

REVISTA DA
FACULDADE DE DIREITO DA
UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



ANO LXI

2020

NÚMERO 2

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXI (2020) 2

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco António Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Março, 2021

- **M. Januário da Costa Gomes**
9-12 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

- **Miguel Teixeira de Sousa**
15-52 A prova ilícita em processo civil: em busca das linhas orientadoras
The Exclusionary Rule in Civil Procedure: In Search of some Guidelines

- **Pierluigi Chiassoni**
53-78 *Common Law Positivism Through Civil Law Eyes*

ESTUDOS DOUTRINAIS

- **Alfredo Calderale**
81-119 *The Forest Law e The Charter of the Forest ai tempi di Enrico III Plantageneto*
The Charter of the Forest at the time of Henry III Plantagenet

- **Aquilino Paulo Antunes**
121-153 Vacinas para a Covid-19: aspectos para reflexão
Vaccines against Covid-19: Issues to Consider

- **Catarina Monteiro Pires | José Maria Cortes**
155-180 Breves notas sobre o contrato de concessão comercial angolano
Brief notes about the Angolan commercial concession contract

- **Catarina Salgado**
181-203 Breves notas sobre a arbitragem em linha
Brief notes on online arbitration

- **Diogo Costa Gonçalves | Diogo Tapada dos Santos**
205-230 Juros moratórios, indemnização e anatocismo potestativo
Moratory interest, compensation and compulsory capitalisation of interest

- **Elsa Dias Oliveira**
231-255 A proteção de passageiros aéreos no âmbito de viagens organizadas
Air passengers protection in package travel arrangements

- **Francisco José Abellán Contreras**
257-288 Los efectos de la enfiteusis en los reinos peninsulares durante la Baja Edad Media: reflexiones sobre los derechos y obligaciones de las partes contratantes
The effects of emphyteusis in the peninsular kingdoms during the Late Middle Ages: reflections on the rights and obligations of the contracting parties

- **Francisco Rodrigues Rocha**
289-316 Seguro desportivo. Cobertura de danos não patrimoniais?
Sports insurance. Non-financial losses cover?
- **Georges Martyn**
317-346 O juiz e as fontes formais do direito: de “servo” a “senhor”? A experiência belga (séculos XIX-XXI)
The judge and the formal sources of law: from “slave” to “master”? The belgian experience (19th-21th centuries)
- **Hugo Ramos Alves**
347-383 Breves notas sobre o penhor financeiro
Brief notes on the financial pledge
- **Ino Augsburg**
385-414 *Concepts of Legal Control and the Distribution of Knowledge in the Administrative Field*
- **João de Oliveira Geraldés**
415-446 Sobre a promessa pública
On Promises of Rewards
- **Miguel Patrício**
447-477 Análise Económica do Risco aplicada à Actividade Seguradora
Economic Analysis of Risk applied to the Insurance Activity
- **Miguel Angel Morales Payan**
479-506 La vigilancia del ‘estado honesto’ de la mujer por la justicia almeriense durante la crisis del Antiguo Régimen
Surveillance of ‘women’s honesty’ by Almeria justice during the crisis of the Ancien Regime
- **Nuno Ricardo Pica dos Santos**
507-550 O auxílio do colaborador de justiça em Portugal: uma visão jurídico-policial
The contribution of the collaborator of justice in Portugal: a legal-police approach
- **Pedro Infante Mota**
551-582 Migração económica, a última fronteira
Economic migration, the last frontier

————— **Pedro Romano Martinez**
583-607 Diferentes vias de prossecução da justiça na aplicação do direito
Different ways to pursuit justice in the application of the Law

————— **Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas Ataíde**
609-627 Empreitada de bens imóveis e relações de consumo
The consumer law on real estate contracts

————— **Rui Pinto**
629-646 Oportunidade processual de interposição de apelação à luz do artigo 644.º CPC
The timing for filing an appeal under the art. 644 of Portuguese Civil Procedure Code

————— **Rute Saraiva**
647-681 A interpretação no momento ambiental
Interpretation in the environmental moment

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

————— **Filipe Afonso Rocha**
685-707 Um balanço possível entre o poder dos conceitos e o preço do sistema – Comentário ao acórdão do TJUE, de 12 de outubro de 2017, Proc. C-218/16 (Kubicka)
A Possible Balance between the Power of Concepts and the Price of the System – Commentary on the ECJ Judgment of October 12, 2017, Case C-218/16 (Kubicka)

————— **Rui Soares Pereira | João Gouveia de Caires**
709-728 Decisão de isolamento profilático como privação da liberdade passível de *habeas corpus*? – breve comentário ao acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 11.11.2020
Prophylactic isolation decision as a deprivation of freedom admissible for habeas corpus? – brief comment on the judgment of the Lisbon Court of Appeals of 11.11.2020

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

————— **Diogo Pereira Duarte**
731-737 Arguição da Tese de Doutoramento de Rui Alberto Figueiredo Soares sobre o tema “A exceção de não cumprimento e o direito de retenção no contrato de empreitada”
Intervention in the public examination of Rui Alberto Figueiredo Soares’ doctoral thesis on the subject: “exception of non-performance and right of lien in the Construction Contract”

————— **Francisco Paes Marques**
739-742 Sérvulo Correia – Mestre da Escola de Lisboa de Direito Público
Sérvulo Correia – Master of the Lisbon Public Law School

————— **Gonçalo Sampaio e Mello**
743-751 Em torno das Salas-Museu da Faculdade de Direito de Lisboa – “Sala Professor Marcello Caetano” e “Sala Professor Paulo Cunha”
On The Museum-Chambers of the Law School of the University of Lisbon – Professor Marcello Caetano and Professor Paulo Cunha Chambers

————— **Rui Soares Pereira**
753-772 Arguição da Tese de Doutoramento apresentada por Felipe Teixeira Neto – *Responsabilidade objetiva e dano: uma hipótese de reconstrução sistemática*
Cross-examination of the PhD Thesis presented by Felipe Teixeira Neto – Strict liability and damage: a hypothesis of systematic reconstruction

LIVROS & ARTIGOS

————— **Isabel Graes**
775-782 Recensão à obra *Inamovilidad, interinidad e inestabilidad*, de Pedro Ortego Gil

————— **José Lamego**
783-784 Recensão à obra *Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers*, de Thomas Olechowski

————— **Miguel Nogueira de Brito**
785-795 Recensão à obra *Ausnahmeverfassungsrecht*, de Anna-Bettina Kaiser

A prova ilícita em processo civil: em busca das linhas orientadoras*

The Exclusionary Rule in Civil Procedure: In Search of some Guidelines

Miguel Teixeira de Sousa**

Resumo: O artigo trata da prova ilícita em processo civil, isto é, da prova que é obtida através de uma intromissão abusiva na vida privada da parte. Procura demonstrar o papel residual do princípio da proporcionalidade na construção da prova ilícita.

Palavras chave: processo civil; prova; prova ilícita; vida privada; princípio da proporcionalidade.

Abstract: The article analyses the evidence collected in violation of the party's privacy. It attempts to demonstrate the residual role of the proportionality principle in the construction of such evidence.

Keywords: civil procedure; evidence; exclusionary rule; privacy; proportionality principle.

Sumário: § 1.º Apresentação do problema; I. Premissas da análise; II. Âmbito da análise; § 2.º Regime legal aplicável; I. Generalidades; II. Inconvenientes práticos; III. Inconvenientes doutrinários; § 3.º Princípio da proporcionalidade; I. Estrutura do princípio; II. Relevância do fim; III. Proporcionalidade recíproca; § 4.º Análise do regime legal; I. Regime processual penal; II. Condicionantes metodológicas; III. Metodologia de análise; IV. Inaplicabilidade da ponderação; V. Impossibilidade da ponderação; VI. Inadequação da ponderação; VII. Causas de exclusão da ilicitude; VIII. Comparação de soluções; § 5.º Conclusões.

* O texto destina-se à obra colectiva em memória de Augusto Silva Dias. Agradece-se a Rui Soares Pereira e a Nuno Andrade Pissarra a disponibilidade para o diálogo científico.

Abreviaturas estrangeiras: BVerfG=Bundesverfassungsgericht; BVerfGE=Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts; Einl=Einleitung; GG=Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland; KriPoZ=Kriminalpolitische Zeitschrift; NStZ=Neue Zeitschrift für Strafrecht; StPO=Strafprozessordnung; Vorbem zu=Vorbemerkung zu; ZStW=Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft; ZZP=Zeitschrift für Zivilprozess.

** Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

§ 1.º Apresentação do problema

I. Premissas da análise

1. A preparação da arguição de uma dissertação de Mestrado sobre a prova ilícita em processo civil constituiu uma oportunidade para realizar um *tour d'horizon* sobre o que em Portugal se tem escrito na doutrina e se tem decidido na jurisprudência sobre o tema. O que se segue é o resultado de algumas reflexões sobre a matéria a partir dessas (re)leituras e dessas consultas. O objectivo é o de procurar encontrar algumas premissas firmes e alguns resultados claros na temática das provas ilícitas em processo civil, o que – talvez possa admirar – nem sempre, mesmo em obras de absoluta referência, parece ser conseguido noutros ambientes legislativos e doutrinários¹.

2. As reflexões recaem apenas sobre a prova que é ilícita pelo modo da sua obtenção, isto é, aquela que é obtida através da prática de um acto ilícito, e que corresponde, na terminologia corrente em processo penal, ao método proibido de prova². Deixa-se de lado a talvez menos problemática matéria da prova ilícita pelo modo da sua produção (correspondente à proibição de tema de prova, na terminologia processual penal³), que é aquela cuja produção constitui um acto ilícito, como é a que revela um segredo de Estado ou um segredo profissional.

De fora fica também a interessante temática das alegações ilícitas – isto é, das alegações realizadas por uma das partes e não contrariadas pela outra parte, mas fundadas numa prova ilícita obtida pela parte que as produz –, que, aliás, foi objecto de uma recente análise na doutrina portuguesa⁴. Em todo o caso, sempre se dirá que a matéria das alegações ilícitas não implica qualquer construção específica da prova ilícita que lhes está subjacente, pelo que tudo o que a seguir se disser sobre a matéria também vale para essa prova ilícita.

¹ O que acaba de se referir pode ser exemplificado pela exposição constante de ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht* (2018), 667 ss., sobre a temática dos *Beweisverwertungsverbote*, ou de STEIN/JONAS/THOLE (2018), § 286, 39 ss., a propósito do *Beweisverwertungsverbot bei rechtswidrig erlangten Beweismitteln*.

² Cf., p. ex., SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal* (2013), 179.

³ Cf., p. ex., SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal* (2013), 178 s.

⁴ COSTA E SILVA/TRIGO DOS REIS, *Efeitos Lícitos da Prova Ilícita em Processo Estadual e Arbitral* (2019); sobre a problemática do *Vortragungsverbot*, *Sachvortragungsverbot* ou *Sachvortragungsverbot*, cf. SCHREIBER, *ZfP* 122 (2009), 227; WEBER, *ZfP* 129 (2016), 57 ss.; STEIN/JONAS/THOLE (2018), § 286, 56; MÜLLER, *Beweisverbot und Sachvortragungsverbot* (2019); MüKoZfP/PRÜTTING (2020), § 284, 62.

3. a) Num texto que procura – ou, pelo menos, que tenta – encontrar linhas orientadoras claras e precisas na temática da prova ilícita em processo civil, importa esclarecer um aspecto terminológico. A doutrina portuguesa fala, no âmbito do processo penal, de “proibições de prova” ou de “prova(s) proibida(s)”⁵ e, na área do processo civil, de “prova(s) ilícita(s)”⁶. Procurando manter, dentro do possível, o sentido algo estabilizado dessas expressões nos respectivos campos, propõe-se a expressão “prova ilegal” para abranger qualquer prova que não deva ser utilizada e valorada em processo⁷. Recorde-se, a este propósito, que a epígrafe do art. 125.º CPP é “legalidade da prova”. Nesta óptica, dentro do “conceito-cúpula” de prova ilegal há que distinguir entre a prova inadmissível e a prova proibida:

- A prova inadmissível é aquela que decorre de um vício processual, como o depoimento de uma parte como testemunha (art. 496.º CPC), o depoimento de uma testemunha sem a advertência da faculdade de recusa do seu depoimento (art. 497.º, n.º 2, CPC), o depoimento de testemunhas que estão para além do número legalmente fixado (art. 511.º CPC) ou a segunda perícia que recai sobre factos distintos da primeira perícia (art. 487.º, n.º 3, CPC);
- A prova proibida ou ilícita é aquela que é ilegal em si mesma, porque a sua obtenção ou produção é um acto materialmente ilícito; é o caso, utilizando a terminologia processual penal, da prova que é obtida por um método proibido (art. 32.º, n.º 8, CRP; art. 417.º, n.º 3, al. a) e b), e 490.º, n.º 1, CPC) e da prova que incide sobre um tema proibido (art. 417.º, n.º 3, al. c), e 4, CPC).

b) Este esclarecimento terminológico permite realizar uma outra elucidação. Sempre que se fala de uma prova ilegal fala-se de uma prova obtida ou produzida que não pode ser valorada, pelo que “produção” e “valoração” são duas expressões indissociavelmente ligadas à temática da prova ilegal. A precisão terminológica acima efectuada demonstra, no entanto, que a impossibilidade de valorar uma prova ilegal pode ter dois fundamentos completamente distintos. Enquanto na prova inadmissível o fundamento que impede a valoração é um vício processual, na prova ilícita esse fundamento é uma ilicitude material.

