do próprio acto de admissão ou produção da prova (resultante da proibição expressa, por parte da lei, da admissão de

<sup>12</sup> É claro que o direito de esclarecimento quanto à faculdade de não depor (de que parece ser titular o próprio ascendente que tenha sido arrolado como testemunha, e não as partes, embora qualquer uma delas possa ser interessada na não prestação do depoimento), tal como o direito ao contraditório, enquanto emanção do princípio da igualdade (art. 13º CRP) e dos direitos de acesso aos tribunais e a um processo equitativo (art. 20º, nºs 1 e 4 CRP), podem ser considerados direitos subjectivos. Todavia, interessam aqui os direitos subjectivos que não tenham apenas relevância em sede processual.

<sup>13</sup> O DL, nº 329-A/95, de 12 de Dezembro, alterou de forma significativa o disposto no art. 519º, nº 3, deixando de considerar o "grave dano à honra e consideração" e o "grave prejuízo de natureza patrimonial" como fundamentos legítimos de recusa, e passando a englobar no elenco destes o sigilo de funcionários públicos e o segredo de Estado.

<sup>14</sup> M. CAPPELLETTI, "Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte", Riv. di dir. civ. 1961, pág. 556.

certo meio de prova, ou produção do mesmo em desconformidade com a regulamentação legal).

Pode agora perguntar-se se não será preferível estudar em separado as duas formas de ilegitimidade das provas (ou, talvez melhor, de ilegalidade, já que a primeira situação descrita é de ilicitude em sentido estrito e a segunda pode ser apenas de ilegitimidade, ou de ilegitimidade e ilicitude, simultaneamente), a que alude CAPPELLETTI, em detrimento de uma análise global. ZEISS<sup>15</sup> parece inclinar-se para a primeira opção, ao abordar exclusivamente, numa monografia dedicada ao tema das provas ilícitas, o problema da admissibilidade processual das provas ilicitamente obtidas por particulares. O autor entende necessária esta delimitação do tema, tendo em conta que os casos de desconformidade, durante o processo, em relação às normas que regulam o procedimento probatório, nada têm de semelhante com os casos em que, antes do processo, um particular obtém a prova através de um acto ilícito. Exemplo da primeira situação será a inquirição de testemunha por parte do juiz, sem advertência acerca do seu direito de recusar o depoimento; exemplo da segunda, o furto de um documento por parte daquele que o pretende utilizar em juízo<sup>16</sup>. As razões que levam o autor a, assim, delimitar o seu tema, prendem-se ainda com a observação que faz do que se verifica em processo penal: nesta área, as proibições de prova constituem obstáculos à actividade das autoridades públicas mas não dos particulares, sendo admissíveis as provas por estes ilicitamente obtidas.

O argumento usado por ZEISS não se afigura, todavia, de aceitar. Por um lado, porque é questão ainda em aberto a de saber se, em processo penal, as provas ilicitamente obtidas por particulares são admissíveis, ao contrário do que sucede com as obtidas pelas auto-

<sup>15</sup> W. ZEISS, "Die Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel", ZJP 1976, pág. 377.

<sup>16</sup> *idem*, pág. 380. Não se julgue, todavia, que esta postura é comum à doutrina alemã. Ao contrário de Zeiss, que autonomiza o primeiro problema, E. PETERS ("Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise und Beweismittel im Zivilprozess", ZJP 1963, pág. 147) propõe-se também abordar aquelas situações em que são violadas as normas que regulam o processo de produção da prova. Exemplo deste tipo de normas é o § 383 II ZPO, que impõe ao juiz um dever de informação a certas pessoas (as referidas nos nºs 1 a 3 do mesmo preceito), antes da sua inquirição como testemunhas, sobre o seu direito de recusa de depoimento.

ridades públicas. Por outro lado porque, apesar do perigo de dispersão inerente a uma abordagem simultânea dos dois problemas, a ligação forte entre eles sugere que nenhum será compreendido sem referência ao outro. Essa ligação manifesta-se em três aspectos: a) a noção de prova ilícita (enquanto prova obtida mediante ofensa do direito material) pode adequar-se, tanto à prova obtida pelas partes e terceiros, como à prova obtida por ordem do juiz, violando normas processuais; b) na determinação do regime aplicável às provas obtidas mediante violação de normas processuais, há que contar com a influência de princípios também invocados para solucionar a questão da relevância processual da ilicitude ocorrida fora da órbita processual (por exemplo, o princípio da investigação da verdade); c) não é de excluir que aquele regime se adeque às provas ilícitas em geral, uma vez estabelecida a sua inadmissibilidade.

