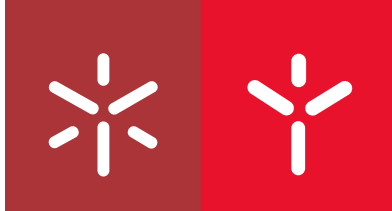


Universidade do Minho
Escola de Direito

Ana Isa Dias Meireles

A prova digital no processo judicial



Universidade do Minho

Escola de Direito

Ana Isa Dias Meireles

A prova digital no processo judicial

Tese de Doutoramento

Doutoramento em Ciências Jurídicas

Especialidade em Ciências Jurídicas Privatísticas

Trabalho efetuado sob a orientação do

Professor Doutor Américo Fernando de Gravato Morais

e do

Prof. Doutor Marco Carvalho Gonçalves

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIRO

Este é um trabalho académico que pode ser utilizado por terceiros desde que respeitadas as regras e boas práticas internacionalmente aceites, no que concerne aos direitos de autor e direitos conexos.

Assim, o presente trabalho pode ser utilizado nos termos previstos na licença abaixo indicada.

Caso o utilizador necessite de permissão para poder fazer um uso do trabalho em condições não previstas no licenciamento indicado, deverá contactar o autor, através do RepositóriUM da Universidade do Minho.



Atribuição-NãoComercial-SemDerivações

CC BY-NC-ND

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

AGRADECIMENTOS

Agradecer nunca é tarefa fácil. Podemos cair no erro de olvidar alguém importante e o contributo para a criação da obra, mas tentarei expressar o meu sentido agradecimento sem me esquecer de ninguém.

À Escola de Direito da Universidade do Minho, que me acolheu na licenciatura, me desenvolveu enquanto mestranda, me acreditou enquanto Assistente Convidada e me permite encerrar, aqui, mais um capítulo, a todo o seu corpo integrante, e para que ninguém ouse eu olvidar, é a minha casa-mãe e sempre será.

Ao Senhor Professor Doutor Gravato Moraes, meu professor, orientador de Mestrado, orientador de Doutoramento e que, respeitando as minhas características, sempre acreditou em mim e nas minhas capacidades, dando-me a oportunidade de trilhar pelos caminhos do ensino e, nestes, me apaixonar por matérias que também hoje ficam aqui retratadas.

Ao Senhor Professor Doutor Marco Carvalho Gonçalves, meu professor, arguente de Mestrado e coorientador de Doutoramento, que me inspirou, me testou e pôs à prova e sempre acompanhou este trabalho numa preocupação constante com o seu desenvolvimento e total disponibilidade.

À Senhora Professora Doutora Anabela Gonçalves, minha professora, minha colega mas, sobretudo, minha guia, agradeço por todo o carinho, preocupação e incentivo neste duro percurso. Muitas das vezes, as palavras de preocupação foram a alavanca para não desistir.

À Senhora Doutora Diana Coutinho, que neste percurso se tornou, mais do que outrora minha professora e minha colega de trabalho, a confidente das dúvidas e desafios, apoiando-me, incentivando-me e dando-me a retaguarda necessária para prosseguir.

À Senhora Professora Doutora Clara Calheiros, pela ajuda com a bibliografia e pela conversa que me permitiu perceber que a prova é uma matéria desafiante, apaixonante e distinta, o meu sincero agradecimento, esperando que a minha curiosidade nos permita desenvolver o futuro.

À Senhora Professora Doutora Maria Miguel Carvalho agradeço, em particular, também, pelo JUSGov e pelo grupo de trabalho onde me insiro terem permitido, também, a Tese.

À Dra. Sandra Amorim, Dra. Elisa Rios, Dra. Ana Maria, agradeço, especialmente, a paciência para todas as dúvidas e resolução de desafios burocráticos que sempre me auxiliaram com boa vontade e profissionalismo.

Correndo o risco de me esquecer de alguém: a todos os que se cruzaram comigo nestes anos, aos meus colegas de trabalho, aos meus alunos, muito obrigada por, direta ou indiretamente, terem sempre despertado a vontade da superação do desafio, a inspiração e a indagação.

À vida profissional da advocacia onde me insiro, aos meus colegas de profissão, agradeço a oportunidade de privar com as matérias que, de modo prático, também fizeram despertar em mim a curiosidade e o inconformismo. Porque, de facto, sou a inconformada com o sistema, com o que não vai bem e isso faz de mim a eterna insatisfeita.

Agora, sim, os agradecimentos mais difíceis, porque nunca chegarão para quantificar aqui e tentarei individualizar, respeitando de modo sucinto aquilo que lhes quero dizer, mas que, aquando da entrega deste trabalho final saberei perder os limites, a capacidade de síntese e o filtro.

À minha Mãe. Que é, e sempre será, a minha vontade de desbravar caminho. A Mulher que me quero tornar é tecida com base naquilo que a minha Mãe é e representa para mim. Soube ser Mãe e Pai nas ausências em prol de algo maior. É a que sempre se preocupou com a possibilidade de isto não acontecer, por me ver exausta, muitas vezes perdida no caminho e a que sempre me deu coragem para conseguir conciliar o que todos achavam ser inconciliável. Mãe, esta vitória é da nossa família mas particularmente, muito tua também.

Ao meu Pai. Que é, e sempre será, o meu orgulho, o homem que se sacrificou pela família, o meu maior fã e o que sempre sonhou com o momento em que os estudos se finalizam. Porque me ensinou e educou assente em valores que prezo e jamais poderei esquecer: a dedicação, o altruísmo exacerbado e o amor à família. Espero que, hoje, lhe possa mais uma vez agradecer por todo o investimento que fez nos filhos e que, no final, tudo tenha valido a pena. Obrigada pelas vezes em que me pediste “primeiro o doutoramento”, quando tudo o resto também importava mas, para ti, este foi o foco necessário num mundo em ruínas.

Ao meu irmão. Que se tornou Doutor no meio deste percurso, que me inspirou com a sua determinação, capacidade de trabalho e personalidade perfeccionista. Não podia ignorar que me educou, que me direccionou e que sempre quis o melhor para mim. Espero que, hoje, lhe possa retribuir em orgulho o que me deu em amor. Também ele contribuiu ativamente para a indagação informática da coisa, em visões tão díspares que temos e que sempre se prontificou a ajudar-me, citando-o: nunca será perfeito. No final, foi o que me ajudou a conseguir cumprir a meta, estivesse como estivesse.

À minha cunhada. Que me deu uma das melhores coisas da minha vida, o meu amor, a minha sobrinha Matilde Meireles, a quem tenho o gosto de dedicar este trabalho e que sei que crescerá assente em pilares muito distintos no que a valores se tocam. Obrigada, também, pelas distrações a meio do caminho que nos permitem sorrir e relaxar.

A toda a minha restante família que, de uma forma ou de outra, foram contribuindo para o alargar dos horizontes e pelo apoio constante, em particular, às minhas primas.

À minha Matilde. A minha sobrinha predileta, o meu amor de todas as horas, que se sentou à minha retaguarda e à minha lateral indicando-me que, também ela, estaria a trabalhar. Porque trabalhou em mim muito mais do que um sentimento. Porque, na sua inocência, nos dias menos bons, me fazia sorrir e que cresceu tanto que me faz ver que somos tudo menos donos do tempo. Porque, de facto, como ela me diz “não estejas triste Tia, eu estou aqui”, ciente, em ilusão, de que é a cura de todos os males e de todos os problemas (mas que, por momentos, o é).

A todos os meus amigos e minhas amigas, que não posso individualizar por razões de respeito à igualdade que todos apresentam no meu coração mas que sabem, e saberão com a Tese que lhes será entregue, quem são. Obrigada pela motivação, pelo carinho, pelo amor e por acreditarem sempre, muitas vezes indicando-me que se eu não conseguia, quem conseguiria? A motivação que me deram é incalculável. O apoio é impagável. O meu agradecimento é sincero e sabem que, ainda que haja uma Tese, vidas com um tempo limitado, a azafama dos dias, teremos, sempre, tempo para um abraço. Se vos mantenho na minha vida é porque qualifico a vossa importância como absolutamente prioritária e ninguém é substituível. Com todo o meu coração: muito obrigada!

Last but not least, ao meu norte, sul, este e oeste. Porque chegados aqui, terminados os estudos, nunca tendo beliscado o nosso tempo, este estudo é a prova de que quando se quer, tudo se consegue e que o resto serão desculpas de mau compromisso. Obrigada por todo o carinho, pelas distrações, por ainda que, maior parte das vezes sem saber, tivesse sido Ele a voltar a colocar-me na corrida, porque me ocupava com outras demandas que tornavam esta menos difícil. O tempo em que tudo isto sucedeu, colidiu com os maiores desafios da nossa vida e, por isso mesmo, só nós saberemos a importância da conclusão deste marco na vida e o que ele significa para mim e para nós. Espero que, com isto, possa sentir aquilo a que eu chamo o orgulho a ferver. Ninguém diria ser possível (nem mesmo eu!). E só eu saberei as vezes em que achei que seria melhor desistir. Mas depois, depois chegou Ele. E sem Amor, teremos nós algum propósito? Obrigada, meu Hugo.

Agradecer, dizia eu, não é tarefa fácil. No meio deste estudo, lidamos com práticas de atos criminais que nos obrigaram a recomeçar do zero, chegou a pandemia, afastaram-se as pessoas, afastou-se a vontade, perderam-se os livros, mudaram-se as legislações, aumentaram-se os desafios, perderam-se pessoas também, padeceu-se de doenças e chegados ao fim, este estudo foi tudo menos fácil.

Terminar este passo é, sem dúvida, um ato de coragem e de desafio. O que virá a seguir? Um dia de cada vez. Que sempre me recordem com o orgulho de quem sabe o que quer e que se emociona a falar do que gosta, de quem gosta e dos sonhos que tem.

E não, nunca será perfeito, foi o trabalho possível, com amor, em anos de verdadeiro caos a todos os níveis.

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração do presente trabalho académico e confirmo que não recorri à prática de plágio nem a qualquer forma de utilização indevida ou falsificação de informações ou resultados em nenhuma das etapas conducente à sua elaboração. Mais declaro que conheço e que respeitei o Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

À memória da minha avó, que partiu com a pandemia que nos assombra, numa homenagem a todas as vítimas desta atrocidade.

Ao meu pai, por toda uma vida de emigração em prol
de um futuro melhor.

Para todos aqueles que amo.

Em particular, à Matilde e ao Hugo, para que nunca desistam dos sonhos, ainda que pareçam impossíveis e por serem dos poucos que me conseguem fazer sorrir nos olhos, quando o mundo parece desabar.

A prova digital no processo judicial

RESUMO

Sem prova no processo, por muita eloquência, retórica e argumentação que existam, será muito difícil a procedência do direito alegado, quando na veste de titular do ônus da prova. A prova, no seu sentido genérico, naturalmente considerada em sentido abstrato, apresenta-se perante o processo – seja ele qual for – como um dogma essencial para a sua órbita, regendo-se, no caso do processo civil, sob um pilar de atendibilidade de todas as provas produzidas: desde que, claramente, válidas, lícitamente obtidas e relevantes para a descoberta da verdade e boa decisão da causa.

É ao julgador que cumprirá a árdua tarefa de se guiar pela prova, de a apreciar e de a valorar. A prova é, assim, um elemento determinante no processo e, atualmente ultrapassamos, claramente, o conceito de prova tradicional e das concepções ideológicas daquilo que seria a dita prova ideal.

Com o incremento tecnológico e a integração numa sociedade da informação, também o próprio Direito e, umbilicalmente – e também naturalmente –, o processo viu a brutal influência da evolução tecnológica desafiar e questionar as suas limitações e imposições legislativas. Cada vez mais se tem vindo a falar da “Era Digital” e mesmo do “Processo Digital”, o que, concretamente, veio também a originar a realidade da “Prova Digital”. Perante novos desafios, somos confrontados com prova de várias índoles, em vários meios, com vários formatos.

E esta prova, tímida, ousada, vai surgindo no processo. A legalidade discute-se, mas, principalmente, a questão da sua fiabilidade, conexa com a influência na convicção do julgador e nas decisões. A prova digital é, assim, um novo desafio no Direito e, principalmente, para o processo: muitas vezes, o ilícito é produzido, o ilegal propagado e o indevido escondido. Como lidar com as limitações à produção de prova? Como se garante a fidedignidade da prova e a sua isenção de intervenções terceiras? Estaremos aptos a discutir, finalmente, uma teoria geral da prova, neste caso, digital?

PALAVRAS-CHAVE: Blockchain; Meios de prova à distância; Processo Civil; Prova; Prova Digital.

Digital evidence in the judicial process

ABSTRACT

Without proof in the process, however much eloquence, rhetoric and argumentation that exist, it will be very difficult to proceed or, in some cases, to attempt to challenge the case. The proof, in its generic sense, abstract thinking, appears before the process - whatever it is - as a dogma essential for its orbit.

It is the judge who will carry out the arduous task of being guided by the test, of appreciating it. Proof is thus a determining factor in the process, and today we are no longer faced with traditional proofs and ideological conceptions of what would be the ideal proof.

With the technological increase and integration in an information society also the law itself, and umbilically - and also naturally - the process, saw the brutal influence of technological evolution to challenge and question its limitations and legislative impositions.

More and more people have been talking about the "Digital Age" and even the "Digital Process", which, in fact, also originated the reality of "Digital Proof". Faced with new challenges we are confronted with various kinds of evidence, in various media, in various formats.

And this evidence, timid, daring, is emerging in the process. The legality is discussed but, mainly, the question of its reliability, related to the influence in the conviction of the judge and in the decisions. The digital proof is thus a new challenge in law and, especially, in the process: often the illicit is produced, the illegal propagated and the undue hidden. How to deal with the limitations of proof production? How is the reliability of the evidence and its exemption from third-party interventions guaranteed? Will we be able to discuss, finally, a general theory of proof, in this case, digital?

KEYWORDS: Blockchain; Means of evidence at a distance; Civil Process; Test; Digital Proof.

ÍNDICE

DIREITOS DE AUTOR E CONDIÇÕES DE UTILIZAÇÃO DO TRABALHO POR TERCEIRO	II
AGRADECIMENTOS	III
DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE.....	VIII
RESUMO	XII
ABSTRACT	XIII
ÍNDICE.....	XIV
MODO DE CITAR.....	XVII
SIGLAS E ABREVIATURAS.....	XX
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I - DA PROVA	13
§ Nota Introdutória ao Capítulo I.....	14
1. Breve origem histórica da prova	14
2. A função da prova.....	17
3. A importância da prova no âmbito do processo	20
4. Classificação metodológica da prova	28
5. O ónus da prova	39
CAPÍTULO II - DOS MEIOS DE PROVA.....	46
§ Nota introdutória ao Capítulo II	47
1. Dos meios de prova	47
2. Da livre apreciação da prova pelo tribunal e do dever de fundamentação: um ponto de partida.....	78
3. Da impugnação da prova	81

CAPÍTULO III - DA PROVA DIGITAL.....	82
--------------------------------------	----

§ Nota Introdutória ao Capítulo III.....	83
--	----

1. O Conceito de “Era digital”	83
2. A justiça na Sociedade Digital.....	86
3. A prova digital e os novos desafios para o Direito.....	88
4. O surgimento da prova digital e as suas derivações	101
5. A contratação eletrônica e a assinatura digital	107
6. O caso concreto dos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial: a necessidade de um novo conceito de consumidor trazido pela prova digital e os perigos da prova diabólica na esfera do consumo	113
7. Proteção de dados pessoais vs. proteção do consumidor: que direitos devem prevalecer?	130
8. A prova digital na compra de bens e serviços digitais.....	133

CAPÍTULO IV - TEORIA GERAL DA PROVA DIGITAL NO PROCESSO JUDICIAL.....	136
---	-----

§ Nota Introdutória ao Capítulo IV.....	138
---	-----

1. A tutela do direito pelo direito processual civil e a importância da prova digital na atualidade.....	138
2. Do direito substantivo e processual civil aplicados, concretamente, à prova digital .	147
3. Das questões da prova digital no processo civil na ótica jurisprudencial	164
4. Da influência do processo civil nos restantes ramos do direito, em particular, o direito do consumo.....	168
5. Da insegurança da prova digital e modos de criação de uma teoria geral da prova digital que a permita mais próxima da segurança, fiabilidade e vinculação: discussão e indagação	175

6. Soluções indagadas	189
CONCLUSÕES DO ESTUDO	221
BIBLIOGRAFIA	251
JURISPRUDÊNCIA.....	268
Supremo Tribunal De Justiça (STJ):	268
Tribunais Da Relação:.....	271
Tribunal Europeu Dos Direitos Do Homem:	273
Tribunal Constitucional:	273

MODO DE CITAR

Durante a redação da presente Tese de Doutorado, sempre que seja realizada a referência ao nome de um autor, a mesma será feita através da menção do seu nome, em maiúsculas pequenas, com aposição de nota de rodapé onde, caso seja o caso, se indique a obra respectiva.

As obras citadas pela primeira vez serão referenciadas pelo nome do autor, referindo-se o apelido seguido do nome próprio, sempre em maiúsculas pequenas, com o título da obra referido entre *aspas*, seguido do número da edição ou, caso aplicável, da reimpressão, volume, editora, ano e página ou páginas (através da referência p. ou pp., melhor explicada em lista de abreviaturas).

As obras citadas mais do que uma vez, serão referenciadas pela menção ao nome do seu autor, seguidas da abreviatura *ob. cit.*, sendo a citação finalizada pela indicação da página ou páginas (através da referência p. ou pp., melhor explicada em lista de abreviaturas).

Caso a citação efetuada implique uma sequência imediata em notas de rodapé, imediatamente seguidas, da referência ao mesmo autor e à mesma obra, utilizar-se-á o termo *idem*, sendo a citação finalizada pela indicação da página ou páginas (através da referência p. ou pp., melhor explicada em lista de abreviaturas).

Por sua vez, no caso da citação efetuada implicar uma sequência imediata de notas de rodapé, imediatamente seguidas, com a referência ao mesmo autor, à mesma obra e à mesma página, utilizar-se-á o termo *idem ibidem*.

Na bibliografia, as obras são referidas pelo apelido do autor seguido do nome próprio, sempre em maiúsculas pequenas, título da obra referido entre *aspas*, número da edição ou, caso aplicável, da reimpressão, volume, editora e ano, sendo as obras ordenadas por um critério de ordem alfabética do título.

Os capítulos de livros e artigos de livros ou de revistas citados pela primeira vez serão referenciados pelo nome do autor, referindo-se o apelido seguido do nome próprio, sempre em

maiúsculas pequenas, seguido a expressão *in*, mencionando-se o título do mesmo entre *aspas*, seguido de, caso aplicável número da edição, volume, editora, ano e página ou páginas (através da referência p. ou pp., melhor explicada em lista de abreviaturas).

Os capítulos de livros e artigos de livros ou de revistas citados mais do que uma vez serão referenciados pela menção ao nome do seu autor, seguidos da abreviatura *ob. cit.*, sendo a citação finalizada pela indicação da página ou páginas (através da referência p. ou pp., melhor explicada em lista de abreviaturas).

Caso a citação efetuada implique uma sequência imediata em notas de rodapé, imediatamente seguidas, da referência ao mesmo autor e à mesma obra, utilizar-se-á o termo *idem*, sendo a citação finalizada pela indicação da página ou páginas (através da referência p. ou pp., melhor explicada em lista de abreviaturas).

Já se a citação efetuada implicar uma sequência imediata em notas de rodapé, imediatamente seguidas, com referência ao mesmo autor, à mesma obra e à mesma página, utilizar-se-á o termo *idem ibidem*.

Na bibliografia, os capítulos de livros e artigos de livros ou de revistas são referidos pelo apelido do autor seguido do nome próprio, sempre em maiúsculas pequenas, seguindo-se a expressão *in*, mencionando-se o título do mesmo entre *aspas*, seguido de, caso aplicável número da edição, volume, editora e ano, sendo ordenados por um critério de ordem alfabética do título.

As citações de decisões jurisprudenciais serão realizadas através da indicação, por extenso, do Tribunal, seguida da data da decisão, identificação do relator e local da publicação/sítio da internet onde se encontra disponível para consulta.

No decurso da redação da presente Tese de Doutorado não se realizarão quaisquer traduções de citações diretas, por forma a manter integralmente o seu sentido e não comprometer a dignidade e veracidade das mesmas.

Sem prejuízo do *supra* exposto, quando fazemos uma remissão genérica para o estudo de obras mantemos, para comodidade do leitor, a citação completa relativamente a cada uma das obras referidas.

SIGLAS E ABREVIATURAS

CC – Código Civil

Cfr. – confrontar

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

DR – Diário da República

in – em

p. – página

pp. – páginas

rel. – relator

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TCAS – Tribunal Central Administrativo Sul

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos Humanos

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

INTRODUÇÃO

A presente Tese de Doutoramento visa avançar para o contributo doutrinal da resolução de um dos atuais desafios do Direito: a influência do mundo digital no processo judicial, em particular civil, no que respeita, ainda, à matéria específica da tutela do direito do consumidor.

O processo, na sua essência, gravita, seja ele qual for, perante a prova. Mas, se alguns, teimam em indicar que a prova conduz a verdades absolutas, outros, onde de imediato somos tentados a ser integrados, entendem que a prova é, mormente, a possibilidade de criação “[no] espírito do julgador um estado de convicção, assente na certeza relativa do facto”¹.

Partiremos, assim, da premissa cabal de que, no processo, assente em provas (ou decidido perante ausência, ou pela existência, delas) não se pretende, seja ele que tipo de processo for, com a prova o lograr da verdade absoluta, mas antes, sim, o contributo para a descoberta desta. Conforme se escreveu nas Ordenações Filipinas “[a] prova é o farol que deve guiar o juiz nas suas decisões”².

Estamos, assim, no campo da influência de estados de convicção, sobre a matéria do julgador que, sendo um ente naturalmente externo à causa, tem que nela entrar e, sob juízos de imparcialidade, princípios norteadores de cada processo, decidir.

Mas como decide alguém que não presencia os factos? Como se forma a convicção do juiz? E a probabilidade está suficientemente assente? Não se basta, para a justiça, a mera imprecisão, o íntimo inconsciente que se funda em meras palavras vertidas em articulados.

¹ VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, “Manual de Processo Civil”, Coimbra Editora, 1984, pp. 419 e 420.

² Ordenações Filipinas, Livro III, título 63, disponível para consulta em www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l3p661.htm, consultado em 20.03.2019.

O processo, queremos assim dizer, está assente na prova. A este respeito, ALESSANDRO GIULIANI defende que “[toda] a ciência jurídica se reduz a uma ciência das provas e que o próprio direito não existe independentemente de sua prova”³.

Dispõe o artigo 341.º do CC que, no que se refere à utilidade e à necessidade das provas, estas “têm por função a demonstração da realidade dos factos”.

A redação e a elaboração da presente Tese subordinada a um tema muitíssimo atual visa não só o estudo da prova, em abstrato, como também partir da existência e tipicidade de prova para o apuramento dos novos desafios do Direito e alertar – avançando com soluções – que, muitas das vezes, a prova (no nosso caso de estudo a digital) é facilmente corrompida, frágil e, muitas vezes, obtida sem respeito pelos mais elementares princípios da legalidade. Estaremos, assim, no campo da Prova Digital e de entender qual deverá ser o seu tratamento específico no processo civil, contribuindo para o granjear de princípios processuais, mas, também permitir que esta prova seja muito mais convincente.

Sucede que, ainda que perante tudo isto e a prova existente – ilícita, ilegal ou impossível de produção de qualquer efeito – não seja valorada e/ou atendida pelo julgador, se esta é produzida perante si, ainda que desentranhada no futuro, como fica a sua convicção? Naturalmente que afetada ou, se não quisermos extremismos, nitidamente beliscada. E, por outro lado, como se trata a prova digital? Quais são, afinal, os moldes para a sua aplicabilidade e necessidade? Com que força? E de onde emerge a prova?

Naturalmente que este estudo, e o que dele se pretende extrair, termina e acaba no direito privado, designadamente no direito civil comum, sendo este que, ainda que em última *ratio*, poderá conter as respostas aos problemas práticos suscitados: daí que, naturalmente, o presente projeto se insira na nossa área de investigação das ciências privadas, ainda que conscientes de

³ GIULIANI, ALESSANDRO, “Il Conceito di prova”, Milano: Giuffrè (reedição inalterada), 1971., p. 233.

que as ciências privadas, gerais e mesmo públicas estarão, sempre, interligadas, ainda que distantes.

Ao escolher-se um tema como o aqui presente, sentimos, naturalmente, um desafio acrescido. Em primeiro lugar, porque a escolha do direito processual civil é evidente, como sabemos o recurso (como ponto de chegada e de partida) ao direito civil comum é, muitas vezes, um caminho sem saída: porque nem todas as soluções estão tipificadas, porque nem todos os princípios se interligam e porque nenhuma realidade que se traduza no Direito é estanque. Em segundo lugar, porque falar e tratar a prova nunca será uma tarefa fácil. Por fim, porque falar do mundo digital envolve um sem número de problemas que, muitas vezes, são suscitados em torno de discórdia: principalmente acerca do paradeiro, origem, obtenção e formato da prova.

O que nos propomos tratar desencadeia-se com o meio termo entre a paixão que sentimos pelo processo, pela prova, pelo mundo digital e pela investigação. Investigaremos, assim, a prova extraída e contraída em formato digital no âmbito do processo civil, em particular com o farol de condução à matéria da tutela do consumidor e ao tão nosso direito do consumo.

Como já tem vindo a ser alvo de pronúncia pelos tribunais, designada e exemplificativamente pelo Tribunal da Relação de Coimbra⁴: “[a] apreciação das provas resolve-se na formação de juízos, em elaboração de raciocínios, juízos e raciocínios estes que surgem no espírito do julgador, segundo as aquisições que a experiência tenha acumulado na mentalidade do juiz segundo os processos psicológicos que presidem ao exercício da actividade intelectual e, portanto, segundo as máximas de experiência e as regras da lógica”.

FERNANDO PEREIRA RODRIGUES⁵ atrai-nos com uma premissa que faz com que, facilmente, se entenda que a prova, simplificada, é essencial para qualquer tramitação, mas que, é pela

⁴ Acórdão datado de 12 de outubro de 2010, cujo rel. é o Desembargador FALCÃO MAGALHÃES, com o n.º de processo 155/2002.C1, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

⁵ RODRIGUES, FERNANDO PEREIRA, “Os meios de prova em direito civil”, Coimbra Editora, 2011.

existência da prova – que aparenta ser simples – que se desalinha a complexidade que dela deriva. Veja-se que o mesmo diz que “[o] simples peregrinar terreno carece muitas vezes de ser provado”⁶.