⁵ COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal* (1992); SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal* (2013), 177 s.

⁶ I. ALEXANDRE, *Provas Ilícitas em Processo Civil* (1998); CASTELO BRANCO, *A Prova Ilícita* (2019).

⁷ SILVA DIAS/SOARES PEREIRA, *Sobre a Validade de Procedimentos Administrativos Prévios ao Inquérito e de Fases Administrativas Preliminares no Processo Penal* (2018), 92, falam de uma “inutilizabilidade” da “prova proibida”.

Perante a diferença destes fundamentos não é difícil perceber que qualquer confusão entre as duas modalidades da prova ilegal é, ela própria, propiciadora das maiores confusões. É precisamente isto que há que evitar, em geral, na análise da prova ilegal e, em especial, na da prova ilícita.

II. Âmbito da análise

1. São duas as matérias sobre as quais incidem as reflexões posteriores:
 - A aplicação analógica do disposto no art. 32.º, n.º 8, CRP ao processo civil;
 - A relevância do critério da proporcionalidade na temática da prova ilícita em processo civil.

2. Neste texto, empregam-se as expressões “vida privada”, “privacidade” e semelhantes num sentido amplo, abrangendo qualquer situação ou actuação da pessoa no espaço privado ou íntimo ou, numa formulação ainda mais sintética, tudo o que respeita ou acontece neste espaço privado ou íntimo. O mesmo sentido amplo é concedido à expressão “intromissão na vida privada” ou semelhante, dado que ela abrange qualquer forma dessa intromissão, incluindo aquela que é feita por meios fonográficos, fotográficos ou videográficos, aquela que é realizada através da interceptação de comunicações e ainda aquela que é efectuada através da intrusão em computadores e redes informáticas.

§ 2.º Regime legal aplicável

I. Generalidades

Um dos temas que, a propósito da prova ilícita em processo civil, tem sido discutido em Portugal é a susceptibilidade da aplicação analógica do disposto no art. 32.º, n.º 8, CRP para o processo penal ao processo civil. Embora se possa supor que a orientação maioritária continua a ser no sentido da susceptibilidade dessa aplicação analógica⁸, têm surgido algumas vozes que se opõem a essa aplicação⁹.

Um dos argumentos da corrente que se opõe à aplicação analógica ao processo civil do disposto no art. 32.º, n.º 8, CRP é o de que este preceito contém uma

⁸ Cf. I. ALEXANDRE, *Provas Ilícitas em Processo Civil* (1998), 233 ss.; na jurisprudência, cf. RG 30/4/2009 (595/07); RP 15/4/2010 (10795/08); RE 11/5/2017 (8346/16).

⁹ Cf., p. ex., TRIGO MORGADO, *Admissibilidade da Prova Ilícita em Processo Civil* (2016), 116 ss.; CASTELO BRANCO, *A Prova Ilícita* (2019), 217.

norma materialmente excepcional e, por isso, insusceptível de aplicação analógica de acordo com o critério do art. 11.º CC. O argumento tem, no entanto, dois inconvenientes: é perigoso sob o ponto de vista prático e inconsequente na perspectiva da construção doutrinária.

II. Inconvenientes práticos

1. Quanto ao primeiro aspecto, há que começar por questionar a qualificação da regra constante do art. 32.º, n.º 8, CRP como uma regra excepcional. Cabe efectivamente perguntar por que razão, no ambiente da CRP, uma norma destinada a proteger direitos fundamentais é qualificada como uma norma excepcional¹⁰. Num quadro constitucional manifestamente favorável à protecção de direitos fundamentais, a excepcionalidade nunca pode referir-se a uma norma – como é a que se contém no art. 32.º, n.º 8, CRP – destinada a essa mesma protecção.

Admita-se, no entanto, que a regra que se extrai do disposto no art. 32.º, n.º 8, CRP é uma norma excepcional. Neste contexto (meramente hipotético), importa ter presente que uma regra jurídica só é insusceptível de aplicação analógica se for substancialmente excepcional e que esta excepcionalidade substancial impõe um argumento *a contrario sensu*. Assim, se o art. 32.º, n.º 8, CRP não é susceptível de aplicação analógica porque contém uma regra substancialmente excepcional, então, *a contrario sensu*, não há no ordenamento jurídico português provas ilícitas fora do campo do processo penal. Uma regra que é substancialmente excepcional é uma regra que contraria um princípio fundamental do ordenamento jurídico e que, por isso, só pode valer no seu estrito campo de aplicação. Fora deste, tem de valer precisamente o contrário do que se estabelece na regra materialmente excepcional.

Como facilmente se compreende, esta conclusão não é aceitável, nomeadamente atendendo às devastadoras consequências que dela decorrem. Não faz sentido que toda e qualquer prova que seja qualificada como ilícita na área do processo penal tenha de ser qualificada como lícita fora do campo deste processo, designadamente, nas áreas do processo civil, do processo de trabalho, do processo administrativo e do processo tributário.

¹⁰ Cf. SOARES PEREIRA, O acesso (unilateral e sem recurso a mecanismos de cooperação judiciária internacional) a dados armazenados em sistemas informáticos localizados no estrangeiro, Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva (2020), 2714, afirmando que “a Constituição da República Portuguesa configura a conciliação das provas com a dignidade da pessoa humana como tratando-se de um verdadeiro direito fundamental”.

2. A isto poder-se-ia responder que na CRP, além do art. 32.º, n.º 8, se encontram outras regras que sempre determinariam, noutras áreas processuais, a ilicitude de uma prova obtida através do desrespeito da dignidade humana (art. 1.º e 26.º CRP), da violação da integridade moral e física das pessoas (art. 25.º CRP) ou da violação do domicílio, da correspondência ou das telecomunicações (art. 34.º CRP). A resposta é, no entanto, contraditória com a premissa do carácter excepcional da regra constante do art. 32.º, n.º 8, CRP. Se, afinal, o que resulta do art. 32.º, n.º 8, CRP para o processo penal também resulta para outras áreas processuais de outras regras da CRP, então o disposto naquele preceito nada pode ter de materialmente excepcional.

A relação que se pode estabelecer entre as referidas regras constitucionais que atribuem e tutelam direitos fundamentais e a regra que consta do art. 32.º, n.º 8, CRP é uma relação entre regras gerais e uma regra especial, dado que, enquanto aquelas têm um campo de aplicação geral, esta última regra destina-se a proteger a privacidade (no sentido amplo acima indicado) no âmbito do processo penal. Ora, não havendo nenhum obstáculo à aplicação analógica de uma regra especial (ao contrário do que sucede quanto às normas substancialmente excepcionais), é então a regra especial que decorre do disposto no art. 32.º, n.º 8, CRP que deve ser aplicada analogicamente em processo civil.

Pode acrescentar-se que, no plano da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, também nada obsta à aplicação do estabelecido no art. 32.º, n.º 8, CRP à prova ilícita em processo civil. Apenas há que chamar a atenção para um aspecto particular: no caso da prova ilícita, nem sequer se trata de um problema de eficácia horizontal de um direito fundamental, mas antes da eficácia horizontal da proibição da violação de um direito fundamental. O que efectivamente importa concluir é que o que o Estado não pode violar através de uma intromissão abusiva na vida privada de um cidadão também não pode ser violado por nenhum particular. Seja como for, como se está no domínio probatório, o tribunal da causa cível, que tem de apreciar a prova produzida pelas partes, não pode deixar de estar vinculado à proibição da valoração da prova ilícita que decorre do disposto no art. 32.º, n.º 8, CRP.

III. Inconvenientes doutrinários

1. a) Sob o ponto de vista doutrinário, é inconsequente afastar uma regra constitucional relativa à prova ilícita e ter de procurar alternativas aos critérios que constam do art. 32.º, n.º 8, CRP. Convém recordar quais são esses critérios (densificados no art. 126.º CPP):

- As provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa são nulas; trata-se de uma ilicitude absoluta;

- As provas obtidas mediante abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações também são nulas; trata-se de uma ilicitude relativa, porque só se verifica se a intromissão for abusiva.

É indiscutível que ambos os critérios são operacionais fora do processo penal. Em particular, não se encontra nenhuma justificação para que a intromissão abusiva na privacidade não deva ser relevante em matéria probatória no âmbito do processo civil. Não só não se consegue encontrar qualquer fundamento para, quanto à ilicitude da prova, se ser menos exigente no processo civil do que no processo penal, como até, atendendo aos interesses públicos dominantes no processo penal e aos interesses privados prevaletentes no processo civil, a haver alguma diferença entre ambos os processos, essa teria de ser no sentido do reforço da tutela da privacidade no processo civil, dado que, tal como a parte afectada pela intromissão abusiva na sua privacidade, também a parte onerada com a prova se encontra em juízo defendendo interesses próprios e privados.

b) Acresce que não é certamente por mera coincidência que o art. 417.º, n.º 3, al. a) e b), CPC, a propósito da recusa legítima do dever de colaboração das partes e de terceiros na produção da prova, estatui como fundamento legítimo dessa recusa a violação da integridade física ou moral das pessoas e a intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações. O paralelismo textual com o disposto no art. 32.º, n.º 8, CRP não é com certeza accidental, o que demonstra que o fundamento para a recusa de colaboração da parte ou de terceiro não é outro que não o da ilicitude da prova que, sem a recusa legítima, viria a ser produzida por essa parte ou por esse terceiro.

Nesta base, causa alguma estranheza que, por vezes, se afirme que o disposto no art. 417.º, n.º 3, CPC nada tem a ver com a temática da prova ilícita¹¹. Impõe-se o entendimento contrário, dado que, como se referiu, o fundamento da recusa de colaboração da parte ou do terceiro é a ilicitude da prova que seria produzida sem essa recusa da parte ou do terceiro. Noutros termos: a ilicitude da prova justifica, segundo o disposto no art. 417.º, n.º 3, al. a) e b), CPC, a legitimidade da recusa de colaboração. Isto é, aliás, comprovado pela ressalva do disposto no art. 417.º, n.º 3, CPC que consta do art. 434.º CPC em matéria de recusa de entrega do documento em posse de uma das partes ou de um terceiro (o que, a propósito, também demonstra que, ao contrário do que, por vezes, se diz¹², o art. 417.º, n.º 3, CPC é igualmente aplicável a provas pré-constituídas).

¹¹ Cf., p. ex., CASTELO BRANCO, A Prova Ilícita (2019), 219.

¹² CASTELO BRANCO, A Prova Ilícita (2019), 227.

2. Após a verificação de que nada impede – quer num plano textual, quer num plano valorativo – a aplicação dos critérios do art. 32.º, n.º 8, CRP ao processo civil, impõe-se a seguinte pergunta: que sentido faz rejeitar os dois critérios determinativos da ilicitude da prova no processo penal para depois andar perdido – se assim se pode dizer – em busca de critérios alternativos que sejam aplicáveis no processo civil (bem como noutras áreas processuais)?

Neste contexto, não pode deixar de se chamar a atenção para um ponto muito relevante. Existe uma ampla bibliografia estrangeira sobre as provas ilícitas na qual se multiplicam os critérios que procuram aferir essa ilicitude; no entanto, tudo isso sucede em ambientes legislativos nos quais não se encontra nada de semelhante ao disposto no art. 32.º, n.º 8, CRP, não faltando sequer quem discuta a relevância da prova ilícita a partir de uma lacuna no seu ordenamento jurídico sobre essa temática¹³. Esta circunstância torna ainda mais discutível rejeitar a aplicação do disposto no art. 32.º, n.º 8, CRP ao processo civil e utilizar na ordem jurídica portuguesa um qualquer critério oriundo de uma doutrina estrangeira, dado que nunca se poderá saber o que esta doutrina construiria se tivesse, no seu ambiente legislativo, algo de semelhante ao estabelecido naquele preceito constitucional português. Nesta base, é fácil compreender que qualquer transposição para a ordem jurídica portuguesa dos resultados obtidos noutras ordens jurídicas não é mais do que – para parafrasear uma expressão bem conhecida – um *doctrinal transplant*.