Cabe ainda uma referência a certas situações, não estudadas por G. F. RICCI, mas que dizem respeito às provas pré-constituídas: as provas "ilícitas em si mesmas". Com esta expressão, pretende-se abarcar aqueles meios de prova que, tendo sido obtidos de forma ilegal ou legal (este aspecto é relativamente indiferente) suscitam dúvidas quanto à possibilidade da sua utilização, atendendo à especial natureza que revestem<sup>17</sup>. WALDER<sup>18</sup>, a este propósito, alerta para a necessidade de distinguir entre a forma de obtenção do meio de prova e o meio de prova em si, na medida em que, em princípio, é a forma ilegal como a prova foi obtida, e não a própria prova, que determina a sua não utilização. No entanto, em relação às provas supra-mencionadas, existe a particularidade de a respectiva exibição em juízo atentar contra direitos fundamentais: é, por exemplo, o caso de um diário íntimo, de uma carta particular ou de uma gravação, cuja leitura ou reprodução em audiência pode lesar certos direitos, constitucionalmente protegidos, do autor da mensagem.

Como estes meios de prova podem ter sido obtidos licitamente (através de sucessão, por exemplo), cabe perguntar se constituem uma terceira espécie de ilicitude da prova (a par da ilicitude fora da ór-

bita processual, relativa a comportamentos das partes ou de terceiros, e da ilicitude dentro da órbita processual, devida a actos do juiz). Segundo se julga, a resposta é negativa, na medida em que, tal como os meios de prova ilicitamente obtidos pelas partes ou por terceiros, o problema que lhes subjaz é comum: o da relevância da ilicitude material (referida agora à própria utilização da prova) a nível do processo.

Face ao exposto, parece de concluir que *as provas ilícitas exigem um tratamento diferenciado, consoante a lei estabeleça ou não, em relação a elas, uma proibição de prova*. No primeiro caso, como já está estabelecida a sua inadmissibilidade ou definidos os requisitos a que há-de obedecer o procedimento probatório, a questão central é a do apuramento das consequências da violação de regras processuais (embora, como é óbvio, nada impeça que o direito material sancione a conduta lesiva através da qual se obteve a prova); no segundo caso, face ao silêncio da lei sobre a relevância processual que atribui à ilicitude material, cumpre verificar a própria inadmissibilidade da prova.

Note-se que esta bipartição não pretende significar que o primeiro caso descrito seja objecto de regulamentação apenas pela lei processual: o mesmo é dizer, que as normas que regulam a admissibilidade dos meios de prova (ainda quando inseridas no Código Civil) têm natureza adjectiva e não substantiva. Trata-se, apenas, de uma divisão justificada por razões de ordem prática, por serem diversos os problemas que cada um dos dois grupos de casos suscita.

Refira-se, ainda, que naquele segundo grupo assinalado (correspondente aos casos em que da lei nada se retira quanto à relevância, no processo, da ilicitude material), é ainda possível vislumbrar quatro hipóteses típicas de ilicitude, aparentemente impondo tratamento diferenciado.

A primeira dessas hipóteses diz respeito às provas pré-constituídas, cujo modo de constituição foi regular, mas que foram ilicitamente obtidas pela parte que as pretende utilizar (através de furto, roubo, ameaças, etc.), sem que essa utilização traduza, em si, um acto ilícito. Será o caso do documento contendo uma confissão de dívida, subtraído à parte contrária: a sua obtenção foi obviamente ilícita mas, se tivesse sido regular, a utilização (exibição) do documento em juízo não violaria nenhum direito do confitente (nomeadamente, o direito à reserva da vida privada e familiar — art. 26º, nº 1 CRP).

<sup>17</sup> Em relação às provas constituídas julga-se que o problema não se coloca com autonomia, já que as situações concebíveis (por exemplo, violação do sigilo profissional) se encontram expressamente previstas e reguladas no art. 618º CPC.

<sup>18</sup> H. WALDER, "Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Strafprozess", SchwZ 1966, págs. 39-41.

A segunda hipótese de ilicitude refere-se às (acima mencionadas) provas pré-constituídas, cujo modo de obtenção pode ter sido ilícito ou não, mas cuja utilização processual consubstancia a prática de um acto ilícito, por violar certos direitos fundamentais (cfr. art. 26º, nº 1 CRP) podendo, inclusivé, ser penalmente sancionada. Como exemplos, podem apontar-se: a gravação cuja reprodução viola o direito à palavra do autor da mensagem; o diário íntimo, cuja leitura em audiência viola o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar; a fotografia ou o filme, cujo exame ou projecção viola o direito à imagem.