A prova será, então, entendida como um mecanismo de descoberta, por aproximação ou distanciamento, daquilo que é a verdade. Mas, conforme Pilatos perguntou a Cristo: *quid est veritas?*

Conforme o avança ANTUNES VARELA, a prova será isso mesmo: a probabilidade da existência de determinado facto.

A prova, seja em que Direito especial for, apresenta-se perante nós como dotada de diversas modalidades e, apesar da evolução que o Direito naturalmente vai sentindo, a verdade é que já se conclui que “[os] meios de prova são escassos, para alcançar a verdade, que é o grande problema com que se debate qualquer juiz para fazer justiça, aquela justiça que repara o dano e compõe a situação lesada”⁷.

Se, por um lado, os direitos processuais regulam, efetivamente, os modos de produção da prova, os direitos substantivos regulam as provas e o seu valor, sendo crucial partirmos da apreciação da prova para o seu modo de produção, encontrando, em ambos os momentos, problemas que exigem tutela jurídica.

Naturalmente que não podemos considerar que toda a prova produzida nos processos configurará uma prova típica. Aliás, em muitos casos, é o julgador agora confrontado com a produção de prova atípica da qual, desde já, salientamos a análise computadorizada de dados pessoais designada de *Rasterfahndung*⁸.

⁶Idem p. 9.

⁷Idem p. 14.

⁸ O significado prático prende-se, assim, com a “procura do rasto”.

A grande limitação à prova não é a sua atipicidade, mas, ao invés, a sua ilegalidade por proibição.

Mas, afinal, em abstrato, o que será um meio de obtenção de prova que é proibido e, por isso, ilegal? E qual é, em concreto, a produção do efeito cominatório da utilização dessa prova no processo? E se a prova, ainda que obtida de forma ilegal e, naturalmente, proibida, for a única capaz de revelar que, por exemplo, determinado facto ilícito se verificou, que determinado crime foi cometido, que determinado trabalhador foi despedido ilicitamente? E se essa prova, ainda que ilegal, for a única capaz de demonstrar que a prova produzida no julgamento e que, naturalmente, será tida em consideração pelo julgador, ao abrigo da sua livre convicção, como veremos, é errada e encontra-se inquinada?

Antes de conhecermos a realidade de cada uma das áreas do direito no que à proibição de provas respeita, veja-se que é a própria CRP que avança, sem medos, acerca da existência de provas que são proibidas. Como ponto de partida teremos, assim, os artigos 24.º, 25.º, 34.º e 32.º n.º 8 da CRP que, em alguns dos casos, têm como consequência expressa a nulidade da prova que seja produzida em violação destes direitos constitucionalmente consagrados.

Ora, teremos que ter assente, desde logo, que existe uma limitação legal – proibição – da prova que viole a vida humana, obtida mediante tortura, maus-tratos, tratamentos degradantes ou desumanos, aquela que viole a integridade moral, ofenda a integridade física ou, ainda, aquela que resulte de uma intromissão abusiva na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

Teremos, no entanto, que apreciar as excepções, designadamente, no que a estes últimos exemplos respeita, de que a prova que resulte de uma intromissão abusiva na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações, poderá ser admitida se:

- (i) se tratar de uma das situações admissíveis em direito processual penal.
- (ii) com o consentimento do visado.

Mas o que implica este consentimento? Pode ser tácito? Tem que ser expresso? Em que moldes pode ser obtido? Há admissibilidade de revogação?

Mas vamos mais longe. Toda a prova pode ser considerada como prova digital, preenchendo o conceito de se encontrar inserida, ter sido extraída ou obtida de um instrumento digital, com conexões informáticas. Esta era digital vai-nos trazer, naturalmente, diversos desafios.

É preciso apurar qual a força probatória desta prova que se extrai do mundo digital e, além disso, como se encontra o equilíbrio necessário – e nada ténue – entre o que aparenta ser real e o que efetivamente é a realidade.

A prova digital apresenta perigos por, muitas vezes, estar associada a uma *cloud* não concretamente determinada, num local não concretamente acessível e, mais do que isso, implica, em termos práticos, ofícios a entidades responsáveis pelo tratamento de dados, com vista à dissipação de dúvidas, que se traduzem numa onerosidade e morosidade no fornecimento de respostas.

Também teremos que apreciar a proteção de dados pessoais e, ainda, a gestão das bases de dados.

E se achamos que o tratamento da prova digital nas suas diversas vertentes não é essencial, relembremos que, muitas vezes, nos nossos mais densos silêncios, estamos a ser vigiados: por uma webcam do computador; por um serviço de localização do telemóvel; por um histórico não apagado e por um direito que conhecemos, mas que poucos temos: o direito a ser esquecido.

Em todo o estudo, teremos que perceber como atingir aquilo que, que à luz do levantamento da questão por MARIA CLARA CUNHA CALHEIROS “[uma] apreciação isenta e segura da prova?”⁹, foi ponderado.

Queremos, com este estudo, aprofundar o debate, mas, mais do que isso, avançar com soluções para as situações limites: aquelas em que falamos da verdade, mas que a verdade só poderá ser garantida com uma prova, ainda, atípica e produzida de modo digital. E queremos, também, perceber e clarificar a força probatória desta prova, os seus modos de ilação e o que ela verdadeiramente implica: todos sabemos que, conforme já evidenciamos, nem tudo o que parece, é.

Atendendo todo o *supra* exposto e, ademais, tudo o que temos vindo a referir, o objeto da nossa investigação centrar-se-á na aferição da admissibilidade, legalidade, limitações e o seu valor probatório (numa apreciação da sua fiabilidade) relativamente à visão da prova digital numa realidade do processo judicial, neste caso o Civil.

Nessa medida, o presente estudo terá cerca de quatro capítulos de modo a que a matéria em mérito tenha um raciocínio lógico e conclusivo.

Apesar do recurso à doutrina, quer nacional, quer internacional, o nosso estudo não poderá – nem seria equacionável – ficar alheio às questões suscitadas ao nível da jurisprudência, na visão prática do direito.

Trataremos a legislação existente. No entanto, também estamos cientes de que a ponderação e indagação do estado da arte legislativa nos levará a uma conclusão que há muito tomamos: o direito evolui e, essa evolução, muitas das vezes, não é acompanhada da (necessária) previsão legislativa.

⁹ CALHEIROS, MARIA CLARA CUNHA, “Para uma teoria da Prova”, Coleção Estudos CEJUR, Coimbra Editora, 2015, p. 92.

No decurso do presente estudo teremos presente, sempre que possível, jurisprudência, quer nacional, quer estrangeira, que se debruce sobre as temáticas que iremos abordar ao longo da nossa investigação e, sobretudo, que equacione soluções práticas para os problemas que vão assolando os pleitos dos tribunais.

Estamos cientes de que uma visão processual é caracterizada por um desafio e um esforço acrescidos. No entanto, os projetos aliantes são aqueles que nos levam a responsabilizar pelas nossas tomadas de posição e interesses jurídicos.

Queremos, com esta investigação, descortinar, numa perspetiva de utilidade prática, qual o entendimento dos tribunais acerca de algumas das principais problemáticas associadas a uma prova que pode mesmo ser considerada, em algumas situações, atípica, audaz e frágil: a prova digital.

A final, em jeito de tomada de posição, propomo-nos alcançar um conjunto de conclusões, que permitam expor, de modo sintético e direto, uma solução *de iure condendo* que, no nosso entendimento, poderá vir a facilitar a compreensão da realidade adstrita à prova digital, numa conjugação com a apreciação da prova pelo julgador e, quiçá, conseguirmos alcançar as soluções que nos levem a cristalizar aquilo que é, para a prova digital, a sua legalidade, admissibilidade, limitações e fiabilidade da mesma.

Temos em vista o início da presente investigação com a ponderação e estudo da prova em abstrato. Entendemos que, para compreendermos as derivações e evoluções de qualquer figura jurídica, temos de encontrar a sua génese, aquilo que levou ao seu surgimento, a sua necessidade e as derivações que origina. Vamos, assim, à raiz da prova digital: a semente da prova. Mas, com todo o devido respeito, não podemos, nem queremos, agarrar-nos ao passado: queremos evoluir preparando o futuro.

Num primeiro focar-nos-emos na compreensão daquilo a que muitos denominam de “teoria geral da prova”, percebendo a sua origem e função da prova, em abstrato. Ora, se a prova tem uma função, queremos, assim, começar a contrapor a mesma ao processo e compreender, detalhadamente, qual a importância efetiva da prova para o processo e a sua (im)prescindibilidade.

Como já viemos a levantar o véu, naturalmente que quando falamos de prova, vamos encontrar diversas aceções de conceitos teóricos e doutrinários de como a prova se apresenta. Nesta fase, queremos compreender e distinguir alguns tipos de prova.

Falar de prova implicará, também, compreender o ónus da prova, qual a regra geral e os casos especiais, no sentido de compreendermos e interligarmos a necessidade da prova ao nível do processo e as implicações da sua insuficiência, falta ou impugnação ao nível prático. Ainda neste segmento, queremos, naturalmente, deixar uma palavra acerca da existência de presunções, sejam elas legais ou judiciais, aferindo-se, ainda, a importância destas presunções para a prova.

Ao falar das modalidades de prova, não poderemos olvidar a tipologia da prova e como ela se vai apresentar em qualquer realidade jurídica. E é aqui que vamos compreender, certamente, que qualquer um destes tipos de prova poderá, à partida, ser produzido, apresentado ou extraído de modo digital. O que se imporá compreender é o que é, afinal, a prova digital. Nesse sentido, ao falar da divisão e subdivisão da prova por confissão, prova documental, prova pericial e prova testemunhal, teremos bases para nos questionarmos do que é e de como se apresenta, efetivamente, a prova digital.

Ora, em seguida, teremos que perceber, em abstrato, qual a força probatória e quais são as características. Afinal, queremos aferir da força probatória da prova digital e de quais as suas especificidades. O que leva a que, naturalmente, também em abstrato, tenhamos que apurar como se pode, e em que moldes, impugnar a prova.

Por fim, e tendo em vista fechar este início capítulo, queremos fazer uma súmula das disposições tipificadas na legislação relativamente à prova e, em abstrato, avançar os princípios que norteiam a prova genérica: aqueles sobre os quais a prova que é produzida, independentemente do processo em que se insira, terá que respeitar.

É, em conclusão, com a produção de prova que poderemos ter aqui o ponto de partida para a introdução, também, da produção, captação e existência efetiva de uma prova num suporte digital e avançarmos para a conceção daquela que é a nossa temática: a prova digital.

Chegados aqui, estaremos aptos a compreender a nova conceção de prova e a tratar aquilo a que se chama de “prova digital”. Claro que, iniciando este segundo capítulo, teremos que compreender de onde surge a “era digital” e qual a noção da justiça na sociedade digital, aferindo-se, em concreto, os novos desafios para o direito.

Ao interligamos os novos desafios para o direito e a prova digital, chegaremos à necessidade de tratar alguns conceitos, designadamente qual será, efetivamente, o conceito de prova digital.

Como tivemos oportunidade de ver *supra*, a prova, ainda que em termos genéricos, é guiada por princípios. No entanto, na realidade da prova digital, cumprirá indagar a existência de princípios próprios associados às dificuldades na natureza da própria prova.

Tendo em vista contextualizar o surgimento de diversos tipos de prova que, ainda que muitas vezes em suporte documental, são enquadráveis no conceito de “prova digital”, teremos de promover um estudo acerca da realidade do *Skype*, do correio eletrónico, do ficheiro informático, do *print screen*, das plataformas digitais, dos *hangouts*, do *whatsapp*, da fotografia, da gravação vídeo e da gravação áudio – naturalmente que em moldes digitais.

Claro que, ao falarmos de novas realidades, não poderemos ficar indiferentes à nova legislação, que acabou por pesar na formulação deste estudo.

Mas, mais do que as limitações, temos que apurar as dificuldades na própria obtenção desta prova.

Cientes das dificuldades da obtenção de prova teremos que, assim, compreender a sua produção na medida da apreciação da sua força probatória, da possibilidade de adulterar as provas digitais e os mecanismos e formas de impugnação.

Ao chegarmos a este estado do estudo, teremos que apreciar as insuficiências da legislação relativas a esta prova e, contrapondo com a visão realista, suscitar problemas práticos relativos a esta problemática, designadamente a (i)lícitude da prova digital em contraponto com a convicção do julgador.

Concluiremos este momento com as eventuais lacunas e omissões legislativas e os problemas práticos que, devido a essas insuficiências, se suscitam, apelando a uma regulação e uniformização concetual.

Iniciando o próximo capítulo, cumpre, de facto, olhar não só o presente, mas também o futuro, e é aqui que esperamos que o nosso contributo seja, também, inovador. Neste capítulo, ambicionamos problematizar a prova digital.

Partiremos da necessária compreensão do direito substantivo e processual, mas, contudo, o que pretendemos neste capítulo é a aferição concreta de como se apresenta, perante este processo, a prova digital e quais os desafios que são sendo suscitados, na visão prática, aliando-se ao estudo jurisprudencial, no que se relaciona em específico com a prova ilícita e do uso de *malware*, aproveitando para ponderar acerca da colisão desta prova com direitos fundamentais.

É neste capítulo que ambicionamos responder, concretamente, às questões práticas que se suscitam. Com o estudo antecedente, estaremos realmente aptos a, no seguimento do capítulo anterior, a contribuir para soluções.

Contudo, não pretendemos, jamais, descurar os imprescindíveis contributos que resultam da realização de uma análise de direito comparado que tenha por base outros ordenamentos jurídicos que, à data, se encontram num estado de desenvolvimento mais avançado que o nacional, mas, queremos, com este estudo, privilegiar o que é nosso, a nossa realidade e solucionar a mesma de acordo com o nosso ordenamento jurídico.

Efetivamente, considerando a escassez de tratamento, em Portugal, das diversas temáticas que nos propomos a desenvolver, é certo que o nosso estudo se dificulta, mas, por outro lado, aliado à nossa experiência prática, deixa-nos uma porta de inovação aberta: nunca seremos únicos, mas podemos ser especiais.

Assim, avançamos para aquele que esperamos ser um contributo não só doutrinal como prático, chegando à realidade dos Tribunais e ecoando soluções jurídicas para as dificuldades, ora mais simplistas, ora mais complexas, que este mundo em que vivemos nos coloca.

A nossa Tese, pese embora conexa com o direito processual civil é, também direcionada para o consumo enquanto matéria judicial e, por isso mesmo, cumprirá em todo o estado da arte, saber-se que poderá ser a blockchain, efetivamente, a solucionar algumas questões.

CAPÍTULO I

DA PROVA

★ ★

§ Nota Introdutória ao Capítulo I. 1. Breve origem histórica da prova. 2. A função da prova. 3. A importância da prova no âmbito do processo. 4. Classificação metodológica da prova. 4.1. Prova pré-constituída. 4.2. Prova constituenda. 4.3. Prova pessoal. 4.4. Prova real. 4.5. Prova direta. 4.6. Prova indireta. 4.7. Prova representativa. 4.8. Prova indiciária. 5. O ónus da prova. 5.1. Regra geral. 5.2. Exceções. 5.3. A distribuição do ónus da prova.

§ Nota Introdutória ao Capítulo I

A prova é dos resultados mais bonitos que podemos almejar: o poder do transportador do julgador a uma realidade que não vivenciou, nem, sequer, presenciou. A importância da prova é indiscutível: compreender a mesma e atualizá-la é, sim, uma tarefa dura.

1. Breve origem histórica da prova

Quando, a meio de um julgamento, o autor de determinada ação se arroga titular de um direito, saber-se-á que, feito o saneamento, é neste momento que, na mente do julgador, se “terá que provar”, os factos alegados. A árdua tarefa de o transportar à realidade alegada nos articulados, que resultará em factos provados e não provados, inicia-se neste processo de absoluta transformação.

ALESSANDRO GIULIANI indica uma verdade que já começamos por avançar e, pese embora não absoluta, teremos que acompanhar: “toda a ciência jurídica se reduz a uma ciência das provas e que o próprio direito não existe independentemente de sua prova”¹⁰.

Este estudo visa ser processual, uma solução dogmática para a lide contenciosa, onde, naturalmente, que o julgador, se vai socorrer das provas. Mas afinal de contas, a prova servirá para quê? Conforme nos diz ALBERTO AUGUSTO VICENTE RUÇO¹¹ “[as]provas respeitam à *realidade histórica* que é alegada no processo e é controvertida. Servem, por isso, para a reconstituição dessa realidade, pois a mesma já não existe, pelo menos na sua totalidade, no momento em que o juiz a declara como tendo existido (provada) na sentença”¹².

¹⁰ GIULIANI, ALESSANDRO, *ob. cit.*, p. 233.

¹¹ RUÇO, ALBERTO AUGUSTO VICENTE, “Prova e Formação da Convicção do Juiz”, Almedina, 2017.

¹² RUÇO, ALBERTO AUGUSTO VICENTE, *idem*, p. 208.

Assim, a prova será a verdadeira tentativa de reconstituição da realidade ou, melhor, um dos meios de tentativa de reconstituição da realidade a par, também, dos factos¹³.

MARIA CLARA CALHEIROS¹⁴ defende e indaga, de forma a que acompanhamos, que a Idade Média é caracterizada por um domínio do teocentrismo, que se alargava, notoriamente, aos processos judiciais¹⁵. Claro que o que acontecia na Idade Média teve, também, inspiração no que o Código de Hammurabi, a legislação mais antiga da qual se tem conhecimento, talhava a este respeito dos ordálios, que mais não eram do que a prova final do juízo de Deus.

O certo é que “[no] decorrer da história da humanidade foram diversos os meios adotados na procura da verdade para a realização da Justiça, mas esses procedimentos (ordálios, tortura, ameaças, julgamentos de Deus, etc.) não são aceitáveis no nosso tempo quando lesivos da dignidade da pessoa suspeita ou obtidos com violação da legalidade processual (art. 32.º, n.º 8, da CrP e art. 126.º do CPP)”¹⁶, portanto, se começamos o estudo da prova a perceber que a mesma, na história, se iniciou com base no juízo divino, hoje, naturalmente, que tal se afasta da nossa aplicabilidade contenciosa e do método probatório a seguir.

¹³ “[como já se referiu] há duas formas de reconstituir a realidade passada. (I) uma através de prova representativa, como é o caso do testemunho de quem percecionou os factos; (II) outra a partir de factos conjugados com as regras de experiência, esta operando com base em relações de causalidade ou teleologia, de modo a poder concluir-se que os factos controvertidos existiram”, cfr. RUÇO, ALBERTO AUGUSTO VICENTE, *idem ibidem*.

¹⁴CALHEIROS, MARIA CLARA CUNHA, *ob. cit.*

¹⁵CALHEIROS, MARIA CLARA CUNHA, *ob. cit.*, p. 33, onde se indica que “[os] processos judiciais não eram uma excepção. Num tempo histórico em que a humanidade considerava a revelação um meio privilegiado de acesso à verdade é, sem surpresa, que vemos instituir-se como meios de prova os ordálios e o duelo judicial”.

¹⁶SILVA, GERMANO MARQUES DA, “Ética e Estética no Processo Penal”, *in* Revista da Ordem dos Advogados, Ano 80, Lisboa, Jul. / Dez. 2020, p. 489 -520, p. 491.

Em 1215, no âmbito da convocatória do IV Concílio de Latrão¹⁷, temos, ao nível da evolução da prova, o marco da abolição do recurso ao sistema dos ordálios, como meio de prova, mas, antes, à admissão do testemunho direto por pessoas credíveis (num número de dois) e o depoimento por confissão.

É aqui que queremos chegar, quer com a evolução do Direito Romano e o seu contributo para a criação da prova, fomos caminhando para aquilo que se encontra patente nos nossos dias. Partimos do juízo de Deus para, em 1966, com a implementação do Código Civil, nos aproximarmos, sem mais, com o contributo da Lei Constitucional em 1974, a um sistema de prova próximo do que temos atualmente mas que, com toda a certeza, ainda com muito para evoluir como este estudo pretende desvendar.

O juízo divino não é, mais, o meio de prova nem a prova, mas, para percebermos a importância da evolução, temos que saber que partimos do impensável para, hoje, termos dos maiores desafios a enfrentar. Provar deriva do latim *probare*, que não significa mais do que “[demonstrar] com provas; testemunha; [tornar] evidente; mostrar; patentear; [justificar]”¹⁸.

¹⁷ O Quarto Concílio de Latrão (também conhecido como Quarto Concílio Laterano) foi convocado pelo Papa Inocêncio III por meio da bula *VineamdominiSabaoth*, de 19 de abril de 1213, para ser celebrado, em novembro de 1215, na Basílica de São João de Latrão, em Roma.

¹⁸ <https://www.infopedia.pt/dicionarios/lingua-portuguesa/provar> revisão da consulta em 02.10.2021.

2. A função da prova

Em primeiro lugar, temos que perceber que prova e meio de prova não são sinónimos. A prova obtém-se através de meios de obtenção, que é o resultado destes, mas não a sua origem.

Defende JOÃO DE CASTRO MENDES que “[o] jurista tem três funções a desempenhar: *in praeteritum*, uma função de apreensão e uma função de precisão, ambas meramente descritivas; *in futurum*, uma função de orientação, já valorativa”¹⁹. Por sua vez, ALBERTO RUÇO²⁰, defende que as provas, essas, “[respeitam] à *realidade histórica* que é alegada no processo e é controvertida”. O julgador, entidade terceira à realidade que se visa provar, vai ter que sentir as emoções probatórias como se as vivenciasse na primeira pessoa, e não é essa, de facto, das tarefas mais difíceis do direito?

É claro, e evidente, que “[o] juiz não perceciona diretamente os factos afirmados em tribunal pelas partes ou sujeitos processuais, salvo nos casos em que eles possam ser, ainda, objeto de inspeção judicial”²¹. Mas, por sua vez, também é inegável que “[como] não é possível transportar a realidade, tal qual ela se nos apresenta, para dentro de um processo, a alternativa consiste em importar para o processo uma representação sua e a forma de o fazer consiste em utilizar conceitos e frases com sentido e outras representações auxiliares que permitam, tanto quanto possível, gerar nos outros, *maxime* no juiz, uma imagem, o mais fiel possível, da afirmação de facto que se pretende provar”²².

A mesma coisa seria imaginar uma criança que, após a escola, relata aos pais os acontecimentos. Os pais, cientes da educação da criança, mas plasmados, sempre, com o obstáculo da possibilidade da mentira, vão percecionar os factos pelo depoimento da criança que poderá ser corroborado, ou não, através de outras situações apuradas (quer por fotografias,

¹⁹ MENDES, JOÃO DE CASTRO, *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, Lisboa, Ed. Atica, 1961, p. 23.

²⁰ RUÇO, ALBERTO AUGUSTO VICENTE, *ob.cit.*, p. 208.

²¹ RUÇO, ALBERTO AUGUSTO VICENTE, *idem*, p. 209.

²² RUÇO, ALBERTO AUGUSTO VICENTE, *idem ibidem*.

quer por outros relatos, quer por decisões da diretora de turma). A tarefa do julgador é difícil exatamente por isto: nem sempre, senão a maior parte das vezes, o mesmo está em contacto com a realidade. É a prova que lhe vai permitir formar uma convicção – que é a tarefa mais árdua a tomar.

KARL LARENZ²³ indica algo extremamente curioso que, de facto, *provar algo*, significa que o jurista terá que “[proporcionar] ao tribunal a convicção da veracidade de uma afirmação”²⁴.

Claro que é conclusivo que a função da prova não mais é do que “[oferecer] ao julgador informação confiável acerca da verdade dos factos em litígio”²⁵.

Desta sorte, se a função da prova é ser o cordão umbilical entre a convicção e a realidade fáctica, numa luta constante pela descoberta da verdade²⁶, temos que entender, sobre ela, a sua real importância ao nível do contencioso.

Se um cliente procurar um advogado no sentido de reclamar, por exemplo, um defeito de um veículo automóvel, bem móvel, que adquiriu a um stand explorado por uma sociedade comercial, a primeira pergunta que o advogado lhe terá que fazer será: *qual a prova?* A que o cliente retorquirá: *prova de quê?*

²³ LARENZ, KARL, Metodologia da Ciência do Direito, 3.ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.

²⁴ LARENZ, KARL, *idem*, 1969.

²⁵ TARUFFO, MICHELE, A Prova, tradução de João Gabriel Couto, 1.ª edição, São Paulo, Marcial Pons, 2014, p. 129.

²⁶ Não ignorando, pese embora a referência futura, que “[por] decorrência do princípio geral da descoberta da verdade material, que sobressai do dispostos nos artigos 411º e 436º, do CPC, é permitido ao Juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer, e designadamente, ordenar a junção de documentos ao processo, que repute de relevante utilidade para esse efeito”, cfr. Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães (TRG), datado de 19.03.2020, cujo rel. é o Desembargador Jorge Teixeira, com o n.º de processo 20175/19.0T8VNF-E.G1, última revisão de consulta em 03-10-2021, disponível em www.dgsi.pt.

Compreendendo, por ora, a natureza da função da prova (no sentido de comprovar a realidade, ou, melhor, de tentar levar o julgador a viajar para o momento em que os factos se deram) teremos que a qualificar no âmbito contencioso e perceber, de facto, qual a importância, o que é a alegação, a quem incumbe a prova dos factos alegados e como se poderá impugnar a prova existente. É que o processo civil, um processo de partes, tem assente em si, como mais adiante debruçaremos, o contraditório²⁷.

A prova será, assim, a concretização *mater* do direito substantivo, mas, também, o catalisador da convicção do julgador e o alerta para os desafios que nela mesmo se apresentam.

O certo é que, de facto, à luz do direito substantivo encontramos, *prima facie*, a função da prova, especificamente regulada no artigo 341.º do CC, onde se indica que “[as] provas têm por função a demonstração da realidade dos factos”.

Assim, tendo como função a produção da realidade dos factos, o que é afinal a prova? É, aqui, que teremos que nos socorrer de uma classificação metodológica no seu âmbito conceptual a que chegaremos *infra*.

²⁷Nunca olvidando que “[o] princípio do contraditório é hoje entendido um direito de participação efectiva das partes no desenvolvimento de todo litígio, mediante a possibilidade de influírem em todos os elementos que se encontrem em ligação com o objecto da causa e que em qualquer fase do processo apareçam como potencialmente relevantes para a decisão”, cfr. Ac. do Tribunal da Relação de Guimarães (TRG), datado de 19.03.2020, cujo rel. é o Desembargador Jorge Teixeira, com o n.º de processo 20175/19.0T8VNF-E.G1, última revisão de consulta em 03-10-2021, disponível em www.dgsi.pt.