§ 3.º Princípio da proporcionalidade

I. Estrutura do princípio

1. A importância do princípio da proporcionalidade nas observações subseqüentes impõe que, a título de *intermezzo*, se diga algo sobre este relevante princípio jurídico. As bases para a construção do princípio de proporcionalidade (aliás, talvez fosse mais adequado falar de um argumento de proporcionalidade) são três: a relação entre um fim e um meio; a proporcionalidade entre o meio e o fim; e a justificação do meio pelo fim. Assim, o princípio da proporcionalidade permite justificar o recurso a um determinado meio para obter um determinado fim. Por exemplo, a restrição da liberdade de circulação (meio) é proporcional à salvaguarda da saúde pública (fim), se esta salvaguarda (fim) justificar aquela restrição (meio).

O princípio da proporcionalidade é aplicável como modo de resolução dos conflitos intersubjectivos de interesses, isto é, como modo de resolver as situações

¹³ Cf. PASSANANTE, La prova illecita nel processo civile (2017), 12 ss. e 60 ss.

concretas em que dois interesses não podem ser satisfeitos em simultâneo e em que, por isso, um deles tem de ser sacrificado em função do outro¹⁴. Nesta perspectiva pragmática (que não pode ser normativa¹⁵), o conflito de interesses pode ser total, quando, na hipótese concreta, um dos interesses é totalmente sacrificado em função do outro (como sucede no conflito entre o direito à honra e a liberdade de expressão), ou parcial, quando, no caso concreto, cada um dos interesses é parcialmente sacrificado em função do outro (como acontece no conflito entre a liberdade de circulação e a protecção da saúde pública).

II. Relevância do fim

1. Determinadas a estrutura do princípio (ou do argumento) de proporcionalidade e as condições pragmáticas da sua aplicação aos conflitos intersubjectivos de interesses, logo se intui que a maior dificuldade consiste em fundamentar a relação de proporcionalidade entre o meio (que é imposto) e o fim (que se procura atingir). A construção proposta contém a seguinte solução: o meio que é imposto é proporcional ao fim a obter, quando este fim justificar aquele meio. Por exemplo: a restrição à liberdade de imprensa (meio) é proporcional à protecção da honra (fim), quando esta protecção justificar aquela restrição.

A construção faz depender a proporcionalidade entre o meio e o fim da justificação do meio pelo fim. É por isso que, de uma forma sintética, se pode afirmar que o princípio da proporcionalidade permite justificar um meio em função de um fim e, por isso, permite determinar se um meio é proporcional ou desproporcional para atingir um fim. No fundo, o critério da proporcionalidade não é mais do que um critério de justificação racional de escolha de um meio em função de um fim.

É bem conhecido que esta formulação utilitarista é perigosa em algumas áreas (como a da teoria política)¹⁶. No entanto, a mesma fornece uma resposta virtuosa na solução de conflitos intersubjectivos de interesses, dado que o fim a proteger

¹⁴ Sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade na consagração de soluções legais e no seu controlo pelo juiz constitucional, cf. V. CANAS, *O Princípio da Proibição do Excesso na Conformação e no Controlo de Atos Legislativos* (2017); para uma análise comparativa do uso do princípio da proporcionalidade pela jurisprudência constitucional, cf. KREMNIETZER/STEINER/LANG (Eds.), *Proportionality in Action* (2020).

¹⁵ Com outra orientação (aliás, comum), cf., p. ex., SILVA SAMPAIO, *Proportionality in Its Narrow Sense and Measuring the Intensity of Restrictions on Fundamental Rights*, in D. DUARTE/SILVA SAMPAIO, *Proportionality in Law* (2018), 78 ss.

¹⁶ Para uma crítica do princípio da proporcionalidade por esta óptica, cf. HULSROJ, *The Principle of Proportionality* (2013), 45 ss.

ou a prosseguir é um interesse tutelado pela ordem jurídica e, por isso, não há nenhuma arbitrariedade na escolha desse fim. Do que se trata é, pois, de determinar o sacrifício que pode ser imposto a um interesse juridicamente relevante em função da realização de um outro interesse, também juridicamente relevante.

2. A construção proposta não se compromete com a tradicional repartição do princípio da proporcionalidade em três subprincípios: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito¹⁷. A adequação e a necessidade do meio são asseguradas pela própria proporcionalidade, dado que esta exclui tanto a insuficiência – e, por isso, a inadequação –, como o excesso – e, por isso, a desnecessidade.

III. Proporcionalidade recíproca

1. O princípio da proporcionalidade permite aferir a proporcionalidade entre um meio e um fim, mas, ao contrário de uma orientação muito difundida, não pressupõe nenhuma hierarquização prévia (ou condicional) entre os interesses conflitantes¹⁸. O princípio da proporcionalidade serve precisamente para determinar, nas situações de conflitos intersubjectivos de interesses, em que medida um dos interesses pode prevalecer sobre o outro interesse, pelo que não é um modo de confirmar ou controlar uma hierarquização *a priori*, mas antes um modo de construir essa hierarquização.

Dado que não se procura confirmar ou controlar uma prevalência pré-estabelecida de um interesse sobre um outro interesse, mas antes verificar, sem qualquer *a priori*, qual dos interesses conflitantes pode prevalecer sobre o outro interesse, importa começar por uma dupla operação: há que verificar tanto a proporcionalidade (ou desproporcionalidade) do sacrifício do interesse 1 (I₁) em função do interesse 2 (I₂), como a proporcionalidade (ou desproporcionalidade) do sacrifício do interesse 2 (I₂) em função do interesse 1 (I₁). Desta dupla operação, decorrem, cumulativamente, os seguintes resultados:

¹⁷ Cf., p. ex., MAUNZ/DÜRIG/GRZESZICK, GG (2020), Art. 20, 107 ss.; sobre o tema, cf. também SCHLINK, *Abwägung im Verfassungsrecht* (1976), 192 ss.

¹⁸ Dif. ALEXY, *Theorie der Grundrechte* (1994), 78 ss. e 143 ss., que entende que a “lei de ponderação” se destina a fundamentar (e a confirmar) a “preferência condicional” de um princípio em relação a outro princípio; cf. também SILVA SAMPAIO, *Proportionality in Its Narrow Sense and Measuring the Intensity of Restrictions on Fundamental Rights*, in D. DUARTE/SILVA SAMPAIO, *Proportionality in Law* (2018), 82 ss.; também KLATT/MEISTER, *Constitutional Structure of Proportionality* (2012), 22 ss., apesar de adoptarem um “*weak trump model*” na análise dos conflitos intersubjectivos de direitos fundamentais, não deixam de operar com um “*abstract weight*” de cada um desses direitos.

- O sacrifício do I_1 é proporcional ou desproporcional em função do I_2 ;
- O sacrifício do I_2 é desproporcional ou proporcional em função do I_1 .

2. Estes resultados – obtidos através de uma proporcionalidade recíproca entre os interesses conflitantes – implicam o seguinte:

- Se o sacrifício imposto ao I_1 for proporcional em função do I_2 e se, ao mesmo tempo, o sacrifício imposto ao I_2 for proporcional em função do I_1 , então o conflito entre os interesses é parcial e cada um dos interesses deve ceder na parte necessária para preservar o outro; por exemplo, porque é justificado restringir a liberdade de circulação para proteger a saúde pública e porque é justificado limitar a protecção da saúde pública para preservar a liberdade de circulação, cada um destes interesses deve ceder em parte para preservar, também em parte, o outro;
- Se o sacrifício imposto ao I_1 for desproporcional em função do I_2 e se o sacrifício imposto ao I_2 for proporcional em função do I_1 , então prevalece o I_1 ; por exemplo: o direito à honra prevalece sobre a liberdade de expressão, porque não é justificado sacrificar aquele direito para preservar esta liberdade e é justificado sacrificar a liberdade de expressão para preservar aquele direito à honra.

Na resolução dos conflitos intersubjectivos de interesses, o princípio da proporcionalidade fornece um duplo resultado (proporcionalidade-proporcionalidade ou desproporcionalidade-proporcionalidade nos sacrifícios impostos a cada um dos interesses) e, por isso, duas possíveis soluções (conflito parcial ou conflito total entre interesses). Em qualquer dos casos, um dos interesses é utilizado como meio para prosseguir o outro interesse, ou seja, passa a estar “funcionalizado” a este último interesse. Recorrendo a um exemplo muito conhecido: o critério da proporcionalidade permite restringir o direito à informação dos telespectadores (meio) em função do direito à ressocialização de um ex-presidiário (fim)¹⁹.

3. O critério de proporcionalidade recíproca acima utilizado permite concluir que, na análise dos conflitos intersubjectivos de interesses, um interesse é sempre relativo ou absoluto perante um outro interesse. Quando se verifica um conflito parcial de interesses – ou seja, quando ocorre um sacrifício recíproco de interesses –, cada um dos interesses é relativo perante o outro. Em contrapartida, quando o conflito é total – isto é, quando um dos interesses prevalece sobre o outro – há um interesse

¹⁹ BVerfG 5/6/1973, BVerfGE 35, 202 (*Lebach-Urteil*).

absoluto que sacrifica totalmente o outro interesse conflitante. Mesmo o carácter absoluto de um dos interesses é definido de forma relativa.

Esta conclusão parece coincidir com a orientação bastante difundida segundo a qual os princípios jurídicos são “comandos de optimização”²⁰. Mas não é assim. A optimização de um princípio é sempre relativa e, por isso, tem sempre um limite: optimiza-se um princípio em função de outro princípio e, por isso, nenhum dos princípios é aplicado na sua optimização máxima. Ora, isso não sucede nos conflitos totais de interesses intersubjectivos, dado que neles um dos interesses conflitantes – em concreto, aquele que prevalece sobre o outro interesse – não sofre qualquer restrição na sua optimização. É precisamente a impossibilidade de o otimizar em função do outro interesse que o torna prevalecente sobre este interesse e que o permite qualificar como absoluto perante este último.

4. Cabe referir que nada impede a aplicação em cascata do critério da proporcionalidade, se for necessário afinar o meio que, em concreto, é adequado para atingir um fim. Para isso basta que o meio que foi considerado proporcional em função de um fim se transforme, ele próprio, num novo fim e se procure determinar qual é o meio que é justificado por este novo fim. Por exemplo: depois de se determinar que é justificado restringir a liberdade de circulação (meio 1) para proteger a saúde pública (fim 1), pode aferir-se se a proibição de circulação a pé (meio 2) é justificada pela restrição à liberdade de circulação que é imposta pela protecção da saúde pública (fim 2).

§ 4.º Análise do regime legal

I. Regime processual penal

1. Segundo se consegue perceber, a questão fundamental que a doutrina processual penalista procura resolver é a de saber se é aceitável que uma prova proibida possa, ainda assim, vir a ser utilizada e valorada em processo. Se assim é, então tem de aceitar-se como ponto de partida que, em processo penal, não há uma ligação necessária entre a proibição de obtenção e a proibição de valoração da prova.

O que possibilita que uma prova proibida, ainda assim, possa vir a ser valorada em processo penal é a circunstância de se entender que, apesar de ter havido uma

²⁰ ALEXY, *Theorie der Grundrechte* (1994), 75 s.

intromissão na vida privada do arguido ou acusado, isso pode não obstar à valoração da prova que tenha sido obtida através dessa intromissão. Efectivamente, é com base nesta premissa que se pode compreender que, no âmbito do processo penal, se possa sentir a necessidade de recorrer a um “balanceamento de valores” e a uma “optimização de valores conflitantes” na temática da prova ilícita²¹. Esta metodologia recorre habitualmente ao princípio de proporcionalidade e é normalmente justificada com a necessidade de ponderar o *ius puniendi* do Estado e os direitos fundamentais do arguido ou acusado ou, num plano mais geral, o interesse do Estado no combate ao crime e os direitos fundamentais dos cidadãos²².

Não cabe neste breve estudo proceder à análise da temática das provas proibidas em processo penal, mas, em todo o caso, sempre se deixa – naturalmente com respeito e consideração pelos especialistas na matéria – uma ou outra observação. Em particular, importa analisar a relevância que a ponderação entre os interesses do Estado punitivo e os do cidadão arguido ou acusado tem realmente na temática da prova ilícita em processo penal.

2. a) O ponto de partida da análise deve ser o disposto no art. 126.º CPP, certamente na sequência do estabelecido no art. 32.º, n.º 8, CRP, quanto aos métodos proibidos de prova. O art. 126.º, n.º 1, CPP, na sequência da referência às provas proibidas constante do art. 125.º CPP, dispõe que “são nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas” e o art. 126.º, n.º 3, CPP, estabelece que, “ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular”. No presente contexto, este último preceito é o mais relevante.