A terceira hipótese é aquela que G. F. RICCI denomina "ilicitude na formação da prova"<sup>19</sup> e consiste no emprego da coacção, violência, maus-tratos e, em geral, métodos desumanos, a fim de constituir um meio de prova (normalmente, uma confissão extrajudicial ou judicial ou um depoimento testemunhal). Isto significa, por um lado, que ao contrário do que sucede com a primeira situação de ilicitude descrita, o meio de prova só se constitui com o acto ilícito e, por outro lado, que diferentemente da segunda situação, a utilização do meio de prova irregularmente constituído não suscita, em si, problemas de ilicitude.

Finalmente, e em quarto lugar, registem-se as hipóteses de ilicitude (que não de mera *indiscrição*) referida ao modo de obtenção de conhecimentos, transmitidos em sede de prova por declarações, de que é exemplo típico a testemunha que depõe sobre um facto constitutivo do direito do autor, num processo de divórcio, tendo adquirido o conhecimento desse facto em virtude de ilícita penetração no lar conjugal.

Aparentemente, não se vislumbram grandes diferenças entre a última modalidade descrita e os casos de ilicitude na formação da prova, já que, tal como nestes, a constituição do meio de prova só é possível através de um acto ilícito<sup>20</sup>. No entanto, ambas as situa-

<sup>19</sup> Com esta referência não se está, obviamente, a aderir à tese do autor, há pouco criticada, na medida em que se está a conceber esta situação como uma submodalidade da prova obtida mediante violação de normas de direito material, e não como uma modalidade autónoma.

<sup>20</sup> Nem se diga que, nesta última modalidade descrita, o acto ilícito se verifica num momento anterior ao da constituição da prova, enquanto que nas situações de "ilicitude na formação da prova", a prova se constituiria no momento da

ções têm tido um tratamento autónomo na doutrina, provavelmente pelas seguintes circunstâncias: a) na ilicitude referida à formação da prova estão em causa direitos indisponíveis e, na ilicitude relativa ao modo de obtenção de conhecimentos, direitos disponíveis (no exemplo descrito, o direito à inviolabilidade do domicílio)<sup>21</sup>; b) na ilicitude referida à formação da prova, a declaração é prestada por quem não praticou o acto ilícito, enquanto na outra hipótese de ilicitude, a declaração é prestada pelo próprio; c) existe um regime privativo da confissão, que pode ser anulada ou declarada nula por falta ou vícios da vontade (arts. 566º CPC e 359º CC), a apontar para a existência de especificidades nos casos de ilicitude na formação da prova. Afigura-se, portanto, preferível abordar autonomamente os casos de ilicitude na obtenção de conhecimentos, face aos de ilicitude na formação, embora conceptualmente seja duvidosa essa autonomia.

São, em contrapartida, claras as diferenças entre a ilícita obtenção de conhecimentos e as duas primeiras situações de ilicitude descritas: a) ali, a ilicitude refere-se a um momento anterior ao da constituição da prova (ao invés do que se passa com a ilicitude no modo de obtenção de prova pré-constituída); b) ali, a ilicitude diz respeito apenas ao modo de obtenção de certos conhecimentos e não à divulgação dos conhecimentos em si, já que qualquer testemunha tem o dever de, salvo justa causa, depor sobre tudo aquilo que sabe, sujeitando-se a sanções penais se o não fizer (art. 360º, nº 2 CP): contrariamente, pois, à ilicitude relativa à própria utilização da prova.

prática do acto ilícito: basta pensar na confissão de dívida determinada por ameaças ao confitente, as quais podem ter ocorrido (e normalmente ocorrerão) antes da declaração confessória, sem que esteja excluída a hipótese de coacção moral.

<sup>21</sup> O carácter indisponível ou disponível do direito não é aqui aferido pela impossibilidade ou possibilidade de transmissão e de renúncia, mas sim pela impossibilidade ou possibilidade de o respectivo titular consentir na lesão: assim, por exemplo, quanto aos direitos referidos na 1ª parte do art. 32º, nº 8 CRP, não se admite a faculdade de disposição em sede processual, contrariamente ao que sucede àqueles que vêm referidos na 2ª parte do preceito (podendo mesmo dizer-se que, neste último caso, não existe disposição propriamente dita, já que a existência de um *acordo* impede que se fale de lesão: cfr. M. COSTA ANDRADE, Consentimento e Acordo em Direito Penal, 1991, págs. 507-515).

## 2. PROVA ILÍCITA E PROVA INADMISSÍVEL

### 2.1. O acto processual inadmissível

Antes de estabelecer as diferenças entre a prova ilícita e a prova inadmissível, uma breve referência ao conceito de *inadmissibilidade*. De acordo com ALTAVILLA<sup>22</sup>, trata-se de uma figura complexa, que se relaciona com a criação de um impedimento ao ingresso de um acto processual no processo, ou numa fase deste.