3. A importância da prova no âmbito do processo

Como começamos por indicar, este estudo está circunscrito ao processo civil, mas com a ramificação do direito do consumo. É indiscutível que a prova tem uma importância brutal ao nível processual, porquanto “[em] direito processual, sendo a prova o acto ou série de actos processuais através dos quais há que convencer o juiz da existência ou inexistência dos dados lógicos que tem que se ter em conta na causa, o ónus da prova²⁸ (342º Código Civil), é a obrigação que recai sobre os sujeitos processuais da realidade de tais actos. A traduzir-se - haverá de dizer-se, agora e sempre -, para a parte a quem compete, no encargo de fornecer a prova do facto visado, incorrendo nas desvantajosas consequências de se ter como líquido o facto contrário, quando omitiu ou não logrou realizar essa prova”²⁹.

Em diversos ordenamentos jurídicos, reconhece-se a importância da prova no âmbito do processo civil. Colhendo alguma inspiração em Itália, é certo que “[l’istruzione] del processo civile viene a scindersi in una c.d. fase istruttoria in senso lato ed in una c.d. fase istruttoria in senso stretto. La prima è propriamente la fase finalizzata all’introduzione nel processo stessi elementi “rappresentativi” già formati fuori da esso, alla preliminare deduzione dei mezzi istruttori da raccogliersi successivamente nel corso del processo, alla ammissione di questi ultimi da parte del giudice³⁰”, sendo que tudo orbita em função da verdade, considerando-se que “[se] la verità del tema di prova A implica la verità del *probans* E, da ciò non segue che la verità di E implichi la verità di A: infatti, anche se A fa parte dell’*explicans* di una spiegazione deterministica di E, da ciò non segue logicamente che tale spiegazione deterministica sia l’*única possibile*”³¹.

²⁸ A este respeito MÚRIAS, PEDRO FERREIRA, Por Uma Distribuição Fundamentada do Ónus da Prova, Lex, Lisboa, 2000.

²⁹ Ac. do TRC, datado de 05.11.2019, cujo rel. é o Desembargador António Carvalho Martins, com o n.º de processo 2012/15.0T8CBR.C1, consulta revista a 04.11.2021, disponível em www.dgsi.pt.

³⁰ LEUZZI, SALVO, I mezzi di prova nel processo civile – Formazione, acquisizione, integrazione, Giuffrè Editore, 2012, p. 95.

³¹ GARBOLINO, PAOLO, “Probabilità e logica della prova”, Epistemologia Giudiziaria, Collana diretta da Giulio Ubertis, Giuffrè Editore, 2014, p. 67.

Ao analisarmos o nosso Código de Processo Civil atual³², temos que entender, em primeira linha, por forma a compreender a importância da prova no âmbito contencioso, que o processo civil se norteia por princípios orientadores.

JOÃO DE CASTRO MENDES³³ defendeu a existência de cinco grandes princípios norteadores, sendo o princípio do dispositivo, o princípio do contraditório, o princípio da legalidade, o princípio da tutela provisória da aparência e, por fim, o princípio da submissão aos limites/ *guidelines* substantivos. A estes, MANUEL A. DOMINGUES DE ANDRADE³⁴, acrescenta o princípio da autorresponsabilização das partes, o princípio da igualdade de armas/igualdade das partes, o princípio da livre apreciação das provas, o princípio da aquisição processual, o princípio da imediação, o princípio da oralidade e identidade do julgador, o princípio da economia processual e o princípio da celeridade processual.

Lidos e relidos, num todo, são, estes, os princípios norteadores do processo civil.

Claro que não poderíamos deixar de fazer referência, numa visão mais prática, ao entendimento de EDGAR VALLES³⁵, aos imprescindíveis princípios que, serão eles, o do dispositivo, o do contraditório, o do inquisitório, o da adequação formal, o da gestão processual, o da imediação, o da cooperação, o da boa fé processual e o dever de recíproca correção.

Ora, numa leitura pelo todo, teremos que chegar à parte: o que importa a prova num processo, afinal, ainda para mais civil?

³² Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho, com a última alteração da Lei n.º 55/2021, de 13 de agosto.

³³ MENDES, JOÃO DE CASTRO, Direito Processual Civil, I Volume, ed. Associação Académica da Faculdade de Lisboa, Lisboa, 2012.

³⁴ ANDRADE, MANUEL A. DOMINGUES DE, Noções Elementares de Processo Civil, Coimbra Editora, Coimbra, 1979.

³⁵ VALLES, EDGAR, “Prática Processual Civil com o novo CPC”, 7.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2013.

O processo começa, naturalmente, com um ato de uma das partes, aquele que será o nosso autor ou requerente na demanda. E distinguimos a figura do autor e do requerente porque, como não podia deixar de ser, o processo civil não tem um único tipo de ação. Como o artigo 2.^o³⁶ do CPC indica, todos têm o direito de aceder aos tribunais, corolário já emanado pela nossa Constituição da República Portuguesa. As acções possíveis, previstas no artigo 10.^o do CPC, dividem-se, em primeira monta, em dois grandes grupos i) as acções declarativas e ii) as acções executivas. No âmbito das ações declarativas, podemos ter várias finalidades, designadamente, e como o n.º3 do referido artigo assim indica: “a) as de simples apreciação, obter unicamente a declaração da existência ou inexistência de um direito ou de um facto; b) As de condenação, exigir a prestação de uma coisa ou de um facto, pressupondo ou prevendo a violação de um direito; c) As constitutivas, autorizar uma mudança na ordem jurídica existente”. O processo em si mesmo pode, ainda, ser comum ou especial, com tutela urgente³⁷, ou não.

Em toda a realidade processual, seja ela qual for, há que haver prova: a prova da existência de um facto. Claro que o processo civil é, também ele, um processo de fases e é claro que, como não podia deixar de ser, a referência à prova está mais do que visível na fase da instrução do processo, que se inicia, no que na legislação respeita, à previsão disposta nos artigos 410.^o e ss. do CPC.

Como EDGAR VALLES³⁸ traduz, o processo civil plasma em si a fase i) dos articulados (onde as partes dão o impulso processual); ii) do saneamento ou da condensação (onde o julgador peneira

³⁶ Sob a epígrafe *garantia de acesso aos tribunais* indica-se que “ 1 - A proteção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar. 2 - A todo o direito, exceto quando a lei determine o contrário, corresponde a ação adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente, bem como os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da ação”.

³⁷ Aqui referimo-nos, naturalmente, aos procedimentos cautelares.

³⁸ VALLES, EDGAR, *ob.cit.*

os factos controvertidos e confessados); iii) a fase da instrução; iv) a fase do julgamento e, por fim, v) a fase da sentença³⁹.

Claro que não basta vermos uma construção demolida, para sabermos qual a *legis artis* da força de alguns materiais empenhados; da mesma forma que não é partindo um relógio suíço que vamos perceber a sua composição ou que, provando um doce conventual, desvendemos o segredo da receita de família. Da mesma forma que o enólogo estuda o vinho e saberá quais os procedimentos concretos para que a epifania se dê, no processo temos que estudar as suas fases para perceber o que está na legalidade, ou fora dela.

No âmbito destas fases vamos poder ver que a prova vai surgindo e sendo tratada com uma devida atenção, sendo tendo como base que, primeiro, em algumas confeções culinárias, existem regras de prioridade na disposição dos condimentos e, no processo, para chegarmos à prova, temos que perceber os meios de prova que são admitidos processualmente.

É o meio de prova que nos vai levar à prova e à sua apresentação perante o julgador. Para provar um estado subjetivo perante o julgador, não basta alegar que somos detentor do mesmo, temos que carrear, através de meios de prova, de modo a levar a sua produção ao julgador que, poderá, ou não, fazer uso da sua livre apreciação da prova consoante a força probatória da mesma.

Por isso, a prova não é uma estrela: é todo o céu, composto por um conjunto de estrelas e constelações.

No que se reputa aos meios de prova admissíveis à produção da demonstração de uma realidade, no nosso processo civil temos, atualmente, a prova testemunhal, a prova documental,

³⁹VALLES, EDGAR, *idem*, p. 73.

a prova por confissão, a prova por declarações de parte, a prova pericial, a prova por inspeção judicial e a prova por verificação não judicial qualificada⁴⁰.

Em momento algum, vemos uma referência ao digital: o que é curioso, porque evoluímos digitalmente no direito, na tramitação processual, mas olvidamos a tarefa mais fundamental que é a de provar.

Assim, é evidente que “[a] probabilidade de o resultado do processo decisório corresponder à situação factual real será tanto maior quanto maior for o valor probatório de um meio de prova e de um raciocínio lógico e quanto maior for a força que uma rede de proposições der a uma conclusão inferencial. § Estas três vertentes do valor probatório – a dos meios de prova, a do raciocínio lógico e a da rede proposicional – são conciliáveis e até complementares entre si: a prova justifica uma decisão não só pelo seu valor probatório intrínseco e concreto, mas também porque suporta, num caso concreto, uma rede de proposições que dão força a uma hipótese factual, rede essa que poderá implicar um maior ou menor número de inferências entre os meios de prova e a conclusão inferencial. O valor probatório dos meios de prova condiciona a força das premissas probatórias e a formação do conjunto proposicional com base no qual se vai estabelecer a verdade de uma conclusão inferencial”⁴¹.

A prova é, para o processo civil, a justificação da decisão. E tão verdade é esta afirmação que, de facto, observando o disposto no artigo 615.º do CPC, será nula a sentença que não especifique a razão de facto e de direito que justifica a decisão, o que implicará, sempre, uma análise das provas.

⁴⁰ Analise-se, a este respeito, com a devida exaustão, a obra CANOTILHO, J. J. GOMES, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7.ª edição revista, Livraria Almedina, Coimbra, 2003 e -“As verificações judiciais não qualificadas: reforço ou desvirtuamento da prova por inspeção judicial?”, *in* Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 144, n.º 3992, Coimbra Editora, Coimbra, Mai/Jun 2015, p. 330 e ss.

⁴¹TRINDADE, CLÁUDIA SOFIA ALVES, A prova dos estados subjetivos no processo civil, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 310-311.

Por isso, teremos sempre que conectar a prova no processo civil ao dever de fundamentação essencial das decisões (sejam meros despachos ou decisões finais). Aliás, no Ac. do STJ de 26.02.2019⁴², conclui-se, e muito bem, que “[a] fundamentação da matéria de facto provada e não provada, com a indicação dos meios de prova que levaram à decisão, assim como a fundamentação da convicção do julgador, devem ser feitas com clareza, objectividade e discriminadamente, de modo a que as partes, destinatárias imediatas da decisão, saibam o que o Tribunal considerou provado e não provado e qual a fundamentação dessa decisão reportada à prova fornecida pelas partes e adquirida pelo Tribunal”⁴³.

Também da leitura do artigo 607.º n.º4 do CPC é pacífico extrair que os meios de prova que sustentam determinada decisão, no sentido de condenação ou absolvição, têm que ser especificados na decisão, o que, tudo em conjunto, nos é claro indicar que a prova é, sem dúvida, a *alma* do processo, permitindo justificar o sentido do raciocínio, a conclusão a proferir mas, sobretudo, a permitir que todos sigam a lógica – ou a falta dela – do raciocínio do julgador e a ponderação concreta da força probatória de cada meio de prova e como é que ele foi aplicado e interpretado no processo.

Sem a prova, como já o aqui escrevemos, não poderemos ter uma decisão perfeita: seja ela qual for.

Mas é claro que tratar da prova com esta evidente essencialidade leva a que, como veremos, também ela tenha obstáculos à sua produção. Isto porque se extrai do direito ao processo justo e ao corolário emanado pelo artigo 20.º da CRP vai impedir alguns meios de prova, tidos como ilícitos.

⁴² Ac. do STJ, datado de 26.02.2019, cujo rel. é o Conselheiro FONSECA RAMOS, com o número de processo 1316/14.4TBVNG-A.P1.S2, última revisão em 15.11.2021, disponível em www.dgsi.pt.

⁴³ Ac. do STJ citado em nota de rodapé anterior.

E todo este peneirar vai ocorrer, também, na fase da instrução que, como vimos *supra*, é onde se insere a regulação da atividade probatória: o que se vai levar a juízo e, também, o modo que se vai levar a juízo. Dividindo-se, assim, num *o quê, como* e *quando* que são num único ato a atividade de fazer prova.

É, de facto, na fase da instrução que, havendo temas de prova, se vão indicar quais são e será sobre estes que incidirá a prova ou, não existindo, quais os factos que são carentes de prova a produzir, conforme dispõe o artigo 410.º do CPC.

Antes desta produção de prova, terá que se ter ciente que, como veremos, pese embora existirem *timings* para que as partes levem a prova ao julgador, em particular cristalizados com a Audiência Prévia (ou no prazo concedido caso a mesma não tenha lugar), por forma à produção do despacho saneador previsto no artigo 595.º do CPC, existirá, sempre, a possibilidade de o julgador determinar, por si, oficiosamente, qualquer diligência que reputar como essencial à descoberta da verdade e à justa composição do litígio, desde que não ultrapasse nem extravase o que é o objeto do litígio e os temas da prova.

Nesta fase, onde nos termos do artigo 596.º do CPC, se traduz na prolação do despacho saneador, poderão ficar desde já assentes determinados factos, ou, caso não fiquem, poderá desde logo ficar ciente que existirão matérias que não carecerão de qualquer alegação ou prova, nos termos do artigo 412.º do CPC.

Também nesta fase, as provas requeridas pelas partes devem ficar plasmadas no despacho saneador, como admitidas ou não, sempre respeitando a atendibilidade probatória prevista no artigo 413.º do CPC e, naturalmente, o contraditório das partes, em qualquer fase processual em caso de admissão ou produção probatória, estando acautelado no artigo 415.º do CPC.

É também nesta fase de instrução possível, por respeito à descoberta da verdade e justa composição do litígio que se acautele a produção antecipada de prova que se pode perder, não produzir ou destruir antes da fase do julgamento, onde, naturalmente, que através da imediação

o julgador contacta, o mais direto possível com as provas, o que fica acautelado com os artigos 419.º e 420.º do CPC⁴⁴.

⁴⁴ A produção antecipada de prova está legalmente prevista, bem como o seu modo de produção. Assim, dispõe o artigo 419.º do Código de Processo Civil que “[h]avendo justo receio de vir a tornar-se impossível ou muito difícil o depoimento de certas pessoas ou a verificação de certos factos por meio de perícia ou inspeção, pode o depoimento, a perícia ou a inspeção realizar-se antecipadamente e até antes de ser proposta a ação, e, ainda, no 420.º do mesmo Código que, no que respeita ao modo de produção, “[1] - O requerente da prova antecipada justifica sumariamente a necessidade da antecipação, menciona com precisão os factos sobre que há de recair e identifica as pessoas que hão de ser ouvidas, quando se trate de depoimento de parte ou de testemunhas. 2 - Quando se requeira a diligência antes de a ação ser proposta, indica-se sucintamente o pedido e os fundamentos da demanda e identifica-se a pessoa contra quem se pretende fazer uso da prova, a fim de ela ser notificada pessoalmente para os efeitos do artigo 415.º; se esta não puder ser notificada, é notificado o Ministério Público, quando se trate de incertos ou de ausentes, ou um advogado nomeado pelo juiz, quando se trate de ausentes em parte certa”.

4. Classificação metodológica da prova

A evolução da doutrina na classificação da prova, num estudo científico da mesma, é evidente. Se outrora as distinções se focavam na prova como pré-constituída e constituenda; pessoal e real; direta e indireta; representativa e indiciária, é certo que esta classificação e distinção, pese embora de muitíssima utilidade no estudo concreto da prova, está, também, algo ultrapassada.

Teremos que partir, hoje, do pressuposto que, metodologicamente, o conceito de prova, a prova em si mesmo, pode ser conhecida como atividade, meio ou, ainda, resultado⁴⁵.

Entender a prova como atividade prende-se com o facto de as partes processuais desenvolverem uma série de *démarches* no sentido de suportar a convicção do julgador sobre aquilo que o próprio artigo 341.º do CC prevê: a demonstração da realidade dos factos. Mas, naturalmente, que esta atividade está condicionada e dependente de formalismos e, naturalmente, daquilo a que trataremos doravante como sendo o ónus da prova⁴⁶.

Por sua vez, o entender da prova como um meio relaciona-se, naturalmente, com o conjunto de meios de prova, elementos constitutivos da realidade, de que a parte se vai munir para demonstrar efetivamente aquilo que entende ser a verdade da causa.

⁴⁵ A este respeito, veja-se o entendimento sufragado por JOSÉ MIGUEL BEZERRA, SAMPAIO E NORA e JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA *in* Manual de Processo Civil, 2.ª Edição (Reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 434-436.

⁴⁶ Importante dirimir a dúvida de que, de facto, “[o] significado essencial do ónus da prova não está tanto em saber a quem incumbe fazer a prova do facto como em determinar o sentido em que deve o tribunal decidir no caso de se não fazer essa prova, o que permite concluir que segundo os critérios de repartição dos ónus da prova, nos termos do art. 342º do C.Civil, o pleito será decidido contra a parte que não cumpriu esse ónus relativamente a factos indispensáveis à sua pretensão”, cfr. Ac. do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), datado de 05.04.2004, cujo rel. é Araújo Barros, com o número de processo 03B4375, com a última consulta a 03.07.2021, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

Ora, por último, ver a prova como um resultado significa o almejar do éden, o amadurecimento concreto, o concretizar do sonho, que é a transmutação do desejo à realidade, ou seja, o conseguir que, efetivamente, no espírito do julgador, esteja assente a convicção subjetiva quanto à ocorrência dos factos, o suficiente para decidir no sentido alegado, ainda que não a certeza absoluta (utópica) mas o suficiente para que na sua convicção a dúvida seja insuficiente para abalar a convicção formada. Assim, teremos, o grau razoável para a prolação de sentença.

CARNELUTTI⁴⁷, defende, claramente, que, no âmbito do processo, se espera que as partes integradas no caso e acicatadas pelo interesse ou pela paixão, tragam ao debate elementos de apreciação - razões e provas - que o juiz, mais sereno mas mais distante dos factos e menos activo, dificilmente seria capaz de descobrir por si⁴⁸.

No acórdão do TC com o n.º 86/88 (publicado no DR, II Série, n.º 93, de 22 de Agosto de 1988), definiu-se o direito de acesso ao direito e aos tribunais, plasmado no artigo 20.º da nossa CRP como "[entre] o mais, um direito a uma solução jurídica dos conflitos, a que se deve chegar em prazo razoável e com observância das garantias de imparcialidade e independência, possibilitando-se, designadamente, um correcto funcionamento das regras do contraditório, em termos de cada uma das partes poder «deduzir as suas razões (de facto e de direito), oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e discretear sobre o valor e resultado de umas e outras»"^{49,50}.

⁴⁷CARNELUTTI, FRANCESCO, Sistema del diritto processuale civile - Funzione e composizione del processo, Volume I, número 151, CEDAM, 1936-1939.

⁴⁸ Interpretação da citação existente no Acórdão do Tribunal Constitucional (TC) datado de 20.11.2019, cujo rel. é ALVES CORREIA, com o n.º de acórdão 1185/96, com o n.º de processo n.º 294/95, disponível para consulta em <https://www.blook.pt/caselaw/PT/TC/466853/>, com última revisão de consulta a 01.06.2021.

⁴⁹ Ac. do Tribunal Constitucional (TC), datado de 13.04.1988, com o número do processo n.º 235/86, referenciado no artigo SOUSA, MARIA BEATRIZ SEIXAS, *"O problema do princípio da imparcialidade na tentativa de conciliação"* in Revista JULGAR, Março de 2020, disponível para consulta online http://julgar.pt/o-problema-do-principio-da-imparcialidade-na-tentativa-de-conciliacao/#_ftn1, com última consulta em 01.09.2021.

⁵⁰ A este respeito, ver, também, ANDRADE, MANUEL A. DOMINGUES DE, *ob. cit.* p. 364.

Assim, nos dois grandes âmbitos de análise, a prova será um direito que, usufruído através dos meios de prova admitidos por lei, permitirá i) ao autor a demonstração dos factos que alega e que suportam a sua causa de pedir e o pedido, sempre respeitando as regras e excepções do ónus da prova e, por sua vez, ii) ao réu, provar a inexistência dos factos ou, ainda, provar ele mesmo a verificação de excepções (dilatórias ou peremptórias) ou, ainda, fazer valer um pedido, em si mesmo, reconvenicional, sempre respeitando as regras e excepções do ónus da prova.

É assim que será entendida, sobretudo, a prova, como um corolário manifestado do direito à ação e ao direito de defesa, que se subentendem do artigo 20.º da CRP, com o princípio do acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva que, também ele, teve consagração no Código de Processo Civil, em particular no artigo 3.º do mesmo.

Sucede que, naturalmente, também não podemos ficar indiferentes à posição sufragada por JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS⁵¹ de que este direito de provar não significa um livre arbítrio de todos os meios de prova, devendo, antes, acautelar-se que as mesmas não são ilegais, nem arbitrárias ou mesmo desproporcionadas, pelo que existem limitações quantitativas e qualitativas na produção de determinados meios de prova, mas já lá chegaremos.

Feito este introito e compreendendo a prova como atividade, meio e resultado, assente em critérios e limites quantitativos e qualitativos, será prudente compreendermos a sua outrora divisão metodológica que, também nesta sede, nos permitirá compreender algumas das suas necessidades e desafios atuais.

4.1. Prova pré-constituída

⁵¹MIRANDA, JORGE, MEDEIROS, RUI, Constituição Portuguesa Anotada, I volume, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, 323-324.

A prova pré-constituída é, ela mesma, uma realidade nos nossos dias. Desde logo porque, observando a fase processual dos articulados, existirão provas que são imediatamente juntas pelas partes e, mesmo estas, não serão necessariamente produzidas no julgamento perante o julgador, à luz do princípio da imediação, mas, antes, num momento anterior. Assim, o momento da criação probatória, da sua apresentação ao processo⁵², é já anterior ao seu surgimento, servindo, antes, para o avanço com a ação.

Falar de prova pré-constituída é indagar sobre a natureza quer material, quer documental, quer, em alguns casos mesmo pericial, de prova que sendo obtida previamente ao processo, se incorpora nos autos e só em alguns casos serão produzidas em sede de julgamento, partindo-se do pressuposto do natural respeito pelo princípio do contraditório.

A respeito do princípio do contraditório e da sua necessidade de acautelar quando se fala em prova pré-constituída veja-se o entendimento da jurisprudência⁵³ ao plasmar-se que “[o] exercício do contraditório em relação às provas pré-constituídas, como é o caso do documento que consubstancia um exame hematológico, concretiza-se por via da facultação à parte a quem devam ser opostas da impugnação da sua admissão e da respectiva força probatória”.

Há ainda quem entenda que a prova pré-constituída será aquela que, mesmo já no decurso do processo, não é produzida perante o julgador. Discordamos de tal classificação, porquanto, uma prova produzida no processo, como o é, por exemplo, a carta rogatória ou precatória, a perícia judicialmente requerida ou a verificação não judicial qualificada, surgem já no âmbito de um processo judicial.

4.2. Prova constituenda

⁵² Sem prejuízo de, posteriormente, poder haver, ou não, produção desta prova em sede de julgamento.

⁵³ Ac. do STJ, datado de 27.04.2005, cujo rel. é SALVADOR DA COSTA, com o n.º de processo 05B1238, consulta revista em 10.08.2021, disponível em www.dgsi.pt.

Diferente da prova pré-constituída será, de facto, a prova constituenda, ou seja aquela prova que, ao abrigo do processo civil, será aquela que é, naturalmente, apreendida no decurso do processo e, em alguns casos, produzida, mesmo, pelo e perante julgador (mas, naturalmente, que implica a ação das partes ou a *démarche* oficiosa do julgador).

Veja-se que, para qualquer distinção desta monta, é absolutamente indiferente quem tenha apresentado o meio de prova. O que importa para a diferenciação entre prova pré-constituída e prova constituenda é o momento da sua formação.

Assim, a prova constituenda é a que se forma no processo e a prova pré-constituída será a que foi formada antes do processo, utilizando-se no decurso do mesmo.

A distinção não poderia ser de outra forma, até mesmo pela consideração evidente de que é “[claro] que o juiz pode julgar desnecessária a produção de meios de prova constituenda propostos pelas partes, já que apenas quando necessário é que se procede à produção das provas que elas propõem (na petição e na oposição: art. 303-1)”⁵⁴.

4.3. Prova pessoal

Aqui chegados, a prova também poderá ter uma classificação quanto ao modo que lhe subjaz, isto é, se é conexa com um ser-humano ou se está patente numa coisa.

Quando falamos de prova pessoal, é evidente que a conectamos a uma pessoa, e os exemplos desta classificação ao nível da interpretação e aplicação do direito substantivo e processual são evidentes.

⁵⁴FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, MACHADO, ANTÓNIO MONTALVÃO E PINTO, RUI, Código de Processo Civil - Anotado - Volume 2º Artigos 381.º a 675.º (2ª Edição), Coimbra Editora, 2001, p. 30.

No âmbito do direito substantivo as provas encontram-se reguladas nos artigos 341.º e ss. do CC.

Temos, assim, a confissão, prevista no artigo 352.º do CC, que naturalmente implica uma pessoa, ou seja, é um exemplo clássico da prova pessoal; a prova pericial é *dubia* pois terá em si tanto de real como de pessoal, mas, no que concerne com a prova ao nível pessoal é o exemplo dos esclarecimentos prestados pelos peritos em sede de julgamento, porquanto foram eles que produziram um meio de prova, respondendo a quesitos, regulada no artigo 388.º e ss. do CC; A prova por inspeção, prevista no artigo 390.º do CC é, também ela, prova pessoal, porquanto percecionada diretamente pelo julgador; A prova testemunhal, prevista no artigo 392.º do CC é a *mater* da prova pessoal, pois é produzida por terceiros às partes que querem contribuir para a formação da convicção do julgador.

4.4. Prova real

Por sua vez, a prova real é tudo aquilo que não seja constituído por pessoas, mas antes por coisas. Estamos, perante o suporte, o local, de onde se vai extrair a prova. Claro que aqui se consubstancia a problemática da prova documental, porque, regra geral, esta prova está, em si mesma, vertida em documentos – pensemos nos *printscreens*, nas fotografias, nas certidões – e, naturalmente, que substantivamente é uma prova admitida prevista no artigo 362.º e ss. do CC.

Sucede que, quanto à prova real, há quem discorde da inserção dos documentos enquanto prova real, mas distinta, separando os documentos das coisas⁵⁵, mas o que é um documento senão uma coisa?