Tendo presente que o advérbio “igualmente” institui um paralelismo com as provas que são nulas por decorrerem de uma ofensa da integridade física ou moral das pessoas (art. 126.º, n.º 1 e 2, CPP), é possível verificar que o art. 126.º, n.º 3, CPP contém uma regra geral e uma regra excepcional:

²¹ Cf. FIGUEIREDO DIAS, RLJ 146 (2016), 9 ss.; já assim, ROGALL, ZStW 91 (1979), 29.

²² Cf., p. ex., KK-StPO/FISCHER (2019), Einl. 129 ss.; BeckOK StPO/GERTLER (2020), RiStBV 4, 1 ss.; na ordem jurídica portuguesa, cf. PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário ao Código de Processo Penal (2011), Nota prévia ao art. 171, 27 ss.; note-se, no entanto, que nenhuma das várias provas que são consideradas nulas por intromissão na vida privada por PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário ao Código de Processo Penal (2011), Art. 126.º, 23, o são em função de qualquer ponderação.

- A regra geral é a que estabelece a nulidade das provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular;
- A regra excepcional é a que ressalva da cominação de nulidade “os casos previstos na lei”.

Além desta estrutura, o art. 126.º, n.º 3, CPP também é significativo sob uma outra perspectiva, dado que o preceito estabelece, sem margem para qualquer ponderação pelo aplicador, a nulidade das provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular. Perante esta formulação, imediatamente se torna claro que, em comparação com o disposto no art. 32.º, n.º 8, CRP, falta qualquer alusão ao carácter abusivo da intromissão na privacidade, pelo que também logo se coloca a questão de saber se, para evitar qualquer incompatibilidade com o regime constitucional, há que fazer uma interpretação conforme à Constituição dessa parte do preceito.

A verdade é que tal não é necessário, porque a ponderação sobre o carácter abusivo ou não abusivo da intromissão na privacidade cabe na regra excepcional que também consta do art. 126.º, n.º 3, CPP. Essa regra excepcional reporta-se, por exemplo, às escutas telefónicas, que, segundo o estabelecido no art. 187.º, n.º 1, CPP, só são lícitas “se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter”, ou à apreensão de correio electrónico e de registos de comunicações que, no âmbito do cibercrime, só são lícitas se “afigu[ra]rem ser de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova” (art. 17.º L 109/2009, de 15/9). Quer dizer: a aplicação do critério de proporcionalidade surge no âmbito da excepção (que permite a intromissão na vida privada), e não da regra (que não permite essa intromissão)²³.

b) A conclusão acabada de enunciar é a única que é compatível com o Estado de direito, dado que este não pode deixar de exigir que uma prova ilícita (isto é, uma prova que resulta de uma intromissão na vida privada) apenas excepcionalmente possa ser valorada em processo²⁴. Não é compatível com os princípios

²³ Na análise do preceito que é realizada, de forma aprofundada, por COSTA ANDRADE, Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal (1992), 209 ss., não surge qualquer referência a um critério de proporcionalidade; dif. PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário ao Código de Processo Penal (2011), Art. 126.º, 7 (mas 23).

²⁴ Cf. THAMAN, *Balancing Truth Against Human Rights: A Theory of Modern Exclusionary Rules*, in THAMAN (Ed.), *Exclusionary Rules in Comparative Law* (2013), 441: “Once [...] a violation of

do Estado de direito que a regra seja a valoração em processo penal daquela prova ilícita.

Além disto, aquela conclusão também comporta uma outra importante consequência. Se a licitude da intromissão na vida privada é excepcional, então a regra é a ilicitude da prova resultante dessa intromissão (e não a licitude dessa prova²⁵), pelo que não é a ilicitude da prova que tem de ser demonstrada pelo arguido ou acusado, mas antes o Ministério Público que tem de demonstrar a sua licitude. Assim, em matéria de provas ilícitas no processo penal português, o interesse pre-valecente é o do arguido ou acusado, não o do Estado.

É escusado salientar a importância jurídica e política desta conclusão. O processo penal do Estado democrático não é aquele que, em regra, utiliza a prova ilícita em nome de prossecução de alguma das suas finalidades, mas aquele que, em regra, não utiliza a prova ilícita para atingir nenhuma dessas finalidades.

3. a) Adquiridos estes postulados, pode voltar-se a atenção para o disposto no art. 32.º, n.º 8, CRP. O que agora se pretende demonstrar é o seguinte:

- Aquele preceito não é aplicável apenas quando haja que recorrer ao critério de proporcionalidade na aferição da licitude ou ilicitude da prova;
- Aquele preceito também não implica sempre a aplicação do critério de proporcionalidade na aferição da licitude ou ilicitude da prova.

Importa procurar demonstrar estas duas asserções (“nem aplicável apenas”, “nem implica sempre”). Se ambas forem demonstradas, então fica adquirido que o critério da proporcionalidade tem uma aplicação residual e excepcional na temática da prova ilícita em processo penal.

b) A autorização de uma intromissão na vida privada com a intenção de recolher material probatório está sujeita a um raciocínio de proporcionalidade entre essa intromissão e o fim que se pretende salvaguardar. Por exemplo: a autorização da realização de escutas telefónicas depende, além de outras circunstâncias, de as

*constitutional importance has been ascertained, there should be a presumption that any evidence directly or indirectly gathered as a result of the violation should be excluded*²⁵.

²⁵ No direito alemão, naturalmente em função de outros dados legislativos, esta é a orientação predominante: cf., p. ex., KK-StPO/FISCHER (2019), Einl. 315; KK-StPO/BADER (2019), Vorbem zu §§ 48 bis 71, 20; em crítica a esta orientação, cf. NEUBER, NStZ 2019, 116; MÜLLER-HEIDELBERG/KUNZ/NIEHHAUS/ROGGAN, KriPoZ 2018, 262 (“Para a ponderação exigida pela jurisprudência entre os interesses da perseguição penal e o peso da violação processual não há na lei nenhum ponto de apoio”) e 264 ss.

mesmas serem indispensáveis para a descoberta da verdade (art. 187.º, n.º 1, CPP). Isto significa que, tanto na autorização das escutas, como no controlo da licitude das escutas efectuadas, há que recorrer a um critério de proporcionalidade²⁶.

Isto assente, importa verificar se está esgotado o campo de aplicação do art. 32.º, n.º 8, CRP, ou seja, se o disposto neste preceito se esgota na exigência de um critério de proporcionalidade na autorização da intromissão na vida privada do arguido ou acusado. É fácil demonstrar que não pode ser assim. Se o art. 32.º, n.º 8, CRP fosse aplicável apenas quando, como sucede no caso das escutas telefónicas, houvesse que recorrer ao critério de proporcionalidade para autorizar uma prova, então haveria que concluir que toda e qualquer outra prova que resultasse de uma intromissão na vida privada seria uma prova lícita. Esta conclusão não é aceitável, porque seria verdadeiramente paradoxal. Segundo ela, as únicas provas que poderiam ser consideradas ilícitas seriam precisamente aquelas que estão sujeitas a condições legais e a um controlo prévio do juiz.

Fica assim demonstrado que o art. 32.º, n.º 8, CRP, além de aplicável à prova que é submetida a uma autorização prévia, também é aplicável a qualquer outra prova produzida em processo penal. Disto decorre que não é justificado fazer uma interpretação restritiva do disposto no art. 32.º, n.º 8, CRP, pensando apenas nas exigências impostas à prova que é obtida e recolhida pelos órgãos de investigação criminal para ser usada contra o arguido ou acusado. Além desta prova “oficial”, cabe também considerar a prova “privada”, também ela susceptível de ser utilizada contra o arguido ou acusado e também ela sujeita aos critérios definidos no art. 32.º, n.º 8, CRP (e no art. 126.º, n.º 3, CPP)²⁷.

c) Assente que o art. 32.º, n.º 8, CRP também é aplicável à prova cuja obtenção não é submetida pelo legislador a qualquer controlo prévio, poder-se-ia então pensar que a aferição da licitude ou ilicitude de toda e qualquer prova em processo penal ficaria sujeita, tal como acontece nesses outros casos, a um critério de proporcionalidade. Também não é assim.

A licitude ou ilicitude da utilização de uma prova “privada” em processo penal deve observar as regras gerais sobre a matéria, nas quais o critério da proporcionalidade

²⁶ COSTA ANDRADE, Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal (1992), 286.

²⁷ COSTA ANDRADE, Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal (1992), 196 e 213; PINTO DE ALBUQUERQUE, Comentário ao Código de Processo Penal (2011), Art. 126.º, 2; dif. SOUSA MENDES, Lições de Direito Processual Penal (2013), 181 s., afirmando que uma prova ilicitamente obtida por um particular “escapa do âmbito das proibições de produção de prova”; NEVES DA COSTA, Provas Illicitamente Obtidas por Particulares, in SOUSA MENDES/SOARES PEREIRA (Coord.), Prova Penal Teórica e Prática (2019), 190 s., referindo que “as normas processuais que regulam a obtenção de provas se destinam primordialmente a disciplinar a conduta dos órgãos de perseguição penal”.

não tem qualquer aplicação, como, aliás, resulta do disposto no art. 126.º, n.º 3, CPP quanto aos métodos de obtenção de provas. Assim, por exemplo, na valoração de um diário íntimo como prova ilícita não tem qualquer relevância o critério da proporcionalidade, tal como o não tem na qualificação como ilícita de uma gravação sonora realizada de forma oculta e também o não tem na caracterização como ilícita da intromissão na vida privada do acusado que é realizada por alguém que depõe como testemunha.

Talvez não seja arriscado afirmar que a aplicação justificada do critério da proporcionalidade na aferição da licitude ou ilicitude da prova “oficial” em processo penal “contagia” indevidamente a aferição da licitude ou ilicitude da prova “privada” nesse mesmo processo. No entanto, parece relativamente claro que uma coisa é ordenar ou autorizar uma busca domiciliária (art. 177.º CPP), outra completamente diferente é utilizar, como prova, um diário íntimo que foi descoberto nessa busca. A verdade é que, sem deixar de aplicar o disposto no art. 32.º, n.º 8, CRP, não há que estender o critério de proporcionalidade que justifica a busca domiciliária à prova obtida nessa busca: a circunstância de a busca ser justificada não se estende certamente à utilização de toda e qualquer prova que nela venha a ser obtida. O disposto no art. 126.º, n.º 3, CPP (em cuja regra geral está omitida qualquer alusão ao carácter abusivo da intromissão) e o decidido no acórdão do TC de 5/12/2003 (607/2003) mostram isso mesmo.

d) Em conclusão: a prova que, por imposição legal, está submetida a um critério de proporcionalidade não esgota o campo de aplicação do disposto no art. 32.º, n.º 8, CRP, pelo que qualquer outra prova que decorra de uma intromissão na vida privada do arguido ou acusado é uma prova ilícita.

4. a) O referido acórdão do TC de 5/12/2003 (607/2003) constitui um *leading case* sobre a matéria da prova ilícita em processo penal. Neste acórdão, o TC foi chamado a pronunciar-se sobre se um diário íntimo que foi encontrado numa busca domiciliária podia ser utilizado como prova de um crime de abuso sexual de crianças.

As instâncias penais tinham entendido que, como a busca tinha sido regularmente autorizada e realizada, nada obstava à utilização do diário que tinha sido encontrado no domicílio do arguido. Trata-se, no entanto, de uma orientação que não é aceitável, porque confunde a licitude da obtenção do meio de prova com a licitude da prova realizada através deste meio. O que se discutia no caso concreto não era se o diário tinha sido obtido de forma lícita ou ilícita (o que, num caso diferente, poderia haver justificação para discutir), mas se a prova obtida através desse diário podia ser valorada como prova lícita.

Atenta esta correcta delimitação da questão que o caso realmente suscitava (cf. n.º 2.2.6. do acórdão), o TC estabeleceu a premissa de que “o problema da (i)licitude de uma ingerência pública no âmbito da intimidade pessoal ou familiar como a que se questiona no caso dos [...] autos – a valoração do conteúdo de diários do arguido, apreendidos no âmbito de uma busca domiciliária legalmente autorizada – não pode, sem mais, subtrair-se a uma ponderação que atenda às especificidades do caso concreto, relevando os direitos e interesses aí nuclearmente envolvidos” (n.º 22.2.22.). Trata-se de um vulgar recurso ao critério de proporcionalidade, tal como também resulta claro da seguinte afirmação que consta do acórdão: “em rigor, não deixa de ser [...] imperioso indagar se a intromissão na reserva da intimidade da vida privada pode considerar-se materialmente fundada – e, portanto, *não abusiva* – à luz de outros *criteria* jusfundamentais, sendo ainda forçoso apurar, *scilicet*, se a utilização de textos extraídos de um diário é *necessária* e *adequada* para a investigação do crime ou para a concreta decisão a tomar [...] e se, em todo o caso, tal intervenção na esfera da intimidade não se prefigura, em concreto, *desproporcionada* para o desejável esclarecimento da verdade relativamente aos crimes que são imputados a um determinado arguido” (n.º 22.2.25).

b) Sem colocar em causa, dentro da opção metodológica tomada pelo TC²⁸, a qualidade dogmática do acórdão, importa deixar uma breve observação. Para que tenha sentido aplicar um critério de proporcionalidade na análise da licitude ou ilicitude da prova decorrente de um diário, é necessário admitir que há situações em que essa prova é lícita e que há outras situações em que a mesma prova é ilícita. Talvez tendo isto em mente, o TC dedica alguma atenção aos vários conteúdos possíveis dos diários, escrevendo o seguinte: “*num concreto diário*, poderão existir [...] elementos que constituem manifestações exclusivas do domínio interno da consciência de um indivíduo, mas também descrições de concretas situações da vida, externamente constatáveis (e *testemunháveis* por terceiros), que se reportam a um domínio que contende com a esfera “da vida em relação”, merecendo, destarte, um diferente âmbito tutelar” (n.º 22.2.4.).

