A TRANSFERÊNCIA DE PROVA ENTRE PROCESSOS: UM DIÁLOGO COM A JURISPRUDÊNCIA^{481 482}

THE TRANSFER OF EVIDENCE BETWEEN PROCESSES: A DIALOGUE WITH JURISPRUDENCE

Maria José Capelo

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro titular do Instituto Jurídico/Universidade de Coimbra (Portugal) e do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual; Professora da Faculdade de Direito/Universidade de Coimbra. Study of Law in the Law School of Coimbra (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), where she obtained the titles of Master of Law (Mestrado) and Juris Doctor (Doutoramento) in Civil Procedure. Senior Researcher University of Coimbra Institute for Legal Research (UCILeR) and Assistant Professor at the Faculty of Law of the University of Coimbra (having started her career as a Law Professor in 1990), where she taught and teaches Civil Procedure, Alternative Dispute Resolution and Consumer Law. E-mail: mjcapelo@fd.uc.pt.

RESUMO: O presente estudo a transferência de prova entre processos, destacando a relevância do artigo 421.º do Código de Processo Civil (CPC). Evidencia-se a importância do princípio do valor extraprocessual da prova, inspirado pelo antigo artigo 526.º do CPC de 1939 e pela ideia de José Alberto dos Reis, que assegura que o valor das provas não fica restrito ao processo em que foram produzidas, podendo se estender para além dele. A utilização de provas emprestadas favorece a economia e celeridade processuais, evitando a repetição de diligências que podem ser prejudiciais às partes, como é o caso de depoimentos de crianças ou provas irrepetíveis, como depoimentos de

falecidos. Entretanto, o uso extraprocessual de provas deve respeitar o contraditório, garantindo o direito de participação da parte contrária na formação da prova. A circulação probatória mostra-se mais facilitada no caso de provas documentais, facilmente transferidas por certidões ou cópias. Diferentemente, ocorre nos depoimentos e perícias, cujo uso requer cautela para evitar manipulações. Assim, a aplicação do artigo 421.º do CPC deve ser analisada considerando a natureza da prova e o princípio do contraditório, garantindo a integridade do processo e a busca pela verdade material.

⁴⁸¹ Artigo recebido em 21/05/2025 e aprovado em 23/05/2025.

⁴⁸² Artigo publicado originalmente na Revista de Legislação e de Jurisprudência. ANO 151.º MARÇO - ABRIL DE 2022 N.º 4033. Título em inglês, resumo, palavras-chave, abstract e keywords produzidos na editoração.

PALAVRAS-CHAVE: princípio extraprocessual; prova irrepetível; audiência contraditória; provas documentais; interesse público.

ABSTRACT: The text discusses the transfer of evidence between proceedings, highlighting the relevance of article 421 of the Code of Civil Procedure (CPC). The importance of the principle of extra-procedural value of evidence is highlighted, inspired by the former article 526 of the CPC of 1939 and by the idea of José Alberto dos Reis, who ensures that the value of evidence is not restricted to the process in which it was produced, it can extend beyond it. The use of borrowed evidence favors procedural economy and speed, avoiding the repetition of steps that can be harmful to the parties, such as the case of children's testimonies or unrepeatable evidence, such as testimonies of the deceased. However, the extra-procedural use of evidence must respect the adversarial principle, guaranteeing the right of participation of the opposing party in the formation of evidence. The circulation of evidence is easier in the case of documentary

evidence, which is easily transferred by certificates or copies. Differently, it occurs in testimonies and expert opinions, whose use requires caution to avoid manipulation. Thus, the application of Article 421 of the CPC must be analysed considering the nature of the evidence and the adversarial principle, ensuring the integrity of the process and the search for the material truth.

KEYWORDS: extra-procedural principle; unrepeatable evidence; adversarial hearing; documentary evidence; public interest.

INTRODUÇÃO - NOTAS GERAIS EM TORNO DO ARTIGO 421.º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Nas últimas reformas processuais, a letra do artigo 421.º do CPC⁴⁸³ permaneceu incólume, mas o aparente “desinteresse” do legislador não retira atualidade e relevância ao tema da transferência de prova entre processos.

O confronto com outros sistemas processuais civis⁴⁸⁴, nos

⁴⁸³ Os artigos citados sem referência a qualquer diploma legal pertencem ao Código de Processo Civil Português, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26/6. Os Acórdãos referidos constam da base de dados do Ministério da Justiça.

⁴⁸⁴ Na Itália, no silêncio da lei processual civil (salvo o regime previsto para o aproveitamento da prova de processo extinto consagrado no art. 310, n.º 3) a prática jurisprudencial tem propugnado pela transferência de prova entre processos de forma muito lata (cf., entre outras decisões no sentido da admissibilidade da

eficácia extraprocessual, Cassazione civile, 6 maio 2016, n. 9242; Cassazione civile., 3 abril 2017, n. 8603), entendimento que não tem sido sufragado, de forma pacífica, na doutrina. Numa monografia dedicada ao tema (*La circolazione della prova nei processi civile*, Giuffrè Editore, 2008), Maria Cristina Vanz expõe, numa perspectiva diacrónica, o pensamento contrastante entre a jurisprudência, que admite a circulação da prova em virtude dos princípios da unidade de jurisdição e da livre apreciação da prova, e o ceticismo da doutrina (Cf. *ob.cit.*, sobretudo pp.

quais o princípio do valor extraprocessual da prova não é acolhido expressamente na lei, revelamos a originalidade do conteúdo do artigo 526.º do Código de Processo Civil de 1939, fundado no pensamento de José Alberto dos Reis: “o valor das provas não fica confinado ao processo em que foram produzidas; projeta-se para além dele”⁴⁸⁵.

As vantagens da prova emprestada (*borrowed evidence*, na expressão clássica de Jeremy Bentham⁴⁸⁶) parecem evidentes.

A prerrogativa de utilizar provas, em processo diferente, perante a

mesma pessoa que teve a *faculdade de participar na sua constituição*, privilegia a economia e a celeridade processuais.

Não é de menosprezar a circunstância de a repetição da colheita da prova poder ser prejudicial para o sujeito envolvido e, por isso, se justificar a sua eficácia em processo diferente. Um exemplo paradigmático desta última hipótese está previsto na alínea d) do n.º 7 do artigo 5.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível: se, em processo-crime, a criança tiver prestado declarações para memória futura, estas podem ser

1 a 26). Gian Franco Ricci reconduz a eficácia extraprocessual da prova a uma hipótese de prova atípica, sublinhando o risco de não estar assegurado tanto o princípio do contraditório na formação da prova (sobretudo quando as partes do processo são diferentes) como o princípio da oralidade e a plenitude da assistência do juiz — Cf. «Atipicità della prova, processo ordinário e rito camerale », *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile* Ano 56, N.º 2 (2002), pp. 409 a 452, sobretudo pp. 420 e 430. Andrea Graziosi é mais cético quanto à admissibilidade de prova que não siga o modelo legal de formação de prova, com exceção da prova que é irrepitível e naqueles casos em que as partes consentem na utilização de um meio de prova atípico, cf. «Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile», *Riv.Trim.Proc.Civ.* (2011), pp. 694 a 724, sobretudo pp. 712 e 713.

⁴⁸⁵ Cf. *Código de processo Civil anotado*, Volume III, 4.ª ed, Coimbra, p. 344.

⁴⁸⁶ Ao classificar as provas, Jeremy Bentham distingue a prova independente da prova emprestada, esta no sentido de prova produzida num outro processo (*Treatise on Judicial Evidence*, tradução inglesa, J.W. Paget, 1825, 1825, p. 14). Inês Fernandes Godinho «To be or not to be: Empréstimo de prova, circulação de prova e verdade em processo penal», *Revista do*

Ministério Público, Ano 42, n.º 168 (Outubro/Dezembro 2021), p. 121-145, sobretudo pp. 131 e 132] distingue entre empréstimo de prova e circulação de prova, subsumindo na primeira «a deslocação da prova de uma esfera para outra, ainda que com possível perda das qualidades do elemento a emprestar através da deslocação », e entendendo que a circulação de prova pressupõe «uma manutenção das propriedades do objeto circulante, mantendo-se inalterada a sua natureza, independentemente do valor do objeto para o destino de circulação». No caso de deslocação de prova de outros processos para o processo penal (ou seja, empréstimo) salienta a importância, na falta de disposições específicas no Código de Processo Penal, de se condicionar a admissibilidade da transferência de meios de prova ao respeito dos princípios e regras de prova atinentes ao processo penal. No que diz respeito à circulação de prova (que não seja “prova proibida”), exemplifica com o regime previsto no n.º 7 do artigo 187.º do CPP e no contexto transfronteiriço invoca a lei n.º 88/2017, de 21 de agosto, que transpõe a diretiva 2014/41/ EU, a qual teve o objetivo de acelerar a obtenção e a transferência dos meios de prova entre os Estados Membros da União Europeia (cf. estudo citado, sobretudo pp. 132 a 144).

consideradas como meio probatório no processo tutelar cível. O seu aproveitamento previne, assim, “(...) os efeitos de contaminação e erosão da veracidade do depoimento e de vitimização secundária abundantemente apontados àquela prática”⁴⁸⁷.

É incontornável, de igual modo, a utilidade deste expediente quando o meio de prova se torna irrepitível. Veja-se, por exemplo, a hipótese em que se aproveita o depoimento de um sujeito que, entretanto, faleceu⁴⁸⁸. No entanto, o *carácter irrepitível da prova* não deve constituir justificação para a admissão de um meio probatório sem algumas cautelas (*infra*, as considerações tecidas em torno do exame de pesquisa de álcool). Ou seja, as vantagens desta eficácia extraprocessual da prova não podem legitimar, como adverte Giuseppe Tarzia, a emergência de um “princípio

de irreversibilidade das aquisições instrutórias”, sem concomitantemente se reafirmar a indispensabilidade da garantia do contraditório⁴⁸⁹.

Será, por isso, critério legítimo para rejeitar a transferência de prova entre processos (penal para o civil), a inobservância da audiência contraditória, na formação da prova, perante quem se quer fazer valer o meio de prova num segundo processo. Foi o que sucedeu no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto⁴⁹⁰, datado de 23 de setembro de 2021, no qual se apreciou o aproveitamento de depoimentos, extraídos de um processo penal, nuns embargos de executado. O Tribunal desconsiderou (bem, na nossa perspetiva) os depoimentos com fundamento no facto de terem sido extraídos de um processo de inquérito “uma fase processual de investigação em que vigora o segredo de justiça, não

⁴⁸⁷ Cf., neste sentido, Rui do Carmo, «As declarações como testemunhas — aplicar e clarificar a lei (As declarações únicas da criança; o Estatuto de Víctima; Recusa a Depor)», *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 2.º Semestre 2016, Número 2, p. 100.

⁴⁸⁸ O facto de a prova ser irrepitível não assegura, por exemplo, a eficácia extraprocessual de uma inspeção judicial, realizada noutro processo, com o argumento de que os vestígios de um determinado acidente desapareceram. Prevalece, neste meio de prova, o carácter pessoal das percepções, interpretações ou deduções do juiz, formando-se a convicção na própria diligência.

⁴⁸⁹ Cf., criticando a prática jurisprudencial italiana no sentido de admissibilidade de fontes atípicas de convencimento, Giuseppe Tarzia, «Problemi del contraddittorio

nell’istruzione probatoria civile», *Rivista di Diritto Processuale*, 1984, pp. 634 a 658, expressamente p.639. No ordenamento processual brasileiro, perante o artigo 372 do Código de Processo Civil de 2015, que admite a utilização de prova produzida em outro processo, uma vez observado o contraditório, Paulo Henrique dos Santos Lucon anota que o juiz deve aferir de que modo se deu no processo de origem a produção da prova que se quer transplantar sob pena de uma das partes ficar surpreendida relativamente à admissibilidade de meio de prova sobre o qual a parte não teve ocasião de se manifestar — cf. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, Coord. António do Passo Cabral/Ronaldo Kramer, art. 373, p. 577.