⁵⁵ FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, “A ação Declarativa Comum – À luz do Código de Processo Civil de 2013”, 3.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 202.

Assim, para nós, e de acordo com aquilo que temos que perceber, é que a prova pode estar inserida em vários suportes, sendo um deles o documental, mas o seu modo de apresentação (através de documento) não significa que possamos – ou devamos – afastar sem uma análise casuística os documentos da noção de prova real.

Pensemos, por exemplo, na prestação de prova testemunhal por escrito. Temos, naturalmente, o artigo 518.º do CPC que admite o depoimento escrito, designadamente quando “[se] verificar impossibilidade ou grave dificuldade de comparência no tribunal”, no qual “[pode] o juiz autorizar, havendo acordo das partes, que o depoimento da testemunha seja prestado através de documento escrito, datado e assinado pelo seu autor, do qual conste relação discriminada dos factos a que assistiu ou que verificou pessoalmente e das razões de ciência invocadas”. Esta prova testemunhal, prestada por escrito, não é uma prova, como veremos, direta, porquanto não está a ser produzida à luz da imediação, perante o julgador. Mas está num suporte documental. A prova é pessoal, porque tem o depoimento de uma pessoa, mas, é, também em si, real, porque é uma exceção ao princípio da imediação e não poderá ser tratada, sem mais, como mera prova pessoal.

É óbvio que este modo de prestar depoimento não poderá assemelhar-se ao depoimento presencial, mitigando, sim, o princípio da imediação (mas esta exceção é admissível, como veremos, com o *Webex*, *Whatsapp*, *Skype* e videoconferência). Mas não podemos segregar a prova sem mais. Tendo, sim, uma conjugação de duas classificações.

4.5. Prova direta

Além das distinções *supra*, a prova poderá, ainda, quanto ao seu modo de apresentação. “Probar una intenciónes una tarea complicada, porque las intenciones non sonhechos externamente observables”⁵⁶.

⁵⁶LAGIER, DANIEL GONZALEZ, La Prueba de la intención y el principio de racionalidad mínima, Jueces para la democracia, n.º50, 2004, pp. 41-51, disponível em http://dialnet.unirioja.es/servlet/dcfichero_articulo?codigo=964175, última consulta em 07.03.2020.

A tendência da classificação distintiva entre prova direta e indireta é comum ser associada ao processo penal, mas é evidente que no processo civil esta distinção se reputa como essencial e a sua classificação, mesmo para efeitos de graduação da prova.

Se, por um lado, a prova direta é vista, em alguns casos, como tendo uma incidência direta sobre o facto a provar, a indireta é entendida, em alguns casos, como tendo uma ramificação sobre factos que se extrapolam ao nível dos temas da prova que, à luz do *bonus pater familiae*, das regras de experiência comum, permitirão ao julgador a formação de uma conclusão.

Este entendimento, colhido e acolhido na própria jurisprudência⁵⁷, a nosso ver, será, efetivamente, pegando na veste do julgador, perceber se as provas, perante si, na sua esfera, serão diretas ou indiretas. Isto é, se ente o julgador e o facto a provar existe um contacto imediato ou mediato. Seguindo a linha de raciocínio de CARNELUTTI⁵⁸, de que, o que importará à distinção é apurar o que é que afetou a convicção do julgador ou como é que se formou a sua convicção: se, em modo espacial, a convicção se formou de modo direto, isto é, um contacto concreto, imediato e percecionado pelos próprios olhos do julgador *in loco* ou, antes, um contacto através de um outro meio.

Diferente será ver um local com defeitos através de fotografias e ir ao local e percecionar, com a sua própria veste, os defeitos (numa, por exemplo, que é a indireta, não é possível ao julgador aplicar todos os seus sentidos, na outra, a direta, até o olfato é trabalhado na produção probatória).

⁵⁷ A título exemplificativo veja-se o Ac. do Tribunal da Relação do Porto (TRP), datado de 28.02.2018, cujo rel. é MARIA ERMELINDA CARNEIRO, com o n.º de processo 156/16.OPIVNG.P1, última revisão e consulta a 07.10.2019, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

⁵⁸ CARNELUTTI, FRANCESCO, *La prova Civile*, Milão, Giuffrè, 1992, pp. 54-56.

A prova direta é aquela que o julgador tem uma apreensão imediata, por isso mesmo, da realidade dos factos em que vai formar a sua convicção.

4.6. Prova indireta

Seguindo-se o *supra* exposto, a prova será indireta quando, efetivamente, existe um mecanismo entre o julgador e a produção probatória que, pese embora a levarem ao conhecimento deste, não é uma apreensão imediata. O contacto do julgador com a prova não é direto, existindo quase que uma relação triangular na produção da prova, um mensageiro, um homem da palha, que mais não é do que o obstáculo à percepção direta (muitas vezes, é certo, impossível).

No âmbito desta prova indireta, que dificultam a tarefa do julgador na análise da prova, porque, já se dizia “ver, para crer”, podemos ter uma subdivisão da prova indireta em representativa e indiciária.

É certo que o “[o] raciocínio jurídico é diverso do que acontece em outros campos científicos. Enquanto o médico, por exemplo, após investigar exaustivamente os sintomas que o seu paciente apresenta, pode, em razão das suas fundadas dúvidas, reconhecer, com honestidade, a ausência de um diagnóstico preciso, o juiz tem que julgar se a pretensão deduzida pelo autor deve ser acolhida ou rejeitada”⁵⁹.

4.7. Prova representativa

Como se viu, na prova indireta, pese embora o objeto ser o facto a provar, a obtenção da mesma não tem uma percepção direta, um contacto imediato do julgador, mas, antes, chega ao julgador por outros meios de prova, o que a distingue, sem mais, da prova direta.

Como o próprio nome indica, a prova representativa está em representação na sua chegada ao conhecimento do julgador: que é o exemplo clássico da prova documental e da prova pericial. Não foi o julgador que viu aqueles documentos serem criados, nem viu a prova pericial ser realizada, a mesma é produzida perante si num suporte, ou seja, há um meio de prova que interfere no conhecimento direto, e, aí, temos, sim, o meio de representação da realidade, a que

⁵⁹CALAMANDREI, PIERO, *Processo e democrazia*, Padova, CEDAM, 1954, p. 24.

o julgador irá dedicar tempo à sua análise e ponderação, quer segundo critérios legais, quer, ainda, sobre critérios da sua livre convicção e regras da experiência comum.

4.8. Prova indiciária

Por sua vez, a prova pode, também, ser indiciária. Trata-se, assim, de meras *dicas*, indícios, manifestações, que vão levar a que haja uma contaminação e influência na formação da vontade do julgador.

O exemplo paradigmático e vertido no nosso direito substantivo é a existência das presunções previstas no artigo 349.º do CC na medida em que se caracterizam como sendo “[ilações] que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido”.

Na avaliação da prova indiciária terá, sempre, que se analisar, devidamente, o respeito pela:

- i) Causalidade, ou seja, todo e qualquer efeito tem como precedente uma causa determinada, a dita normalidade com que concluiremos.
- ii) Oportunidade, no sentido de que o facto terá uma análise concreta e casuística.
- iii) Normalidade, no sentido de que é necessário concretizar o abstrato, analisando-se a prova como um todo e, valorando em conjunto, permitirá, um conhecimento, numa certeza concreta (ainda que não absoluta).

5. O ónus da prova

Já temos a convicção de que a prova não significa a tradução de uma certeza absoluta, mas, sim, o almejar de um grau de probabilidade suficiente para a tomada de decisão. “A prova não visa obter a certeza absoluta da verificação do facto, antes se baseia numa certeza subjectiva assente na livre convicção do julgador”⁶⁰, sendo que “[n]ão se exige, pois, uma certeza absoluta de carácter científico, mas um elevado grau de probabilidade”⁶¹.

Portanto, para que a prova seja devidamente valorada, terá em si mesmo que ver respeitado o ónus da prova, previsto no artigo 342.º do CC. Assim, é no direito substantivo que se encontram as regras da distribuição do ónus da prova, essencial à aplicação da lei pelo próprio julgador.

Claro que, esta lógica de aplicação e valoração da prova consoante o respeito pelos réus pressupostos, se extrai da doutrina do processualista alemão LEO ROSENBERG, no sentido de que o julgador está obrigado a verificar toda a produção de prova e os seus limites.

PEDRO FERREIRA MÚRIAS, defende que “[nenhuma] norma pode ser aplicada sem que o juiz se convença da verificação de todos os seus pressupostos [, extraindo-se] daí que a recusa de aplicação sucederá tanto quando o juiz se convença da não verificação de um ou mais dos elementos da factispecies (Tatbestand) da norma a aplicar, quanto quando o juiz não se convença quanto à sua não verificação. Quer isso dizer, então, que «a parte cuja pretensão processual não pode ter sucesso sem a aplicação de determinada norma jurídica suporta o ónus da alegação e da prova de que os elementos da *facti species* dessa norma se verificaram de facto na situação»”⁶².

⁶⁰ Ac. do Tribunal da Relação de Évora (TRE), datado de 27.04.2017, cujo rel. é MÁRIO COELHO, com o número de processo 338/10.9TBRMR-A.E1, consultado em 03.10.2018, disponível em www.dgsi.pt.

⁶¹ Ac. citado *idem*.

⁶² MÚRIAS, PEDRO FERREIRA, Por Uma Distribuição Fundamentada do Ónus da Prova, Lex, Lisboa, 2000, pp. 18 e 43-44.

Quando falamos de regras de decisão, é evidente, nem poderia ser de outra forma, que se trata da regulação do ónus da prova em função *non liquet* probatório, que, bem se sabe, verificando-se significa que não foi feita qualquer prova quanto aos factos a provar.

Assim vejamos, prova, sim, mas a quem incumbe a prova e qual o ónus da prova? É que, de facto, são questões distintas.

5.1. Regra geral

Em primeiro lugar, é preciso clarificar que o ónus da prova é um instituto de direito material e não um dever de prova. Está regulado, concretamente, nos artigos 342.º e ss. do CC, “[que] pode ser definido como a regra de julgamento da causa segundo a qual, num contexto processual onde sobressaem os princípios do inquisitório (artigo 411º do CPC) e da aquisição processual (artigo 413º do CPC), a parte (autor ou réu) que invoque a seu favor uma situação jurídica tem contra si o risco de não serem adquiridos no processo os factos positivos ou negativos que, segundo a lei material, são idóneos a fazer nascer a situação jurídica favorável invocada, ficando, assim, essa parte processual sujeita à improcedência da sua pretensão no caso de insuficiência da aquisição processual dos factos fundamentadores da situação jurídica invocada”⁶³.

A distribuição do ónus da prova, à semelhança dos ensinamentos alemães, está implícita na regulação substantiva e, por isso, evita a insegurança jurídica.

O artigo 342.º do CC plasma a regra geral, de que “[àquele] que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado”. Não pode haver confusão entre a disposição substantiva (342.º do CC) da disposição processual (414.º do CPC). O primeiro tem relação com

⁶³ Ac. do TCAS, datado de 10.03.2016, cujo rel. é PAULO PEREIRA GOUVEIA, consulta revista a 15.03.2019, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

o *non liquet* de mérito, já o segundo tem relação com o *non liquet* fáctico. Provar, também não é alegar⁶⁴.

Assim, regra geral, quem é autor ou requerente de uma ação terá, em si mesmo, o encargo de realizar a prova dos factos suscetíveis de tornar verdadeiro o direito de que se invoca/arroga titular. Mas nem sempre será assim.

5.2. Exceções

Ao nível de exceções, desde logo no direito civil, em particular no n.º 2 do artigo 342.º do CC, sempre constará que “[a] prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita”, ou seja, a primeira grande exceção tem a ver com a natureza dos factos e como eles podem afectar o ónus, invertendo-o para a parte contra quem a invocação é feita.

Sabemos, nós, que falar de ónus *probandi*, nos conecta, de imediato, aos factos da causa, ou seja, aos factos controvertidos, em discussão, e, naturalmente, que quem se arroga titular desses factos que permitem um direito, terá, em regra, o ónus da prova.

Claro que incumprido o ónus da prova, não se conseguindo lograr provar por ausência total de respeito de prova, e não por valoração probatórias, as consequências da omissão ou não realização são, de facto, a liquidação do facto como contrário ao pretendido⁶⁵.

Mas afinal de contas, o que são estes factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito, sabendo-se que, ressaltando dúvida, os factos devem ser considerados como constitutivos do direito?

⁶⁴ CASTRO, ARTUR ANSELMO, *Direito Processual Civil Declaratório*, Vol. III, Coimbra, Almedina, 1982, p. 355, defende que “[o] ónus de alegação é determinado pelo ónus da prova, e não este pelo primeiro”.

⁶⁵ ANDRADE, MANUEL A. DOMINGUES DE, *ob.cit.*, p. 196.

Segundo JOSÉ ALBERTO DOS REIS⁶⁶, teremos, primeiro, o que é o direito constituído, ou seja, os factos que o constituem, que, serão os “[idóneos], segundo a lei substantiva, para fazer nascer o direito que o autor se arroga contra o réu, isto é os factos de que depende o êxito da pretensão que o autor se propõe fazer valer, ou, por outras palavras, de que depende a procedência da acção”⁶⁷.

Os factos impeditivos são os que obstam a que o direito seja exercido; os modificativos, são que o alteram, criando mutações na sua exigibilidade; e, os extintivos, são os que destroem a sua possibilidade.

A importância destes factos é, também, crucial, ao nível das exceções peremptórias do processo.

Nos termos do artigo 576.º do CPC, em particular no n.º 3, prevê-se que “[as] exceções peremptórias importam a absolvição total ou parcial do pedido e consistem na invocação de factos que impedem, modificam ou extinguem o efeito jurídico dos factos articulados pelo autor”.

Claro que o réu, por exemplo, que se defenda por exceção em contestação, por uma prescrição presuntiva, vai-se socorrer de um facto (a prescrição) que não extingue o direito (do pagamento) e o ónus da prova de que, neste caso, não está prescrito, é realizado na esfera do autor, pois a alegação do facto extintivo situa-se contra este. Sucede que, no caso da alegação, esta não fica prescindida, aliás, no exemplo dado, é importante realçar que “[o] efeito da prescrição presuntiva não é, propriamente, a extinção da obrigação, mas antes a inversão do ónus da prova que deixa de onerar o devedor que, por isso, não tem de provar o pagamento, para ficar a cargo do credor, que terá de demonstrar o não pagamento”, e, ainda, que, “[a] inversão do ónus da prova não dispensa o devedor de alegar o pagamento, juntamente com a alegação da prescrição presuntiva, para dela se poder prevalecer”, tudo conforme Ac. do TRL, datado de 20.12.2017, cujo rel. é

⁶⁶ REIS, JOSÉ ALBERTO DOS, Código de Processo Civil Anotado, vol. III, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

⁶⁷ REIS, JOSÉ ALBERTO DOS, *idem*, p. 282.

ONDINA CARMO ALVES, com o n.º de processo 43/15.OT8MFR.L1-2, revista a sua consulta a 20.07.2020, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

Além do *supra* mencionado, no próprio artigo 343.º do CC dispõe-se, especificamente, acerca das regras de distribuição do ónus da prova.

Nas acções de simples apreciação ou declaração negativa, este ónus da prova está atribuído ao réu, que terá que fazer prova dos factos constitutivos do direito que se arroga titular.

Por sua vez, nas acções que devam ser propostas dentro de certo prazo a contar da data em que o autor teve conhecimento de determinado facto, cabe ao réu a prova de o prazo ter já decorrido, salvo se outra for a solução especialmente consignada na lei, onde se extrai o exemplo das acções de denúncia de defeitos e desconformidades do direito de consumo. Estaremos perante a caducidade da acção, sendo certo que, também esta, sendo uma excepção perentória, a mesma só será conhecida de modo oficioso pelo julgador quando versar sobre matéria excluída da disponibilidade das partes, conforme o indica o artigo 333.º do CC, pelo que nos restantes casos, a distribuição efetiva do ónus probatório prevalece.

E, ainda, quando ao Autor, a quem incumbe fazer prova do direito que se arroga, vir o seu direito sujeito a condição suspensiva ou a termo inicial, cabe, ao próprio Autor, ainda, a prova de que a condição se verificou ou que o próprio termo se venceu, bem se sabendo que se o direito estiver sujeito a condição resolutiva ou a termo final, caberá, sim, destarte, ao Réu provar a condição ou o vencimento do prazo.

5.3. A distribuição do ónus da prova

Como vimos *supra*, o ónus da prova não é estático, mas, antes, dinâmico consoante a realidade concreta de cada processo. Mas além da regra geral e das excepções em que trabalhamos, teremos, ademais, que nos debruçar sobre a inversão do ónus e, ainda, da verificação de presunções que o alteram.

O ónus da prova não é tarefa fácil e indubitável sendo, antes, uma composição de factores dependentes, sempre, de uma realidade concreta.

Assim, haverá uma inversão automática do ónus da prova (quer quanto às exceções, quer quanto à regra geral), no momento em que exista uma presunção legal, dispensa ou liberação do ónus, bem como no momento em que exista uma convenção válida à luz da autonomia da vontade e liberdade contratual ou sempre que a lei o permita.

O ónus também se inverterá quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a sua execução, sem prejuízo de outras cominações, o que é exemplo o artigo 429.º do CPC.

Assim, vejamos.

As presunções, previstas e tratadas em sentido lato nos artigos 349.º e ss. do CC, podem ser legais ou judiciais, sendo que se traduzem em singelas “[ilações] que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido”. Para a inversão do ónus da prova operar, é exigível que se trate de uma presunção legal, *praesumptio juris*. Isto porque, efetivamente, as presunções podem ser de uma dupla natureza.

Atenção especial merece o facto de que a presunção não ser uma garantia efetiva da existência do direito, mas, antes, uma facilidade ao nível da prova quanto a quem beneficia da presunção. Dispõe o artigo *supra* que “[quem] tem a seu favor a presunção legal escusa de provar o facto a que ela conduz”, sendo certo que “[as] presunções legais podem, todavia, ser ilididas mediante prova em contrário, excepto nos casos em que a lei o proibir”.

Além de todo o *supra* exposto, estas presunções legais poderão ser *juris et de jure*, no momento em que bloqueiam qualquer possibilidade de prova em contrário ou, ainda, *iuris tantum*, quando podem ser afastadas por prova. Enquanto no caso das presunções *juris et de jure*, o que acontece é que fica impossibilitada a prova do contrário, no segundo caso, das *iuris tantum*, inverte-se o

ónus da prova. Assim, haverá inversão do ónus da prova quando estejamos perante uma presunção legal *iuris tantum*, sendo que, se existir dúvida, a presunção será *iuris tantum*⁶⁸.

⁶⁸ A este respeito, cfr. SERRA, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ, “Provas (direito probatório material)” in Estudo preparatório para o Código Civil. - Sep. Boletim do Ministério da Justiça n.ºs 110 a 112, Lisboa, 1962, p. 35.

CAPÍTULO II

DOS MEIOS DE PROVA

★ ★

§ Nota introdutória ao Capítulo II. 1. Dos meios de prova. 1.1. Prova por confissão e por declarações de parte. 1.1.1. A confissão. 1.1.2. Dos depoimentos de parte. 1.1.3. Das declarações de parte. 1.2. Prova documental. 1.3. Prova pericial. 1.4. Prova testemunhal. 1.5. Prova por inspeção. 2. Da livre apreciação da prova pelo tribunal e do dever de fundamentação: um ponto de partida 3. Da impugnação da prova após a produção por meios de prova.

§ Nota introdutória ao Capítulo II

Os meios de obtenção de prova são, digamos, o instrumento que se utiliza no apuramento da prova em si mesma. Têm, em si, uma relação umbilical.

Pensemos na prova de uma relação jurídica de consumo, onde, para apurar esta prova, precisamos de analisar documentos (prova documental). Os documentos funcionam como meio de prova idóneo à constatação, ou não, da relação jurídica.

1. Dos meios de prova

Conforme já fomos desvendando, o Direito Processual Civil, vulgarmente também acarinhado de Contencioso Civil, surge associado ao dogma da importância da leitura da prova, prova esta colhida e prevista, naturalmente, em modos substantivos. E, de facto, só assim faz sentido. A boa decisão da causa, a busca e a descoberta da verdade (seja ela qual for), acabam por surgir guiadas por princípios norteadores do processo, dos quais temos que destacar a oralidade e a imediação, pese embora *infra* nos dediquemos, em exaustão, aos mesmos.

A prova surge para o julgador com a sua necessidade de a interpretar, indagar sobre ela e observar, como quando estamos a dar os primeiros passos, numa lógica de aprendizagem de tentativa-erro até almejarmos um resultado. A consagração do princípio da imediação é, em si, isso mesmo, o contacto direto, palpável, do juiz com a prova em julgamento e da sua análise: dos gestos, tom de voz, postura, firmeza e convicção.

A prova produzida em Audiência de Discussão e Julgamento grava-se, é certo, mas apenas o áudio, não sendo captado por este todo o universo de sensações que acontecem naquela sala de julgamento e que contribuem, ativamente, para a formação da convicção do julgador, que, mais recatado, num momento posterior, elaborando as suas decisões, a relembra, num universo de situações que teve, no imediato, possibilidade de captar e analisar.

Não podemos, de facto, comparar a prova produzida numa sala de audiência de discussão e julgamento, despida de máscaras, que acontece a *olho nú*, analisada sem artifícios ou distanciamentos tecnológicos com a realidade que, agora, em pleno século XXI e após Março de 2020, tem vindo a ganhar significado premente na gestão da Justiça.

Se é verdade que já há muito que se vem a discutir a importância do advento tecnológico no direito, o que ganha força com a implementação de novos meios tecnológicos de produção de prova (e, neste caso, não falamos de meios de captação), vimo-nos deparados com a sua obrigatoriedade de implementação para que se assegurasse aquilo que impera como bem superior: a saúde pública.

O que é certo é que a própria *saúde* da justiça acaba inquinada porque o recurso ao *Cisco Webex* como meio tecnológico *mater* de produção de prova vem lançar desafios, não solucionados, indagados ou planeados previamente, e colocar o julgador em confronto com algo que não consegue captar.

Sejamos francos: a influência psicológica de alguém ter que se deslocar a Tribunal para prestar depoimento ou declarações perante um órgão de soberania, onde se sente visceralmente as emoções, ainda que jure em qualquer lugar, não é a mesma de estar a prestar depoimento ou declarações, na sua zona de conforto, acompanhado quer de documentos, quer de resumos no ecrã, quer de pessoas, afastado de toda a realidade processual.

E esta diferença, que muito poderia ser aplaudida por uma questão, mesmo, de agilização tecnológica vem, antes, trazer uma nova questão: poderemos, sem mais, tratar o Processo Civil da mesma forma, com a mesma interpretação dos seus princípios base? Ou, por outro lado, será que também se alterou o Processo que o conhecemos e as necessidades de tutela da boa decisão da causa e descoberta da verdade ganham, também, agora, uma nova convicção: a de possibilitarmos a maior fiabilidade e segurança na produção da prova, seja ela qual for, com recurso a estes meios tecnológicos.

É que, atrás de um ecrã, todos são aquilo que querem ser, demonstram aquilo que querem demonstrar e esta distância virtual, que nos agiliza, mas afasta, leva a que o próprio processo seja influenciado.

Que verdade é esta?

O nosso Código Processual Civil tem vindo a colher em si diversos afloramentos do princípio da imediação e da oralidade, ou seja, da proximidade que se tem que salvaguardar de existir entre o julgador e a prova a produzir. Não se vislumbra uma prova produzida num alheamento virtual, mas, antes, sempre que possível, assegurar o contacto direto, pleno, entre o julgador e a prova a produzir, produzida perante si, permitindo-lhe, àquele, extrair da mesma os juízos de sensibilidade necessários para a valorar (ao abrigo, claro está, da livre convicção do julgador).

O artigo 500.º do CPC sob a epígrafe lugar e momento da inquirição veio a contribuir, em muito, para o levantar do véu do afloramento do que se pretende considerar o princípio da imediação e da oralidade. Isto porque, de facto, no que respeita à prova testemunhal, esta poderá ser produzida, como dispõe no número 1 do referido artigo, presencialmente ou através de teleconferência.

Sucedem que, de facto, a possibilidade da inquirição por teleconferência, ou se quisermos, por meio tecnológico (que o é), encontra-se especificada no artigo 502.º do CPC onde se estipulam os casos em que esta inquirição é, assim, possível.

Se há identidade comum entre as exceções é a de que, de facto, tem que existir um distanciamento entre a prova a produzir (neste caso as testemunhas) e o local onde se encontra sediado o tribunal onde corre o processo, incluindo-se, aqui, naturalmente, as questões que envolvam o estrangeiro.

Claro que neste artigo 502.º do CPC esta inquirição vai ocorrer, como o artigo o prevê, “[por] meio visual e sonoro, em tempo real, sempre que no local da sua residência existam os meios tecnológicos necessários”.

Ora, estamos, então, perante um conceito indeterminado onde, pela abertura do dispositivo, cabem diversos meios tecnológicos, tais como aplicações e plataformas de gravação, desde que se assegure o meio visual e sonoro, em tempo real.

O legislador, com a reforma processual que operou, quis, de facto, contribuir ativamente para a agilização da produção probatória, no caso específico da produção de prova testemunhal, pelo que, ao atribuir uma indeterminação no que seria o meio idóneo e apto à produção da prova, leva a que surgissem diversas dúvidas e dificuldades quanto à sua idoneidade. Sucede que, pese embora todas as questões que se suscitam, o que é certo é que nos termos do artigo 6.º do CPC o julgador terá, sempre, na sua alçada, o poder de agilizar a justiça o que, preenchidos os requisitos, poderá ser através dos mecanismos de agilização processual.

Uma breve nota de que, pese embora o poder de as partes se oporem a este recurso, a oposição deve ser fundamentada e só poderá ser procedente se algum dos seus direitos, enquanto partes processuais, fique coartado, o que, em muitos casos, não se verifica.

Isto porque, se as partes, pese embora a produção por meios tecnológicos, continuam a poder formular, na instância, qualquer contraditório perante a produção probatória em causa, bem como a deduzir todos os incidentes que reputeem como pertinentes, auxiliares da boa decisão e descoberta da verdade, consubstanciando a defesa dos seus interesses, não existirá fundamento para a oposição à celeridade e agilização da justiça.

Coisa diferente verifica-se, quando, de facto, não estejamos perante uma situação de distanciamento físico, impulsionado por questões territoriais, e, ainda assim, o julgador queira aplicar, quer à prova testemunhal, quer a outra realidade probatória, a inquirição e produção probatória por meios técnicos e à distância.