A questão que o TC tinha de decidir não era, no entanto, a de determinar em que condições diferentes diários com diferentes conteúdos – e, portanto, distintos meios de prova – podem ser valorados como meios lícitos de prova. Esta questão pode ser discutida com o máximo interesse num plano doutrinário, mas a questão decidenda (e concreta) com que o TC se defrontava era completamente outra: era apenas a de

²⁸ A metodologia foi possivelmente influenciada por BVerfG 14/9/1989 (2 BvR 1062/87), BVerfGE 80, 367; sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade pelo TC, cf. GONÇALVES MONIZ, ROA 80 (2020), 41 ss.

determinar se um diário com referência à vida sexual do seu autor podia ser valorado como prova. Neste quadro, o recurso ao critério de proporcionalidade só poderia ser justificado se fosse possível concluir que aquele mesmo diário poderia ser valorado, nuns casos (e para certos fins), como prova lícita e, noutros (e para outros fins), como prova ilícita. Ora, estando excluído que isso possa suceder, está igualmente excluída qualquer justificação para o recurso ao critério da proporcionalidade.

Quer dizer: estando afastado que um diário íntimo com alusões à vida sexual do seu autor possa, em caso algum, ser valorado como prova lícita, está igualmente afastada qualquer justificação para o recurso ao critério de proporcionalidade na aferição da ilicitude dessa prova. O critério da proporcionalidade permite justificar a utilização de um meio em função de um fim; no entanto, se o fim nunca tem possibilidade de justificar o meio, porque este será sempre desproporcionado em função daquele fim, o recurso a um critério de proporcionalidade é inconsequente e inútil. Antes de o critério da proporcionalidade ser aplicado, tem de haver uma incerteza quanto à medida em que um interesse pode ser sacrificado em função de um outro interesse; ora, se a possibilidade desse sacrifício nem sequer existe, não há qualquer justificação para aplicar o critério da proporcionalidade. Este critério pode ser útil para resolver dúvidas, mas não, decerto, para confirmar certezas.

5. Há ainda um outro aspecto relacionado com as proibições de prova em processo penal que deve ser elucidado. Trata-se agora, não das provas ilícitas, mas antes das provas inadmissíveis, ou seja, das provas que padecem de um vício procedimental. Tudo parece ter origem na jurisprudência (e em alguma doutrina) alemã, dado que, a propósito de alguns preceitos da StPO, aquela jurisprudência entende que não há nenhum automatismo entre a proibição de obtenção e a proibição de valoração da prova e, por isso, discute em que circunstâncias um vício procedimental na aquisição da prova pode obstar (ou não deve obstar) à valoração dessa prova²⁹. A questão – que chega mesmo a ser qualificada como correspondendo a “um problema central do direito processual penal” alemão³⁰ – é resolvida pela jurisprudência alemã através de uma ponderação sobre “se com o preceito violado

²⁹ MüKoStPO/KUDLICH (2014), Einl 439 e 453 ss.; KK-StPO/FISCHER (2019), Einl. 315; KK-StPO/BADER (2019), Vorbem zu §§ 48 bis 71, 27 e 29 ss.; cf. COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal* (1992), 90 ss.; NEVES DA COSTA, *Provas Ilícitamente Obtidas por Particulares*, in SOUSA MENDES/SOARES PEREIRA (Coord.), *Prova Penal Teórica e Prática* (2019), 178 ss.

³⁰ MüKoStPO/KUDLICH (2014), Einl 453; cf. NEUBER, *NSStZ* 2019, 113, referindo-se à questão como “possivelmente a questão nuclear no processo penal alemão” (itálico no original).

na aquisição da prova é protegido um interesse do acusado que é mais importante do que o interesse na perseguição penal³¹.

A verdade é que, independentemente do mérito da jurisprudência alemã no ambiente legislativo alemão, não parece sequer poder encontrar-se qualquer lugar-paralelo no CPP em relação ao qual uma idêntica orientação tenha justificação³². Considerem-se os seguintes exemplos: o art. 58.º, n.º 5, CPP estabelece que a omissão ou violação das formalidades exigidas na constituição de arguido implica que as declarações prestadas por este não podem ser utilizadas como prova; o art. 103.º, n.º 4, CPP fixa a duração máxima do interrogatório do arguido; o art. 133.º, n.º 1, CPP determina quem se encontra impedido de depor como testemunha; o art. 134.º, n.º 2, CPP impõe que as pessoas que podem recusar o seu depoimento como testemunha devam ser advertidas dessa faculdade de recusa; o art. 147.º, n.º 7, CPP dispõe que o reconhecimento de pessoas que não obedecer às regras legais não tem valor como meio de prova; o art. 156.º, n.º 6, CPP estabelece que as perícias respeitantes a características físicas ou psíquicas de uma pessoa devem ser realizadas por médico ou outra pessoa legalmente autorizada. Nada na aplicação destes preceitos e na valoração da prova que resulte da sua violação permite uma qualquer ponderação pelo aplicador dos interesses do arguido ou acusado e do Estado.

Essa ponderação foi feita pelo legislador ao construir as referidas normas, pelo que, para verificar se um caso concreto é subsumível a alguma dessas normas é apenas necessário, como o propõe, aliás, a orientação dominante da doutrina alemã em crítica à referida posição jurisprudencial, o recurso a um critério baseado na finalidade de tutela da norma violada³³. Verdadeiramente nada de extraordinário, dado que qualquer regra jurídica deve ser interpretada e aplicada de acordo com a sua teleologia.

6. Em conclusão: a breve análise anterior não confirma a necessidade de submeter, de maneira generalizada, a aferição da licitude ou ilicitude da prova em processo penal a um critério de proporcionalidade entre o direito à reserva da vida privada do arguido ou acusado e o *ius puniendi* do Estado³⁴.

³¹ MüKoStPO/KUDLICH (2014), Einl 460.

³² Cf. COSTA ANDRADE, Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal (1992), 201 ss.

³³ MüKoStPO/KUDLICH (2014), Einl 461 ss.

³⁴ Cf. COSTA ANDRADE, Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal (1992), 201 s.; id. KK-StPO/BADER (2019), Vorbem zu §§ 48 bis 71, 37; dif. FIGUEIREDO DIAS, RLJ 146 (2016), 10 ss.

II. Condicionantes metodológicas

1. a) Porque, como se terá demonstrado, não há nenhum motivo para não aplicar analogicamente o disposto no art. 32.º, n.º 8, CRP fora do campo do processo penal, é sobre a análise deste preceito no âmbito do processo civil que recaem as reflexões seguintes. Antes de avançar, importa alertar para que, qualquer que seja o regime vigente em processo penal, aplicar o disposto no art. 32.º, n.º 8, CRP ao processo civil não significa, atendendo às diferenças entre o processo penal e o processo civil, que haja que aplicar neste o que deve ser observado no âmbito do processo penal.

b) Em processo penal, pode utilizar-se a gravidade do crime, a hipotética aquisição da prova através de um meio lícito ou a relevância do meio de prova para a demonstração do acto criminoso para justificar a utilização de certas provas que, noutro contexto processual, deveriam ser consideradas ilícitas³⁵. No entanto, tal não é admissível em processo civil, no qual não existe nenhuma actividade de recolha e obtenção oficiosa de prova.

Por esta razão, não deixa de ser curioso que as orientações que recusam a aplicação do disposto no art. 32.º, n.º 8, CRP ao processo civil sejam também aquelas que transpõem os critérios de proporcionalidade próprios do processo penal para o processo civil³⁶. A verdade é que, descontada esta incoerência intrínseca, os ambientes do processo penal e do processo civil são completamente distintos, pelo que não é possível transpor, sem mais, para o processo civil aquilo que, em matéria probatória, se entenda que vale no processo penal.

Uma segunda advertência é, talvez, mais substancial. As características do processo penal e do processo civil são completamente distintas: o processo penal é o meio para o exercício do *ius puniendi* do Estado; o processo civil é o meio para a tutela de situações privadas. O processo penal tem uma função de protecção de direitos fundamentais do arguido ou acusado³⁷ que não é compartilhada pelo processo civil. Afirmações que, hoje-em-dia, são verdadeiros lugares-comuns – como a de que “o processo penal é direito constitucional aplicado” ou é o “sismógrafo da constituição do Estado”³⁸ – não são facilmente transponíveis para o processo

³⁵ Cf., p. ex., HEGHMANN, *Strafverfahren* (2014), 290 s.; MüKoStPO/KUDLICH (2014), Einl 456 ss. e 473 ss.; KK-StPO/BADER (2019), Vorbem zu §§ 48 bis 71, 27 e 37 ss.

³⁶ Cf., p. ex., CASTELO BRANCO, *A Prova Ilícita* (2019), 292 ss.

³⁷ SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal* (2013), 179.

³⁸ MüKoStPO/KUDLICH (2014), Einl 3 e 45.

civil. É com facilidade que se reconhece que o processo penal apresenta uma forte relação com a *iustitia protectiva* construída por COING e sintetizada na fórmula segundo a qual “todo o poder de pessoas sobre pessoas tem de ser limitado”³⁹, mas é com dificuldade que se pode descortinar alguma relevância dessa *iustitia* no processo civil.

c) Procurando resumir as diferenças de perspectivas entre o processo penal e o processo civil perante as provas ilícitas, talvez se possa afirmar que, enquanto no processo penal é justificada uma óptica consequencialista e utilitarista, no processo civil só é justificada uma perspectiva deontologista⁴⁰. Pode admitir-se que no processo penal a licitude ou ilicitude da prova possa ser aferida em função de uma certa finalidade e de uma determinada utilidade, mas no processo civil essa licitude ou ilicitude só pode ser aferida em função do dever legal de observância da reserva da vida privada. Assim é porque em processo civil não é possível abstrair das partes da causa e da sua situação de igualdade, dado que a finalidade de tutela dos interesses de uma das partes não se pode sobrepor à finalidade de tutela dos interesses da outra. Em suma: em processo penal, é possível fazer uma ponderação entre um fim (genericamente identificável com o combate do crime e a protecção da sociedade) e um meio (uma certa prova), mas é impossível fazer algo de equivalente em processo civil.

Este aspecto também não pode deixar de relevar na aplicação e importância do princípio da proporcionalidade no processo penal e no processo civil. Qualquer que seja a efectiva dimensão do princípio da proporcionalidade no processo penal, compreende-se sem dificuldade que os fundamentos que o podem justificar naquele processo não podem ser transpostos para o processo civil. No processo penal, é justificado pensar no princípio da proporcionalidade como meio de protecção de direitos fundamentais do arguido ou acusado perante o *ius puniendi* do Estado; no processo civil, isso é, à partida, impossível.

2. Além das provas que são absolutamente ilícitas (que são aquelas que são obtidas mediante tortura, coacção e ofensa da integridade física ou moral da pessoa), o art. 32.º, n.º 8, CRP refere-se ainda às provas relativamente ilícitas, que são as obtidas mediante abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações (ou ainda nos dados pessoais).

³⁹ Cf. COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie* (1985), 220; cf. MüKoStPO/KUDLICH (2014), Einl 8.

⁴⁰ Sobre uma formulação clássica da distinção entre consequencialismo e deontologismo ético, cf. FRANKENA, *Ethics* (1973), 14 ss.

É indiscutível que o conceito de intromissão abusiva na privacidade é, tipicamente, um conceito indeterminado, pelo que há que concretizá-lo. É da concretização desse conceito indeterminado no âmbito do processo civil que se vai passar a tratar, sendo talvez útil demarcar, desde já, a diferença entre a orientação tradicional e a orientação aqui defendida nos seguintes termos:

- A orientação tradicional recorre a um “método conflitual” nessa concretização, dado que procura realizar essa concretização através de um conflito ou colisão de interesses;
- A orientação que agora se propugna utiliza um “método situacional” nessa concretização, dado que dispensa, por inaplicável, qualquer ponderação entre interesses conflitantes.