⁴⁹⁰ Cf. Acórdão de 23/09/2021, Processo 12138/19.6T8PRT-A.P1.

constando que tivessem sido submetidos a “audiência contraditória”, para além de que não consta que a embargada ali tivesse intervindo em qualquer qualidade processual”⁴⁹¹.

A possibilidade formal concedida à parte⁴⁹², contra quem se quer fazer valer os elementos probatórios, de acompanhar e controlar a produção de prova no processo primitivo é, por isso, condição essencial. Se ela, convidada para fiscalizar a prova, não o fez — *sibi imputet*⁴⁹³.

Esta exigência de “diálogo probatório”⁴⁹⁴ tem ainda o mérito de tutelar “o interesse público da descoberta da verdade, como pressuposto essencial da boa administração da justiça, contra a manipulação unilateral e o aproveitamento tendencioso dos meios de prova levados aos autos”⁴⁹⁵.

1. ÂMBITO DE APLICAÇÃO

Aparentemente o artigo 421.º do CPC está arquitetado para o aproveitamento da prova constituenda (depoimentos e perícias mencionados na hipótese legal).

No que diz respeito à prova documental a sua circulação não suscita problemas. Sobre este ponto, Antunes Varela, J. Miguel Bezerra e Sampaio e Nora esclarecem-nos: “[Q]uanto à prova documental, não há necessidade especial que justifique a extensão do princípio, uma vez que, através de certidão, cópia, fotocópia ou desentranhamento do documento dos autos, a parte interessada pode facilmente obter a junção da prova ao novo processo”⁴⁹⁶.

E perante a circulação “livre” dos documentos entre causas, tornar-se-á pertinente a distinção entre prova

⁴⁹¹ Cf. Acórdão referenciado na nota anterior.

⁴⁹² Entendemos que não constitui pressuposto da eficácia extraprocessual da prova a identidade de *ambas* as partes no processo primitivo e naquele para o qual é transferida a prova. Exige-se apenas que o sujeito contra quem se apresenta a prova tenha sido parte no processo anterior. A este propósito é pertinente questionar se devemos aplicar a regra de aferição de identidade do sujeito, atendendo à qualidade jurídica em que atua, nos termos delineados no n.º 2 do artigo 581.º. No pressuposto de que à parte originária tenha sido dada a possibilidade de exercer o contraditório na formação da prova, nada parece obstar à utilização dessa prova, noutro processo, perante o sujeito que assumiu a posição jurídica de quem foi parte no processo primitivo. Em sentido diverso, Rui Pinto entende que o critério da identidade se baseia nos sujeitos concretos e não na qualidade

jurídica em que atuam (Cf., *Código de Processo Civil Anotado*, Volume I, Almedina, 2018, anotação ao artigo 421.º, ponto 4. I., pp. 635 e 636).

⁴⁹³ Sublinhando que não é necessário uma audiência efetiva, bastando que a parte tenha sido notificada para exercer o seu direito — Antunes Varela/ J. M. Bezerra/ Sampaio e Nora, *Manual de Processo Civil*, 2.ª ed, Coimbra Editora, 1985, p. 493.

⁴⁹⁴ Referindo que a garantia do contraditório destina-se a permitir que à produção de prova por uma das partes a outra possa responder com uma contraprova ou com a prova do contrário, originando um diálogo probatório — João de Castro Mendes/ Miguel Teixeira de Sousa, *Manual de Processo Civil*, Volume I, Lisboa: AAFDL Editora, 2022, p. 515.

⁴⁹⁵ Cf. Antunes Varela/ J. M. Bezerra/ Sampaio e Nora, *cit.*, p. 489.

⁴⁹⁶ Cf. *ob.cit.*, p. 492.

documental⁴⁹⁷ e prova documentada ou “materializada” (num documento escrito)⁴⁹⁸. Somente quanto à prova documentada se aplicarão os crivos estabelecidos no artigo 421.º.

Quanto ao âmbito de aplicação, entendemos que não podemos ficar adstritos à literalidade do preceito (que menciona os “depoimentos” e as “perícias”). Com algumas ponderações, sufragamos a sua aplicabilidade a hipóteses compreendidas no seu espírito (não obstante não expressas no elemento literal), como passaremos a expor.

Relativamente ao depoimento de parte, uma concatenação da atual redação do artigo 421.º com o artigo 452.º legitima que questionemos a amplitude da expressão legal

“depoimentos”. Recorde-se que, na Reforma do Código de Processo no ano de 2013, um esforço de adequação da letra do artigo 452.º com o conteúdo do n.º 2 do artigo 356.º do Código Civil determinou a previsão da figura das “prestações de informações ou esclarecimentos” como uma possível fonte de confissão judicial⁴⁹⁹. Num outro estudo, tivemos oportunidade de tecer as nossas considerações críticas quanto à recondução da “prestação de informações ou esclarecimentos” à Secção I, do Capítulo III, do Título IV, intitulada “Prova por confissão das partes”⁵⁰⁰.

Por um lado, entendemos que esta opção legislativa minoriza as vertentes clarificadora e informativa dos esclarecimentos e informações

⁴⁹⁷ À noção ampla do documento (artigo 362.º do Código Civil) subjazem dois requisitos, como assinala Luís Filipe Pires de Sousa (Cf. *Direito Probatório Material Comentado*, Almedina, 2020, p. 106), um funcional - relativo à função representativa de uma coisa, pessoa ou facto — outro teleológico, no que diz respeito à finalidade representativa do documento. A ideia de que o documento não é a declaração mas apenas a representa é crucial para delimitar a função da sentença enquanto documento público, distinguindo esta força probatória da eficácia do dispositivo incorporado no documento [cf., desenvolvendo este ponto, Maria José Capelo, *A sentença entre a autoridade e a prova: em busca de traços distintivos do caso julgado civil*, Almedina, 2016 (reimpressão), pp. 105 a 116].

⁴⁹⁸ Referindo-se às várias funções do documento escrito, Luís Filipe Pires de Sousa, *Direito Probatório Material Comentado*, cit., p. 108. Na doutrina brasileira, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Prova e Convicção de acordo com o CPC de 2015*, 3.ª ed, Editora Revista dos Tribunais, pp. 609 e 611)

distinguem prova documental — aquela através da qual se tem a representação imediata do facto a ser reconstruído — e o registo escrito, tanto da prova pericial como da testemunha, que comprova a existência da prova “colhida”. Assinalam que este registo não modifica a sua característica originária de prova pessoal.

⁴⁹⁹ Isabel Alexandre afirma que nada distingue, no que diz respeito aos pressupostos de aplicação, o depoimento de parte determinado oficiosamente e a prestação de informações e esclarecimento sobre factos que interessam à causa (cf. «A fase da instrução e os novos meios de prova no Código de Processo Civil de 2013», *Revista do Ministério Público*, Abril-Junho 2013, Ano 34, p. 36).

⁵⁰⁰ Cf. o nosso estudo «Principais Novidades sobre Provas no Novo Código de Processo Civil Português», in *Processo Civil Comparado: Análise entre Brasil e Portugal*, Org. João Calvão da Silva, Leonardo Carneiro da Cunha, Maria José Capelo e Osvir Guimarães Thomaz, São Paulo: Forense, 2017, pp. 183 a 210, sobretudo pp. 195 a 198.

(prestados pela parte) em detrimento do eventual resultado confessorio da presença da parte em juízo.

Por outro lado, não é claro o procedimento a adotar na “colheita” destas prestações de informações ou esclarecimentos, pois a lei não impõe o mesmo formalismo adotado em matéria de depoimento de parte *strictu sensu*⁵⁰¹.

De todo o modo, não descartando *prima facie* o aproveitamento deste “esclarecimentos” e “informações” num procedimento distinto, defendemos que o seu valor extraprocessual (independentemente do carácter confessorio ou não) deverá pressupor o respeito das regras que pautam a tramitação da prestação do depoimento de parte: o juramento e a possibilidade de a parte contrária acompanhar a prestação de esclarecimentos, requerendo as instâncias necessárias para se esclarecer ou completar as respostas

(nomeadamente artigos 461.º, n.º 2, e 463.º)⁵⁰².

No que diz respeito às declarações de parte (previstas no artigo 466.º), não nos suscita dúvidas a sua inclusão no âmbito de aplicação do artigo 421.º⁵⁰³, desde que, no processo primitivo, tenha sido dado a possibilidade ao sujeito — perante quem se invoca o registo das declarações — de acompanhar essa “colheita” de prova.

Por fim, devem considerar-se subsumidas no artigo 421.º, as “Verificações não judiciais qualificadas” (artigo 494.º), diligência probatória através da qual se incumbe um técnico ou uma pessoa qualificada de proceder a atos de inspeção (de coisas ou lugares) ou de reconstituição de factos, como alternativa à inspeção judicial⁵⁰⁴.

Enquanto na inspeção judicial, prova direta por excelência, a fonte da convicção é a própria diligência e não o seu relato, na verificação não judicial qualificada⁵⁰⁵, um técnico ou pessoa

⁵⁰¹ Estrela Chaby (*O depoimento de parte em processo civil*, Coimbra Editora, 2014, p. 61) chama a atenção para o facto de que «(...) não se prevendo que as partes prestem juramento, nem que a diligência, a ocorrer, seja contraditória, não se vê como, sem postergação dos princípios do código e em verdadeiro contraciclo em relação ao espírito da Reforma (...) se poderia configurar estar em causa uma diligência com carácter ou intencionalidade probatória».

⁵⁰² Cf. «Principais Novidades sobre Provas no Novo Código de Processo Civil Português», *cit.*, p.197.

⁵⁰³ Vide, porém, excluindo-as do campo de aplicação do artigo 421.º - Rui Pinto, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume I, *cit.*, anotação ao artigo 421.º, ponto 3.I., p. 635.

⁵⁰⁴ José Lebre de Freitas (*A ação declarativa comum à luz do Código de Processo Civil de 2013*, 4.ª ed, Gestlegal, p. 347) afirma que a verificação não judicial «mais não se trata do que de uma perícia oficiosamente ordenada, com um só perito e sem possibilidade de alargamento, pelas partes do respetivo objeto nem de reclamações contra o relatório apresentado» mas se for realizada por pessoa com poderes de atestação assume a configuração de prova documental (situação ressalvada na parte final do artigo 494.º, n.º2).

⁵⁰⁵ No Acórdão da Relação de Coimbra, de 20/03/2018 (Processo 66/14.6TBRSD-A.C1) sustenta-se que «a verificação não judicial qualificada (...) destina-se a evitar a inspeção judicial e a perda de tempo do julgador e despesas acrescidas que esta acarreta,

qualificada efetua “constatações” de uma certa realidade, as quais faz constar de um relatório, passível de ser “emprestado” a um processo distinto e aí ser valorado em conjunto com as demais provas⁵⁰⁶.

Delimitado o campo de ação da eficácia extraprocessual da prova, tal como está gizado no artigo 421.º, as múltiplas vertentes do tema — tendo em conta a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil a outros ramos do direito, para além dos regimes especiais que se vão instituindo, sobretudo, por força de uniformização europeia⁵⁰⁷ — determinou que tivéssemos como referência a prática jurisprudencial em matéria de transferência de meios de prova para uma ação cível.

Nesta perspetiva, um breve olhar para os casos jurisprudenciais despertam-nos para algumas questões que merecem reflexão, seja em matéria de valor da prova produzida em procedimento cautelar⁵⁰⁸ da eficácia extraprocessual da prova emergente de processo crime e contraordenacional numa ação cível⁵⁰⁹, ou da eficácia da

prova produzida na averiguação oficiosa da paternidade/maternidade⁵¹⁰ em distintas ações (tema com acrescida relevância derivada das alterações introduzidas pela Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro, relativa ao Regime Geral do Processo Tutelar Cível).