Por um lado, bem se sabe que os princípios da oralidade e da imediação não são estanques na realidade processual, desde logo porque, se fortemente contribuidores para a boa decisão da causa e descoberta da verdade, por outro lado terão, também, que ser aplicados em bloco e analisados numa leitura e aplicação com união a todos os princípios processuais que existem, em particular o da gestão processual.

É através, também, destes princípios que o julgador, o analista e órgão decisor dos factos e do processo, vai contactar com a realidade que lhe é demonstrada, num juízo de sensibilidade, sempre que tenha que recorrer à sua livre convicção e à sua experiência comum, analisando a verdade que lhe é demonstrada.

Ora, claro que se é fácil mentir, corrompendo a verdade, o legislador quis, de facto, garantir que, pelo menos, só em casos muito excepcionais se permitia que o distanciamento entre o julgador e a prova acontecesse de facto. Isto porque se garante a busca da verdade, bem sabendo das fragilidades das versões fáticas e da dificuldade da prova.

Naturalmente que estes princípios devem prevalecer, e permanecer, em todo e qualquer processo, em particular no momento chave, onde todos têm que ter laivos de iluminação: os advogados, para desempenharem a sua função; as partes, na prova que têm que respeitar cumprindo o seu ónus e, por último, mas não menos importante, o julgador, que tem que rastrear o que lhe foi produzido e conceder a convicção daquilo que aparentou, em si e perante si, como a verdade *prima facie*.

Sabemos, assim, de forma absolutamente concludente que o princípio da imediação se traduz no contacto pessoal entre o julgador e a prova, seja ela qual for. Assim, há uma garantia deste contacto direto: quer entre o julgador e a prova produzida, por exemplo, por pessoas (seja testemunhal, declarações ou depoimentos de parte) cujas declarações irão ser valoradas, como ainda, com os documentos que servirão para fundamentar a decisão da matéria de facto, sejam eles digitais ou não.

Assim, impõe-se que o julgador contacte com o processo de modo tão próximo que não seja perante ele um estranho.

Por sua vez, o princípio da oralidade constitui, também, uma pedra basilar do processo civil, aqui, mais, no modo de produção da prova, ou seja como ela, sempre dependente do contacto direto, imediato, vai chegar ao julgador. Em regra, perante si, ou seja, a prova que seja possível (e assim se exija), será, de facto, realizada oralmente.

É evidente, de facto, que não há regra sem exceção e que do mesmo modo que já fomos avançando, também no que ao princípio da oralidade respeita, e em parte, quanto ao princípio da imediação, existem exceções.

As legais, ou seja, as que já fomos levantando o véu, fruto de uma necessidade de agilização e do espírito legislativo, no sentido de celeridade processual, respeitando as distâncias transfronteiriças e garantindo que estas não invalidam a produção de prova.

Mas repare-se, que esta informatização do direito, em particular da produção probatória, tem na legislação um espírito de exceção, porquanto se anseia, e muito, salvaguardar, de facto, a oralidade e a facilitação do respeito pelo princípio da imediação ao julgador.

Naturalmente que esta utilização dos meios tecnológicos, nestes casos, vem, em muito, facilitar a realização da audiência de discussão e julgamento e, por isso mesmo, contribui para a celeridade, economia processual e produção de prova.

Mas nem tudo é isento de riscos. E essa noção, consciência, de que as provas, principalmente a que envolve testemunha, é apreciada segundo critérios de livre convicção do julgador, ou seja, no fundo, a sua sensibilidade, leva a que não seja a regra o recurso à informatização e digitalização.

Relembremos, apenas, os ensinamentos de MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, ao indicar que esta convicção do julgador *vg.* do tribunal se forma segundo “[r]egras de experiência social, científica ou técnica e por afirmações genéricas de probabilidade causal”⁶⁹, contribuindo-se, assim, de facto, para a busca e a descoberta da verdade material.

Claro que os meios tecnológicos muitas vezes permitem a possibilidade da prova. Pensemos numa testemunha que se encontra fora do país e só dessa forma poderá ser inquirida, de forma mais célere. Mas, esta facilidade, admissível excecionalmente, tem riscos, riscos que vão ferir, também, a leitura que o julgador fará ao abrigo da livre apreciação.

No entanto, vivemos tempos de desafios. Até porque o facto de estarmos isolados nos torna, também a nós, mais atentos, mais críticos, mais intolerantes e, de um ou outro modo, mais espectadores críticos, tal e qual treinadores de bancada, mas que entram por dentro do campo, da vida que atualmente vivemos.

Também nós, independentemente da posição que desempenhamos na justiça vemos, nesta era, a oportunidade de resolver questões iminentes, de suscitar problemas e de os estudarmos, por entre os livros, ora com chuva, ora com sol, que nos faz sermos reclusos da nossa própria história.

A realidade da pandemia Covid-19 tem trazido desafios nas mais diversas áreas, e também nas do direito, pelo que, nestas que nos chamam à responsabilização, basta vermos a evolução do consumo online e os desafios ao nível, num exemplo muito modesto, do direito do consumo.

Claro que, desde 2020, que a justiça também sofreu com a pandemia. Em primeiro lugar, pela diminuição da velocidade com que os tribunais conseguem trabalhar, quer pela instituição do

⁶⁹ SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, “A livre apreciação da prova em processo civil” *in* “Scientia Iuridica”, Tomo XXXIII, 1984 p. 134.

regime de teletrabalho obrigatório, quer pela alteração à realização de diligências processuais quer, ainda, pelas suspensões dos prazos.

Assim, atualmente, já no ano de 2021, pela Lei n.º 4-B/2021, publicada no DR n.º 21/2021, 1.º Suplemento, Série I de 2021-02-01, voltamos a aferir da suspensão dos prazos, bem como uma dicotomia entre processos urgentes e não urgentes. Estes últimos, apenas com diligências e atos processuais realizados, conforme dispõe o artigo 6.º-B n.º 5, alínea c), com a questão de que “[todas] as partes o aceitem e declarem expressamente ter condições para assegurar a sua prática através das plataformas informáticas que possibilitam a sua realização por via eletrónica ou através de meios de comunicação à distância adequados, designadamente teleconferência, videochamada ou outro equivalente”. Por sua vez, ainda no que concerne com o referido artigo mas, desta vez, no seu número 7, relativo a processos urgentes, cuja tramitação ocorre em meandros da normalidade possível, há que fazer a destrição.

Se, por sua vez, quando se trate de “diligências que requeiram a presença física das partes, dos seus mandatários ou de outros intervenientes processuais, a prática de quaisquer atos processuais e procedimentais realiza-se, se não causar prejuízo aos fins da realização da justiça, através de meios de comunicação à distância adequados, designadamente teleconferência, videochamada ou outro equivalente”, o que significa que para que se recorra a estes meios de comunicação à distância, adequados, tem que existir uma garantia de que não há prejuízo aos fins da realização da justiça.

Por sua vez, “[q]uando não for possível a realização das diligências que requeiram a presença física das partes, dos seus mandatários ou de outros intervenientes processuais, nos termos da alínea anterior, pode realizar-se presencialmente a diligência, nomeadamente nos termos do n.º 2 do artigo 82.º da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto, competindo ao tribunal assegurar a realização da mesma em local que não implique a presença de um número de pessoas superior ao previsto pelas recomendações das autoridades de saúde e de acordo com as orientações fixadas pelos conselhos superiores competentes”.

Também, naturalmente, que quer ao nível das vidas profissionais, da readaptação, a pandemia que assola o país e o mundo influencia, agora, e muito, a realização da justiça, desafiando-a a uma comunhão de entendimentos para se tornar a exceção uma possível regra: que nunca o há-de ser, apenas porque todos estamos adeptos da digitalização, mas conscientes da fragilidade que a mesma apresenta, principalmente no que à prova respeita.

Começamos por ter que esclarecer que, à semelhança das diversas plataformas digitais que vêm quebrar distâncias, surge, também, um meio tecnológico designado *Cisco Webex* no sentido de permitir a realização de diligências e a prática de atos processuais, à distância.

Não poderíamos começar de outra forma, acrescentando-se, neste real introito, que a presença física diverge, em muito, da realidade virtual onde o que nos separa é um computador, um *tablet* ou um telemóvel, que nos esconde, naturalmente, as fragilidades, os auxiliares de memória e a presença de outrem no mesmo espaço por nós (que ninguém vê, a não sermos nós).

Claro que todas as plataformas digitais que se traduzem em meios tecnológicos de facilitação da comunicação à distância, idóneos, aparentemente, preencherão o conceito de adequado. Mas este, diga-se, é um conceito totalmente indeterminado, onde já cabe o *Zoom*, o *Cisco Webex*, o *Skype*, o *Whatsapp*, e que, em vias comparativas, começa a abrir portas ao *Messenger*. O que importa é que transmita vídeo e áudio a pessoa que irá ser prova a produzir. Sucede que, claro, esta adequação exigida pelo legislador, por indeterminada, levanta também elas questões.

Se, por um lado, o meio tecnológico, tal como o *Cisco Webex*, pode ser adequado e apto à produção da prova, não nos parece é que, *per se*, torne possível que o sujeito que se encontre na utilização deste meio para ser prova a produzir, seja adequado: e é este raciocínio que temos que fazer.

A utilização destes meios desafia-nos. Como saberemos que a pessoa que vai ser ouvida não está acompanhada? Como saberemos que não tem auxiliares de memória? E, claro, há o risco

da descontração porque uma coisa é estar num tribunal, outra coisa, é estar no conforto de sua casa.

A indeterminação legislativa de permitir, com o acordo das partes claro está, a produção probatória desta monta, levanta em nós desafios sérios, ponderáveis e que, em nome da imediação e oralidade, deveremos, sempre, ponderar pela descoberta (contributiva naturalmente) para a verdade material e não formal.

Se aquela produção probatória, por uma questão de distanciamento físico, já poderia ser realizada por aquela via, e, aliás, já iria ser requerida, então, parece-nos coerente admitirmos, por acordo, claro, que a mesma assim o seja.

Se não, nesta perspectiva de proteção da prova, da justiça e de evitar falhas e contaminações, então, porque o legislador assim abriu a porta, e porque em sede recursória bem se sabe como é a impugnação da prova que é julgada ao abrigo da livre convicção, somos da opinião de que deverá haver oposição: no caso dos processos urgentes, manter-se-á a prestação física, perante o julgador e o tribunal, consciencializando-se todas as partes e sujeitos de que existe a seriedade necessária com a qual devem ser tratados todos os processos; no caso de um processo não urgente, ainda que a celeridade deva ser granjeada, não poderá sobrepor-se, a nosso ver, à descoberta da verdade

No decurso da evolução processualista que, também, influenciou naturalmente o processo civil tivemos um contributo claro da evolução da informática.

Pese embora atualmente haja a possibilidade de recurso a meios tecnológicos, fora dos tribunais (e não a inquirição num tribunal diverso, por exemplo, por sistema tecnológico), esta figura entre nós como exceção, em casos muito específicos, e no sentido de contribuir para o andamento do processo de modo célere.

Não podíamos falar da regra do incremento tecnológico na produção probatória. Aliás, esta é excecional exatamente pelos riscos de afastar quer as partes, quer as testemunhas, da ótica do julgador, pese embora se garantir, qualquer que seja o meio tecnológico utilizado, que os incidentes são possíveis e sempre seriam.

Com a pandemia Covid-19 e um abrandamento da atividade judicial, em razão do Estado de Emergência, houve, também, um desmaterializar mais possível da realização da justiça. Cabendo às partes, no caso do processo civil, a decisão sobre a adoção destes meios tecnológicos para a produção probatória, não cabendo aqui nenhuma imposição.

Conforme indicamos *supra* e que teremos, necessariamente, de reproduzir, os riscos desta adoção, sem mais, existem. Mas a possibilidade de gestão processual, de garantia da fidedignidade probatória e de sabermos, de antemão, que no futuro aquela prova será valorada livremente (sem prejuízo de todos os incidentes realizados na sua produção), não nos podemos esquecer que a influência psicológica de comparecer perante o Tribunal é diferente da influência de estar no conforto, na sua zona do conforto, a dizer o que bem lhe apetece, sobre o que bem lhe apetece, com e com quem lhe apetece.

Ao admitir a produção probatória por estes meios, colocamos de parte a impugnação (já muito difícil) em sede eventualmente de recurso, da livre convicção do julgador que analisou a prova.

O processo judicial é um processo sério e a apresentação perante o julgador influencia a prova e permite uma observação, em tempo real, da própria linguagem corporal e espontaneidade que toda a análise com vista à decisão impõe: tudo fala e tudo contribui.

Ao conhecermos e lembrarmos os tipos de prova admissíveis ao nível substantivo temos, por ora, que ter assente desde já estes desafios, tratados mais adiante, no sentido de que tudo está, hoje, diferente e não vivemos mais na era de que a compra defeituosa de um bem se dá na lojinha de rua, é tudo muito mais complexo, digitalizado, e todas as relações estão num mundo digital...

Assim, vejamos, os meios de prova tipificados no nosso direito substantivo e processual.

1.1. Prova por confissão e por declarações de parte

No nosso Código Civil, direito substantivo *per se*, encontramos a referência a diversas provas. De entre as quais, prova pessoal por inerência, destacamos a confissão prevista nos artigos 352.º do CC. Claro que, ao nível do direito processual, a confissão vai estar separada, naturalmente, das declarações de parte, sendo admissível prova por confissão e prova por declarações das partes, conforme previsto nos artigos 452.º e ss. do CPC.

1.1.1. A confissão

A confissão é uma prova substancialmente pessoal. Envolve alguém com personalidade e capacidade jurídica e, no caso processual, alguém com capacidade e personalidade judiciária.

Nos termos do artigo 352.º do CC, a definição de confissão é relativamente simples, especificamente que “[esta] é o reconhecimento que a parte faz da realidade de um facto que lhe é desfavorável e favorece a parte contrária”.

Claro que, para a parte confessar, não basta este reconhecimento, temos que perceber se a parte tem capacidade e legitimação para que o que indica possa valer, efetivamente, como uma confissão.

Assim, para a confissão ser válida, a mesma só será eficaz quando feita por pessoa com capacidade e poder para dispor do direito a que o facto confessado se refira. Portanto, tem que estar na esfera da parte, mas, também, tem que existir capacidade jurídica da parte para que tal seja válido. Também ao nível da pluralidade de sujeitos processuais, a confissão sofrerá algumas considerações.

Primeiro, em caso de litisconsórcio, a confissão será válida quando realizada pelo litisconsorte se o litisconsórcio seja voluntário (mas com um efeito naturalmente restrito ao interesse do confitente), por sua vez, se for um caso de litisconsórcio necessário, a confissão não terá qualquer eficácia, ou seja, pode ocorrer, mas não resulta dela qualquer eficácia.

Segundo, caso exista um caso de substituto processual, a confissão não será eficaz contra o substituído.

Além destes preciosismos, a confissão não fará prova contra o confitente quando, nos termos do artigo 354.º do CC, i) for declarada insuficiente por lei; ii) recair sobre facto cujo reconhecimento ou investigação a lei proíba; iii) recair sobre factos relativos a direitos indisponíveis; e iv) se o facto confessado for impossível ou notoriamente inexistente.

E quais os moldes da confissão? Ou, melhor, as suas modalidades? Aqui, socorridos pelo artigo 355.º do CC, pode ser judicial ou extrajudicial. No primeiro caso, temos uma confissão que ocorre num processo, ainda que seja arbitral ou de jurisdição voluntária. Se a confissão for judicial, ela só terá o valor judicial nesse processo, ou seja, externamente terá força de confissão extrajudicial. Por sua vez, a confissão extrajudicial é toda aquela que não ocorre no processo.

Nos termos processuais, é claro que a confissão judicial poderá ocorrer nos articulados, seguindo-se, aqui, o princípio do ónus de impugnação, quer pela parte diretamente, quer por quem legitimamente a represente, o que é o caso do mandatário forense com poderes para o ato confessório. Além da fase dos articulados, a confissão poderá ser realizada em depoimento de parte, ou, ainda, em prestação de informações ou esclarecimentos ao tribunal, portanto, no decurso da fase do julgamento.

É claro que, para a confissão valer como tal, fora os casos em que a lei disponha concretamente num outro sentido, deverá ter uma declaração absolutamente inequívoca. Se, dentro desta confissão, estejamos perante o depoimento de parte ou a prestação de informações ou esclarecimentos, e, a parte, sem qualquer justificação válida (como o é o justo impedimento) se

recusar ou se limitar a ecoar o clássico “não me lembro” ou “não sei”, aí, a prova extraída é segundo a livre convicção do julgador.

Chegados aqui, cumprirá perceber qual o grau probatório que a confissão, dependendo do seu tipo/modalidade, apresenta. Sabemos que, da interpretação do artigo 358.º do CC, a confissão judicial que seja escrita apresenta, no processo, uma força probatória plena.

Um breve introito para perceber, sem prejuízo de nos dedicarmos mais detalhadamente a tal, que a prova pode conter uma força probatória pleníssima, plena e bastante⁷⁰. A prova pleníssima não admite prova em contrário, admitindo, apenas, *per se*, a impugnação dos pressupostos dessa mesma prova, ou seja, ataca-se a base, não o resultado. Por sua vez, a prova plena é a que exige a apresentação de prova no sentido contrário. Por fim, a prova bastante exige, apenas, uma singela contraprova para abalar a credibilidade na convicção formada do julgador.

Ora, portanto, dizíamos, a confissão judicial escrita apresenta uma força probatória plena, ou seja, terá que existir prova no sentido contrário para ser abalada⁷¹. Por sua vez, a confissão extrajudicial aposta em documento autêntico ou particular terá, em si mesma, a mesma força destes documentos e, ainda, se for feita à parte contrária terá ela mesma força probatória plena. Quanto aos documentos autênticos, é pacífico que os mesmos gozam de força probatória plena, já os documentos particulares, se não forem as confissões à parte contrária, têm apenas força probatória bastante.

⁷⁰ MENDES, JOÃO DE CASTRO, *ob.cit.*, p 413.

⁷¹ Um exemplo comum de prova com força probatória plena é o dos documentos autênticos que, conforme vem sendo a ser entendimento, “[em] resultado dessa força probatória plena, o facto confessado ter-se-ia, em princípio, de considerar como provado, sem poderem ser admitidas outras provas para isso contrariar (designadamente, a prova testemunhal - artº 393º, nº 2 - e, consequentemente, o funcionamento das presunções judiciais - artº 351º, nº 1, do CCiv), sem prejuízo, porém, de se poder demonstrar a falsidade do aludido documento autêntico ou fazer prova da falta ou vícios da vontade que inquinaram a declaração “confessória” (artºs 372º, nº 1 e 359º do CCiv.)”, cfr. Ac. TRC, datado de 09.01.2018, cujo rel. é FALCÃO DE MAGALHÃES, com o número de processo 8470/15.6T8CBR.C1, revisto a 04.11.2019, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

O artigo 358.º n.º3 do CC indica, ainda, no caso específico da confissão extrajudicial não constante de documento que, esta, não admite prova testemunhal nos casos em que esta não é admissível e, por sua vez, nos casos em que haja admissibilidade desta prova, a força probatória da confissão será de livre apreciação pelo tribunal.

Por fim, caso estejamos perante uma confissão realizada a terceiro (que seja extrajudicial) ou contida em testamento, também aqui imperará a livre apreciação do julgador.

Claro que, na confissão, teremos com mais premência o encontro com a força probatória plena e, esta, conforme o entendimento de JOSÉ MARIA GONÇALVES SAMPAIO⁷², é de que não existe, no facto, a necessidade de qualquer outra prova, tendo que se considerar, *a priori*, verdadeiro⁷³. Sendo que se defende, e bem, que “[é] óbvio que se a parte contrária, confrontada com a apresentação de um documento, expressamente reconhece a assinatura do documento como verdadeira, ou não a impugna, esta aceitação (expressa ou tácita) do facto afirmado tem todos os efeitos da confirmação ou da admissão processual”⁷⁴.

Mas a confissão, esclareça-se, não é inabalável. A confissão pode, ela mesmo, ter a cominação da nulidade ou anulabilidade nos termos do artigo 359.º do CC, nos termos gerais do direito civil, pela verificação de falta ou vícios da vontade, mesmo após o trânsito julgado da decisão, se ainda não houver caducidade do direito.

Por fim, caso exista um depoimento que, ainda que pudesse ser entendido, abstratamente, como confissão, concretamente não preenche os requisitos, pese embora haver reconhecimento de factos desfavoráveis, a força probatória deste reconhecimento será livremente apreciado pelo julgador.

⁷²SAMPAIO, JOSÉ MARIA GONÇALVES, A prova por documentos particulares - Na doutrina, na Lei e na Jurisprudência, 3.ª ed. atualizada e ampliada, Almedina, Coimbra, janeiro 2010.

⁷³ SAMPAIO, JOSÉ MARIA GONÇALVES, *idem.*, p. 115.

⁷⁴ SAMPAIO, JOSÉ MARIA GONÇALVES, *ob.cit.*, p. 219.

Conhecida a confissão, apreciaremos, agora, destarte, os meios de prova processuais que a plasmam, ou que com ela se podem confundir ou, melhor, para ela contribuir.

1.1.2. Dos depoimentos de parte

Como bem se sabe, em regra, as provas são oferecidas com os articulados. Isto para que, findo o saneamento com a prolação do despacho saneador, nos termos do artigo 595.º e ss. do CPC, os meios de prova admitidos sejam, lá, conhecidos (através da sua admissão ou não).

Na audiência prévia, prevista no artigo 591.º do CPC, que pode ser dispensada a sua realização nos termos do artigo 593.º do CPC, em regra, as partes, no seu articulado respetivo, já indicaram quais seriam os meios de prova, podendo ser neste momento renovados ou retificados.

No que concerne especificamente ao depoimento de parte, este quando indicado por alguma das partes, na fase respetiva, a saber, a primordial como sendo dos articulados, impõe, à parte requerente deste meio de prova que especifique, de imediato, os factos sobre os quais o depoimento há-de recair.

Mas é evidente que este depoimento de parte, também em despacho-saneador, poderá ser recusado ou julgado inadmissível nos autos pelo julgador. Estes casos são os de violação dos pressupostos para o requerimento do depoimento e, ainda, quando a prova se revele absolutamente dilatória na medida em que os factos indicados pela parte requerente estejam, já, plenamente provados por documentos ou por outro meio de prova com força obrigatória plena.

Além do requerimento pela parte contrária da prestação de prova por depoimento de parte, também o julgador, numa manifestação inequívoca dos seus poderes e da ode ao princípio do inquisitório plasmado no artigo 411.º do CPC, poderá, em qualquer estado do processo, determinar a comparência pessoal das partes para a prestação de depoimento, informações ou esclarecimento sobre a matéria factual que contribua, ativamente, para a descoberta da verdade e boa decisão da causa.

No campo da legitimidade passiva na prestação do depoimento teremos, sempre, que ter ciente o pressuposto da capacidade judiciária. ARTUR ANSELMO DE CASTRO⁷⁵ defende que “[a] capacidade judiciária, como pressuposto processual, consiste na suscetibilidade de estar, por si em juízo”, sendo que, esta é uma “[qualidade] intrínseca, natural da pessoa que se traduz no plano jurídico processual na possibilidade de exercitar validamente por si próprio os direitos processuais respetivos”⁷⁶⁻⁷⁷.

Assim, cumprirá distinguir que, também nos casos de acompanhamento, audições de acompanhantes, de representantes em caso de menoridade, de pessoas coletivas e de órgãos de administração das sociedades (sejam civis, civis sob forma comercial ou comerciais), este depoimento é admissível, mas, a confissão, a ocorrer, terá que ser filtrada no âmbito de se compreender se está dentro dos poderes dos seus representados.

No que concerne com o tipo de factos admissíveis, este depoimento, suscetível de gerar confissão, só poderá incidir sobre factos pessoais ou de que a pessoa visada tenha, naturalmente conhecimento. Havendo uma preocupação do julgador, e bem, em afastar qualquer possibilidade de se misturar responsabilidades criminais, afastando-se da esfera do depoimento a ponderação sobre factos criminosos ou obscenos.

⁷⁵CASTRO, ARTUR ANSELMO, *Direito Processual Civil Declaratório*, Vol. III, Coimbra, Almedina, 1982.

⁷⁶ CASTRO, ARTUR ANSELMO, *idem*, p.111.

⁷⁷Importante, ainda, não olvidar que “[a] distinção entre capacidade processual e legitimidade patenteia-se claramente nos casos em que a parte carece de capacidade processual: o exercício dos seus direitos processuais é então conferido pela lei a terceiros, os quais, por virtude dessa investidura legal, passam a ter legitimidade formal e atuam no processo, mas praticando todos os atos processuais em nome e em benefício da parte que eles representam”, cfr. LIEBMAN, ENRICO TULLIO, *Manual de Direito Processual Civil I*, tradução e notas de Cândido R. Dinamarco, Companhia Editora Forense, São Paulo, Malheiros, 2005, citado em CASTRO, ARTUR ANSELMO, *idem*, p. 136.

O depoimento poderá ter lugar na audiência prévia de modo antecipado, em qualquer fase do processo se i) for urgente ou ii) o depoente estiver impossibilitado de comparecer no tribunal e, ainda, na audiência final. O modo de prestação, e aqui com uma clara ponderação digital da situação, poderá este depoimento ser prestado em casos de teleconferência⁷⁸.

E se a parte não comparecer em tribunal? Ou se estiver impossibilitada de comparecer? Se, no âmbito da audiência prévia a falta da parte ou do seu mandatário não constitui motivo de adiamento da diligência nos termos do artigo 591.º n.º3 do CPC, no âmbito da audiência final, assim já não se processa.