III. Metodologia de análise

1. Como se referiu, recorre-se frequentemente a um critério de ponderação e, em especial, ao princípio da proporcionalidade para aferir em processo civil se a prova é lícita ou ilícita⁴¹. Na ordem jurídica portuguesa, isso sucede algumas vezes em substituição do carácter abusivo da intromissão estabelecido no art. 32.º, n.º 8, CRP⁴², mas outras vezes sem que se perceba se esse princípio é utilizado como forma de concretização daquele carácter abusivo.

2. a) O princípio da proporcionalidade permite justificar a restrição de um direito em nome da salvaguarda de um outro direito. Transpondo este raciocínio para a matéria da prova em processo civil, a conclusão que se pode retirar é a de que a restrição ao direito à privacidade de uma das partes é o meio (necessário) para a obtenção de uma prova pela outra parte. Na ordem jurídica alemã, discute-se se a ponderação deve operar em todas as situações ou apenas para servir de justificação à violação de uma regra jurídica (*in casu*, à violação da regra que impõe o respeito da privacidade)⁴³. Na ordem jurídica portuguesa, a resposta orienta-se pela segunda solução e é, por isso, dupla:

- O “método conflitual” e o critério da proporcionalidade não servem para fundamentar a licitude ou ilicitude da prova; mas

⁴¹ Sobre as possíveis fundamentações da necessidade desta ponderação, cf. STEIN/JONAS/THOLE (2018), § 286, 43 s.

⁴² Cf. TRIGO MORGADO, Admissibilidade da Prova Ilícita em Processo Civil (2016), 140; CASTELO BRANCO, A Prova Ilícita (2019), 293.

⁴³ Cf. STEIN/JONAS/THOLE (2018), § 286, 45.

- O “método conflitual” e o critério da proporcionalidade servem para excluir a ilicitude da prova, isto é, podem fundamentar uma causa de exclusão da ilicitude da prova.

b) Estas asserções parecem ser muito contrastantes com a *communis opinio* na matéria – e são-no efectivamente. No entanto, há que salientar que a referida *opinio* utiliza frequentemente o princípio da proporcionalidade apenas como um bordão retórico e, acima de tudo, raramente adopta uma metodologia clara e precisa na análise do tema das provas ilícitas em processo civil.

IV. Inaplicabilidade da ponderação

1. a) Da aplicação do estabelecido no art. 32.º, n.º 8, CRP ao processo civil decorre que a prova é ilícita quando se verifica uma intromissão abusiva na privacidade da parte. Uma intromissão abusiva na privacidade não é uma intromissão desproporcionada em função de um fim, mas uma intromissão que, em si mesma, é violadora de interesses do visado. Uma gravação videográfica realizada de forma oculta é uma gravação ilícita, mesmo que não se destine a ser divulgada, nem aproveitada para qualquer finalidade ou mesmo que seja destruída de imediato. O carácter abusivo da intromissão nunca é aferido de forma relativa, ou seja, em função de um interesse próprio de quem realizou a intromissão indevida.

A intromissão é ilícita, não porque seja desproporcionada em função de algum fim, mas antes porque é abusiva em si mesma. Concretizando em alguns exemplos: alguém que aponta uma câmara de vídeo para a janela de um(a) vizinho(a), constrói um sistema de audição dos telefonemas de outra pessoa, abre uma carta de carácter pessoal dirigida a outrem, acede a um computador alheio, utiliza um diário íntimo de outra pessoa ou serve-se de um *drone* para espiar as actividades de lazer de um(a) vizinho(a) pratica uma intromissão abusiva na vida privada de outrem e obtém uma prova ilícita. Como se pode facilmente concluir, em todos estes casos a intromissão na privacidade é abusiva, sem que, para esta verificação, tenha sido necessário recorrer a qualquer juízo de proporcionalidade entre um meio e um fim.

b) Sobre este ponto cabe acrescentar que, embora se possam admitir outras sensibilidades, não é muito confortante pensar que uma intromissão na vida privada de outrem não é, à partida, um facto ilícito e que a prova dela decorrente não é, também à partida, uma prova ilícita. Admitir em processo civil que, num conflito entre privados (ou entre entes que actuam como tal), uma ingerência na privacidade de alguma das partes é algo cuja ilicitude ainda se irá apurar em

função dos interesses da outra parte constitui uma solução que não deveria deixar ninguém muito descansado.

2. a) Em processo civil, os únicos interesses conflitantes que poderiam ser considerados seriam os de cada uma das partes. Perante isto, pode perguntar-se se o carácter abusivo da intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações que é sancionado pelo art. 32.º, n.º 8, CRP pode significar a prevalência dos interesses de uma das partes em detrimento dos interesses da outra.

Em processo civil, não se pode afirmar que a utilização de uma qualquer prova signifique a prevalência dos interesses de uma das partes sobre os interesses da outra parte. Um exemplo simples demonstra isto mesmo. Suponha-se que um cantor estrangeiro de nomeada dá um concerto numa cidade; como é habitual nestas ocasiões, a comunicação social fez uma reportagem do evento e um dos jornais de maior circulação publicou uma fotografia panorâmica do público que assistia ao espectáculo; nessa fotografia era bem visível que A e B estiveram juntos no espectáculo; sucede, no entanto, que A e B são casados, respectivamente, com C e D.

Perante isto pergunta-se: se a fotografia publicada no jornal for junta ao processo de divórcio instaurado pelo cônjuge de A ou de B, trata-se de uma prova lícita ou ilícita? Supõe-se que a resposta não pode deixar de ser a de que a prova é lícita. Mas – pode então perguntar-se –, essa prova é lícita, porque os interesses do cônjuge que pediu o divórcio se sobrepõem aos interesses de A ou de B, contra quem o divórcio é pedido? Ou – numa formulação um pouco mais inquietante –, se a prova é lícita, isso significa que os interesses do cônjuge autor se sobrepõem aos do cônjuge demandado? Parece evidente que o problema não pode ser colocado nestes termos e que a resposta só pode ser a de que a prova é lícita, porque, como aliás decorre do disposto no art. 79.º, n.º 2, CC, o que se passa em público não pode pertencer à esfera de privacidade que merece protecção.

Do exposto pode concluir-se que a qualificação de uma prova como lícita ou ilícita não significa nenhuma prevalência dos interesses de uma das partes sobre os interesses da outra. A qualificação como abusiva da intromissão na vida privada para efeitos de aplicação do disposto no art. 32.º, n.º 8, CRP ao processo civil não é uma qualificação em função dos interesses das partes. Aliás, só assim a regra constante daquele preceito pode cumprir a sua finalidade de tutela da reserva da vida privada⁴⁴.

⁴⁴ Sobre a importância da finalidade da norma violada para a determinação da ilicitude da prova, cf. STEIN/JONAS/THOLE (2018), § 286, 51 ss.; MüKoZPO/PRÜTTING (2020), § 284, 66; MUSIELAK/VOIT/FOERSTE, ZPO (2020), § 286, 6.

b) Admite-se que seja indiscutível que é ilícita a gravação de uma conversa telefónica ou outros sons provenientes do outro cônjuge em interacção com terceiros a partir do automóvel por ele usado⁴⁵, bem como a apresentação em juízo de uma carta que era dirigida ao outro cônjuge⁴⁶; também parece indiscutível que é ilícita a utilização de um equipamento GPS para controlar o desempenho de um trabalhador⁴⁷. Isto significa que, em todas estas situações, o direito da parte onerada com a prova não prevalece sobre o direito à privacidade da outra parte? Ou tão-só que se verifica uma abusiva intromissão na vida privada?

Supõe-se que também seja incontroverso que a fotografia tirada na esplanada de um café⁴⁸ e o vídeo gravado num posto de combustível não são provas ilícitas⁴⁹. Também não é ilícita a prova que é realizada através da junção de uma cassete que contém a gravação das declarações ameaçadoras que uma das partes proferiu para que ficassem gravadas no serviço de *voice-mail* do telemóvel da outra⁵⁰. Quer isto dizer que, em todas estas situações, o direito da parte onerada prevalece sobre a privacidade daquele que foi acidentalmente fotografado ou gravado em vídeo ou daquele que proferiu as ameaças? Ou antes que, nas referidas situações, não se verifica nenhuma intromissão abusiva na privacidade do atingido?

3. Perante os casos acima referidos, talvez se adivinhe a seguinte objecção: é claro que, quando, à partida, não se coloca nenhum problema sobre a licitude ou ilicitude da prova, também não surge nenhuma necessidade de ponderação entre interesses conflituantes das partes. Mas – pode perguntar-se – como é quando assim não acontece, isto é, quando há efectivamente que aferir o carácter abusivo ou não abusivo da intromissão na vida privada e, portanto, o carácter ilícito ou lícito da prova? Pense-se, por exemplo, na prova de um acidente rodoviário que consiste no vídeo gravado por uma *dashcam* (ou *dashboard camera*) montada num dos automóveis acidentados ou na prova da paternidade (ou da não paternidade) que é obtida através de um exame de ADN que não foi autorizado pelo titular do material genético (ou pelo seu representante).

⁴⁵ RG 30/4/2009 (595/07).

⁴⁶ RG 28/6/2004 (718/04-2).

⁴⁷ STJ 13/11/2013 (73/12); RG 3/3/2016 (20/14).

⁴⁸ RG 28/9/2009 (239/06).

⁴⁹ RG 29/3/2004 (1860/03-2); no âmbito do processo penal, cf. GOUVEIA DE CAIRES, O Direito à Imagem e a Prova, in SOUSA MENDES/SOARES PEREIRA (Coord.), Prova Penal Teórica e Prática (2019), 138 ss.

⁵⁰ RP 17/12/1997, BMJ 472, 563.

Perante isto, poder-se-ia dizer que, em casos semelhantes aos descritos, a licitude ou ilicitude da prova só pode ser determinada por um critério de proporcionalidade que permita a hierarquização dos interesses conflitantes das partes. Esta orientação lavra num equívoco e – mais importante – implica uma completa desvalorização do sentido do disposto no art. 32.º, n.º 8, CRP. É o que se vai procurar expor de seguida através da demonstração da impossibilidade de, em processo civil, sopesar os interesses contrapostos das partes.

V. Impossibilidade da ponderação

1. a) Os defensores da aplicação de um critério de proporcionalidade na avaliação da licitude ou ilicitude da prova em processo penal fazem-no através de uma ponderação dos interesses contrapostos do Estado e do arguido ou acusado. Em processo civil, não é possível nada de semelhante.

b) Antes do mais, atendendo ao princípio da igualdade das partes (art. 4.º CPC), não é possível fazer prevalecer em processo civil os interesses de uma das partes sobre os interesses da outra. Em concreto: os interesses do autor não podem prevalecer sobre os interesses do réu, e vice-versa, aliás, independentemente de qual daquelas partes seja a onerada com a prova do facto controvertido. O dever de colaboração das partes em matéria probatória que decorre do estabelecido no art. 417.º CPC recai sobre qualquer das partes e, portanto, mesmo sobre a parte onerada com a prova (que, por isso, não se pode eximir a entregar um documento destinado a provar o contrário do que ela própria já provou na acção).

c) Se não é possível estabelecer uma hierarquia entre os interesses das partes processuais, porque isso atentaria contra o princípio da igualdade, poder-se-ia defender que, em todo o caso, é possível hierarquizar as posições relativas das partes, admitindo que o direito à prova de uma das partes possa prevalecer sobre o direito à privacidade da outra. Trata-se, no entanto, de um enorme equívoco (embora algo frequente).

Há uma certa tendência para sobrevalorizar o direito à prova através da sua qualificação como um direito fundamental da parte⁵¹. No entanto, há que ser bastante cuidadoso (ou realista) na análise do direito à prova⁵². Não está em causa

⁵¹ Cf., p. ex, MüKoZPO/PRÜTTING (2020), § 284, 18.

⁵² Cf. TC 20/4/1995 (209/1995).

a importância deste direito para a parte onerada com a prova do facto probando; também não está em causa que o dever de colaboração de partes, de terceiros e do juiz que é imposto pelos art. 417.º, n.º 1, e 418.º CPC seja uma consequência do direito à prova. Mas já não é aceitável, por exemplo, qualquer equiparação do direito à prova com o direito à acção⁵³, por uma razão bem simples. Este direito à acção é um direito à prestação jurisdicional do Estado, portanto um direito da parte contra o Estado. Em contrapartida, o direito à prova não é um direito da parte contra o Estado, porque a parte não tem qualquer direito a que o Estado faça, em sua substituição, prova de nenhum facto. O direito à prova é, acima de tudo, um direito de provar e, só reflexamente, um direito à prova pela outra parte ou por um terceiro.