2. A PRESERVAÇÃO DA NATUREZA ORIGINÁRIA DO MEIO DE PROVA NO PROCESSO DISTINTO

Quando a prova é transferida de um processo para um processo distinto, o meio de prova entrará no novo processo de forma documentada (por via da gravação⁵¹¹ ou redução a escrito). No entanto, enquanto “prova emprestada” preservará a sua identidade originária, não se transmutando, por conseguinte, em prova documental.

A aplicação do princípio da eficácia extraprocessual deverá, por conseguinte, assentar na distinção entre prova documental e prova documentada⁵¹². Assim, por exemplo, uma perícia preservará essa sua

constituindo um meio de prova diferenciado, e situado, quanto à sua natureza e força probatória, entre a prova testemunhal e a pericial, mas que mais desta se aproxima».

⁵⁰⁶ Vide, sobre este novo meio de prova, «As verificações não judiciais qualificadas: reforço ou desvirtuamento da prova por inspeção judicial?», nesta Revista, Ano 144.º (Maio-Junho 2015), pp. 330-340.

⁵⁰⁷ Por exemplo, a Lei n.º 23/2018, em matéria de direito à indemnização por infração ao direito da concorrência (nomeadamente artigos 12.º a 18.º)

⁵⁰⁸ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 7/02/2019, Processo 3235/16.0T8PDL-b.l.1-6.

⁵⁰⁹ Cf. Acórdão do STJ, 11/07/2017, Processo 3397/14.1T8L.L3.E1.S1.

⁵¹⁰ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 9/11/2010, Processo 32/10.0TBMDA-A.C1.

⁵¹¹ Nos termos do n.º 1 do artigo 155.º, a audiência final de ações, incidentes e procedimentos cautelares é sempre gravada, bem como a gravação dos depoimentos prestados antecipadamente (artigos 294.º, n.º 2, e 422.º). Em matéria de depoimentos, assinale-se que aquilo que pode valer como prova é a gravação do depoimento, não a sua transcrição.

⁵¹² Sublinhe-se que esta distinção será também relevante para determinar o alcance da

natureza, não obstante ser assumida no segundo processo de forma documentada (relatório pericial)⁵¹³. Relativamente aos factos, representados documentalmente⁵¹⁴, será “prova pessoal”⁵¹⁵ na medida em que o elemento utilizado para criar a convicção do juiz sobre determinado facto é uma pessoa (o perito), que percecionou e valorou factos de acordo com os seus especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos.

Nesta perspetiva, numa ação de investigação da paternidade, não será

correto admitir o relatório do exame hematológico, realizado no âmbito de um processo de averiguação oficiosa da paternidade, sem contraditório, como *prova documental pré-constituída*⁵¹⁶. Tal tratamento processual contorna o regime do artigo 421.º, ao admitir, de forma encapuçada sob as vestes de documento, um exame pericial que não preenche os requisitos necessários à sua utilização noutro processo.

Ao invés, no Acórdão datado de 15 de junho 2020⁵¹⁷, o Tribunal da

expressão “documento”, constante da alínea c) do artigo 696.º, como fundamento do recurso extraordinário de revisão. Nesta medida, não subscrevemos o entendimento da Relação de Guimarães (Processo 1000/20.0T8VCT-A.G2, 27/01/2022) no sentido de considerar admissível um recurso de revisão, ao perspetivar um relatório do Instituto Nacional de Medicina Legal (com o resultado de exclusão do Autor da paternidade da Réu, na sequência de testes de ADN) como documento autêntico, com força suficiente para destruir a prova em que se fundou a sentença que declarou ser o Autor o progenitor da Réu. Isto é, o facto de o exame de ADN estar documentado, não lhe retira a natureza originária de perícia. Refere-se no Acórdão, acima referenciado, que à data em que a ação foi julgada — princípios dos anos 80 —, ainda não existiam exames de ADN, os quais apenas surgiram em meados da década de 90. Contudo, atualmente este dado não é suficiente para legitimar a sua utilização como fundamento do recurso extraordinário. Contudo, *de iure condendo*, é discutível a previsão de uma “relativização” do caso julgado em caso de superveniência de meios científicos fiáveis suficientes para modificar a decisão em sentido mais favorável à parte vencida. *Vide*, problematizando a admissibilidade de recurso de revisão à luz da referida alínea c) do artigo 696.º, no pressuposto de uma

classificação do “relatório pericial” como documento (em sentido amplo), Guilherme de Oliveira, *Manual de Direito da Família* (com a colaboração de Rui Moura Ramos), 2.ª ed, Almedina, 2022, pp. 448 a 450.

⁵¹³ Neste sentido, Paulo Osternack Amaral, *Provas: Atipicidade, liberdade e instrumentalidade*, Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 100.

⁵¹⁴ Nada obsta, porém, que seja encarado como documento só para comprovar a realização, num determinado dia e hora, da realização da perícia. Luigi Paolo Comoglio (*Le prove civile*, 3.ª ed, Utet Giuridica, p.427) define documento como uma “*vox mortua*, duravelmente expressa em sinais/símbolos estáveis (..) válidos para descrever, representar ou tornar conhecido um facto ocorrido, ou a representar uma determinada manifestação de pensamento e vontade».

⁵¹⁵ Aludindo à distinção “provas pessoais” e “provas reais”, Antunes Varela/ M. Bezerra/ Sampaio e Nora, *Manual de processo Civil*, cit., pp. 442 e 443.

⁵¹⁶ Sujeitando-o à livre apreciação probatória do juiz, como documentos particulares que são, “consubstanciados” (*sic*) de exames e apreciações de cariz científico, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27/04/2005, Processo 05B1238.

⁵¹⁷ Cf. Processo n. 14954/17.4T8PRT-A.P1.

Relação do Porto, apreciando o requerimento de admissibilidade de uma transcrição e gravação em formato áudio de um depoimento testemunhal, enquadrando corretamente a questão ao perspectivá-la à luz, não da prova pré-constituída, mas do regime do valor extraprocessual de prova constituenda. Denunciou, em conformidade, a forma ínvia, mas ostensiva, utilizada por uma das partes, no sentido de fazer valer, como meio de prova (dos fundamentos de uma ação de responsabilidade civil) um depoimento produzido em outro processo perante réus diversos através do “invólucro material” de um documento escrito.

3. PARECERES TÉCNICOS E PERÍCIAS: A COMPLEXA COEXISTÊNCIA

Em matéria de valor extraprocessual da prova, o facto de o meio de prova transferido preservar a sua identidade originária, chamou-nos também a atenção para um Acórdão da Relação de Coimbra⁵¹⁸, de 13 de abril de 2021, em que se admitiu a junção, numa ação cível, de uma perícia produzida num processo de inquérito por falsificação de assinaturas. O problema consistiu no facto de os sujeitos que assumiram a posição de réus na ação cível não terem participado no processo de inquérito, não se preenchendo, deste modo, um dos requisitos do artigo 421.º atinente à exigência de que a prova só possa ser

invocada contra a parte que tenha tido a possibilidade de exercer o contraditório (no processo onde o meio de prova se formou).

A solução encontrada — para se “aproveitar” a perícia e contornar a falta do requisito de identidade de sujeitos — traduziu-se em lhe conferir a natureza de parecer técnico⁵¹⁹. Afirmou-se que “estes pareceres, embora relevantes para a descoberta da verdade, não podem ser avaliados como perícias, constituído antes prova documental”⁵²⁰.

No dito Acórdão consta o seguinte: “tratando-se de um relatório realizado pelo Laboratório de Polícia Científica, (...) contendo a opinião técnica de um especialista na matéria, terá de ter, pelo menos, o valor que é dado aos pareceres técnicos realizados fora do tribunal e a que as partes recorrem com frequência para reforçarem a sua posição (...)”. Confirmou-se, deste modo, entendimento do tribunal *a quo* no sentido de não a ter valorado enquanto prova pericial (à luz do n.º 1 do artigo 421.º) mas, tão só, enquanto “princípio de prova”, sujeito à livre apreciação do julgador.

No balanço entre a desconsideração total desse “relatório pericial” e o seu aproveitamento, o Tribunal optou por conferir à perícia o estatuto de um parecer técnico, imputando-lhe uma relevância probatória como “princípio de prova”.

⁵¹⁸ Cf. Processo n.º 44/18.6T8CRD.C1.

⁵¹⁹ Figura referenciada no artigo 426.º.

⁵²⁰ Cf. Acórdão da Relação de Coimbra de 13 de abril de 2021, supra referenciado.

A *atipicidade do procedimento* reside, aqui, na “transfiguração” de uma perícia em *parecer técnico*.

É incontornável que o aproveitamento desta fonte, num segundo processo de natureza distinta (civil), não encontra apoio no regime do artigo 421.º, por não estarem preenchidos os requisitos mínimos da eficácia extraprocessual da prova: a garantia de um contraditório efetivo ou potencial dos sujeitos que ora assumem a posição de réus no processo onde se formou a prova⁵²¹. A nossa lei não se basta com um *contraditório diferido* num segundo processo onde a prova se pretende aproveitar (por via de, por exemplo, um pedido de esclarecimento ao perito que elaborou o relatório ou a solicitação de uma segunda perícia)⁵²². O exercício do contraditório tem de ser exercitado tempestivamente e preventivamente na aquisição do material probatório⁵²³.

⁵²¹ este propósito, refira-se que a prova pericial, no contexto penal (artigos 151.º e ss do CPP), tem um regime que não é equivalente ao da produção da perícia em processo civil, nomeadamente quanto ao modo como é exercida a contraditoriedade pelo Ministério Público, pelo arguido, pelo assistente e partes civis. Esta é exercida através da designação de um consultor técnico, cujo acompanhamento da produção da perícia pode ser maior ou menor consoante o momento em que é designado (artigo 155.º do CPC). *Vide*, sobre o regime da prova pericial, Maria João Antunes, *Direito Processual Penal*, 2021, 3.ª ed, Almedina, p. 148.

⁵²² Perante a omissão de um princípio geral de eficácia extraprocessual da prova na lei processual civil italiana, Giuseppe Tarzia («Problemi del contraddittorio nell’istruzione probatoria civile», *Rivista di Diritto Processuale*,

No entanto, por via da subsunção do “relatório” numa outra figura nominada no artigo 426.º, permitiu-se a sua entrada num processo diferente.

A menção aos pareceres técnicos remonta ao Código de Processo Civil de 1939. No artigo 550.º regulou-se o momento em que se deviam oferecer os documentos. Consagrou-se no parágrafo único que “não se consideram documentos os pareceres de advogados, professores ou técnicos, os quais podem ser juntos em qualquer estado do processo”.

José Alberto dos Reis relatou as discussões em torno deste parágrafo, evidenciando bem as dificuldades de enquadramento da figura e da fixação do seu valor⁵²⁴.

De qualquer modo, não foi intenção do legislador conferir-lhe — como assinalou José Alberto dos Reis — o *estatuto de meio de prova*⁵²⁵. A este propósito, defendeu que os pareceres

1984, pp. 634 a 658, sobretudo pp. 642 e 643)) insurge-se contra qualquer valorização de fontes atípicas de convencimento, assinalando que o contraditório deve ser garantido às partes na formação da prova.

⁵²³ Exigindo esse requisito na admissibilidade de prova atípica no contexto do sistema italiano, Luigi Paolo Comoglio, *Le prove civili*, cit., p.62.

⁵²⁴ Cf. *Código de Processo Civil Anotado*, IV, Reimpressão, Coimbra, 1987, pp. 22 a 30.

⁵²⁵ Numa outra perspetiva, a propósito da junção de pareceres técnicos aos autos, sustenta-se no Acórdão da Relação de Coimbra de 26/10/2021 (Processo 123/13.6TBFVN.C1) que «o princípio da audiência contraditória falha no caso do parecer técnico, daí a inferioridade da prova colhida extrajudicialmente, sem intervenção da parte contrária, pelo que os pareceres

técnicos são meras “peças escritas que se juntam ao processo para serem tomadas pelo tribunal na consideração que mereceram”, contribuindo para esclarecer o espírito do julgador⁵²⁶. Mas a história do preceito não corroborou este papel que lhe estava destinado, gerando uma *coabitação ambígua* de duas fontes probatórias funcionalmente equivalentes: a perícia e o parecer técnico⁵²⁷.