Nos termos do artigo 603.º do CPC a audiência final não se realiza se faltar um dos advogados, ou, naturalmente, existindo justo impedimento comprovado ou impedimento do tribunal. No

⁷⁸ Os casos de prestação de depoimento por teleconferência, uma exceção notória ao princípio da imediação e da oralidade, são plasmados e regulados nos termos do 502.º do Código de Processo Civil que prevê que: “1 - As testemunhas residentes fora do concelho onde se encontra sediado o tribunal ou juízo são apresentadas pelas partes, nos termos do n.º 2 do artigo 507.º, quando estas assim o tenham declarado aquando do seu oferecimento, ou ouvidas por meio de equipamento tecnológico que permita a comunicação, por meio visual e sonoro, em tempo real, a partir do tribunal, do juízo, de instalação do município ou da freguesia, quando protocolado, ou de outro edifício público da área da sua residência. 2 - As instalações do município ou da freguesia onde seja possível a realização da inquirição por meio tecnológico são definidas em protocolo celebrado entre o Ministério da Justiça e a autarquia local em causa. 3 - O tribunal da causa designa a data da audiência, depois de ouvido o tribunal, juízo ou entidade responsável pelo edifício público onde a testemunha deve prestar depoimento, e notifica-a para comparecer. 4 - No dia da inquirição, a testemunha identifica-se perante o funcionário judicial do tribunal ou do juízo ou perante o funcionário do serviço público onde o depoimento é prestado, mas a partir desse momento a inquirição é efetuada perante o juiz da causa e os mandatários das partes, através de equipamento tecnológico que permita a comunicação, por meio visual e sonoro, em tempo real, sem necessidade de intervenção do juiz do local onde o depoimento é prestado. 5 - Sem prejuízo do disposto em instrumentos internacionais ou europeus, as testemunhas residentes no estrangeiro são inquiridas através de equipamento tecnológico que permita a comunicação, por meio visual e sonoro, em tempo real, sempre que no local da sua residência existam os meios tecnológicos necessários. 6 - Nas causas pendentes em tribunais ou juízos sediados nas Áreas Metropolitanas de Lisboa e do Porto não há lugar a inquirição por meio de equipamento tecnológico que permita a comunicação, por meio visual e sonoro, em tempo real, quando a testemunha a inquirir resida na respetiva área metropolitana, ressalvando-se os casos previstos no artigo 520.º”.

entanto, quanto às partes, regularmente convocadas e com obrigatoriedade de comparência, levará a uma falta que poderá ser justificada ou não justificada, a não ser que seja prescindida a sua inquirição nos termos do n.º 3 do referido artigo.

Mas e se não se prescindir? A audiência de discussão e julgamento será adiada e, notoriamente, a parte faltosa, em caso de falta não justificada, será condenada em multa. Da mesma forma que previsto para o 508.º n.º4 do CPC, se a parte não comparecer, tendo que comparecer, não se prescindindo, a essencialidade não é diferente de uma parte e testemunha, e, por isso, quando não justifique, o julgador poderá ordenar a parte que “[sem] justificação tenha faltado compareça sob custódia, sem prejuízo da multa aplicável, que é logo fixada em ata”.

Coisa diferente é quando existe uma verdadeira impossibilidade de comparência no tribunal, por motivo de doença. Neste caso, previsto no artigo 457.º do CPC, “[o] juiz pode fazer verificar por médico de sua confiança a veracidade da alegação e, em caso afirmativo, a possibilidade de a parte depor”, e, ainda, “[havendo] impossibilidade de comparência, mas não de prestação de depoimento, este realiza-se no dia, hora e local que o juiz designar, ouvido o médico assistente, se for necessário, sempre que não seja possível a sua prestação ao abrigo do disposto nos artigos 518.º e 520.º”.

A ordem dos depoimentos, como da produção probatória, poderá sempre ser alterada, mediante acordo lavrado em Ata. Sucede que, inexistindo qualquer acordo, valerá a regra, sendo que “[se] ambas as partes tiverem de depor perante o tribunal da causa, depõe em primeiro lugar o réu e depois o autor”, além de que “[se] tiverem de depor mais de um autor ou de um réu, não podem assistir ao depoimento de qualquer deles os compartes que ainda não tenham deposto e, quando houverem de depor no mesmo dia, são recolhidos a uma sala, donde saem segundo a ordem por que devem depor”, conforme consta do artigo 458.º do CPC, sempre, em qualquer caso, prestando o juramento.

O Código de Processo Civil regula, nos artigos 460.º a 462.º, o modo do interrogatório, das respostas e das intervenções, sendo que é, efetivamente, o resultado deste depoimento de parte

que vai ser uma manifestação, ou não, da prova por confissão produzida através, não do meio de prova documental, mas sim do meio de prova do depoimento de parte.

Assim, finda a produção do depoimento, este será reduzido a escrito, nos termos do artigo 463.º do CPC, na parte em que houver confissão do depoente ou, ainda, quando sejam narrados factos ou circunstâncias que impliquem indivisibilidade da declaração confессória.

Esta redução a escrito designa-se à assentada e é suscetível de reclamações, no mais amplo respeito pelo princípio do contraditório, sendo que, as confissões que resultem deste depoimento, são irretratáveis. A única possibilidade de uma confissão judicial ser retratável é quando, tendo a mesma sido realizada no articulado, não seja aceite especificamente pela parte contrária e, a parte que confessou, nos articulados, a retire.

Também aqui, nesta sede judicial, teremos a possibilidade de ver a declaração de nulidade ou anulação da confissão nos termos do artigo 464.º do CPC.

1.1.3. Das declarações de parte

As declarações de parte são a intervenção pedida pela própria parte para prestar declarações sobre os factos de que tenha conhecimento direto ou, ainda, nos quais tenha intervindo diretamente. A participação ativa das partes no processo resulta patente da criação da possibilidade de as partes requererem, sobre si mesmas, a prestação destas declarações, o que poderão fazer, sempre, até ao início da fase das alegações orais em primeira instância.

Como a regulação destas é, certamente, uma novidade, prevista no artigo 466.º do CPC, o legislador optou por remeter para as disposições do artigo 417.º do mesmo Código e, ainda, para a seção que regula o depoimento de parte.

A força probatória deste meio de prova é, em regra, livremente conhecido pelo julgador salvo, porém, se resultar confissão e, aí, a força probatória é plena.

1.2. Prova documental

Nos termos do artigo 341.º do CC, as provas servem para provar factos. Conforme indica Carlos Castelo Branco⁷⁹, o dito direito à prova é, sem dúvida, a “expressão do processo justo e equitativo⁸⁰”, sendo que, no âmbito o processo civil “[tem] também uma outra vertente fundamental: a faculdade de as partes solicitarem medidas de instrução, tendo em vista a obtenção das provas de que ainda não dispõem”⁸¹.

A prova documental É aquela que É mecanicamente reproduzida num suporte. Conforme o prevê o artigo 362.º do CC, “[diz-se] documento qualquer objecto elaborado pelo homem com o fim de reproduzir ou representar uma pessoa, coisa ou facto”.

Claro que, se documento é qualquer objeto elaborado pelo homem, teremos que ter noção de que não nos referimos, nem poderíamos, somente a documentos físicos. Esta definição, ampla, deixa o critério aberto: qualquer objeto que seja elaborado pelo homem, mas, na interpretação que teremos que fazer e que nos permitirá, com segurança, chegar a uma conclusão é de que ainda que com a intervenção de uma máquina.

Existem diversas classificações de documentos. Em particular, os escritos ou não escritos.

Quanto aos documentos escritos, estes apresentam as modalidades que legalmente constam no artigo 363.º do CC, em particular, autênticos ou particulares. Sendo que, dentro dos documentos particulares, temos os simplesmente particulares e, ainda, os autenticados.

Claro que aqui cumprirá, desde logo, saber-se que os documentos autênticos são os “[documentos] exarados, com formalidades legais, pelas autoridades públicas nos limites da sua competência, ou, dentro do círculo de atividade que lhe é atribuído, pelo notário ou outro oficial

⁷⁹BRANCO, CARLOS CASTELO, “A Prova Ilícita - Verdade ou Lealdade?”, Almedina, 2018.

⁸⁰ BRANCO, CARLOS CASTELO, *idem*, p. 29.

⁸¹ BRANCO, CARLOS CASTELO, *idem ibidem*.

público provido de fé pública”. Tudo o que não se insira nesta modalidade, será havido como documento particular.

No que concerne aos documentos particulares, estes poderão ser, simplesmente particulares ou autenticados. Os últimos são aqueles que são confirmados pelas partes, ou perante notário, ou perante quem de direito, nos termos prescritos nas leis notariais. Todos os documentos escritos particulares que não tenham confirmação perante este requisito, serão havidos como particulares, somente.

Além dos documentos escritos temos, naturalmente, que saber perfeitamente que também existe prova documental não escrita. Ou seja, há uma elaboração por parte do homem, mas não escrita. Exemplo destes documentos são, efetivamente, as reproduções mecânicas, onde se inserem as reproduções fotográficas ou cinematográficas, os registos fonográficos ou, ainda, “[quaisquer] outras reproduções mecânicas de factos ou de coisas fazem prova plena dos factos e das coisas que representam, se a parte contra quem os documentos são apresentados não impugnar a sua exactidão”, tudo conforme artigo 368.º do CC.

Assim, compreendida a natureza substancial do documento, teremos, ainda, que aferir de que poderão existir exigências de forma nas declarações negociais, conforme dispõe o artigo 364.º do CC, o que naturalmente vai influenciar na força probatória que se extrairá da prova a produzir, ou seja, em último recurso, faltando qualquer requisito ou sendo invalidada a prova, a sua força probatória será, somente, a livre apreciação pelo tribunal, nos termos do artigo 366.º do CC.

O meio de prova por documentos, previsto no artigo 423.º do CPC, é, naturalmente, dos meios de prova mais utilizados⁸². Não podemos olvidar que o próprio processo, como veremos adiante, é um processo documental⁸³.

Em primeiro lugar, teremos que ter presente que também a utilização do meio de prova documental tem *timings* processuais. Assim, como baluarte, é na fase dos articulados que os documentos devem ser apresentados. Mas, também no n.º 2 e no n.º 3 do art. 423.º do CPC, existem exceções. Assim, se não forem juntos com o articulado respetivo, os documentos podem ser apresentados até 20 dias antes da data em que se realize a audiência final, mas a parte é condenada em multa, exceto se provar que os não pôde oferecer com o articulado.

Findo este prazo, ou seja, após 20 dias antes da data da audiência final, só serão admitidos os documentos cuja apresentação não tenha sido possível até àquele momento, bem como aqueles cuja apresentação se tenha tornado necessária em virtude de ocorrência posterior. Além disso, se a apresentação não tiver sido possível, de modo justificado, até esse momento será possível apenas no encerramento da discussão e, em alguns casos, poderão ser juntos em sede de recurso.

⁸² Até a própria distinção entre os documentos escritos valerá ao nível do processo civil executivo e da sua possibilidade de valerem como títulos executivos, a este respeito veja-se GONÇALVES, MARCO CARVALHO, "Notas sobre o regime transitório de aplicação do novo Código de Processo Civil", in Cadernos de Direito Privado, n.º 44, Outubro-Dezembro de 2013; "As alterações no processo executivo: reforma ou contrareforma?", in Cadernos de Direito Privado, n.º 40, Outubro-Dezembro de 2012; "Embargos de terceiro e terceiros para efeitos de registo", in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster, Almedina, 2012, pp. 345-367; Dicionário Jurisprudencial de Processo Civil, 6 Volumes, Coimbra Editora - grupo WoltersKluwer, 2012 e GONÇALVES, MARCO CARVALHO E FERNANDEZ, ELIZABETH, Código de Processo Civil e Legislação Complementar, 1.ª ed., AEDUM, 2013; Legislação Processual Civil, vol. I, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2011; Legislação Processual Civil, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2008; Direito Processual Civil Declarativo - A prática da teoria, Almedina, 2008".

⁸³ Documental e digital, como veremos adiante, na evolução da tramitação eletrónica de dados.

Nunca olvidando que, ao abrigo do princípio do inquisitório, estas junções podem ser ordenadas, oficiosamente e em qualquer altura, pelo julgador.

Em todo e qualquer caso, seja qual for o estado, a contraparte que seja confrontada com o documento terá, sobre o mesmo, o prazo de vista por forma a ser notificada do mesmo e exercer o contraditório.

E quanto aos meios de prova, mais concretos, admissíveis na visão processual? Ora, nos termos do artigo 426.º do CPC, poderão ser juntos, em qualquer estado do processo. Se a parte pretender exhibir registos fonográficos ou reproduções cinematográficas, juntará nos articulados, ou nos prazos excecionais⁸⁴ *supra*, mas, a sua reprodução, ficará a seu cargo no sentido de “[facultar] ao tribunal os meios técnicos de o exhibir, sempre que seja necessário, sem prejuízo do disposto no artigo 411.º”.

Sucede que, em alguns casos, a parte quer fazer uso do meio processual, mas não o tem na sua esfera jurídica e, por isso mesmo, ao abrigo do artigo 429.º e artigo 431.º do CPC, poderá requerer que i) se for a parte contrária a ter os documentos, requerer que a mesma os junte e; ii) se for um terceiro a ter os documentos, requerer que seja esse terceiro notificado para vir trazer os mesmos aos autos.

Ora, na situação de serem documentos em poder da parte contrária, nos termos do artigo 429.º, 430.º e 431.º do CPC, admitidos pelo julgador em despacho-saneador, ou, noutro despacho

⁸⁴ Nunca se olvidando a tramitação eletrónica dos processos, regulada pela Portaria n.º 280/2013, de 26 de Agosto, em particular no artigo 8.º, indica-se que “[os] ficheiros e documentos referidos no n.º 1 do artigo 6.º devem ter os seguintes formatos: a) PortableDocumentFormat (.pdf), preferencialmente na versão PDF/A e com conteúdo pesquisável, quando se trate de documento escrito; b) MovingPictures Expert Group 4 Part 14 (MP4) com codificação vídeo H.264 AVC e codificação áudio MPEG-2 AudioLayer III (MP3) ou AdvancedAudioCoding (AAC), quando se trate de documento vídeo; c) Portable Network Graphics (PNG) ou JointPhotographic Experts Group (JPEG), quando o documento seja exclusivamente uma imagem; d) MPEG-2 AudioLayer III (MP3) ou OggEncapsulationFormatVersion 0 (OGG) com codificação áudio Vorbis I, quando se trate de documento áudio”.

decisório, importante realçar a inversão do ónus da prova no caso da não junção do documento, o que acontece por aplicação do artigo 430.º e 417.º n.º2 do CPC. A única forma de obstar à aplicação do efeito cominatório previsto no artigo 344.º n.º2 do CC é, efetivamente, a prova de que o documento desapareceu ou foi destruído, sem culpa sua.

No caso de terceiros os mesmos serão regidos pelo artigo 432.º do CPC, com o caso das recusas regulado no artigo 433 e 434.º do CPC.

Todavia, uma vez apresentados os documentos, aqueles que contenham assinaturas⁸⁵ poderão ser alvo de impugnação. A impugnação configura um verdadeiro incidente processual⁸⁶, sendo que é processado juntamente com a ação, quer de modo autónomo. No entanto, o prazo para arguição quer da impugnação da letra, quer da assinatura, quer, ainda, da exatidão da reprodução mecânica é de 10 dias contados desde a notificação do documento. Esta impugnação, prevista nos artigos 444.º e 445.º, exigindo prova, não se confunde, em momento algum, com a ilisão da autenticidade do documento prevista nos artigos 446.º do CPC.

Conforme defende ANDRÉ MARQUES RODRIGUES, “Também o C. Proc. Civ. distingue a impugnação da genuinidade (art.º 444.º) e a ilisão da autenticidade ou força probatória (art.º 446.º) dos documentos. A impugnação da genuinidade consegue-se através da impugnação da letra ou assinatura, da impugnação da exatidão da reprodução mecânica, da prova do não cumprimento das instruções a que se refere n.º 1 do art.º 381.º C. Civ., ou através de declaração da contraparte que afirme não saber se a letra ou assinatura do documento particular é verdadeira e deve ser feita no prazo de dez dias a contar desde a apresentação ou notificação da junção do documento (art.º 444.º/1 in fine). A arguição de falsidade do documento é feita nos articulados, sendo a parte contrária notificada para responder nos casos em que a arguição é feita no último

⁸⁵ Curiosidade se levantará no caso das assinaturas digitais, mas a seu tempo lá chegaremos.

⁸⁶ A respeito da falsidade no direito probatório veja-se FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, “A acção Declarativa Comum – À luz do Código de Processo Civil de 2013”, 3.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013; “A falsidade no Direito Probatório”, 2.ª Edição, Almedina, 2013.

articulado admissível, caso contrário, responde no seguinte (art.º 448.º C. Proc. Civ.), as partes podem, com a arguição e resposta, oferecer prova (art.º 449.º/1 C. Proc. Civ.) e a causa segue a sua tramitação normal, sendo a questão da falsidade decidida a final. Apenas haverá lugar a processamento como incidente nos casos previstos no art.º 450.º C. Proc. Civ. A falsidade pode ser, também, declarada oficiosamente nos casos previstos no art.º 372.º/3 C. Civ.”⁸⁷.

Assim, o artigo 446.º do CPC regula a ilisão da autenticidade do documento ou da sua força probatória, sendo que “[no] prazo estabelecido no artigo 444.º, devem também ser arguidas a falta de autenticidade de documento presumido por lei como autêntico, a falsidade do documento, a subscrição de documento particular por pessoa que não sabia ou não podia ler sem a intervenção notarial a que se refere o artigo 373.º do CC, a subtração de documento particular assinado em branco e a inserção nele de declarações divergentes do ajustado com o signatário”.

E no final, admitido o meio de prova, estará apto a realizar a prova a que se promete? Com que grau probatório?

1.3. Prova pericial

Nos termos do artigo 388.º do CC, regula-se a prova pericial, ou seja, aquela prova que é, não mais, do que um juízo técnico que “[tem] por fim a percepção ou apreciação de factos por meio de peritos, quando sejam necessários conhecimentos especiais que os julgadores não possuem, ou quando os factos, relativos a pessoas, não devam ser objecto de inspecção judicial”. Esta prova tem, em si, uma sujeição à livre convicção do julgador nos termos do artigo 389.º do CC.

⁸⁷RODRIGUES, ANDRÉ MARQUES, “A Valoração Da Prova Em Processo Civil: Prova Legal E Livre Apreciação Da Prova”, Relatório de Estágio realizado no Juízo Central Cível de Lisboa, com vista à obtenção do grau de Mestre em Direito Forense e Arbitragem, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Março de 2020, disponível para consulta em <https://run.unl.pt/>, p. 55.

Neste tipo de prova, não se basta, nem poderia, um mero parecer técnico. Exige-se que não se fale de mera perspectiva, mas sim de uma concreta indagação⁸⁸. Mas é uma prova sujeita à livre convicção, que, não pode ser uma liberdade absoluta, mas mais restrita. Afinal de contas, o julgador não é técnico da arte alvo de peritagem.

Processualmente, nos artigos 467.º e ss. do CPC, regula-se o modo de prova pericial. A perícia poderá ser singular ou colegial, a requerimento das partes ou determinada oficiosamente pelo julgador ou, ainda, em casos de imposição em razão do valor da causa, nos termos do artigo 468.º do CPC. Quando é singular, e independentemente, o autor da mesma verá, sempre, na esfera das partes, a possibilidade de contraditório quer na sua nomeação, nos termos do artigo 467.º do CPC, quer em toda a *démarche* da produção probatória.

O desempenho da função de perito é sério e está escrupulosa e minuciosamente regulado nos artigos 469.º, 470.º, 471.º, 472.º e 473.º, todos do CPC.

Para a realização da perícia, é necessária a fixação do respetivo objeto, os vulgarmente designados *quesitos*, sendo certo que, conforme dispõe o artigo 475.º, 476.º e 477.º do CPC, se trata da fixação do objeto da perícia.

De toda a criação metodológica da perícia, prevista nos artigos 478.º a 483.º, todos do CPC, surgirá o relatório pericial que é, sempre, notificado às partes nos termos do artigo 484.º do mesmo Código, por forma a ser exercido o contraditório, podendo dele ser apresentadas reclamações (artigo 485.º do CPC), ou requerida a comparência dos peritos na audiência final a fim de prestar esclarecimentos (artigo 486.º do CPC), ou, ainda, requerida a realização de segunda perícia (artigo 487.º do CPC).

No caso da segunda perícia, esta não invalida a primeira, tendo, ambas, o mesmo valor probatório.

⁸⁸ VARELA, ANTUNES, BEZERRA, J. Miguel e NORA, SAMPAIO E., *ob.cit.*, p.376.

1.4. Prova testemunhal

A prova testemunhal é uma prova, como já vimos, pessoal, sendo admitida salvo se direta ou indiretamente afastada. Regulada no direito substantivo no artigo 392.º e ss. do CC, consagra em si mesmo, também, uma livre convicção ao nível da sua valoração. Claro que esta prova é extremamente delicada, pois, ainda que perante um julgador, a mentira pode ser facilmente tornada numa verdade, através de mecanismos trabalhados (corporais, metodológicos). O perigo da prova testemunhal está nesta possibilidade. Daí que o julgador, quase que um deus do olimpo, tenha que levantar os véus de artifícios aplicados para tentar perceber se o que a testemunha diz, será, ou não, verdade. E muitas vezes, pode mesmo não ser, mas formou-se a convicção de ser. Mas é o que se vem a perguntar: o que é, afinal, a verdade?

Este meio de prova será inadmissível se a prova exigida para os factos for necessariamente escrita ou, ainda, quando o facto já estiver plenamente provado (evitando-se a prática de atos inúteis) ou, ainda, em casos de haver prova plena para o facto, tudo nos termos do artigo 393.º do CC, e, ainda, nos casos previstos no 394.º do mesmo Código.

Ao nível processual, o meio de prova testemunhal impõe que seja aferida e verificada a aptidão mental para depor, sendo este o critério de capacidade para depor como testemunha nos termos do artigo 495.º do CPC. Naturalmente que quem for parte na ação, está impedido de depor como testemunha, porquanto a sua inquirição, a ocorrer, será com outro meio de prova já aqui vincado.

A produção de prova testemunhal não significa a sua produção automática, porquanto poderão existir recusas legítimas ao depoimento⁸⁹, além de que, quem indicou a testemunha, poderá desistir da inquirição da mesma, salvo se a mesma for indicada oficiosamente pelo julgador.

O lugar e o momento da inquirição, com uma notória influência, por ora, da era digital, será, em regra, na audiência final, preferencialmente presencial (em razão do princípio da imediação e da oralidade), mas com possibilidade de, em alguns casos, ser utilizada a teleconferência⁹⁰⁻⁹¹.

A produção da testemunha poderá ser alvo de impugnação, sempre com alegação e prova, nos termos do artigo 514.º e 515.º do CPC, tratando-se, tal, de um incidente.

O princípio da imediação e da oralidade têm, também, ao nível deste meio de prova diversas exceções, desde logo a inquirição possível no domicílio dos mandatários, por acordo entre as partes, em respeito da igualdade, nos termos do 517.º do CPC; prestado por escrito, com acordo

⁸⁹ Nos termos do artigo 497.º do Código de Processo Civil, “1 - Podem recusar-se a depor como testemunhas, salvo nas ações que tenham como objeto verificar o nascimento ou o óbito dos filhos: a) Os ascendentes nas causas dos descendentes e os adotantes nas dos adotados, e vice-versa; b) O sogro ou a sogra nas causas do genro ou da nora, e vice-versa; c) Qualquer dos cônjuges, ou ex-cônjuges, nas causas em que seja parte o outro cônjuge ou ex-cônjuge; d) Quem conviver, ou tiver convivido, em união de facto em condições análogas às dos cônjuges com alguma das partes na causa. 2 - Incumbe ao juiz advertir as pessoas referidas no número anterior da faculdade que lhes assiste de se recusarem a depor. 3 - Devem escusar-se a depor os que estejam adstritos ao segredo profissional, ao segredo de funcionários públicos e ao segredo de Estado, relativamente aos factos abrangidos pelo sigilo, aplicando-se neste caso o disposto no n.º 4 do artigo 417.º”.

⁹⁰ Outros casos que alteram o momento da inquirição: “a) Inquirição antecipada, nos termos do artigo 419.º; b) Inquirição por carta rogatória, ou por carta precatória expedida para consulado português que não disponha de meios técnicos para a inquirição por teleconferência; c) Inquirição na residência ou na sede dos serviços, nos termos do artigo 503.º; d) Impossibilidade de comparência no tribunal; e) Inquirição reduzida a escrito, nos termos do artigo 517.º; f) Depoimento prestado por escrito, nos termos do artigo 518.º; g) Esclarecimentos prestados nos termos do artigo 520.º”.

⁹¹ A inquirição por meio tecnológico encontra-se prevista no artigo 502.º do Código de Processo Civil.

das partes, mediante assinatura, datada e autorização pelo julgador, nos termos do artigo 518.º do CPC, salvaguardando-se requisitos de forma específicos nos termos do 519.º do CPC.

Ao abrigo do princípio do inquisitório, plasmado concretamente no artigo 526.º do CPC, também o julgador pode, oficiosamente, determinar a comparência de quem se repute essencial à boa decisão e descoberta da verdade.

Como esta prova é livremente apreciada e frágil, em caso de haver circunstâncias que abalem a credibilidade do depoimento da testemunha, a parte contra quem a testemunha for produzida poderá contraditá-la nos termos do artigo 521.º e 522.º do CPC.

Claro que se for a testemunha desfavorável à parte que a arrolou, ainda que existam circunstâncias que abalem este depoimento, a legislação não permite que a acareação aconteça. O que acaba por, a nosso ver, ser algo criticável, porque as testemunhas não se podem influenciar e poderá mesmo, a junção de determinadas testemunhas, abrir uma caixa de pandora...

Se a testemunha estiver em contradição entre outras testemunhas ou com os depoimentos de parte (e não com as declarações de parte, o que nos causa, também, diga-se, muitíssima estranheza), será possível requerer o confronto entre os contraditórios, através do mecanismo chamado acareação, previsto no artigo 523.º do CPC, com o modo de processar previsto no 524.º do CPC⁹².

⁹² Sobre este assunto veja-se SOUSA, LUÍS FILIPE PIRES DE, “Prova por presunção no Direito Civil”, Almedina, 2017 e “Prova Testemunhal”, Almedina, 2017.

1.5. Prova por inspeção

Nos termos do artigo 390.º do CC “[a] prova por inspecção tem por fim a percepção directa de factos pelo tribunal”, tendo, também, a força probatória de ser livremente apreciado pelo julgador.

A inspeção, ao nível processual, judicialmente falando, é uma prova real e direta, porque é o contacto direto do julgador com a prova a ser produzida.

Esta inspeção judicial pode ocorrer por livre vontade do julgador, oficiosamente, ou, ainda, a requerimento das partes, salvaguardando-se, sempre, os princípios constitucionais e estando talhada nos artigos 490.º e ss. do CPC. Em toda a inspeção judicial há, sempre, o assegurar da participação das partes e, também, do acompanhamento ao julgador de um técnico especializado, sendo, sempre, lavrado auto de inspeção.

Caso o julgador entenda que a sua deslocação não é justificada, poderá, antes, incumbir um técnico ou pessoa qualificada para proceder à inspeção, sendo que toda esta prova será livremente apreciada pelo julgador, tudo nos termos do artigo 494.º do CPC.