Deste modo, o direito à prova não pode servir para fazer um *upgrade* do direito alegado em juízo pela parte onerada e para, quiçá, fazer prevalecer este direito (de crédito, por exemplo) sobre o direito à privacidade da outra parte. Uma tal solução representaria a completa subversão da função instrumental do processo civil, desde logo porque permitiria que aquele que praticou um acto ilícito (ou seja, a violação da privacidade de outrem) viesse a poder retirar em juízo uma vantagem desse mesmo acto. O processo deixaria de ser um meio de tutela de direitos e passaria a ser um meio de violação de direitos.

Além disso, é inaceitável que um direito, precisamente pela circunstância de não estar provado em juízo (acentua-se esta circunstância), possa prevalecer sobre o direito à privacidade da outra parte. Supõe-se que ninguém aceitaria que um vulgar direito de crédito pudesse sobrepor-se à reserva da vida privada do devedor, admitindo, por exemplo, que uma carta privada deste devedor pudesse ser utilizada para demonstrar a sua incapacidade financeira para satisfazer o crédito. Cabe então perguntar o que poderia justificar que, caso esse mesmo crédito fosse litigioso, a sua prova em juízo se pudesse sobrepor à reserva de privacidade do devedor. Se um crédito indiscutido entre os interessados não justifica nenhuma intromissão na vida privada do devedor, como justificar que um crédito que é discutido em juízo possa legitimar essa intromissão?

d) Contra a possibilidade de utilizar o direito à prova para fazer prevalecer a posição da parte onerada com a prova sobre a posição da contraparte pode ser invocado que, a não ser assim, também haveria que conceder uma idêntica prevalência à parte que quisesse exercer o seu direito ao contraditório. Também este é um

⁵³ Cf., p. ex., RL 30/6/2011 (439/10).

direito fundamental de qualquer parte (aliás, com consagração constitucional no âmbito do processo penal (art. 32.º, n.º 5, CRP)) e uma consequência – ou, até talvez melhor, uma imposição – do processo equitativo. Certo é, no entanto, que não é defensável que a parte possa recorrer a provas ilícitas pela circunstância de estar a exercer o seu direito ao contraditório.

e) Em suma: não está em causa a importância de determinados direitos processuais, nem sequer é impossível qualificá-los como direitos fundamentais das partes; no entanto, também não pode ser esquecido que se trata de direitos de carácter instrumental, porque estão ao serviço da tutela de interesses das partes, e, por isso, insusceptíveis de prevalecer sobre direitos fundamentais das pessoas que, acidentalmente, ocupam a posição de partes num processo. De outro modo, os tribunais e os processos tornar-se-iam autênticos espaços livres de direitos fundamentais.

2. a) Atento o que acima se referiu quanto à aferição do carácter abusivo ou não abusivo da intromissão na privacidade, também não se vislumbra como é que em processo civil é possível aferir a ilicitude ou licitude da prova em função de um critério de proporcionalidade. A intromissão na vida privada é abusiva ou não abusiva em si mesma, pelo que, se fosse atribuída alguma relevância ao direito à prova (ou, também, ao direito ao contraditório) de alguma das partes, haveria que concluir que essa intromissão passaria de abusiva a não abusiva em processo.

Note-se que a ilicitude decorrente da intromissão abusiva na privacidade é uma ilicitude material, aliás com fundamento constitucional no art. 32.º, n.º 8, CRP. Nestes termos, vê-se com dificuldade como é que alguma justificação (ou “meta-justificação”) processual – baseada, por exemplo, na busca da verdade ou no processo equitativo – pode ser utilizada para transformar em lícito o que é (e permanece) ilícito no campo material. O que é ilícito fora do processo deve permanecer ilícito em processo, até por razões atinentes à unidade da ordem jurídica e à função instrumental (e não construtiva) do direito processual civil⁵⁴.

Causa, efectivamente, a maior das perplexidades que aquele(a) que, por voyeurismo, fotografa com pormenor a vida de um(a) vizinho(a) possa utilizar uma das fotografias tiradas como prova dos danos provocados por esse(a) vizinho(a) no muro que separa os prédios contíguos. A violação da privacidade não pode ser sancionada no plano material e aceite no plano processual. A admissibilidade e a valoração de uma prova nada têm a ver com a “tramitação processual”, pelo que

⁵⁴ Dif. MüköZPO/PRÜTTING (2020), § 284, 66.

de nada vale procurar demonstrar que os desvalores materiais não são aplicáveis a essa “tramitação”⁵⁵. O único valor que está em causa é o da ilicitude (aliás, constitucional), pelo que esta não pode ser aferida de modo distinto fora do processo e no processo.

Esta conclusão é corroborada pela circunstância de, neste caso, não ser possível distinguir entre o plano material e o plano processual, como, aliás, pode ser comprovado pelo disposto no art. 167.º, n.º 1, CPP (as reproduções mecânicas só valem como prova dos factos ou coisas reproduzidas se não forem ilícitas nos termos da lei penal⁵⁶) e nos art. 187.º, n.º 7, 189.º, n.º 1, e 190.º CPP (é nula a prova obtida através da interceptação de conversações ou comunicações entre o arguido e o seu defensor). A produção da prova ilícita em processo não só não apaga a ilicitude material, como até a duplica, dado que à ilicitude relativa ao modo de obtenção da prova se soma a ilicitude da sua produção em processo. Neste contexto, é até possível falar de uma dupla violação da reserva da privacidade: uma ocorre no momento em que a prova é ilicitamente obtida (através, por exemplo, de uma gravação realizada de forma oculta), a outra no momento em que essa prova é produzida em juízo (ou seja, no momento em que a gravação é ouvida ou vista em juízo).

Nesta óptica, também não é aceitável reconduzir a prova ilícita a uma nulidade processual⁵⁷. Uma nulidade processual é um vício próprio e exclusivo da tramitação processual, ou seja, do acto processual considerado como trâmite de um procedimento. Verifica-se uma nulidade processual quando, em função de uma determinada tramitação, é praticado (em processo) um acto proibido ou omitido (em processo) um acto devido (art. 195.º, n.º 1, CPC). Nada disto tem a ver com a prova ilícita, que não é um acto proibido em função de uma tramitação processual definida pela lei ou pelo juiz.

3. Do exposto decorre a seguinte conclusão: a ilicitude da prova resultante de uma intromissão abusiva na vida privada não é consequência de nenhuma relação de proporcionalidade entre os interesses conflitantes das partes processuais. Não

⁵⁵ Dif. TRIGO MORGADO, *Admissibilidade da Prova Ilícita em Processo Civil* (2016), 152.

⁵⁶ Cf. COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal* (1992), 237 ss. GOUVEIA DE CAIRES, *O Direito à Imagem e a Prova*, in SOUSA MENDES/SOARES PEREIRA (Coord.), *Prova Penal Teórica e Prática* (2019), 145, referindo que “a regra será a da continuidade entre ilicitude penal e inadmissibilidade de obtenção, produção e valoração processual”.

⁵⁷ Cf. SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal* (2013), 187 ss.; dif., no âmbito do processo civil, I. ALEXANDRE, *Provas Ilícitas em Processo Civil* (1998), 267, que aplica o regime das nulidades processuais à ilicitude da prova praticada no processo; TRIGO MORGADO, *Admissibilidade da Prova Ilícita em Processo Civil* (2016), 158; CASTELO BRANCO, *A Prova Ilícita* (2019), 326.

há uma “colisão processual de direitos” que deva ser resolvida através de um critério de proporcionalidade quando, fora do processo, não há nenhuma colisão intersubjectiva de interesses.

VI. Inadequação da ponderação

1. Os direitos fundamentais constituem, por eleição, uma área em que é frequente a ponderação de interesses, pois que não é raro que o gozo ou o exercício de um direito fundamental por um interessado implique uma restrição no gozo ou no exercício de um direito fundamental de um outro interessado. A inferência de que, quando esta ponderação deva ocorrer num processo pendente, é ela que deve determinar a aferição da licitude ou ilicitude da prova parece então impor-se por si mesma. No entanto, não é assim, como se vai procurar demonstrar.

2. a) Não suscita nenhuma dúvida de que, em processo civil, pode haver causas nas quais há que resolver uma colisão de direitos fundamentais (ou, num plano mais amplo, que realizar uma ponderação entre interesses conflituantes). Um exemplo típico: é perfeitamente possível que, numa acção processual civil, haja que, em virtude de uma notícia publicada num jornal, proceder a uma ponderação entre o direito ao bom nome e a liberdade de imprensa. No entanto, não é neste tipo de acções que pode relevar a problemática da prova ilícita, porque nelas os factos que constituem a eventual ofensa ao bom nome são factos notórios.

A situação altera-se quando alguém pretende tutelar em juízo o seu direito ao bom nome e apresenta como prova das difamações produzidas pelo réu uma gravação áudio ou vídeo realizada sem conhecimento desta parte. Em relação à situação anterior, a diferença é substancial, dado que a parte necessita da prova para demonstrar as difamações que imputa à parte contrária e, portanto, para provar a violação do seu direito ao bom nome. Será que, então, a licitude ou ilicitude dessa prova depende da ponderação entre o direito ao bom nome do eventual lesado e o direito à liberdade de expressão do putativo lesante?

Não é decididamente assim, porque a ponderação entre o direito ao bom nome de uma parte e a liberdade de expressão da outra não é transponível para a licitude ou ilicitude da gravação que demonstra a (eventual) violação do direito ao bom nome. Quando se pondera se deve prevalecer o direito ao bom nome de uma parte ou a liberdade de expressão da outra pondera-se um resultado ou, até melhor, um de dois resultados: se prevalecer a liberdade de expressão de uma das partes, então não foi praticada nenhuma violação desta liberdade e também não foi violado o direito ao bom nome da outra parte; se prevalecer o direito ao bom

nome de uma das partes, então há violação do direito ao bom nome desta parte e também foi violada a liberdade de expressão da outra.

Esta construção não pode ser transposta para a demonstração da violação do direito ao bom nome de uma parte através da intromissão na vida privada da outra. A diferença é patente, dado que neste caso se está a utilizar a violação do direito à privacidade de uma das partes para demonstrar um direito da outra parte. A diferença não é certamente inesperada, dado que o problema da justificação do uso da gravação e, por conseguinte, da intromissão na vida privada se coloca em sede probatória, naturalmente muito antes de se poder ponderar se houve alguma violação do direito ao bom nome de uma das partes ou se não foi praticada nenhuma violação da liberdade de expressão da outra parte. É, aliás, fácil concluir que assim é:

- Primeiro, importa demonstrar que a parte proferiu realmente as afirmações eventualmente difamatórias que lhe são atribuídas; é para isso que é relevante a gravação apresentada pela outra parte e a determinação da licitude ou ilicitude desta prova;
- Depois, uma vez verificado que a prova é lícita e que as afirmações se encontram provadas, importa ponderar se deve prevalecer a liberdade de expressão de quem as realizou ou o direito ao bom nome da outra parte.

b) A prova releva num momento em que nem sequer se sabe se o direito fundamental alegado pelo autor foi violado pelo réu, pelo que a sua licitude ou ilicitude não pode ser aferida em função da ponderação de interesses conflitantes das partes. Supõe-se que a prática quotidiana dos tribunais confirma que assim é. Nenhum tribunal começa por ponderar os eventuais direitos conflitantes das partes para, depois, decidir sobre a licitude ou ilicitude da prova em função dessa ponderação: o que qualquer tribunal faz é, primeiro, analisar se a prova é lícita ou ilícita e, para o caso de considerar que a prova é lícita e que o facto está provado, ponderar os direitos conflitantes e decidir a causa em função da ponderação que realizar.

A razão por que assim sucede é, aliás, bem simples: só isso corresponde à ordem natural entre a averiguação da matéria de facto e a aplicação da matéria de direito. Note-se que, se a ilicitude ou ilicitude da prova ficasse dependente da ponderação realizada entre os direitos conflitantes das partes, isso significaria que haveria que começar por apreciar o aspecto de direito da causa e que a prova viria a ser considerada lícita ou ilícita em função da ponderação anteriormente efectuada. Isto implicaria que a licitude ou ilicitude da prova seria paralela à procedência ou improcedência da causa: se prevalecesse o direito da parte onerada, a prova seria lícita e a acção procederia; se prevalecesse o direito da contraparte, a prova seria

ilícita e a acção não procederia. Isto teria como consequência que não haveria um controlo autónomo da licitude ou ilicitude da prova perante o da procedência ou improcedência da causa. Supõe-se que a inaceitabilidade desta conclusão não necessita de demonstração.

c) Em suma: apreciação da licitude ou ilicitude da prova em função de uma ponderação de direitos fundamentais conflituantes atribui uma “pré-eficácia” à solução de direito da causa na aferição dessa licitude ou ilicitude. Resta, no entanto, justificar como é que esta solução é compatível com a prática dos tribunais e com os parâmetros gerais do processo civil.