Atualmente não encontramos no Código um parágrafo equivalente àquele em que se prescrevia que os pareceres não configuravam, processualmente, documentos. De qualquer modo, a distinção entre as figuras (parecer e documento) perpassa os artigos 425.º e 426.º, sistematicamente inseridos no capítulo dedicado à prova documental. Na alínea e) do n.º 1 do artigo 652.º consta também a diferenciação entre “documentos” e “pareceres”. Destes

elementos devem retirar-se ilações no sentido de o parecer técnico não configurar, em si, prova documental *strictu sensu*. Na verdade, é indesmentível que o parecer técnico surge “documentado”, mas este registo escrito não altera a *natureza originária da atividade realizada pelo técnico*.

Quanto à problemática em torno do valor e repercussão dos pareceres técnicos⁵²⁸ num processo, parece-nos *realista* considerar que a sua junção ao processo não pode ser “irrelevante” e “inútil” à luz de um princípio *favor probationis*⁵²⁹. Não pode, porém, alicerçar, por si só, a demonstração de um facto com relevância técnica, mas apenas corroborar a existência deste. Ou seja, a formação extrajudicial — sem as garantias de contraditoriedade — determinará que valha apenas como “princípio de prova”⁵³⁰ não se coartando às partes o direito de

técnicos têm de ser colocados em plano inferior à perícia judicial, valendo apenas como depoimentos de testemunhas obtidos sem fiscalização da parte contrária».

⁵²⁶ Cf. *Código de Processo Civil Anotado*, IV, *cit.*, anotação ao artigo 550.º, sobretudo pp. 22 a 24. Contudo, nesta obra, o Ilustre Processualista acaba por reconduzir os pareceres técnicos a documentos testemunhais com valor inferior aos laudos periciais, feitos em contexto judicial (cf. *ob.cit.*, pp. 29 e 30).

⁵²⁷ Vide, sobre esta figura, o nosso estudo, denunciando o facto de a apresentação de tais pareceres técnicos traduzirem uma imprópria prova documental, com o propósito de adquirir uma prova não documental, e atribuindo-lhes o valor de princípio de prova, «A enigmática figura do técnico no Código de Processo Civil», *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Lebre de Freitas*, Coimbra Editora, 2013, pp. 1045-1067, sobretudo pp. 1061 a 1064.

⁵²⁸ Entendemos, no entanto, que não se devem equiparar os pareceres jurídicos aos técnicos. Aqueles são meras opiniões que visam esclarecer o juiz, destituídos de qualquer faceta probatória.

⁵²⁹ Em face do ordenamento argentino, Gabriel H. Quadri sufragava o aproveitamento de prova mesmo que não se observem todos os requisitos (nomeadamente o direito de defesa), sobretudo naqueles casos em que a prova seja irrepitível ou ocorra ratificação ou confirmação posterior (do conteúdo da prova transferida) pelo sujeito que nela participou como testemunha ou perito - cf., *La prueba en el proceso civil y comercial: Teoría general. Tipos de prueba. La prueba en los procesos en particular*, 1.ª ed, Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2011, sobretudo pp 503 a 505.

⁵³⁰ João de Castro Mendes/ Miguel Teixeira de Sousa explicam que o princípio de prova não é suficiente para estabelecer, por si só, qualquer prova, mas pode coadjuvar, em conjugação

requerer uma perícia. Um entendimento a favor de imputação do mesmo valor probatório a este parecer daria azo a que se substituísse prova constituída por meios de prova formados sem a participação da parte contrária e o controle judicial⁵³¹.

Voltando ao caso do Aresto, assinalemos as particularidades da situação: estava em causa uma perícia realizada na fase do inquérito, embora

sem a participação do ora réu (e sem dados para aferir o exercício de contraditoriedade por parte de consultor técnico⁵³² nos termos do artigo 155.º do Código de Processo Penal⁵³³).

Apesar da proximidade funcional entre a perícia e os pareceres técnicos (*coexistência que merece ser*

com outros elementos, a prova de um facto (Cf. dos Autores, *Manual de Processo Civil*, Volume I, cit., p. 478). Esta figura do “princípio de prova” aproxima-nos do conceito usado pela doutrina italiana “argomenti di prova”(referido na 2.º parte do art. 116 CPCit: “ *Il giudice può desumere argomenti di prova dalle risposte che le parti gli danno a norma dell’articolo seguente, dal loro rifiuto ingiustificato a consentire le ispezioni che egli ha ordinate e, in generale, dal contegno delle parti stesse nel processo*”). Enrico Tullio Liebman admite que a expressão “*argomenti di prova*” causa perplexidade aos intérpretes, entendendo que a lei apenas visa dar a estes “elementi di convinzione” um valor complementar e subsidiário, não a encarando como prova suficiente (Cf. *Manuale diritto Processuale Civile*, II, Milano-Giuffrè, 4.ª ed., 1981, p.86). A propósito da valoração da conduta das partes como “argumento de prova”, Luigi Paolo Comoglio (*Le prove civili*, cit., p. 191) perspectiva-a como “fonte subsidiária e complementar de valoração de outros elementos de prova já adquiridos no processo. Vide, numa linha diversa, sufragando que o “argumento de prova” pode assumir uma eficácia consistente, referindo a idêntica estrutura ou de função às presunções simples, Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici-Notzioni generali*, Milano, Giuffrè: 1992, pp. 453 a 461.

⁵³¹ São adequadas e aplicáveis ao processo civil as considerações de Alberto de Medina Seïça quanto à admissibilidade de prova atípica em processo penal: «(...) está vedada ao intérprete a possibilidade de afastar as formas

probatórias consagradas pelo legislador sob o pretexto de estas formas não serem taxativas, qualificando como prova atípica admissível aquilo que não passa de um desvio legal ao modelo probatório previsto» - Cf. “Legalidade e reconhecimento «atípico» em processo penal: notas à margem da jurisprudência (quase) constante”, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Org. Manuel da Costa Andrade/José de Faria Costa/Anabela Miranda Rodrigues/Maria João Antunes, Coimbra Editora, 2003, pp. 1387 a 1421, expressamente p.1411.

⁵³² Paulo Pinto de Albuquerque (*Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª ed. Atualizada, Lisboa: Universidade Católica, 2001, artigo 155.º, anotação n.º 1) explica que «o consultor técnico é uma “pessoa da confiança” do sujeito processual que o designa, cuja função primordial é a de ser o primeiro garante da qualidade técnica do resultado da perícia, sem contudo se colocar numa posição de contra-perito».

⁵³³ Germano Marques da Silva afirma que «a formação dialéctica da prova, para funcionar como veículo eficaz de controle do conhecimento técnico, científico ou artístico introduzido no processo, não pode exaurir-se no contraditório sobre o relatório dos peritos», sublinhando que o direito à contraprova é muito importante, devendo haver cuidado na notificação da perícia para que o interessado possa atempadamente nomear consultor técnico (*Curso de Processo Penal*, II, 5.ª ed, Editorial Verbo, 2011, pp. 268 e 269).

repensada no futuro pelo legislador)⁵³⁴, a solução adotada no Acórdão poderá suscitar algumas dúvidas, pois “uma coisa é a admissibilidade de meios de prova não expressamente previstos (essas sim, provas atípicas *proprio sensu*), outra bem diferente é permitir desvios ao figurino probatório *expressis verbis* previsto pelo legislador para a aquisição irritual de meios tipificados de prova (...)”⁵³⁵. Por isso, o critério-regra, para admitir uma prova atípica, deverá passar pela falta de um meio probatório típico idóneo a atingir o mesmo resultado⁵³⁶.

Todavia, no caso em análise, a situação é peculiar, pois o nosso sistema não repudia a junção de pareceres técnicos, permitindo, deste modo, a coabitação legal de figuras, mas funcionalmente próximas. Por isso, parece-nos equilibrada a admissibilidade da perícia — *embora*

transmutada em parecer técnico — com um valor de princípio de prova. Este entendimento tem o mérito de não precluir a faculdade de ser requerida prova pericial no segundo processo, sem que esta solicitação revista a forma de uma “segunda perícia”.

Fora do campo de ação destes dois meios de prova, entre si com aparente “fungibilidade”⁵³⁷, o recurso à eficácia extraprocessual de prova (constituenda) deverá pressupor o preenchimento dos pressupostos do n.º 1 do artigo 421.º⁵³⁸.

Em síntese, o artigo 421.º pressupõe a transferência de prova entre processos, preservando-se tanto a sua natureza originária como o valor probatório (mas não o resultado)⁵³⁹, sendo requisito essencial que o meio de prova seja invocado perante um sujeito a quem foi permitido exercer o contraditório na produção da prova⁵⁴⁰.

⁵³⁴ Repare-se, por exemplo, que exames que envolvam conhecimentos médico-legais podem ser feitos no Instituto Nacional de Medicina Legal a pedido de um particular [cf. artigo 5.º, al. d), do Decreto-Lei n.º 11/98, de 24 de janeiro]. Nesta última hipótese nada obsta a que tal exame – feito em ambiente não judicial – possa ser invocado numa ação, suscitando-se, então, a questão do seu valor probatório.

⁵³⁵ Cf., fazendo esta distinção a propósito do princípio da legalidade da prova consagrado no artigo 125.º do Código de Processo Penal, Sandra Oliveira e Silva, «Legalidade da prova e provas proibidas», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, Outubro-Dezembro, 2011, pp. 545-591, expressamente p. 565.

⁵³⁶ Cf. Alberto Medina Seïça, Legalidade e reconhecimento «atípico» em processo penal: notas à margem da jurisprudência (quase) constante”, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, cit., pp. 1411 e 1412.

⁵³⁷ Medina Seïça sustenta que não e deve admitir uma completa fungibilidade das formas probatórias, pelo que se for necessário um meio de prova, este não deve ser substituído por outro que não apresente a mesma garantia de fiabilidade ou capacidade de esclarecimento (*ob.cit.*, sobretudo pp. 1411 a 1413).

⁵³⁸ Que não se tenha extinto com fundamento numa decisão de absolvição do réu da instância com fundamento na ilegitimidade de uma das partes, falta de personalidade judiciária, incapacidade judiciária, incompetência absoluta, ineptidão (Cf. n.º 3 do artigo 279.º).

⁵³⁹ Não a influência que pode ter no processo, pois a convicção do tribunal forma-se em cada causa mediante a consideração de todas as provas produzidas.

⁵⁴⁰ Acrescente-se que a observância do requisito da audiência contraditória não nos parece tal fácil de imputar àqueles casos em que ocorreu revelia absoluta inoperante [artigo

4. A PROVA PRODUZIDA EM PROCEDIMENTOS CAUTELARES

Em matéria de procedimentos simplificados, com apreciação sumária, tal como sucede nos procedimentos cautelares, a aplicação do artigo 421.º não está liminarmente afastada. Ou seja, a prova produzida no contexto cautelar será suscetível de ser aproveitada na ação principal (ou noutra ação) respeitados determinados pressupostos entre os quais destacamos o da audiência contraditória⁵⁴¹.

Assim, por exemplo, o registo daquilo que a testemunha disse — que viu e ouviu — pode ser relevante tanto no procedimento cautelar como na ação principal, independentemente do

diverso grau de influência na formação da convicção do juiz quanto à realidade dos factos controvertidos em ambas as causas. O que se “empresta” é a atividade probatória não o resultado da sua apreciação.

O n.º 4 do artigo 364.º não contraria esta ideia, pois este número limita-se a prever que nem o julgamento da matéria de facto, nem a decisão final proferida no procedimento cautelar têm qualquer influência no julgamento da ação principal⁵⁴².