2. Da livre apreciação da prova pelo tribunal e do dever de fundamentação: um ponto de partida

É no próprio artigo 607.º, n.º 5, do CPC que se extrai a livre convicção do julgador e o seu poder ao nível da livre apreciação de provas. Ora, o sobredito artigo dispõe que “[o] juiz aprecia livremente as provas segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto; a livre apreciação não abrange os factos para cuja prova a lei exija formalidade especial, nem aqueles que só possam ser provados por documentos ou que estejam plenamente provados, quer por documentos, quer por acordo ou confissão das partes”.

A livre convicção do julgador, na *ratio* da livre apreciação das provas, está limitada pela prova que o próprio meio de prova exige, ou seja, da própria força probatória.

PIERO CALAMANDREI⁹³ indicou, e bem, que, de facto, “[o] magistrado ou o advogado que se preocupa com o facto -o factista – é um homem corajoso, modesto mas honesto, a quem interessa mais encontrar uma solução justa que melhor se adapte à realidade, do que fazer boa figura como colaborador de revistas jurídicas e que pensando mais no bem dos que vêm a juízo do que no seu bem próprio, por eles se atira ao longo estudo das circunstâncias, o que requer abnegação e não dá glória”.

A verdade que se pretende extrair com as provas, de modo à prolação da decisão, mais não é do que a verdade material, aquela que está de fora do processo, mas que nele se tenta recriar. Tipificado no nosso Código de Processo Civil, com vários corolários⁹⁴, temos o princípio da descoberta da verdade material. A verdade material mais não é do que “[aquela] que se procura alcançar no processo através de uma representação que reflita a realidade histórica com o máximo de fidelidade possível, embora com algumas limitações destinadas a tutelar outros valores protegidos pelo ordenamento jurídico”⁹⁵.

⁹³CALAMANDREI, PIERO, *Eles, os Juízes, Vistos por nós os advogados*, Editora Pillares.

⁹⁴ Como o são, sem sombra para dúvida, os artigos 411.º e 436.º do CPC.

⁹⁵ RUÇO, ALBERTO AUGUSTO VICENTE, *ob.cit.* p. 115.

Claro que as provas, assim, serão o maior contributo para a formação da convicção do julgador: que, socorrendo-se de provas, também utilizará as regras de experiência ou os ditos *sintomas da verdade*, para atingir a reconstituição da realidade que é, não mais, do que histórica⁹⁶.

Assim, “[a] convicção do juiz procurará estabelecer, auxiliado pelos advogados das partes ou sujeitos processuais e outros intervenientes acidentais (testemunhas, peritos...) qual delas coincide com a realidade que efetivamente ocorreu”⁹⁷.

É importante clarificar que, esta livre convicção da prova pelo julgador, nunca poderá atribuir a este um poder arbitrário, é, sim, uma “conscienciosa ponderação desses elementos e das circunstâncias que os envolvem”⁹⁸.

Há que, obrigatoriamente, distinguir o sistema de prova legal do sistema da livre apreciação de forma. Enquanto que, no primeiro, há uma fixação da conclusão probatória pela legislação, no segundo⁹⁹⁻¹⁰⁰ é atribuído ao julgador o poder de, com liberdade, formar a sua convicção sobre os factos assente em critérios que não são, nem poderiam ser, discricionários¹⁰¹.

⁹⁶ Vide, a este respeito, RUÇO, ALBERTO AUGUSTO VICENTE, *idem ibidem*.

⁹⁷ Vide, a este respeito, RUÇO, ALBERTO AUGUSTO VICENTE, *idem ibidem*.

⁹⁸ Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra (TRC), datado de 05.11.2019, cujo rel. é ANTÓNIO CARVALHO MARTINS, com o n.º de processo 2012/15.0T8CBR.C1, consultado pela última vez em 04.07.2020, disponível em www.dgsi.pt.

⁹⁹ “[os] fundamentos suficientes para que, através das regras da ciência, da lógica e da experiência, se possa controlar a razoabilidade daquela sobre o julgamento do facto como provado ou não provado. A exigência de motivação da decisão não se destina a obter a exteriorização das razões psicológicas do juiz, mas a permitir que o juiz convença os terceiros da correcção da sua decisão”, SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, Estudos sobre o Novo Processo Civil, Lex, 1997, p. 348.

¹⁰⁰ “[prova] apreciada pelo julgador segundo a sua experiência e a sua prudência, sem subordinação a regras ou critérios formais pré-estabelecidos, isto é, ditados pela lei”, cfr. REIS, JOSÉ ALBERTO DOS, Código de Processo Civil Anotado, vol. IV, 1.ª ed., 3.ª reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 569.

¹⁰¹ Importante atender ao artigo 607.º, n.º 4, do Código de Processo Civil.

Assim, tendo o julgador optado por uma solução que se afigure respeitadora de juízos de plausibilidade, cumprindo regras quer da lógica, da ciência ou da experiência, *a priori*, a mesma não verá possibilidade de ser atacada, porque respeita a lei, desde que fundamentada devidamente.

Ora, portanto, ao falarmos de sistema de prova livre, jamais poderíamos desvirtuar o dever de fundamentação adstrito às sentenças judiciais e importará, sempre, ter em mente os princípios da livre apreciação aliados à imediação e oralidade.

Sabemos, claramente, que a fundamentação é um dos princípios norteadores do processo civil e, também, em particular, das próprias decisões.

Nos termos do artigo 615.º do CPC, plasnam-se os vícios determinantes da nulidade da sentença, entre os quais a falta de fundamentação, onde se extrai uma imposição, natural, de que o julgador deve discriminar como chegou às conclusões, subsumindo os factos ao direito.

3. Da impugnação da prova

Conhecendo os graus probatórios possíveis e as distinções realizadas no direito processual quanto às impugnações probatórias, a questão prende-se quando estamos na *ratio* de uma impugnação impossível que, é, de facto, o problema prático que se levanta.

Sabemos que, agora, não só a própria prova, como o processo onde a mesma é junta ou produzida, têm ramificações digitais assentes. Nessa medida, incumbe-nos distinguir três momentos:

- i) O da prova já existente que está, por exemplo, num documento (meio de prova).
- ii) O da junção probatória aos autos, através da plataforma eletrónica CITIUS, por exemplo, ao abrigo da tramitação eletrónica dos processos (modo de junção da prova e dos meios de prova).
- iii) O da produção probatória nos autos (através de diversos meios de prova).

É que estes três momentos, não necessariamente diferentes, levantam questões particulares de impugnação da prova, do meio de prova e, ainda, de como é que podemos garantir a sua fidedignidade. Como podemos proteger a prova, também, no decurso do processo? Impedindo pirataria, violação e contaminação? E a prova que existe – na sua criação e surgimento – antes do processo, como é que é ela, à luz dos atuais dias?

É aqui que teremos que fazer um interregno e gravitar à era digital onde vivemos, para retomar a nossa preocupação e perceber qual o caminho que deveríamos seguir (mas que ainda não seguimos).

CAPÍTULO III

DA PROVA DIGITAL

**

§ Nota Introdutória ao Capítulo III 1. O Conceito de “Era digital” 2. A justiça na Sociedade Digital 3. A prova digital e os novos desafios para o Direito 3.1. Conceito de prova digital 3.2. Princípios subjacentes à prova digital 3.3. Das dificuldades na natureza da prova digital 4. O surgimento da prova digital e as suas derivações 4.1. Da prova documental, visual ou sonora, produzida pelo Skype 4.2. A mensagem de correio eletrónico 4.3. O ficheiro informático 4.4. O print screen 4.5. Da prova documental, visual ou sonora, produzida pelas redes sociais, plataformas digitais, hangouts e Whatsapp 4.9. A fotografia digital, a gravação vídeo digital e a gravação áudio digital 5. A contratação eletrónica e a assinatura digital. 6. O caso concreto dos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial: a necessidade de um novo conceito de consumidor trazido pela prova digital. 6.1. O conceito de consumidor 6.2. A legislação do consumo 6.3. Os pressupostos do conceito de consumidor no âmbito do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro, dos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial 6.3.1. A importância da informação pré-contratual. 6.4. Os mercados digitais e a influência na realidade do consumo. 6.4.1. As redes sociais no sentido lato. 6.4.2. As plataformas digitais, em particular: as plataformas de divulgação de alojamento. 6.4.3. O caso específico do *facebook* como uma rede social que conjuga diversos tipos de consumidores e vendedores. 7. Proteção de dados pessoais vs. proteção do consumidor: que direitos devem prevalecer? 8. A prova digital na compra de bens e serviços digitais.

§ Nota Introdutória ao Capítulo III

Vivemos num mundo dominados pela eletrónica, pela informática e pelo ambiente digital. Funcionamos em rede, contratamos em rede, trabalhamos em rede e simplificamos, através do digital, as relações: sejam jurídicas ou não. Esta simplificação acarreta, em si mesmo, problemas do domínio do imaterial.

1. O Conceito de “Era digital”

Vivemos, atualmente, na Era da Informação, na dita Sociedade de Informação, digital. A sociedade da Informação começou a ter extrema relevância no século XX, mas, o que é certo, é que já ALVIN TOFFLER, um futurista, visionário em assuntos contemporâneos, desenhou as suas Perspectivas de Evolução.

Íamos começar, segundo o mesmo, numa sociedade agrícola, com famílias multigeracionais, para uma sociedade industrial, com famílias pequenas e massificação e, por fim, famílias ainda mais pequenas, uma sociedade pós-industrial com o grande advento das TIC – Tecnologias de Informação e do Conhecimento.

Ora, quando chegados a esta Sociedade da Informação e do Conhecimento, que é onde, quer segundo as previsões, quer segundo a realidade, nos inserimos, seríamos, e somos, motivados pela informação que nos domina, aumentando a complexidade das questões (muitas vezes associada a uma simplicidade perigosa, como já veremos), à globalização, à competitividade, às mudanças crescentes e fugazes e ao desenvolvimento de novas tecnologias, cada vez maiores e mais inovadoras, quer a internet, multimédia, hipermédia, sistemas de conversação à distância, entre outras.

A sociedade Digital¹⁰² em que vivemos, a dita era digital, afeta todas as ciências e todas as realidades, afetando, em particular, a vida social e humana, tornando-nos dependentes da internet, dos gadgets e dos aparelhos informáticos, sem os quais não conseguimos viver: veja-se que este próprio estudo não é escrito em manuscrito, mas, sim, escrito num computador, conectado à internet e com um *click* indevidamente realizado poderá ser revelado antes da sua apresentação: que perigos e que vantagens? Além de que, onde o guardamos, na dita *cloud*, não temos a morada, o domicílio ou a possibilidade de saber qual o seu efetivo paradeiro: está no disco.

BETTENCOURT DA CÂMARA indicou que "[poucos] fenómenos são tão subtis (...) como as grandes transformações sócio-económicas. Entram sem se anunciarem, instalam-se sem que lhes peçam, espalham-se sem que as convidem (...) e não se fazem - vão-se fazendo, variando (...) na cadência do passo e na velocidade de implantação: milénios para a Revolução Agrícola, séculos para a Revolução industrial"¹⁰³.

¹⁰² A este respeito, veja-se VALENTE, MANUEL MONTEIRO GUEDES, Os desafios do direito do século XXI: violência, criminalização, consenso, tutela digital e laboral, Coimbra, Almedina, 2019, VERDELHO, Pedro, "Cibercrime", Direito da Sociedade da Informação, Vol. IV, Coimbra Editora, 2003; "A obtenção de prova no ambiente digital", Revista do Ministério Público, Ano 25.º, n.º 99 Julho-Setembro 2004 pp. 117-136; 75, BARROS, JULIANA ISABEL FREITAS, "O Novo Processo Penal: Os Meios de Obtenção de Prova Digital consagrados na Lei 109/2009, de 15 de Setembro", Dissertação apresentada no âmbito do 2.º ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, com especialização em 69 Ciências Jurídico-Forenses, sob orientação da Professora Doutora Helena Moniz, Coimbra, 2012; CASEY, EOGHAN, "Digital Evidence and Computer Crime, Forensic Science Computers and the Internet" Academic Press, 2000; CORREIA, JOÃO CONDE, "Qual o significado de abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações (art. 32.º, n.º 8, 2ª parte da CRP)?", Revista do Ministério Público, n.º 79, 1999; "Prova digital: as leis que temos e a lei que devíamos ter", Revista do Ministério Público, Ano 35, n.º 139, Julho-Setembro 2014 e NEGRAPONTE, NICHOLAS "A vida Digital", 2.ª ed, São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p.157.

¹⁰³ CÂMARA, BETTENCOURT DA, "A III Revolução Industrial e o Caso Português", in Impacto das Novas Tecnologias na Sociedade Portuguesa, MIE, 1986, Lisboa.

TOM CHATFIELD, tece uma reflexão muitíssimo curiosa acerca desta evolução “[d]igitalmente, há recompensas mais fáceis de encontrar do que outras. Arranjar o que queremos online é frequentemente muito diferente de arranjar o que necessitamos, embora ambas as coisas tendam a acontecer mais rapidamente. Ao atravessar imaterialmente o espaço online, encontramos mais facilidades do que quando partilhamos um espaço físico. Conseguimos mais facilmente ser altruístas e abertos, e também enganar e causar sofrimento com maior facilidade. Ignorar as realidades humanas que estão por detrás de cada ecrã torna as nossas vidas mais fáceis. § Neste sentido, a tecnologia é uma espécie de amplificador aplicado às nossas naturezas, um universo de possibilidades que, no pior dos casos, acarreta o risco de reduzir as outras pessoas ao nível de objetos, como presenças que ligamos ou desligamos a nosso bel-prazer e que nos merecem pouco respeito ou honestidade. Ocultados por detrás de possibilidades ainda maiores, arriscamos distanciarmo-nos permanentemente de relações profundamente empenhadas com os outros e de relações profundamente introspectivas com nós mesmos. Porém, as últimas três décadas de atividade online não atestam apenas fenómenos de objetificação ou hedonismo fácil. Olhando para a paisagem digital em 2011, vejo uma arena desejosa de extrair maior profundidade dos seus espaços públicos, de personalizar e humanizar a todo custo. § Se assim não fosse, como explicar a nossa vontade de tornar os aspetos digitais das nossas vidas cada vez mais complexos e confusamente humanos?¹⁰⁴”.

¹⁰⁴CHATFIELD, TOM, Como aproveitar ao máximo a era digital, trad. João Henrique, Alfragide, Lua de Papel, 2019, disponível para consulta em <https://static.fnac-static.com/multimedia/PT/pdf/9789892322278.pdf>, consultado pela última vez em 10.03.2021.

2. A justiça na Sociedade Digital

A sociedade digital influencia, atualmente, diversos ramos da vida quotidiana e, como não poderia deixar de ser, a justiça foi, realmente, uma delas. A Portaria n.º 280/2013, de 26 de Agosto, que regulou e aprovou o sistema CITIUS¹⁰⁵, impondo que, em regra, a “[apresentação] de peças processuais e documentos por transmissão eletrónica de dados por mandatários judiciais é efetuada através do sistema informático de suporte à atividade dos tribunais”, conforme dispõe o artigo 5.º da referida portaria.

Sucedo que, no que respeita concretamente ao processo civil, não podemos olhar a justiça (e afinal o que é a justiça?) como, somente, o modo de tramitação dos processos porque essa, pese embora evolução ao nível da sociedade digital, não só não é a única como, cada dia, aumentam os desafios e os afloramentos.

O processo tradicional, com provas com faturas, contratos, documentos no sentido tradicional da palavra (pese embora como meio de prova, no sentido de serem submetidos numa plataforma, acabam por ter cunho de digital, mas, se requerida a junção do original, este não é *per se* um documento digital), não são hoje somente a realidade da justiça.

A justiça hoje depara-se com a era tecnológica em que vivemos e com a rapidez com que nos conectamos, com que contratamos (*online*, desprovidos de presenças simultâneas) e com a desmaterialização da própria comunidade.

O surgimento da pandemia COVID-19, as obrigatoriedades de teletrabalho vieram colocar a nú aquilo que já tinha vindo a ser revelado pela robótica, que vinha demonstrando que o ser-humano

¹⁰⁵ Sendo que não podemos deixar de referir a plataforma inventários, o SITAF para a tramitação eletrónica de processos administrativos e fiscais e todas as plataformas existentes de tramitação extrajudicial de diversas temáticas, tais como o registo automóvel e o registo comercial.

estava a ser facilmente substituído em algumas tarefas pelas máquinas, pelos *robots*¹⁰⁶: pensemos na simples passagem numa autoestrada com portagem onde, antigamente, tínhamos nos pórticos um ser-humano e, atualmente, já não só não existem pórticos com seres-humanos, como temos uma dita facilidade de apenas liquidar a uma máquina e seguir viagem.

A justiça está influenciada pela sociedade digital não só no seu acesso, como na sua tramitação, mas, sobretudo, como o próprio caminho para a desburocratização e desmaterialização. A justiça sentiu o *input* com a admissibilidade da produção de prova à distância mas, mais do que isso, com a própria realização de julgamentos à distância¹⁰⁷ e, agora, mais recentemente, com o Decreto-Lei n.º 126/2021 de 30 de dezembro, a possibilidade de realização, através de videoconferência, de atos autênticos, termos de autenticação de documentos particulares e reconhecimentos que requeiram a presença dos intervenientes perante conservadores de registos, oficiais de registos, notários, agentes consulares portugueses, advogados ou solicitadores.

¹⁰⁶ Também o surgimento dos *robots* veio a trazer desafios para o mundo jurídico, veja-se a Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica.

¹⁰⁷ A este respeito veja-se a Lei n.º 1-A/2020 de 19 de março.

3. A prova digital e os novos desafios para o Direito

O Direito tem vindo a sofrer desafios, com o advento da prova digital, nas suas mais diversas áreas, e mundialmente¹⁰⁸. Não poderíamos ficar alheios a este mundo em que vivemos onde uma

¹⁰⁸ A este respeito veja-se ABRANTES, JOSÉ JOÃO, “Prova ilícita (Da sua relevância no processo civil)”, Revista Jurídica, n.º 7, nova série, AAFDL, Lisboa, Jul/Set de 1986; “Contrato de Trabalho e Meios de Vigilância da Atividade do Trabalhador” in Estudos de Homenagem ao Prof. Raul Ventura, vol. II, 2003, pp. 809 a 818; ARZAMENDI, JOSÉ LUIS DE LA CUESTA, “Derecho Penal Informático”, Primeraedicion, Editorial Aranzadi, SA. 2010; ASCENÇÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, “Criminalidade Informática”, Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação, Almedina, 2001; AVOLIO, LUIZ FRANCISCO TORQUATO, “Provas Ilícitas, interceptações telefónicas, ambientais e gravações clandestinas”, 5.ª edição, Editora Revista dos tribunais, São Paulo, 2012; BOLDT, MARTIN, “Privacy-Invasive Software”, BlekingeInstituteofTechnology, 2010; BRAVO, JORGE DOS REIS, “Prova Genética - Implicações em Processo Penal”; BRAVO, ROGÉRIO, “Equiparação do correio electrónico ao conceito tradicional de correspondência por carta”, Polícia e Justiça - Revista do Instituto Superior de Polícia Judiciária e Ciências Criminais, III Série, n.º 7, Janeiro-Junho 2006, Coimbra Editora; -“As Tecnologias de informação e a Compressão dos Direitos, Liberdades e Garantias - os efeitos das regras 10/10 e 1/1”, Lisboa, 2012; COSTA, JOSÉ DE FARIA, “Algumas reflexões sobre o estatuto dogmático do chamado “Direito Penal Informático””, Direito Penal da Comunicação, alguns escritos, Coimbra Editora, 1998; COSTA, MARCOS “A Internet e a sua regulação internacional” in O direito contemporâneo em Portugal e no Brasil, Coimbra, Almedina, 2003; CASANOVA, J. F. SALAZAR, “Cooperação Judiciária Européia no Domínio da Obtenção de Provas, SCIENTIA IVRIDICA, in Revista de direito comparado português e brasileiro, Universidade do Minho, Tomo LIII, n.º 298, Jan/Abr de 2004; - Provas ilícitas em processo civil : sobre a admissibilidade e valoração de meios de prova obtidos pelos particulares in Separata de Direito e Justiça - Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa Vol. XVIII, tomo 1, 2004. DE ROSA, FERNANDO, “Documento informatico, forma scritta ed efficacia probatória” in La nuovagiurisprudenzacivilecommentata, Padova, a.18n.6, Novembre-Dicembre 2002; DELGADO MARTÍN, JOAQUÍN, “Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones”, WoltersKluwer, 1ª ed. - [Madrid]; DENTI, VITTORIO, “Francesco Carnelutti e leriformedel processo Civile”, in RivistaTrimestraledidiritto e proceduracivile, Anno 50, n.º 2, Giuffrè Editore, Milano, 1996, p. 407- 418; DESGARDINS, BRUNO, e LEMAIRE, JEAN-PAUL, “Desenvolvimento Internacional da Empresa. O Novo Ambiente Internacional”, Lisboa, Instituto Piaget, 1999; DIAS,

VERA ELISA MARQUES, "A problemática da investigação do Cibercrime", *DataVenía Revista Jurídica Digital*. n.º1, Julho-Dezembro, 2012; DÍAZ, LEYREHERNÁNDEZ, "Aproximación a un concepto de derecho penal informático", in *Derecho Penal Informativo*, Primera edición, Civitas, Editorial Aranzadi, 2010; DRUMMOND, VICTOR, "Internet, Privacidade e Dados Pessoais", *LumenJuris*, 2003; FACHANA, JOÃO, "Reflexões sobre o anonimato no mundo digital", *Linhas Tortas*, Ordem dos Advogados – Conselho Distrital do Porto, Edição n.º 8, Maio de 2013, p.3; FERRARI, FRANCESCA, "La nuova disciplina del documento informático" *in Rivista di diritto processuale*, Padova, s.2a.54n.1, Gennaio-Marzo 1999; FESTAS, DAVID OLIVEIRA, "O Direito à Reserva da Intimidade da Vida Privada do Trabalhador no Código do Trabalho", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 64, Vol. I/II, Novembro, 2004; GAMEIRO, CARLOS, "O Risco da Informação em Ambiente Eletrónico", *Estudos de Direito e Segurança*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Almedina, 2007; GARBOLINO, PAOLO, "Probabilità e logica della prova", *Epistemologia Giudiziaria*, Collana diretta da Giulio Ubertis, Giuffrè Editore, 2014; GENTILI, AURELIO "Documento informatico e tutela dell'affidamento" *in Rivista di Diritto Civile*, Milano, a.44 n.3, Maggio-Giugno 1998; HAGY, DAVID W. "Digital Evidence in the Courtroom: A Guide for Law Enforcement and Prosecutors" in *National Institute of Justice*, Janeiro 2007, U.S. Department of Justice, 2007; HILDRETH, STEVEN, "Cyberwarfare, Report for Congress U.S. Congressional Research Service", *the Library of Congress*, United States of America, 2001; LEMOS, MIGUEL, "Estar na Internet - Tudo o que precisa saber sobre a Internet", Editora McGraw-Hill, 1998; LOPES, JOSÉ MOURAZ; CABREIRO, CARLOS ANTÃO "A emergência da prova digital na investigação da criminalidade informática", in *SubJudice - Justiça e Sociedade*, Almedina, Lisboa, 2006; LLUCH, ABEL XAVIER, JUNOY, JOAN PICÓ I E GONZÁLEZ, Manuel Richard, *La Prueba Judicial - Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso - administrativa*, Edita LA LEY, Grupo WoltersKluwer, Madrid, 2011; MACEDO, JOÃO CARLOS CRUZ BARBOSA DE, "Algumas Considerações Acerca dos Crimes Informáticos em Portugal", *Direito Penal Hoje* Novos desafios e novas respostas, Organizado por Manuel da Costa Andrade e Rita Castanheira Neves, Coimbra, Coimbra Editora, 2009; MARQUES, GARCIA, MARTINS, LOURENÇO, "Direito da Informática", 2.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2006; MARTIN, DANIEL; MARTIN, FRÉDÉRIC-PAUL, "Nouvelles technologies de l'information et criminalité", in *Revue du Marché Commun et de l'Union européenne*, n.º 421, 1998; MONIZ, HELENA, FIDALGO, SÓNIA, "Cybercrime Legislation in Portugal - Portuguese Report" in *Regulating Internet Crime - Fragmented International Instruments and the Harmonization of National Criminal Law in the Global Cyberspace*, 18.º Congresso Internacional de Direito Comparado da International Academy of Comparative Law, 2009; MOREIRA, JOÃO MANUEL DIAS, "O impacto do ciberespaço como nova dimensão nos conflitos", *Boletim Ensino | Investigação do*

IESM, n.º 13, 2012; MOREIRA, TERESA COELHO "A Privacidade dos Trabalhadores e as Novas Tecnologias de Informação e Comunicação: contributo para um estudo dos limites de poder do controlo electrónico do empregador", Almedina, 2010; - "As NTIC, a privacidade dos trabalhadores e o poder de controlo electrónico do empregador", 2010; - "NEW TECHNOLOGIES: A BRAVE NEW WORLD OF WORK? *in* Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória", n. 11, jan./jun. 2012; - "A privacidade dos trabalhadores e a utilização de redes sociais online" *in* Questões Laborais, Ano XX, N.º.41, janeiro/junho 2013; NEVES, RITA CASTANHEIRA, "As Ingerências nas Comunicações Electrónicas em Processo Penal – Natureza e respectivo regime jurídico do correio electrónico enquanto meio de obtenção de prova", Coimbra; Coimbra Editora, 2011; POULLET, YVES, WARRANT, FRANÇOISE, "Nouveaux compléments au service téléphonique et protection des données: à la recherche d'un cadre conceptuel", *Droit de l'Informatique et des Télécoms*, 7^e année, 1990/91; RAMOS, ARMANDO DIAS, "A prova digital em processo penal: o correio electrónico", Chiado Editora, 1.º ed. Novembro 2014; RICCI, GIAN FRANCO, "Le prove illecite nel procaccio civile" *in* Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Milano, a.41 n.1, Marzo 1987, p.34-87; SANTOS, CRISTINA MÁXIMO DOS, "As novas tecnologias da informação e o sigilo das telecomunicações", Separata da Revista do Ministério Público n.º 99, Lisboa, 2004; SANTOS, HENRIQUE, "Apontamentos de Segurança Digital", Pós-Graduação em Guerra de Informação/Competitive Intelligence, Academia Militar, Lisboa, 2008; SANTOS, PAULO, BESSA, RICARDO, PIMENTEL, CARLOS, "Cyberwar: O fenómeno, as tecnologias e os actores", FCA - Editora de Informática Lda., 2008; SIEBER, ULRICH, "Criminalidad Informática: Peligro y Prevención", Delincuencia Informática, IURA-7, PPU, Barcelona, 1998 (trad. Elena Farré Trepát); - "Les crimes informatiques et d'autres crimes dans le domaine de la technologie informatique", *in* Revue Internationale de Droit Penal, AIDP, Érés, Colóquio de Wurzburg, 1992; - "Legal Aspects of Computer Related Crime in the Information Society – COMCRIME", Study – prepared for the European Commission, 1998; SILVA, PAULA COSTA "Transferência electrónica de dados: a formação dos contratos (o novo regime jurídico dos documentos electrónicos)" *in* Direito da sociedade da informação, Coimbra, Coimbra Editora, 1999-2003; SOARES, MARIA, "Sweetie, a menina virtual que ajudou a encontrar predadores sexuais na Internet", Público, 5 de Novembro de 2013; SORIANO, MIGUEL VIRGÓSE ALFÉREZ, FRANCISCO J. GARCIMARTÍN, "La prueba internacional" *in* Derecho Procesal Civil Internacional - Litigación Internacional", 2.ª ed., Thomson Civitas, Pamplona, 2007, p. 473-514; SOSA, ANGELLANDONI, "Principio de Razonabilidad, Sana crítica y Valoración de la Prueba", *in* Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, vol. n.º 23-24, Bogotá, 1998-1999, p. 101-138; YOUNG, SUSAN AND AITEL, DAVE, "The Hacker's Handbook", Averbach, United States of America, 2004; ZERBES, INGEBORG, "Legal issues of transnational exchange of electronic evidence in criminal proceedings", *in* European Criminal Law Review EuCLR, Munich, v.5 n.3 (2015), p.304-311, entre outras.

simples encomenda de vestuário se passa, por exemplo, online e onde a despersonalização tem vindo a ser, em larga escala, quer tratada, quer uma evidência¹⁰⁹. A vida digital, ou seja, aquilo que existe na internet e que se passa na internet tem vindo a influenciar o direito, nas suas mais diversas áreas, mas não só. A própria vida digital, como vimos, no conceito de tramitação processual, adquire influência nefasta no direito.