3. Em acréscimo ao que acaba de se referir quanto à impossibilidade de fazer relevar a ponderação entre direitos fundamentais para a aferição da licitude ou ilicitude da prova, há que referir, num plano mais geral, que seria completamente arbitrário procurar estabelecer em função dos respectivos objectos uma hierarquia entre quaisquer processos civis e aferir em função desta hierarquia aquela licitude ou ilicitude. Poder-se-ia ser tentado a concluir que uma acção pessoal (de investigação de paternidade, por exemplo) é mais importante do que uma acção patrimonial, mas cabe perguntar se a conclusão é a mesma quando do resultado desta acção depender a sobrevivência económica de alguma das partes. Neste mesmo contexto, pode perguntar-se se é defensável que uma mesma prova seja ilícita numa acção cujo valor sejam € 1.000,00 e lícita numa acção de € 1.000.000,00.

4. Em conclusão: não é possível aferir a licitude ou ilicitude da prova em função dos interesses conflituantes das partes nem sequer quando estejam em causa direitos fundamentais de cada uma das partes.

VII. Causas de exclusão da ilicitude

1. Uma prova que, por resultar de uma intromissão abusiva no direito à privacidade, é ilícita, pode ser justificada se se verificar uma causa de exclusão da sua ilicitude, dado que não há nenhum motivo para não aplicar à ilicitude probatória causas de exclusão dessa ilicitude⁵⁸. No âmbito da prova ilícita valem, como é claro, as normais causas de exclusão da ilicitude (como, por exemplo, nas estritas condições

⁵⁸ STEIN/JONAS/THOLE (2018), § 286, 47; MüKoZPO/PRÜTTING (2020), § 284, 78; MUSIELAK/VOIT/FOERSTE, ZPO (2020), § 286, 6.

em que possa operar, o consentimento do odendido⁵⁹). Todavia, são pensáveis, como causas específicas da exclusão da ilicitude da prova, as seguintes:

- A exclusividade da prova do facto probando através da prova ilícita;
- A dificuldade objectiva de prova, isto é, a dificuldade de o facto probando ser provado sem a utilização da prova ilícita;
- A dificuldade subjectiva de prova, ou seja, a dificuldade de a parte onerada produzir a prova do facto probando por outro meio que não seja a prova ilícita.

Se operar uma destas causas de exclusão da ilicitude (ou várias delas em simultâneo), isto é, se ocorrer o que pode ser designado por “estado de necessidade probatório”, a intromissão na vida privada que determina a ilicitude da prova está justificada e, por isso, essa intromissão deixa de ser considerada abusiva. Do mesmo modo, a prova decorrente dessa intromissão deixa de ser nula, na expressão do art. 32.º, n.º 8, CRP.

2. a) A ilicitude da prova está excluída quando o facto probando exige, pela natureza das coisas, uma prova que só pode ser obtida através de uma intromissão na vida privada. Pense-se, por exemplo, numa acção de divórcio sem mútuo consentimento ou numa acção de investigação da paternidade. Como facilmente se compreende, não é possível propor nenhuma destas acções sem invocar factos relativos à vida privada dos cônjuges ou do investigado, pelo que, se estes factos se tornarem controvertidos, tem de ser realizada prova sobre esses factos. No entanto, encontra-se totalmente justificada a eventual intromissão na vida privada desses interessados, pelo que nada obsta à utilização e valoração de provas que, noutras circunstâncias, seriam ilícitas⁶⁰. Assim, por exemplo, não pode ser considerada nula a junção, numa acção de divórcio, de fotos da vida amorosa extraconjugal do outro cônjuge⁶¹, nem, numa acção de regulação do exercício das responsabilidades parentais, a junção de documentação clínica sobre a mãe da criança, de modo a poder averiguar-se se a mesma está em condições de exercer aquelas responsabilidades⁶².

b) Em matéria probatória, também é imaginável, como causa de exclusão da ilicitude da prova em processo civil, a dificuldade probatória objectiva, ou seja, a

⁵⁹ Cf. MENEZES CORDEIRO (Coord.), Código Civil Comentado I (2020)/MENEZES CORDEIRO, Artigo 340.º, 3 ss.

⁶⁰ Cf. TC 19/3/1997 (263/97).

⁶¹ TC 19/3/1997 (263/97).

⁶² RE 28/2/2019 (4375/12).

dificuldade de provar o facto probando por outro meio de prova. Assim, por exemplo, não é nula a junção da gravação de uma conversa mantida entre a outra parte e um terceiro, destinada a demonstrar a inveracidade de alegadas cenas de violência doméstica⁶³, e também não é nula a prova que é obtida através de uma *dashcam* instalada num automóvel⁶⁴.

c) Finalmente, a ilicitude da prova também se encontra excluída se a parte onerada tiver dificuldade em provar o facto através de qualquer outro meio de prova, isto é, se houver uma dificuldade probatória subjectiva. Assim, por exemplo, não pode ser considerada nula a prova que resulta de um teste de ADN não autorizado, se o mesmo for necessário para alguém afastar uma paternidade que lhe é atribuída⁶⁵, nem a exigência da divulgação dos elementos da conta bancária de uma das partes que permitam o apuramento da situação patrimonial da outra⁶⁶.

3. A exclusividade da prova e a dificuldade objectiva ou subjectiva da prova pode excluir a ilicitude de uma prova que, de outro modo, permaneceria ilícita. No entanto, tal como é comum quanto às causas de exclusão da ilicitude, para que a prova deixe de ser ilícita é ainda indispensável que a intromissão na vida privada de uma das partes seja proporcional ao fim pretendido pela outra parte⁶⁷. Em especial, este critério de proporcionalidade implica que o fim – que é a tutela do direito da parte onerada – deve ser considerado prevalecente sobre o meio – que é a intromissão na vida privada da outra parte. Apenas esta circunstância pode justificar que a parte tenha de suportar uma intromissão na sua vida privada em função da tutela do direito da outra parte.

De acordo com o que acima se disse sobre o direito à prova, a relação de proporcionalidade não deve ser estabelecida entre o direito à prova de uma parte e o sacrifício imposto no direito à vida privada da outra. O que tem de ser proporcional a este sacrifício é o direito que a parte onerada pretende tutelar. É nesta base que se pode concluir, por exemplo, que um direito de crédito de uma das partes, em regra, não pode justificar uma intromissão na vida privada da outra parte; no

⁶³ RL 3/6/2004 (1007/2004-6)

⁶⁴ STEIN/JONAS/THOLE (2018), § 286, 71; MüKoZPO/PRÜTTING (2020), § 284, 76.

⁶⁵ Cf. STEIN/JONAS/THOLE (2018), § 286, 75; MüKoZPO/PRÜTTING (2020), § 284, 77.

⁶⁶ STJ 17/12/2009 (159/07).

⁶⁷ Cf. STEIN/JONAS/THOLE (2018), § 286, 58: “se a intromissão é justificada, isso decide-se segundo o resultado da ponderação entre o direito da personalidade, de um lado, e o interesse da parte onerada (*Beweisführer*), do outro”.

entanto, se o direito de crédito respeitar a um direito a alimentos e se, além disso, houver a exclusividade ou a dificuldade probatória acima assinalada, é justificada uma intromissão em dados privados do devedor (como, por exemplo, os de natureza bancária ou profissional).

VIII. Comparação de soluções

1. Importa sublinhar que o contraste entre o que aqui se preconiza e o que se realiza na prática jurisprudencial não é afinal tão saliente como poderia parecer, porque, *nolens volens*, essa prática acaba por seguir o modelo aqui sugerido, reservando a utilização do critério da proporcionalidade para a aferição de uma “justa causa” do recurso à prova ilícita e, por isso, para a análise de uma causa de exclusão da ilicitude da prova⁶⁸. No entanto, se isto é verdade, também é verdade que os dados fornecidos pela doutrina portuguesa são muito menos seguros quanto à relevância exacta do critério da proporcionalidade em sede de prova ilícita em processo civil.

É certo que se poderia afirmar que não há nenhuma diferença substancial entre utilizar um juízo de proporcionalidade desde logo na determinação da ilicitude da prova ou só recorrer a esse juízo para excluir a ilicitude da prova. Contra esta eventual objecção pode invocar-se, antes do mais, que, como o demonstra a análise acima realizada, em processo civil não é sequer viável aferir o carácter lícito ou ilícito da prova em função de um qualquer juízo de proporcionalidade entre interesses conflituantes das partes. A referida análise mostrou que a intromissão na privacidade é abusiva em si mesma, ou seja, sem o recurso a qualquer ponderação de interesses conflituantes das partes.

Uma outra resposta a essa eventual crítica é muito mais substancial. É que é completamente diferente começar por concluir que a intromissão na privacidade é abusiva e, portanto, ilícita e, depois, analisar se há alguma causa que exclui essa ilicitude do que partir do princípio de que o carácter abusivo e ilícito dessa intromissão é algo que pode ser determinado pelo critério relativo da proporcionalidade. A primeira solução – que é a que se preconiza neste texto – opera a dois tempos e oferece, por isso, uma dupla garantia: parte-se, em termos absolutos, do carácter abusivo e ilícito da intromissão na vida privada e admite-se a relativização deste resultado; a segunda solução contém apenas um momento e é, por isso, menos garantística.

⁶⁸ No âmbito do processo penal, cf. RE 28/6/2011 (2499/08.8TAPTM.E1); STJ 28/9/2011 (22/09); RP 23/10/2013 (585/11); RG 29/4/2014 (102/09); RP 22/2/2015 (349/13); RP 14/10/2015 (78/15); RC 18/5/2016 (148/12); RC 20/9/2017 (167/15).

A solução proposta apresenta ainda a significativa vantagem de estabelecer como regra a não utilização da prova ilícita e como exceção a utilização dessa mesma prova⁶⁹. O ónus da argumentação incumbe, portanto, a quem pretende utilizar a prova. Em concreto: não é a parte contra a qual a prova é produzida que tem de provar que a prova é ilícita e, por isso, inadmissível, mas antes a parte interessada na produção da prova que tem de provar que se verifica uma causa de exclusão da ilicitude da prova. A importância desta conclusão é, segundo se julga, patente.

2. O que acaba de se afirmar permite concluir que não é indiferente determinar, sem qualquer posição *a priori*, a licitude ou ilicitude da prova ou partir do princípio de que a prova é ilícita e, só depois, procurar uma eventual causa de exclusão da sua ilicitude. Não é certamente por acaso que o art. 6.º, n.º 1, RGPD, a propósito da licitude do tratamento de dados, estabelece que este “tratamento só é lícito se e na medida em que se verifique” o consentimento do seu titular ou alguma das situações de necessidade enunciadas nas al. b) a f) daquele preceito. Portanto, à partida o tratamento de dados é ilícito; esta ilicitude só está excluída se ocorrer uma das enunciadas causas de exclusão da ilicitude.

Nada impede – e até tudo impõe – que se faça uma semelhante leitura do disposto no art. 32.º, n.º 8, CRP. A prova que resulta de uma intromissão abusiva na vida privada é ilícita; esta ilicitude está excluída apenas quando ocorra uma das referidas causas de exclusão. Em conclusão: no ordenamento jurídico português, a prova que é obtida mediante uma intromissão na vida privada encontra-se submetida, não ao critério único da licitude ou ilicitude, mas antes ao duplo critério da licitude ou ilicitude e, na hipótese de a prova ser ilícita, ao da ilicitude ou da exclusão da ilicitude⁷⁰.

§ 5.º Conclusões

Sumariando o essencial das reflexões anteriores pode dizer-se o seguinte:

- O disposto no art. 32.º, n.º 8, CRP é analogicamente aplicável em processo civil, sem que, no entanto, isso signifique transpor para o processo civil o quadro da prova ilícita em processo penal;

⁶⁹ Dif., mas argumentando de forma equivocada com o direito à prova, MúkoZPO/PRÜTTING (2020), § 284, 66; note-se, todavia, que a regra é a ilicitude das provas que decorrem de uma “intervenção em posições fundamentais do particular protegidas pelo direito constitucional”: MúkoZPO/PRÜTTING (2020), § 284, 67.

⁷⁰ Cf. STEIN/JONAS/THOLE (2018), § 286, 50, afirmando que “a questão decisiva deveria precisamente sempre ser a de se a valoração da prova é justificada”.

- Em processo civil, o carácter lícito ou ilícito da prova não depende de qualquer juízo de proporcionalidade entre os interesses conflitantes das partes;
- Em processo civil, a ilicitude da prova pode ser excluída; a ilicitude da prova só é excluída se houver um “estado de necessidade probatório” e se, além disso, a intromissão na vida privada for proporcional ao direito que a parte onerada pretende tutelar em juízo;
- Deste modo, a prova que é ilicitamente obtida através de uma intromissão na privacidade fica sempre sujeita ao binómio ilicitude/exclusão da ilicitude.