Apenas os actos postulativos (de que é exemplo o oferecimento de provas) podem ser admissíveis ou inadmissíveis<sup>23</sup>. O impedimento à introdução do acto no processo pode ter várias causas: a lei pode proibir, pura e simplesmente, a prática de um acto com aquele conteúdo; pode permitir a prática do acto, mas não àquele sujeito; pode permitir aquele acto, mas não com aquela forma ou naquele momento.

A figura da inadmissibilidade é, assim, mais do que complexa, extremamente abrangente, pelo que, de ora em diante, qualquer referência a um acto processual inadmissível pretenderá designar um acto postulativo que, por qualquer motivo, não pode ser praticado no processo.

### 2.2. Prova inadmissível

A distinção entre ilicitude e inadmissibilidade, em matéria de provas, não se afigura particularmente problemática. Como já foi assinalado, a prova é ilícita quando resulta da prática de um acto ilícito (furto, gravação ilegal, ameaças, etc.), dentro ou fora da esfera do processo.

<sup>22</sup> E. ALTAVILLA, *Lineamenti di Diritto Processuale Penale*, 1946, pág. 157.

<sup>23</sup> M. TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao Processo Civil*, 1993, págs. 93-94. Como salienta este autor, os actos constitutivos (que, dentro dos actos processuais das partes, se contrapõem àqueles), podem apenas ser eficazes ou ineficazes. Quanto à distinção entre actos postulativos (enquanto actos cujos efeitos dependem da obtenção de uma decisão com um determinado conteúdo) e actos constitutivos (enquanto actos que conformam uma determinada situação processual, de que será exemplo a desistência do pedido), veja-se J. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, 1925, págs. 364-365.

A prova inadmissível é, no entender de CARNELUTTI<sup>24</sup>, uma sub-espécie da prova legal, na medida em que representa um vínculo *negativo* à livre apreciação do juiz. Contrapõe-se assim, à prova privilegiada (de que é exemplo a confissão judicial), que impõe ao juiz a atribuição de um dado valor probatório a certo meio de prova, vinculando-o em sentido *positivo*. A concepção de CARNELUTTI só com algumas precisões pode ser aceite: com efeito, na doutrina, a expressão "prova inadmissível" é normalmente utilizada para referir um meio de prova que, por qualquer motivo (e não apenas por razões ligadas à falta de credibilidade que o legislador lhe atribuiu, substituindo-se assim ao juiz), não pode ter ingresso no processo.

A prova pode, nomeadamente, ser inadmissível: a) porque o legislador, suspeitando de antemão do contributo por ela prestado para a busca da verdade, resolve subtraí-la à apreciação do juiz, por temer o erro na decisão de facto (segundo se julga, é neste sentido que CARNELUTTI utiliza o conceito de prova inadmissível, de que constituem exemplos as limitações à prova testemunhal, previstas no art. 618º CPC antes da recente reforma<sup>25</sup>); b) porque o requerimento de prova foi apresentado fora do prazo (arts. 508º-A, nº 2, al. a) e 512º, nº 1<sup>26</sup>); c) porque a lei substantiva exige a observância de formalidades *ad probationem* ou *ad substantiam* para certos actos (arts. 655º, nº 2 CPC e 393º, 394º, 395º, 875º e 947º, nº1 CC)<sup>27</sup>; d) porque ofende certos direitos fundamentais que funcionam como limites à descoberta da verdade.

<sup>24</sup> F. CARNELUTTI, *Istituzioni...*, op. cit., pág. 159.

<sup>25</sup> Efectivamente, antes da reforma, o art. 618º CPC consagrava inabilidades legais das testemunhas (e não meros direitos ou deveres de não depor), as quais assentavam no carácter suspeito de que o respectivo depoimento se poderia revestir.

<sup>26</sup> Note-se, todavia, que a recente reforma atenuou o rigor dos prazos preceptivos, ao ensaiar, na expressão de M. TEIXEIRA DE SOUSA (*Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 1997, pág. 51), "(...) algum apelo à diligência devida da parte como critério de exclusão do efeito preclusivo": veja-se a nova redacção do art. 146º, nº 1 CPC. Por outro lado, e no tocante à prova testemunhal, estabelece-se agora a possibilidade de alteração e aditamento do rol de testemunhas até 20 dias antes da data da audiência de julgamento (cfr. art. 512º-A CPC), abolindo-se a proibição genérica de substituição de testemunhas que constava do art. 619º, nº 2 CPC, o qual também tem nova redacção. Findo aquele prazo, prevê-se ainda a possibilidade de substituição de testemunhas nos termos do art. 629º, nºs 1 e 2 CPC.

<sup>27</sup> Sobre este tipo de provas inadmissíveis, veja-se M. DE LA PLAZA, *Derecho Procesal Civil Español*, I, 1954, págs. 474-475.