A este propósito, é pertinente a distinção “transferência de factos provados” e “transferência de meios de prova”⁵⁴³, pois quando mencionamos a questão em torno da eficácia extraprocessual da prova, produzida em procedimento cautelar, cingimo-

568.º, al. b) a d)]. Nestas hipóteses, não havendo a certeza de que o réu teve conhecimento de que lhe foi movida uma causa (cf, porém, o controle da regularidade da citação previsto no artigo 566.º), não estará assegurada a contraditoriedade exigível na produção de prova (note-se ainda que o n.º 2 do artigo 415.º não acautela a notificação do réu revel para os atos de produção de prova). Neste sentido, a propósito do réu revel, Rui Pinto, «Valor extraprocessual da prova penal na demanda cível. Algumas linhas gerais de solução», *Estudos em homenagem* ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas, Volume I, Coimbra Editora, 2013, pp. 1155-1196, p. 1186.

⁵⁴¹ Em matéria de confissão valerá o regime consagrado no n.º 3 do artigo 355.º do Código Civil.

⁵⁴² Em anotação ao artigo 421.º, Lebre de Freitas e Isabel Alexandre referem que não tem qualquer valor na ação principal o resultado probatório alcançado no procedimento cautelar (cf. *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 2.º, 4.ª ed., 2019, Almedina, anotação ao artigo 421.º, p. 236).

⁵⁴³ De forma clara e inequívoca, afirmou-se no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 5 de Maio de 2005 (Processo n.º 05B691): «Não pode é confundir-se o valor extraprocessual das provas produzidas (que podem ser sempre objecto de apreciação noutro processo) com os factos que no primeiro foram tidos como assentes, já que estes fundamentos de facto não adquirem valor de caso julgado quando são autonomizados da respectiva decisão judicial (...)». *Vide*, criticando tanto o regime de aproveitamento dos factos apurados na sentença estrangeira (não reconhecida) como a admissibilidade da eficácia probatória da sentença penal nos termos consagrados nos artigos 623.º e 624.º, o nosso estudo, *A sentença entre a autoridade e a prova... cit.*, pp.125 a 150 e 210 a 227. Embora Rui Pinto sublinhe que não se importam factos provados, ressalva que as certidões de decisões anteriores, gozam de um valor de princípio de prova (Cf. «Valor extraprocessual da prova penal na demanda cível. Algumas linhas gerais de solução», *cit.*, sobretudo pp. 1168 e 1169).

nos ao registo da atividade probatória e não à convicção judicial formada sobre a realidade de uma afirmação fundado nesse meio de prova. O *grau de cognição maior ou menor* — quanto ao mérito — *não acarreta automaticamente a impossibilidade de uma eficácia extraprocessual da prova.*

Como assinala Rita Lynce de Faria “a sumariedade pode ocorrer, por um lado, através da simplificação do *modus procedendi* ou, por outro lado, por meio da simplificação do tipo de cognição”, explicitando que, no domínio cautelar, a simplificação foi prosseguida através de duas vias descritas “a redução da dimensão estrutural do processo e a diminuição da intensidade de conhecimento”⁵⁴⁴.

No entanto, a sumariedade do procedimento e a apreciação perfunctória não afetam, *per se*, uma eventual eficácia da prova produzida ⁵⁴⁵, salvo se essa sumariedade envolver uma “simplificação” da prova ou acarretar a dispensa de audição prévia do requerido.

É incontestável que a sumariedade se repercute na produção de prova na medida em que se reduzem (em número) as testemunhas, mas já não interfere, em princípio, com a “qualidade” e “conteúdo” da prova produzida. Dizemos “em princípio” na

medida em que a simplificação pode ter repercussões na eficácia dos meios de prova num processo distinto. Assim, por exemplo, não será irrelevante a modalidade de perícia — perito único ou perícia colegial — adotada no processo primitivo. O que determinará que a perícia singular possa valer “menos” se o segundo processo para a qual é transferida admitir, em abstrato, uma perícia colegial. Ou seja, neste circunstancialismo, a perícia singular valerá como princípio de prova, carecendo o resultado probatório ser corroborado por outros meios de prova (cf. artigo 421.º, n.º 1, *in fine*).

Com base na distinção entre eficácia extraprocessual da prova e decisões sobre o mérito, revela-se pouco razoável a invocação do artigo 421.º no contexto do Acórdão da Relação de Lisboa, de 7/02/2019, pois discutia-se apenas uma pretensa eficácia extraprocessual da decisão cautelar (submetida sob a forma de articulado superveniente) numa ação principal. Não estando, por conseguinte, em jogo a transferência de prova de um processo para outro.

Embora se tivesse rejeitado (bem) o suposto “articulado superveniente” ⁵⁴⁶ (repita-se, como expediente para transferir uma decisão proferida num procedimento cautelar), afirmou-se, *a latere*, que a

⁵⁴⁴ Cf. *A tutela cautelar antecipatória no processo civil português: um difícil equilíbrio entre a Urgência e a Irreversibilidade*, Universidade Católica Portuguesa, 2016, pp. 184 e 185.

⁵⁴⁵ Cf., no sentido correto, António Santos Abrantes Gerales/ Paulo Pimenta/ Luís Filipe Pires de Sousa, *Código de Processo Civil*

Anotado, Volume I, 2020, 2.ª ed., Almedina, p. 443.

⁵⁴⁶ O expediente utilizado pela parte visava unicamente a transferência de factos provados do procedimento cautelar para a ação principal, através do subterfúgio da apresentação de um articulado superveniente.

circunstância de estarmos perante uma decisão cautelar afasta “a possibilidade de utilização extraprocessual das provas, dada a natureza perfunctória na análise do litígio e o carácter indiciário dos factos provados em sede cautelar, oferecendo assim, menores garantias que o processo comum”.

Ora, tal alusão ao regime do artigo 421.º surge-nos como inadequado, porquanto se discutia o intuito de uma das partes se fazer valer dos factos apurados no procedimento cautelar e não — como foi encarado — dos meios de prova aí formados.

De qualquer modo, num plano abstrato, saindo da esfera deste Acórdão, a admissibilidade de transferência da prova produzida em procedimento cautelar para uma outra ação (nomeadamente a ação principal) terá de ser rodeada de algumas cautelas, sobretudo pelas *especificidades procedimentais*. O respeito da audiência contraditória⁵⁴⁷ na constituição da prova é requisito

necessário para a aplicação do regime do artigo 421.º.

Quando a providência cautelar é decretada, *ex lege*⁵⁴⁸, sem audiência do requerido (ou esta for dispensada pelo facto de a sua efetivação pôr em risco sério o fim ou a eficácia da providência), a prova produzida nesta fase inicial não poderá ser aproveitada (noutra causa) ante a parte que não participou na sua formação⁵⁴⁹.

Isto é, a prova produzida de forma unilateral, *sem audiência do requerido*, não terá, por conseguinte, eficácia extraprocessual.

Ao invés aquela que for produzida no exercício do contraditório diferido merecerá tratamento diverso. A alínea b) do n.º 1 do artigo 372.º consagra, como forma de contraditório diferido, a dedução de oposição quando o requerido pretenda alegar factos ou produzir *meios de prova* não tidos em conta pelo tribunal e que possam afastar os fundamentos da providência ou determinem a sua redução⁵⁵⁰. Esta prova produzida nesta

⁵⁴⁷ No contexto das providências cautelares, a propósito do contraditório prévio, Marco Carvalho Gonçalves refere que o direito de o requerido oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário, o seu valor e resultado, insere-se no direito a um processo equitativo [Cf. *Providências Cautelares*, 4.ª ed (reimpressão), 2021, Almedina, expressamente p. 373].

⁵⁴⁸ Cf. artigos 393.º, n.º 1, e 378.º.

⁵⁴⁹ Lebre de Freitas e Isabel Alexandre explicitam que «a audiência do requerido não deve ter lugar quando, com ela, haja o risco de se frustrar o efeito **prático** que concretamente se pretende atingir, isto é, quando o **conhecimento** da pretensão cautelar pelo requerido ou a **demora** no deferimento da providência, resultante da observância da

contraditoriedade, aumente o perigo da lesão grave e de difícil reparação que a providência visa evitar» — Cf. *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 2.º, cit., anotação ao artigo 366.º, p. 29 (negrito dos Autores).

⁵⁵⁰ Para efeitos de delimitação do que sejam “novos” meios de prova, Lucinda Dias da Silva assinala que «se o requerido indicar como testemunhas os mesmos sujeitos que constam do rol apresentado pelo requerente, aquelas consubstanciarão um novo meio de prova quando, por exemplo, os factos sobre que agora sejam chamadas a depor forem diferentes daqueles sobre que incidiu o seu depoimento na fase unilateral» (cfr. *Processo Cautelar Comum — Princípio do contraditório e dispensa de audição prévia do requerido*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 269).

fase da oposição pressuporá a presença de ambos, sendo por isso suscetível de gozar de valor extraprocessual.

Em síntese, no âmbito dos procedimentos cautelares, *sem audiência prévia do requerido*, justifica-se, para efeitos de clareza, distinguir dois momentos: um antes do decretamento da providência, outro depois desta decisão.

No momento prévio ao decretamento, se o requerimento não for liminarmente indeferido, é designado dia para a produção de prova, a qual decorrerá *sem audiência do requerido*, seguindo-se as alegações orais e a decisão (cf. artigo 365.º, n.º 3)⁵⁵¹. Logo, nesta atividade probatória faltará o exercício de contraditoriedade por parte do requerido.

Após o decretamento da providência, se o requerido pretender deduzir oposição, ser-lhe-á facultado a possibilidade de produzir prova⁵⁵². Esta produção de prova já decorrerá, ao invés, em ambiente de contraditoriedade, facultando-se à parte contrária (requerente) a possibilidade de participar no processo formativo.

A este respeito, é pertinente invocar o Acórdão da Relação de Lisboa⁵⁵³, de 9/04/2013, no qual se ponderou, entre outros pontos, a *eficácia extraprocessual* de um depoimento de parte produzido na fase

subsequente à oposição ao decretamento do arresto. Apreciou-se em que medida as *declarações confessórias* produzidas pela Autora (ora requerente no arresto) podiam ser “transpostas” para a ação principal. No Arresto sustentou-se que o depoimento de parte, desatendido na ação principal, foi proferido “em sede de oposição deduzida posteriormente ao decretamento da providência, logo sem que a esse articulado tivesse sido possível (...) apresentar um qualquer outro articulado de resposta”.

Deste circunstancialismo, o Tribunal retirou a ilação de que este depoimento só poderia valer como “princípio de prova” à luz do regime plasmado atinente ao valor extraprocessual das provas (ao tempo artigo 522.º, com correspondência no atual artigo 421.º).

Quando se condiciona a eficácia extraprocessual das declarações confessórias à apresentação de um articulado (de resposta à oposição), quer-nos parecer que se *confundem os planos da prova e dos factos*. É preciso distinguir, por conseguinte, a *audiência contraditória na produção de prova* (nos termos previstos no artigo 415.º) do *exercício de resposta quanto à matéria de facto* e de direito alegada por uma das partes.

Em síntese, o aproveitamento dos meios de prova está dependente do acompanhamento, pela parte

⁵⁵¹ Nestes pressupostos, decidiu bem o Tribunal da Relação de Lisboa em 22/03/2018 (Processo 207/14.3TVLSB-2) ao rejeitar o aproveitamento de um depoimento por ter sido

produzido sem audiência contraditória do requerido nos termos do n.º 1 do artigo 393.º.

⁵⁵² Inclusive aqueles meios de prova que o juiz tenha recusado ao requerente.

⁵⁵³ Processo 5476/09.8TVL.SB.L1-1.

contrária da atividade probatória, *independentemente da reação desta aos articulados submetidos a juízo.*

Logo, entendemos que o caso em apreço — a eficácia extraprocessual de declarações confessórias produzidas no arresto — devia ter sido equacionado à luz do regime do n.º 3 do artigo 355.º do Código Civil. Determina este preceito que a confissão realizada em procedimento preliminar ou incidental vale como confissão judicial na ação correspondente atento o carácter instrumental daqueles procedimentos, “o que se compreende porquanto o feixe de interesses é comum e contínuo entre o procedimento incidental e a ação principal”⁵⁵⁴.

Por isso, a ponderação, por parte da instância superior, não justificava nem a alusão à falta de um articulado de resposta, nem a imputação do valor de princípio de prova das declarações confessórias (num paralelismo com o regime aplicável à prova produzida com garantias inferiores⁵⁵⁵).

5. A TRANSFERÊNCIA DE PROVA NÃO DOCUMENTAL

⁵⁵⁴ Cf. Luís Filipe Pires de Sousa, *Direito Probatório Material Comentado*, cit., p. 89.

⁵⁵⁵ Cf. artigo 421.º, n.º 1, *in fine*.

⁵⁵⁶ No Código de Processo Penal distinguem-se meios de prova e meios de obtenção de prova (Livro III, Título II, artigos 128.º a 170.º, e Título III, artigos 171.º a 190.º). Os exames estão regulados nos artigos 171.º a 173.º como meios de obtenção de prova.

⁵⁵⁷ Cf. sobre o exame de sangue, artigo 153.º do Código da Estrada e artigo 1.º da Lei n.º 18/2007, de 17 de Maio (Regulamento de Fiscalização da Condução sob Influência do

CONSTITUÍDA FORA DO PROCESSO: O CASO DOS EXAMES DE PESQUISA DE ÁLCOOL

Na prática, à luz do disposto na 1.ª parte da al. c) do n.º 1 do artigo 27.º do Decreto-Lei n.º 291/2007, de 21/08, no âmbito do exercício do direito de regresso, por parte das empresas de seguros, contra o condutor, com fundamento na circunstância de este ter dado causa ao acidente e conduzir com uma taxa de alcoolemia superior à legalmente admitida, tem-se colocado a questão de aproveitamento do resultado do exame de pesquisa de álcool constante do auto elaborado pelos agentes de autoridade.

A situação tem várias particularidades: por um lado, estamos na presença de um “exame” produzido fora de contexto judicial (documentado no auto de contraordenação) que consubstancia, numa ótica processual penal, um “meio de obtenção de prova”⁵⁵⁶; por outro lado a pesquisa de álcool deve ser realizada segundo um procedimento tipificado na lei⁵⁵⁷ num determinado espaço temporal sob pena de perecimento.

Álcool ou de Substâncias Psicotrópicas). Este artigo 1.º do Regulamento estatui que a presença de álcool no sangue é indiciada por meio de teste no ar expirado, efetuado em analisador qualitativo (n.º 1); o n.º 2 prevê que a quantificação da taxa de álcool no sangue é feita por teste no ar expirado, efetuado em analisador quantitativo, ou por análise de sangue; e o n.º 3 determina que a análise de sangue é efetuada quando não for possível realizar o teste em analisador quantitativo. Para se recorrer a colheita de sangue, é necessário o consentimento do condutor, sendo este

Ao ser utilizada num processo, entrará sob a forma de prova “pré-constituída”⁵⁵⁸, com um carácter técnico ou pericial⁵⁵⁹.

No Acórdão⁵⁶⁰, de 11 de julho de 2017, o Supremo Tribunal de Justiça debruçou-se sobre o valor extraprocessual do resultado do exame de pesquisa de álcool no sangue numa ação de regresso intentada pela seguradora contra o condutor⁵⁶¹.

punido por crime de desobediência se se recusar a submeter a exame. Sónia Fidalgo que o método usado é mais invasivo que o atualmente utilizado para os exames de ADN, sendo justificado pelo interesse geral na segurança rodoviária e da defesa da vida embora não se acautele — na colheita de material biológico — a destruição de tais amostras após análise (cf. «Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal», *Revista Portuguesa de ciência Criminal*, Ano 16, n.º 1 (Janeiro-Março 2006), p. 115-148, sobretudo p. 131).

⁵⁵⁸ A classificação como “prova pericial pré-constituída” foi assumida pelo Tribunal Constitucional de Espanha chamado a pronunciar-se sobre os pressupostos de admissibilidade de um exame de pesquisa de álcool na sequência de interposição de um recurso relativo a uma condenação penal por delito contra a segurança no tráfico. Cf. Sentença 100/1985, de 3/10 *Boletín Oficial del Estado*, núm. 265, 5/11/1985, pp. 4 a 6. Estava em discussão a alegação de uma violação do direito à presunção de inocência pelo facto de a pronúncia de uma condenação se ter baseado exclusivamente no índice de alcoolemia, sem terem sido respeitados regras fiáveis e adequadas à formação de material probatório. O Tribunal Constitucional sufragou que em tal espécie de atividade de investigação se “pré-constituía” uma prova, irrepetível posteriormente, à qual podia assinalar-se um carácter pericial *latu sensu*, com um valor probatório sempre que tivessem sido respeitadas determinadas garantias. No caso, entendeu-se que tinham sido

Na ação de regresso, para fazer prova do facto constitutivo do direito alegado, no que respeita à condução com uma taxa de alcoolemia superior à legalmente admitida, foram juntos os exames realizados, através de analisador quantitativo, por agente de autoridade e que estiveram na base de instauração de processo de contraordenação. Em 2.ª instância, a Relação de Évora⁵⁶² tinha sustentado o

desrespeitadas as garantias, pelo facto de não se ter informado o interessado da possibilidade de solicitar uma segunda medição e uma análise do sangue. Afirma-se que «(...) la prueba de alcoholemia realizada infringió el derecho a la defensa del interesado, cuestión a la que hay que responder en sentido afirmativo, desde el momento en que ni siquiera fue informado por los agentes policiales de las posibilidades que la reglamentación vigente le ofrecía, de solicitar la práctica de una segunda medición y un análisis de sangre, deber que, ha de entenderse derivado del artículo 24.2 de la Constitución (...)» (cf. decisão citada, pp. 5 e 6).
⁵⁵⁹ Perante a distinção entre exames e perícias, constante no Código de Processo Penal, considerando a recolha de material biológico e sua análise, uma perícia, Sónia Fidalgo, estudo citado, pp. 138 e 139.

⁵⁶⁰ Acórdão proferido em 15/12/2017, Processo n.º 3397/14.1T8LLE.E1.S1.

⁵⁶¹ No âmbito do artigo 27.º, n.º 1, al. c), do DL n.º 291/2007, afirma-se no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 9-04-2019 (Processo 1880/16.3T8BJA.E1.S2) que «a jurisprudência dominante vem entendendo que, à luz da nova formulação legal, para assegurar o seu direito de regresso, a seguradora apenas tem que provar que o condutor deu culposamente causa ao acidente e conduzia com uma taxa de alcoolemia superior à legalmente permitida, ou seja, que era portador de um taxa de alcoolemia superior a 0,50».

⁵⁶² Acórdão da Relação de Évora proferido em 2016, Processo 3397/14.1T8LLE.E1.

não aproveitamento do exame de álcool, por invalidade, pelo facto de o exame inicial e a contraprova terem sido realizados no mesmo alcoolímetro⁵⁶³.

Argumentou que não se pode reconhecer valor extraprocessual ao exame porque este exige, além doutros requisitos, que sejam respeitados as garantias da formação da prova, pois só respeitadas estas se pode aquilatar se são inferiores os superiores às do processo em que se pretende fazer valer “(...)e não se vê como racionalmente se poderá expressar a convicção da prova dum facto, com recurso a uma prova cuja formação ocorreu com inobservância das formalidades legais (...)”⁵⁶⁴.

O n.º 1 do artigo 153.º do Código de Estrada, após prever que o exame de pesquisa de álcool no ar expirado é realizado por agente de autoridade mediante a utilização de aparelho

aprovado para o efeito, estabelece no seu n.º 2 (do mesmo artigo) que a autoridade *notifica* o resultado ao examinando bem como as sanções dele decorrentes e *de que pode, de imediato, requerer a realização de contraprova*⁵⁶⁵. A contraprova, nos termos do n.º 3 do mesmo artigo, pode ser realizada por um de dois meios, à escolha do examinando: através de novo exame ou análise de sangue.

Mas qual foi a lógica argumentativa do Supremo Tribunal de Justiça para divergir do sentido da decisão proferida em 2.ª instância?

Sufragou-se que os exames de pesquisa de álcool constituíam “prova pericial pré-constituída”⁵⁶⁶ a qual “foi ordenada em relação ao processo contraordenacional, “cuja decisão sancionatória o arguido, aqui R., se conformou, não a tendo impugnado judicialmente”.

⁵⁶³ A este propósito tem-se entendido, no âmbito da jurisprudência penal, que o novo exame não pode ser realizado no mesmo alcoolímetro sob pena de invalidade. No Acórdão da Relação de Évora, de 8/06/2010 (Processo 72/09.2GGABT.E1) afirma-se «a *contraprova* é um meio de defesa pelo qual o examinando pode *impugnar* o resultado apresentado pelo *aparelho utilizado no primeiro teste qualitativo*. A utilização do *mesmo* analisador na contraprova não daria quaisquer garantias contra a eventual falta de fiabilidade do aparelho, realidade que sustentará nuclearmente o juízo (implícito) de desconfiança do arguido». No mesmo sentido, no Acórdão da Relação de Coimbra, de 10/03/2010 (Processo 97/09.8GBTCS.C1) sustenta-se que o novo exame, tendo sido efetuado no mesmo analisador quantitativo, é prova inválida na medida em que não foi respeitado o direito à contraprova, não podendo por tal razão ser valorada.

⁵⁶⁴ No Acórdão da Relação assinalou-se que o registo do exame inicial foi uma TAS de 0,69 g/l e o registo da repetição foi uma TAS de 0,66 g/l a que corresponde, no dizer da decisão administrativa uma TAS de 0,61 g/l, sem que exista qualquer explicação nos autos para esta diferença de valores.

⁵⁶⁵ Com relevância criminal, o Tribunal Constitucional (Acórdão n.º 485/2011) declarou com força obrigatória geral, «a inconstitucionalidade da norma constante do artigo 153.º, n.º 6, do Código da Estrada, na redacção do Decreto-Lei n.º 44/2005, de 23 de Fevereiro, na parte em que a contraprova respeita a crime de condução em estado de embriaguez e seja consubstanciada em exame de pesquisa de álcool no ar expirado, por violação do disposto na alínea c) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição».

⁵⁶⁶ Vide nota 76.

Explicitou-se que “o carácter definitivo da decisão da autoridade administrativa preclui, desde logo, a possibilidade de reapreciação de tal facto como contraordenação (art. 79º, nº 1 do DL n.º 433/82, de 27 de Outubro)”, pelo que “[N]ão pode, a esta luz, negar-se ao documento pericial em causa valor extraprocessual, nos termos do nº 1 do art. 421º do CPC”.

Somos de parecer, com o devido respeito, que na fundamentação deste Acórdão do STJ surge fundidos o plano da obtenção da prova com o da decisão sancionatória.

O artigo 421.º atua no *campo da produção da prova*.

A não impugnação da sanção não responde, por conseguinte, à questão da eficácia extraprocessual do resultado do exame de pesquisa de álcool (realizado por autoridade administrativa) numa ação cível. Isto é, o *resultado do exame* não pode confundir-se com o *resultado do processo contraordenacional*.

De facto, a conformação quanto à sanção não é suscetível de encobrir nem a eventual invalidade na formação do meio de prova (ou a falta de notificação para o exercício de

“contraprova”), nem condicionar a sua eficácia extraprocessual.

Nesta medida, se tiver sido facultado ao condutor o exercício do contraditório nas formas tipificadas e de forma válida, não se evidenciam obstáculos à utilização do exame de pesquisa de álcool noutro processo.

6. O APROVEITAMENTO DOS MEIOS DE PROVA PRODUZIDOS NA INSTRUÇÃO DA AVERIGUAÇÃO OFICIOSA DA MATERNIDADE E PATERNIDADE

No domínio da antiga Organização Tutelar de Menores, na averiguação oficiosa de maternidade ou paternidade, a instrução dos processos incumbia ao Ministério Público, com o encargo de dar parecer sobre a viabilidade da ação de investigação de maternidade ou paternidade⁵⁶⁷. No caso de o tribunal concluir pela existência de provas seguras da viabilidade da ação de investigação, colocava-se a questão do aproveitamento dos meios de prova (produzidos na averiguação oficiosa) na ação de estado subsequente⁵⁶⁸.

Colocou-se ao tempo a questão de saber se o exame de sangue⁵⁶⁹,

⁵⁶⁷ Se o “processo” não terminar com um ato de perfilhação (cf., sobre os possíveis cursos da investigação, Guilherme de Oliveira, *Estabelecimento da Filiação*, Petrony Editora, 2019, pp. 178 a 180).

⁵⁶⁸ Rui Pinto sustentou que a transportabilidade da prova pressupõe que o processo de onde provem a prova há de ser jurisdicional (cf. «Valor extraprocessual da prova penal na demanda cível. Algumas linhas gerais de solução», *cit.*, pp. 1187 e 1188).

⁵⁶⁹ *Vide*, explicando a evolução das provas científicas (nomeadamente das provas hematológicas aos testes de ADN), com relevância no estabelecimento da filiação, Guilherme de Oliveira, *Estabelecimento da Filiação*, *cit.*, pp.39 a 42. Note-se ainda que, como refere Guilherme de Oliveira, «até há pouco tempo, não faria sentido considerar as hipóteses de os exames científicos de filiação serem obtidos dentro de um processo ou fora de um processo judicial», no entanto com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 11/98, de

realizado enquanto diligência instrutória do processo tutelar cível, podia ser utilizado na ação de estado subsequente proposta pelo Ministério Público.

A este propósito, em comentário a um aresto, Carlos Lopes do Rego (..) ⁵⁷⁰ assinalou que “o princípio do contraditório mostra-se seriamente diminuído no processo tutelar cível, que não está constituído como verdadeiro processo de partes, sendo conduzido inquisitorialmente pelo curador, com efetiva diminuição de garantias de defesa do pretense pai (...)”. Invocou o facto de não existir audiência da parte contrária na produção de prova, a impossibilidade de intervenção de mandatários judiciais e a limitação da faculdade de recurso (respetivamente artigos 202.º, 203.º, n.º 2, e 206.º da Organização Tutelar de Menores).

Embora com a advertência de que se devia relegar, em regra, a realização do exame para a ação de estado, Lopes do Rego sufragou que,

em caso de tal não suceder, seria defensável uma interpretação restritiva do artigo 421.º, permitindo a sua utilização na ação de investigação, mas sujeitando-o a um contraditório diferido e “limitado”. Recorde-se que a lei processual (antes das alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 321-A/95, 12 de dezembro) restringia as possibilidades de contraditório quando estivesse em causa uma prova pericial realizada em estabelecimentos oficiais (não admitindo, por exemplo, uma segunda perícia).

Neste sentido se pronunciou a Relação do Porto ⁵⁷¹, em Acórdão proferido em 18/05/1992, ao admitir, na ação de investigação da paternidade, o exame de sangue realizado no âmbito do processo tutelar cível, embora conferindo-lhe a natureza de *documento*⁵⁷² e permitindo o contraditório em conformidade com o prescrito no artigo 601.º (relativo ao regime dos exames realizados em estabelecimentos oficiais)⁵⁷³.

24 de janeiro veio permitir-se a realização de exames de filiação quer a pedido dos tribunais, quer feitos a pedido de um particular (Cf. *ob.cit.*, 42).

⁵⁷⁰ Cf. “Acção oficiosa de investigação da paternidade. Valor dos Exames de Sangue. «Excetio plurim»” (Comentário a Acórdãos) *Revista do Ministério Público*, Ano 12.º, N.º 45, pp. 105 a 126, expressamente pp. 124 a 127.

⁵⁷¹ Processo 9220144. Nesta linha de entendimento, Guilherme de Oliveira sustenta que não há obstáculos à eficácia extraprocessual dos exames periciais, submetendo-os ao regime da prova documental, e nessa medida permitindo o exercício do contraditório na ação de estado em torno da sua admissibilidade e força probatória, nomeadamente através do pedido

de um novo exame (cf. *Estabelecimento da Filiação, cit.*, p. 181).

⁵⁷² No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 07/12/1994, Processo 085989, admitiu-se a utilização do relatório de exame ao sangue, realizado no processo tutelar cível de averiguação oficiosa, na ação de estado subsequente, «mas não no âmbito da prova pericial, e sim num contexto da mera prova documental, a avaliar livremente pelo Tribunal, como simples documento particular que é (...)», subsumindo o problema ao domínio das provas da prova pré-constituída e permitindo a impugnação nos termos da audiência contraditória arquitetada para esta espécie de prova.

⁵⁷³ No n.º 2 do artigo 601.º determinava-se que «o resultado do exame é expresso em relatório.

A incoerência desta solução radica na circunstância de lhe conferir natureza *documental*, mas permitindo o exercício de contraditório em termos previstos para a prova pericial realizada em estabelecimentos oficiais.

À luz do novo Regime Geral do Processo Tutelar Cível, aprovado pela Lei nº 141/2015, de 8 de setembro, tais questões, em torno do aproveitamento da prova produzida na averiguação oficiosa, continuam a ser pertinentes, interesse potenciado tanto pela “desjudicialização” do procedimento⁵⁷⁴ como pela admissibilidade de transferência de prova da fase instrutória (da averiguação oficiosa) para a ação de investigação intentada pelo Ministério Público em representação do investigado nos termos consagrados expressamente no n.º 2 do artigo 62.º.

Junto o relatório ao processo, as partes são notificadas e podem reclamar dentro de cinco dias contra qualquer deficiência ou obscuridade, ou requerer, no prazo fixado pelo artigo 609.º, que o relatório seja submetido a revisão do Conselho Médico-Legal, devendo observar-se, na parte aplicável, em tudo que não vai especialmente determinado, as disposições relativas a exames médico-forenses em processo penal». Por força da redação dada pelo Decreto-Lei n.º 321-A/95 foi suprimido o n.º 3 do artigo 609.º que negava a possibilidade de segundo exame quando o primeiro tivesse sido feito por estabelecimento oficial.

⁵⁷⁴ Com a entrada em vigor da Lei n.º 141/2015, de 8 de setembro, a instrução e a decisão das averiguações oficiais passaram a ser da competência exclusiva do Ministério Público. Tomé d’Almeida Ramião destaca esta desjudicialização, sustentando que terá de entender-se terem sido revogados tacitamente as normas do Código Civil na parte em que dispõem em sentido oposto aos artigos artigo

Nas situações em que não haja lugar à propositura da ação oficiosa de investigação pelo decurso do prazo a que alude a alínea b) do artigo 1809.º do Código Civil.⁵⁷⁵, tal preceito veio prever a legitimidade do Ministério Público para intentar a *ação de investigação, usando de todos os meios de prova já recolhidos na instrução do procedimento de averiguação oficiosa*.

Prima facie, a redação do n.º 2 do artigo 62.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível causa-nos alguma estranheza. No pressuposto de que decorridos dois anos sobre o nascimento, a lei civil proíbe a ação oficiosa da investigação a cargo do Ministério Público, o novo Regime Geral do Processo Tutelar Cível admite, *não obstante o decurso deste prazo, a propositura de uma ação de*

1808.º, n.ºs 2 e 4 e artigo 1865.º, n.ºs 1, 4 e 5 (*Regime geral do processo tutelar cível anotado e comentado*, Quid Iuris, 4.ª ed., 2020, sobretudo pp. 247 a 249). *Vide*, no mesmo sentido, evidenciando a natureza instrumental da averiguação oficiosa, Guilherme de Oliveira, *Manual de Direito da Família*, cit., p. 498.

⁵⁷⁵ Rossana Martingo Cruz chama a atenção para o facto de o legislador no n.º 2 do artigo 62.º só fazer referência ao artigo 1809.º do CC, mas entende que se deve considerar o regime aplicável à averiguação oficiosa da paternidade pois assim o impõe a unidade do sistema jurídico e a identidade de interesses em causa (“Artigo 62.º”, in Cristina M. Araújo Dias/ Rossana Martingo Cruz, *Regime Geral do Processo Tutelar Cível Anotado*, Coimbra: Almedina 2021, p.504). Sustenta que nesta hipótese o Ministério Público, quando propõe a ação de investigação, já estará em representação da criança «estando em causa o interesse desta e não o interesse público associado à averiguação oficiosa» (*ibidem*).

investigação pelo Ministério Público noutra qualidade (como representante e já não como autor). Isto é, “o ministério público perde a faculdade de intentar a ação de investigação que resulta da sua competência oficiosa, mas não está impedido de representar a criança nos termos da sua **competência geral para representação dos incapazes**”⁵⁷⁶.

A hipótese parece pressupor que, durante os dois anos após o nascimento do investigado, o Ministério Público terá recolhido elementos probatórios para aferir a viabilidade de uma ação (oficiosa) de investigação, mas sem a ter proposto. Independentemente das razões para essa “omissão” ou “passividade”, o Ministério Público é brindado com uma nova “extensão temporal” para propor uma ação de investigação sob nova “camuflagem”. Isto é, despe as “vestes” de autor (da investigação oficiosa na sequência do juízo de viabilidade) para vestir as de mero representante da criança.

Apesar de, não obstante ser louvável a prossecução do interesse público da descoberta da verdade biológica por parte do Ministério Público, a sua inércia, nos dois anos a contar do nascimento, foi tornada irrelevante, a partir do momento em que ao prazo de dois anos [previsto as

alíneas b) dos artigos 1809.º e 1866.º] se sucede o prazo do artigo 1817.º do Código Civil para propor a ação de investigação em nome do investigado!

Contudo, ressalvando estas notas críticas, queremos agora destacar o *regime excepcional* de aproveitamento dos meios de prova obtidos na fase de instrução (da averiguação oficiosa) ao arrepio dos pressupostos do artigo 421.º⁵⁷⁷ e da *ratio* do artigo 1811.º do Código Civil.

Relativamente às declarações prestados pelos progenitores durante a averiguação oficiosa, estatui o artigo 1811.º do Código Civil (aplicável à investigação da paternidade *ex vi* artigo 1868.º Código Civil) que estas declarações não constituem presunção de paternidade ou de maternidade, nem princípio de prova. Guilherme de Oliveira explica que esta prescrição tomou em consideração “o carácter “administrativo” da instrução, que pode levar os interessados a fazer informações mais levianas do que aquelas que fariam no curso de uma verdadeira ação judicial”, pois nesta ação “sofrem o teste que resulta de um contraditório instalado que seria capaz de eliminar as afirmações menos consistentes (...)”⁵⁷⁸

É incontornável que esta “transferência de meios de prova” da instrução (da averiguação oficiosa)

⁵⁷⁶ Vide, aludindo ao artigo 4.º, n.º 1, alínea b) da Lei n.º 68/2019, 27 de agosto (Estatuto do Ministério Público). Guilherme de Oliveira, *Manual de Direito da Família*, cit., p. 501 (negrito do Autor).

⁵⁷⁷ Em comentário ao artigo 421.º, Rui Pinto considera que, para efeitos de transporte de prova e um processo para outro, é pressuposto

implícito, mas de grande importância, a natureza jurisdicional do processo de onde provêm os depoimentos e perícias (*Código de Processo Civil Anotado*, Volume I, cit., anotação artigo 421.º, ponto 7, p. 638).

⁵⁷⁸ Guilherme de Oliveira, *Estabelecimento da Filiação*, cit., pp. 180 e 181.

para a ação de investigação funda-se num pura lógica economicista: se o Ministério Público recolheu meios de prova e já decorreram os prazos de dois anos a contar do nascimento da criança para desencadear a ação de investigação oficiosa, não lhe deve ser vedada a propositura de uma ação de investigação em nome do filho ⁵⁷⁹ alicerçada nos elementos probatórios já produzidos.

Contudo, a disciplina probatória não se reconduz a meras formalidades, pois “todas as regras que condicionam o procedimento probatório constituem regras legais de prova, embora o seu fundamento não se circunscreva a um parâmetro unívoco — elas decorrem quer de exigências de carácter político (ou substancial) de salvaguarda de concretos direitos (sobretudo, de raiz constitucional), quer de razões epistemológicas (ou processuais) (...)”.⁵⁸⁰

Será que estes cânones estão respeitados quando se aproveitam meios de prova que, embora funcionalmente correspondentes àqueles produzidos na ação de investigação, não seguem os princípios informadores do procedimento probatório?

Quer-nos parecer que sejam quais forem os fins que presidem à

admissibilidade da atuação do Ministério Público — em papéis diferentes com idêntico objetivo de estabelecer o laço de filiação — não se deverá considerar legitimada, sem critérios ou filtros, a utilização de meios de provas (sejam depoimentos ou exames periciais) formados em ambiente não contraditório.

OBSERVAÇÕES FINAIS

A aplicação jurisprudencial do princípio da eficácia extraprocessual das provas, consagrado no artigo 421.º, não se tem caracterizado por parâmetros uniformes, sobretudo quando está em causa o aproveitamento de prova produzida em processos de natureza diferente e com distintas regras procedimentais.

A concretização do princípio assenta no pressuposto de que a prova transferida não perde a sua identidade originária (de depoimento, verificação não judicial qualificada ou de perícia), seja qual a forma (escrita ou gravada) como é apresentada no novo processo. Em conformidade, os Tribunais têm estado atentos à introdução de meios de prova que nasceram como depoimentos ou perícias, mas são apresentados num novo processo, de forma camuflada, com as vestes de

⁵⁷⁹ Uma questão — que aqui não desenvolvemos suscitada por este regime tutelar cível diz respeito à força de caso julgado da decisão de improcedência emergente da ação de investigação intentada pelo representante do Ministério Público. As razões que justificam o conteúdo do artigo 1813.º do Código Civil aplicar-se-ão a esta ação de investigação em que o curador é mero representante? Por um lado, propendemos

para uma resposta negativa (pois as garantias que asseguram a imputação de força de caso julgado à decisão de improcedência estarão verificadas), mas, por outro lado, não podemos ignorar que o Ministério Público, embora com estatuto diverso, far-se-á valer das “mesmas” provas em ambas as ações.

⁵⁸⁰ Cf. Medina Seiça, *ob.cit.*, p. 1403 (itálico do Autor).

“documento”, para efeitos de contornar os requisitos do artigo 421.º.

A falta de clareza na regulamentação de algumas figuras probatórias merece ser (re)ponderada atendendo às repercussões na circulação de prova entre processos. Referimo-nos à convivência, no nosso sistema, de meios de prova com funções aparentemente equivalentes: perícia e parecer técnico. Estes pareceres técnicos nascem fora do processo, com um conteúdo técnico ou científico, mas “entram” nos processos sob a forma documental, escapando ao crivo do artigo 421.º.

Assente que o valor extraprocessual da prova não envolve a transferência do resultado da apreciação judicial da prova (mas sim do meio de prova gravado ou registado *per se*), torna-se claro que o n.º 4 do artigo 364.º não tem virtudes para nos elucidar sobre a possibilidade de a prova, produzida no contexto de um procedimento cautelar, ser aproveitada noutra processo.

No campo dos procedimentos cautelares, a distinção entre o plano do mérito e da prova permite-nos inferir que o grau de cognição, maior ou menor, quanto ao mérito não determina automaticamente a ineficácia extraprocessual da prova. Independentemente da fase do procedimento cautelar (antes ou depois da providência ter sido decretada), se for permitido à parte controlar e interferir no processo de formação da prova requerida pela parte contrária, estes elementos probatórios têm a potencialidade de serem aproveitados noutra ação (sem prejuízo

de, em algumas circunstâncias referidas no n.º 1 do artigo 421.º, valerem apenas princípio de prova).

No domínio da averiguação oficiosa da maternidade e paternidade, a falta de contraditoriedade na produção de prova legítima que nos questionemos sobre a razoabilidade do conteúdo do n.º 2 do artigo 62.º do Regime Geral do Processo Tutelar Cível. Em aparente colisão com a diretriz que emana do artigo 1811.º do Código Civil, este preceito admite que os meios de prova, recolhidos na fase instrutória (desjudicializada) da averiguação oficiosa da paternidade e da maternidade, possam ser aproveitados na ação de estado subsequente (desencadeada pelo Ministério Público). As questões que se levantaram na Jurisprudência, à luz da Organização Tutelar de Menores, acima referenciadas, em torno do valor extraprocessual dos meios de prova — nomeadamente do exame de sangue — continuam, por isso, atuais.

Em suma, dir-se-á que, não obstante as vantagens do aproveitamento da prova, emergente de processo alheio, é preciso resistir à aclamação de um princípio de irreversibilidade das aquisições probatórias, alegadamente em nome do *favor probationis*, sem o filtro da audiência contraditória na sua formação.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da*

- Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.^a ed. Atualizada, Lisboa: Universidade Católica, 2001, artigo 155.^o, anotação n.^o 1.
- ALEXANDRE, Isabel. “A fase da instrução e os novos meios de prova no Código de Processo Civil de 2013”, *Revista do Ministério Público*, Abril-Junho 2013, Ano 34.
- AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: Atipicidade, liberdade e instrumentalidade*, Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- ANTUNES, Maria João. *Direito Processual Penal*, 2021, 3.^a ed, Almedina, p. 148.
- BENTHAM, Jeremy. *Treatise on Judicial Evidence*, tradução inglesa: J.W. Paget, 1825
- CAPELO, Maria José. “Principais Novidades sobre Provas no Novo Código de Processo Civil Português”, in *Processo Civil Comparado: Análise entre Brasil e Portugal*, Org. João Calvão da Silva, Leonardo Carneiro da Cunha, Maria José Capelo e Osvir Guimarães Thomaz, São Paulo: Forense, 2017, pp. 183 a 210.
- CAPELO, Maria José. *A sentença entre a autoridade e a prova: em busca de traços distintivos do caso julgado civil*, Almedina, 2016 (reimpressão).
- CARMO, Rui do. “As declarações como testemunhas — aplicar e clarificar a lei (As declarações únicas da criança; o Estatuto de Vítima; Recusa a Depor)”, *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 2.^o Semestre 2016, Número 2, p. 100.
- CHABY, Estrela “*O depoimento de parte em processo civil*”, Coimbra Editora, 2014.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. “*Le prove civili*”, 3.^a ed, Utet Giuridica”.
- DIAS, Cristina M. Araújo / CRUZ, Rossana Martingo. *Regime Geral do Processo Tutelar Cível Anotado*, Coimbra: Almedina 2021.
- FARIA, Ryta Lynce de. *A tutela cautelar antecipatória no processo civil português: um difícil equilíbrio entre a Urgência e a Irreversibilidade*, Universidade Católica Portuguesa, 2016.
- FIDALGO, Sónia. “Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal”, *Revista Portuguesa de ciência Criminal*, Ano 16, n.^o 1 (Janeiro-Março 2006), p. 115-148, sobretudo p. 131).
- FREITAS, José Lebre de. “*A ação declarativa comum à luz do Código de Processo Civil de 2013*”, 4.^a ed, Gestlegal.
- FREITAS, Lebre de; ALEXANDRE, Isabel. *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 2.^o, 4.^a ed., 2019, Almedina.
- GERALDES, António Santos Abrantes; PIMENTA, Paulo; SOUSA, Luís Filipe Pires de. *Código de Processo Civil Anotado*, Volume I, 2020, 2.^a ed., Almedina.
- GODINHO, Inês Fernandes. “To be or not to be: Empréstimo de prova, circulação de prova e verdade em processo penal”, *Revista do Ministério Público*, Ano 42, n.^o 168 (Outubro/Dezembro 2021), p. 121-145.

- GONÇALVES, Carvalho. *Providências Cautelares*, 4.^a ed (reimpressão), 2021, Almedina.
- GRAZIOSI, Andrea. “Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile”, *Riv.Trim.Proc.Civ.* (2011), pp. 694 a 724.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale diritto Processuale Civile*, II, Milano-Giuffrè, 4.^a ed., 1981.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, Coord. António do Passo Cabral/Ronaldo Kramer.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, *Prova e Convicção de acordo com o CPC de 2015*, 3.^a ed, Editora Revista dos Tribunais, pp. 609 e 611.
- MENDES, João de Castro; SOUSA, Miguel Teixeira. *Manual de Processo Civil*, Volume I, Lisboa: AAFDL Editora, 2022.
- OLIVEIRA, Guilherme de. *Estabelecimento da Filiação*, Petrony Editora, 2019.
- OLIVEIRA, Guilherme. *Manual de Direito da Família* (com a colaboração de Rui Moura Ramos), 2.^a ed, Almedina, 2022.
- PINTO, Rui. “Valor extraprocessual da prova penal na demanda cível. Algumas linhas gerais de solução”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Volume I, Coimbra Editora, 2013, pp. 1155-1196.
- PINTO, Rui. *Código de Processo Civil Anotado*, Volume I, Almedina, 2018, anotação ao artigo 421.^o, ponto 4. I., pp. 635 e 636).
- QUADRI, Gabriel H. *La prueba en el proceso civil y comercial: Teoría general. Tipos de prueba. La prueba en los procesos en particular*, 1.^a ed, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011.
- RAMIÃO, Tomé d’Almeida. *Regime geral do processo tutelar cível anotado e comentado*, Quid Iuris, 4.^a ed., 2020.
- REGO, Carlos Lopes do. “Acção oficiosa de investigação da paternidade. Valor dos Exames de Sangue. “Excetio plurim”” (Comentário a Acórdãos) *Revista do Ministério Público*, Ano 12.^o, N.^o 45, pp. 105 a 126,
- REIS, José Alberto dos. “A enigmática figura do técnico no Código de Processo Civil”, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Lebre de Freitas*, Coimbra Editora, 2013, pp. 1045-1067, sobretudo pp. 1061 a 1064.
- REIS, José Alberto dos. *Código de processo Civil anotado*, Volume III, 4.^a ed, Coimbra.
- RICCI, Gian Franco. “Atipicità della prova, processo ordinário e rito camerale”, *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile* Ano 56, N.^o 2 (2002), pp. 409 a 452,
- SEIÇA, Alberto de Medina. “Legalidade e reconhecimento “atípico” em processo penal: notas à margem da jurisprudência (quase) constante”, *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Org. Manuel da Costa Andrade/José de Faria Costa/Anabela Miranda

- Rodrigues/Maria João Antunes, Coimbra Editora, 2003, pp. 1387 a 1421, expressamente p.1411.
- SILVA, Germano Marques. *Curso de Processo Penal*, II, 5.^a ed, Editorial Verbo, 2011.
- SILVA, Lucinda Dias da. *Processo Cautelar Comum — Princípio do contraditório e dispensa de audiência prévia do requerido*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- SILVA, Sandra Oliveira e, “Legalidade da prova e provas proibidas”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21, Outubro-Dezembro, 2011, pp. 545-591.
- SOUSA, Luís Filipe Pires de. *Direito Probatório Material Comentado*, Almedina, 2020.
- TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridi-Notioni generali*, Milano, Giuffrè: 1992.
- TARZIA, Giuseppe, “Problemi del contraddittorio nell’istruzione probatória civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1984, pp. 634 a 658,
- TARZIA, Giuseppe. “Problemi del contraddittorio nell’istruzione probatória civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1984, pp. 634 a 658.
- VANZ, Maria Cristina. *La circolazione della prova nei processi civile*, Giuffrè Editora, 2008.
- VARELA, Antunes; BEZERRA, J. M.; SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, 2.^a ed, Coimbra Editora, 1985.