Pensemos, em termos abstratos, numa situação de encomenda online, no âmbito de uma relação de compra e venda para consumo, que vem a resultar numa compra e venda defeituosa. E pensemos, neste caso em concreto, nos casos em que o perfil é eliminado. A relação passou-se online, é uma questão, inequívoca, de prova digital, com um dos maiores desafios: a identificação idónea do vendedor, digital e a (im)possibilidade de prova¹¹⁰.

Ora, também no caso da formação da vontade¹¹¹, quando esta é gerada online, através de conversas digitais – porque agora a realidade de convergência e confraternização também alterou – se levantam problemas. Indaguemos acerca dos *chats* como *Messenger*, *whatsapp*, *instagram*, *telegram*, *signal*, pese embora a existência de outros, são estes que nos suscitam importante interesse: é que, diferindo, é certo, em cada um, temos a possibilidade de as mensagens serem destruídas, eliminadas (com ou sem rasto) e a possibilidade de prova, caso não exista um *print screen*, como será possível?

¹⁰⁹ A este respeito veja-se o DL n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro relativo às relações de consumo, em particular aos contratos celebrados fora do estabelecimento e à distância, onde o online ganha especial cuidado.

¹¹⁰ Estes casos não são os únicos, também ao nível do alojamento e da realidade imobiliária lançaram, no direito, um desafio acrescido.

¹¹¹ A este respeito, veja-se, HÖRSTER, HEINRICH EWALD, A Parte Geral Do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil, 2ª Edição totalmente revista e aumentada, Reimpressão 2021, Almedina, 2019; ANDRADE, MANUEL AUGUSTO DOMINGUES, Teoria Geral da Relação Jurídica, II Volume, Almedina; PINTO, CARLOS ALBERTO DA, Teoria Geral do Direito Civil, 3.ª edição, Coimbra Editora, 2012 e VASCONCELOS, PEDRO PAIS, Teoria Geral do Direito Civil, 7.ª edição, Almedina, 2019.

Além disso, temos a possibilidade, fácil, da falsificação destas conversações quer através da utilização de sistemas que permitem a adulteração da imagem e do nome numa conversa em direto, quer através da falsificação através da utilização de sistemas de tratamento de documentos.

A prova digital, assim, não poderá ser confundida com uma simples prova não digital: e como tal é “tão pacífico”, também mereceria, a nosso ver, um tratamento especial.

Por sua vez, teremos sempre, novamente, que não confundir a prova, como meio de prova e, ainda, o processo digital. A prova é o que realmente se quer demonstrar; por sua vez, o meio (que pode ser digital) é o instrumento utilizado para a prova daquilo que se quer demonstrar, que, neste caso, pode ou não ser digital e, por sua vez, o processo, na ratio digital, é entendido como a tramitação eletrónica.

Mas como poderemos definir, afinal, prova digital?

3.1. Conceito de prova digital

Não é, efetivamente, no âmbito do processo civil que encontraremos a definição da prova digital. Mas, o conceito de prova digital *per se* não teria que ser restrito a uma realidade contenciosa. Mas encontramos uma definição em algum processo? É certo que não, pese embora ser no Processo Penal que a mesma colhe mais tratamento.

BENJAMIM DA SILVA RODRIGUES¹¹² avançou um conceito do que seria prova digital, considerando a mesma como, em primeiro lugar “prova eletrónico-digital” e, em segundo, como qualquer tipo de informação que contenha valor probatório e que seja armazenada ou transmitida sob a forma binária ou digital.

¹¹²RODRIGUES, BENJAMIM DA, Direito Penal Especial, Direito Penal Informático-Digital, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 39.

Claro que esta definição não é a única avançada e vai divergindo, porquanto enquanto uns a designam de prova digital, outros a designam de prova eletrónica¹¹³ e, outros, de prova eletrónico-digital. Também há quem conecte, intrínseca e extrinsecamente, dados e prova, o que é algo perigoso de se adotar e, por essa medida, teremos que nos afastar daquilo que é defendido por exemplo por EOGHAN CASEY¹¹⁴, STEPHEN MASON¹¹⁵ e DANIEL SENG¹¹⁶.

Tomamos, assim, conhecimento pleno de que a prova digital é, naturalmente, utilizada como forte instrumento de prova, ou seja, meio de prova, mas, também, como prova *per se* e, ainda, como a própria tramitação do processo.

A grande preocupação, diga-se, legislativa, com a valoração da prova digital foi efetivamente granjeada pelo Regulamento eIDAS¹¹⁷, que plasmou como sendo crucial objetivo a eliminação “[dos] obstáculos existentes à utilização transnacional dos meios de identificação eletrónica utilizados nos Estados-Membros para a autenticação para, pelo menos, os serviços públicos. O presente regulamento não visa intervir em matéria de sistemas de gestão da identidade eletrónica e infraestruturas conexas existentes nos Estados-Membros. O seu objetivo é garantir que, para aceder aos serviços em linha transfronteiriços oferecidos pelos Estados-Membros, seja possível utilizar com segurança a identificação e autenticação eletrónicas”.

¹¹³ LAINZ, JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ, “Sobre el valor probatorio de conversaciones mantenidas a través de programas de mensajería instantánea (A propósito de la STS, Sala 2.ª, 300/2015, de 19 de mayo)” in *Diario La Ley*, N.º 8569, Sección Doctrina, 25 de Junio de 2015, Ref. D-256, LA LEY.

¹¹⁴ CASEY, EOGHAN, “Digital Evidence and Computer Crime, Forensic Science Computers and the Internet” 3rd. edition, Academic Press, 2011.

¹¹⁵ MASON, STEPHEN & SENG, DANIEL, *Electronic Evidence*, 4.ª edição, Institute of Advanced Legal Studies for the SAS Humanities Digital Library, University of London, Londres, 2017.

¹¹⁶ MASON, STEPHEN & SENG, DANIEL, *idem*.

¹¹⁷ REGULAMENTO (UE) N.º 910/2014 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 23 de julho de 2014, relativo à identificação eletrónica e aos serviços de confiança para as transações eletrónicas no mercado interno e que revoga a Diretiva 1999/93/CE.

A identificação eletrónica é entendida como uma possibilidade de prova digital, mas não é a única, e, naturalmente, que associaremos prova digital a documentos eletrónicos ou, melhor, à prova documental digital (mas não é estanque neste tipo probatório). Assim, no Regulamento eIDAS num brevíssimo capítulo, em específico o IV, manifestou-se, assim, a preocupação de conferir efeitos legais à prova documental digital, defendendo-se que não poderiam ser negados “[efeitos] legais nem admissibilidade enquanto prova em processo judicial a um documento eletrónico pelo simples facto de se apresentar em formato eletrónico”, abrindo, assim, mão a uma aproximação de uma livre convicção do julgador na apreciação da prova documental eletrónica.

O próprio Regulamento eIDAS no que à identificação e autenticação eletrónica se refere está, também ele, ultrapassado naquilo que é a grandiosa e brutal evolução digital: assinamos contratos por reconhecimentos faciais e assinamos documentos sem cartões de cidadão ou chaves-móveis. Bagatelamente, negociamos digitalmente sem qualquer segurança na transação: simplificamos, e aproximamo-nos de um abismo.

A prova digital é toda a informação, independentemente do suporte em que se apresente, que tenha sido criada ou obtida através de dispositivos (dispositivos de computação, smartphones, tablets, rastreadores de condicionamento, mediadores de energia inteligentes, sistemas de aquecimento central automatizados¹¹⁸) ou, através de dispositivos ou não, integradas em, redes digitais.

Teremos que perceber que os dispositivos digitais armazenam, ou criam, a prova digital. Sendo que esta poderá estar integrada em imagens (nos mais diversos formatos), ficheiros, históricos

¹¹⁸ Seguindo-se o entendimento perfilhado por ANDRADE, FRANCISCO PACHECO “Comunicações Eletrónicas e direitos humanos: o perigo do homo connectus” *in* MONTE, MÁRIO FERREIRA & TARSO, BRANDÃO, Direitos Humanos e a sua efetivação na Era da Transnacionalidade, 1.^a ed., Curitiba, Juruá Editora, 2012, p. 209.

de registo¹¹⁹(sendo que, neste caso, temos que realçar o IP, dados de login, ou outros dados), cache, ficheiros eliminados possíveis de recuperar do disco, antenas celulares, sistemas de localização GPS ou WIFI, dados sobre dados, aplicações, entre outros.

Além disso, também nos dispositivos de computação, sejam computadores, smartphones, tablets, ou outros integrados, é possível armazenar ou criar prova digital através do uso das redes sociais, sistemas de intranet e sistemas de internet.

Como veremos *infra*, teremos que apurar quais as preocupações da prova digital e como é que as podemos nortear na prática forense.

3.2. Princípios subjacentes à prova digital

Sabendo que a doutrina os designa de requisitos, nós não poderemos considera-los como tal, pois em momento algum a nossa legislação cria entraves específicos à produção e prova digital. Temos as limitações probatórias constantes da legislação e que são amplificadas a todo o tipo de prova, em particular através da prioritária leitura da Constituição da República Portuguesa e, no que ao contencioso civil respeita, através da análise do direito substantivo e material, em particular no que à ilicitude das provas respeita¹²⁰. Assim, o nosso entendimento é que aquilo

¹¹⁹Em alguns casos designados de logs, que é um processo de registo de eventos relevantes num sistema de computação.

¹²⁰ A este respeito, veja-se BRANCO, CARLOS CASTELO, *ob. cit.*; PENADÉS, RAFAEL BELLIDO, “La prueba ilícita y su control en el proceso civil” *in* Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, a.30 n.89, mayo-agosto 2010, p.77-114; CAMPOS, SARA RAQUEL RODRIGUES, *ob.cit.*; CASANOVA, J. F. SALAZAR, “Provas ilícitas em processo civil : sobre a admissibilidade e valoração de meios de prova obtidos pelos particulares” *in* Separata de Direito e Justiça - Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa Vol. XVIII, tomo 1, 2004; ECHANDIA, HENANDODEVIS, “Pruebas ilícitas” *in* Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, vol. n° I, Bogotá, 1984, p. 15-29 e, ainda, MORGADO, PEDRO TRIGO “Admissibilidade da prova ilícita em processo civil”, 1ª ed. - Lisboa, Petrony, 2016.

que, para uns¹²¹, são requisitos de admissibilidade, para nós, e conforme a aplicação no nosso ordenamento jurídico, são princípios orientadores da própria prova digital.

Teremos que aliar os princípios às efetivas dificuldades da prova digital. Assim, indagando sobre os princípios, daquilo que será, para nós, talvez o caminho para a criação de uma teoria geral da prova digital, conseguiremos conhecer das dificuldades e ver como as mesmas colhem resposta com a aplicação dos princípios.

Quando falamos em prova digital, das grandes questões que a assombram é a certeza de se saber que estamos perante o autor do facto. Isto porque, na internet, há a particularidade de nem tudo ser o que realmente parece e há uma possibilidade de alterabilidade da realidade, quer através de sistemas, quer através de aplicações, o que nos leva a uma insegurança.

Assim, a prova digital, no âmbito do contencioso, tem que exigir que respeite e se assegure os princípios, com certeza, da autenticidade e da identificabilidade da autoria. O julgador tem que ter em si o cumprimento deste princípio, na medida em que, no momento da sua produção perante si, o mesmo tenha que ter todas as ferramentas capazes de assegurar o cumprimento deste princípio. Como? Veremos adiante.

A prova digital não pode exigir-se sem mais e, claro, sempre em respeito da Constituição da República Portuguesa, do direito substantivo e do direito processual, e, como tal, tem que ser justificada para questões de justiça – nos casos limite – mas, sobretudo, apta a contribuir, no caso em concreto do direito processual civil, para a descoberta da verdade e boa decisão da causa. Assim, o julgador, na fase do julgamento, terá que responder ao princípio da relevância factual e, em caso de dúvida acerca da necessidade da mesma, deverá assegurar, sempre, o contraditório ao abrigo do disposto no artigo 3.º do CPC.

¹²¹MASON, STEPHEN & SENG, DANIEL, *Eletronic Evidence*, 4.ª edição, Intitute of Advanced Legal Studies for the SAS Humanities Digital Library, University of London, Londres, 2017.

Por fim, mas de todos o menos importante, na prova digital, seja prova *per se* ou meio de prova, há que assegurar, em qualquer fase do processo mas, sobretudo, na inicial, evitando-se a prática de atos que se venham a revelar inúteis, a integridade, confiabilidade e imutabilidade da prova em duas circunstâncias: i) no momento da sua criação (aqui, mais difícil, mas acompanhado das soluções do princípio da autenticidade) e ii) no momento da sua produção processual, que se inicia com a sua junção aos autos, assim, nesse momento, deverá existir a garantia que a mesma se torna imutável, respeitando-se o princípio da integridade, confiabilidade e imutabilidade.

3.3. Das dificuldades na natureza da prova digital

Quando olhamos para o documento, que é, maioritariamente, o local onde a prova digital está (ou pode) apresentar-se, teremos que partir da consideração, evidente, de que este “[predispõe] uma representação permanente do facto, cristaliza um facto transeunte, projetando-o no futuro”¹²², ora, naturalmente, que o legislador “[reserve] uma posição proeminente à prova documental na medida em que esta é mais objetiva, perene e dissuasora da eclosão do próprio litígio entre as partes”¹²³.

Conforme o defende MARIA ENZA LA TORRE¹²⁴, através da criação da teoria da complexidade documental, teremos que olhar o documento como representação e veículo, na medida em que é criado pelo homem mas fonte do conhecimento do ato (muitas vezes a única).

Ao olhar para a prova, em particular para este exemplo, temos sempre que analisar em dois âmbitos: o material e o intelectual. Enquanto que no primeiro existe sempre o corpus e a forma de representação, no segundo teremos pensamento, conteúdo e autoria¹²⁵.

¹²² SOUSA, LUÍS FILIPE PIRES DE, O valor probatório do documento eletrónico no Processo Civil”, 2.ª Edição, Almedina, 2017, p. 10.

¹²³ SOUSA, LUÍS FILIPE PIRES DE, *idem ibidem*.

¹²⁴ TORRE, MARIA ENZA LA, Contributo all Teoria Giuridicadel Documento, Giuffrè, 1 dicembre 2004, p. 36.

¹²⁵ SOUSA, LUÍS FILIPE PIRES DE, *ob. cit.* p. 13.

Arrastando-se este pensamento para a realidade da prova digital, temos que perceber que no seu conteúdo esta prova terá uma representação de vontade ou de conhecimento. Assim, essa representação é, também, a manifestação do seu autor numa forma própria.

Teremos que perceber que o documento, em causa, digital, extrai pode não ser a vontade do autor que o junta ao processo, mas sim este, captando a prova através de um meio de prova. E, claro que, no ponto de vista intelectual, onde existe o pensamento, o conteúdo e o autor, existem, também, dos maiores desafios à luz do direito.

Imaginemos uma conversa tecida numa rede social como o *instagram*, que se suporta na nossa definição de prova digital. No decurso desta conversa, entre dois sujeitos, A e B, B confessa que violou o direito de propriedade de A. A, para guardar a prova da confissão, realiza um *printscreen* à conversa. B, minutos após enviar a mensagem confessória, elimina a mesma, anulando o envio e não deixando rasto aparente. No decurso de uma ação judicial onde o *printscreen* de A é junto, B realiza contra-prova juntando, também ele, um *printscreen* da conversa onde não consta o envio da mensagem (porque a mesma foi anulada, mas a aplicação em concreto não deixa esse rasto, ao contrário do que acontece no *whatsapp*).

Outra situação que podemos refletir é a junção aos autos de um documento criado em pdf. e alterado.

Claro que poderíamos pensar que se se exigisse, em tudo, uma assinatura eletrónica qualificada¹²⁶, a situação não se verificaria. Mas estaríamos, obviamente, a confundir as matérias.

¹²⁶ Para um estudo detalhado destas questões de assinatura eletrónica e ficheiros eletrónicos veja-se VÊNANCIO, PEDRO DIAS, A Tutela Jurídica do Formato de Ficheiro Electrónico, Tese de doutoramento em Ciências Jurídicas (ramo de conhecimento em Ciências Jurídico Privatísticas), Julho de 2013, <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/35678/1/Pedro%20Dias%20Ven%c3%a2ncio.pdf>, última consulta em 21.10.2021.

Uma coisa é a identidade, ou seja, a prova da autoria de acesso (que em alguns casos nem pela assinatura eletrónica qualificada poderá ser comprovado), outra é a autoria das manifestações de vontade realizadas.

Como é que poderemos aproximar-nos de uma autenticidade e integridade probatórias, à luz daquilo que são os princípios orientadores e distintivos da prova digital, caminhando para uma aproximação da busca e descoberta da verdade, mas respeitando, sempre, uma necessidade inalterabilidade da efetiva realidade.

O julgador não presenciou aquilo que se traduz em suporte digital e, por isso, teremos que garantir que a contaminação anterior e a construção, através do homem, numa *ratio* de alterabilidade da realidade que se pretende demonstrar.

Além das questões relacionadas com a autoria, integridade e autenticidade teremos, naturalmente, que olhar para a própria dificuldade probatória que está associada à prova digital. A prova digital é de natureza difícil, mas é, sem margem para grandes dúvidas, a prova com mais importância nos dias atuais: porque vivemos na digitalmente.

Pensemos que se celebram contratos à distância, a maior parte sem agentes fiscalizadores suficientes e com um efeito fantasma associado. O efeito fantasma é o efeito existente nas relações em estabelecimentos online¹²⁷ (seja de alojamento, reservas, prestação de serviços, fornecimento de bens ou vendas), onde, após a celebração do contrato e o cumprimento do pagamento do preço pelo consumidor, o estabelecimento desaparece sem deixar rasto. Como se prova com quem se contratou¹²⁸? Quem somos nós na internet?

¹²⁷ A este respeito, relembre-se o nosso estudo, MEIRELES, ISA, “O alojamento local e plataformas digitais: Dos perigos na desproteção do consumidor”, in *Direito na lusofonia – Direitos e novas tecnologias*, 5.º Congresso Internacional de Direito na Lusofonia - Universidade do Minho, Escola de Direito, 2018.

¹²⁸ CARVALHO, JORGE MORAIS e outros, “Produção de Prova” in *Justiça Económica em Portugal*, caderno 3/6, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2012.

Ademais, na própria realidade do consumo existe, sempre, a importante classificação e consagração do conceito de consumidor¹²⁹. E sabemos, aliás, que à luz da nova legislação dos contratos de consumo, em particular da venda de bens e garantias na ótica dos defeitos e desconformidades, “consumidor será uma pessoa singular que, no que respeita aos contratos abrangidos pelo presente decreto-lei, atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional” que terá uma relação de consumo, protegida no caso pelo Decreto-Lei n.º 84/2021, se estiver perante “uma pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, que atue, inclusivamente através de qualquer outra pessoa em seu nome ou por sua conta, para fins relacionados com a sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional, no que respeita aos contratos abrangidos pelo presente decreto-lei”.

Naturalmente que, à luz do consumo, há uma inversão do ónus da prova, bastando ao consumidor a alegação da qualidade de consumidor (em alguns casos a prova é do consumidor, dependendo do que o mesmo quer fazer valer na sua pretensão), mas se a contraparte vier indicar que o uso é pessoal, como poderá o consumidor fazer gizar a sua qualidade? Ou, melhor, pensemos ainda nos stands de automóveis, por exemplo, que camuflam a sua intenção lucrativa e a sua atividade através de plataformas digitais como o *olx*, *standvirtual*, *marketplace do facebook*, entre outras. A realidade é de uma prova extremamente difícil: a inserção de um nome singular, o número de telefone pessoal, como poderá ser suficiente para que o consumidor, porque aí terá que lograr provar, imputar uma visão comercial à contraparte? É a chamada prova diabólica, porque, neste caso, o uso de plataformas digitais no consumo não está devidamente acautelado e, possivelmente, dever-se-iam estabelecer presunções: as vendas de garagem eram fáceis de percecionar, pessoalmente, se as pessoas em causa seriam profissionais ou não; nas vendas online, nós não sabemos, sequer, a verdadeira realidade de quem está do outro lado...

¹²⁹ Veja-se, a este respeito, CARVALHO, JORGE MORAIS, Manual de Direito do Consumo, 7.ª edição, Almedina, 2021.

E isto, é uma prova difícil¹³⁰.

4. O surgimento da prova digital e as suas derivações

A prova digital não é, agora, uma novidade, mas, sim, uma evolução do domínio informático. Vivemos na Era do Digital. Pagamos, Amamos, Vivemos, Encomendamos e Contratamos, por via digital. Hoje, mais do que nunca, Trabalhamos digitalmente, num sistema remoto e caminhamos para uma evolução de afastamento onde todos os nossos princípios vão alterando.

Falamos, hoje, em *smart contracts*¹³¹ e *e-commerce*¹³² que, entre outros conceitos, nos alertam para esta forte dependência da prova digital no direito. Mas afinal de contas que tipos de provas digitais nos importam, concretamente, no nosso estudo?

4.1. Da prova documental, visual ou sonora, produzida pelo *Skype*

O *Skype* surge associado a um software de voz e vídeo e, hoje, aplicação, podendo ser utilizado em computador, tablet ou smartphone. A sua criação permitiu uma facilidade ao nível da comunicação e encurtamento de distâncias. Permite chamadas telefónicas ou não telefónicas, mundialmente, bem como a existência de um chat pessoal e realização de troca de imagens vídeo. No *Skype* temos, também, a possibilidade de envio de ficheiros.

¹³⁰ Sobre esta temática, “[há] assim um evidente remédio para as provas que se tornaram difíceis ao longo de um processo, mercê do comportamento da parte não onerada, mas já não para aquelas que são objectivamente difíceis ou apenas naturalmente difíceis para o sujeito onerado? Independentemente de admitirmos que de *iurecondendaa* facilidade da prova de um dado facto deveria poder influenciar a distribuição das cargas probatórias do mesmo, independentemente da função pelo mesmo exercida na norma invocada pela parte, estamos em crer que não”, cfr. FERNANDEZ, ELIZABETH, “A prova difícil ou impossível (a tutela judicial efetiva no dilema entre a previsibilidade e a proporcionalidade)”, in *Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre Freitas*, Coimbra Editora, p. 831.

¹³¹ Os chamados contratos inteligentes.

¹³² O comércio eletrónico, ou seja, qualquer contratação que envolva a utilização da internet.

A prova que é produzida pelo *Skype* pode ser de gravação (quer o áudio, quer o vídeo), quer documental ao nível do exportar da conversação de texto ou de printscreen.

A questão que nos assalta a curiosidade é que o registo nesta plataforma não impõe nenhuma autenticidade inequívoca: os e-mails podem não estar verificados, os números de telefone podem não estar registados e não existe nenhuma assinatura eletrónica. Ao falar-se em áudio e vídeo ficaríamos tentados a aproximar esta prova de uma prova mais cristalina, na medida em que teria pouca contaminação, mas o que é certo é que, hoje, os sistemas de áudio e de vídeo também podem ser fraudulentos: a informática evoluiu de tal monta que, hoje, pouco é o que realmente controlamos e quase nada é o que realmente podemos acreditar.

Na nossa visão, que é jurídica, teremos que acautelar as preocupações.

4.2. A mensagem de correio eletrónico

O correio eletrónico é, e sempre foi, dos sistemas de comunicação mais utilizados quer profissional, quer pessoalmente. Envia-se mensagens instantâneas, através da internet, designando-se esse sistema de e-mail ou correio eletrónico. No âmbito do correio eletrónico existem diversos servidores, nem todos com as mesmas condições de acesso, sendo que, enquanto uns, exigem número de telefone, outros, do qual é o exemplo do Yahoo, não exige qualquer número de telefone.

Também os critérios de acesso à realidade da prova digital, no caso de onde a mesma se extrai, terão que ser critérios ponderadores do seu tratamento jurídico e de força probatória.

O correio eletrónico permite a junção de documentos, em diversos tipos de ficheiro. Além das questões inerentes ao printscreen, vejamos o exemplo do A que junta com a sua petição inicial dois ficheiros pdf. um que se traduz no corpo do e-mail e, outro, no alegado anexo que foi junto com o e-mail. Como poderá o julgador comprovar, com plausibilidade, que aquele anexo corresponde, efetivamente, ao conteúdo enviado? Se o e-mail não for produzido em tempo real,

ou seja, produzida a prova com a abertura do servidor e anexo, poderá haver a conclusão de que o e-mail foi enviado nos termos que o A indicou?

4.3. O ficheiro informático

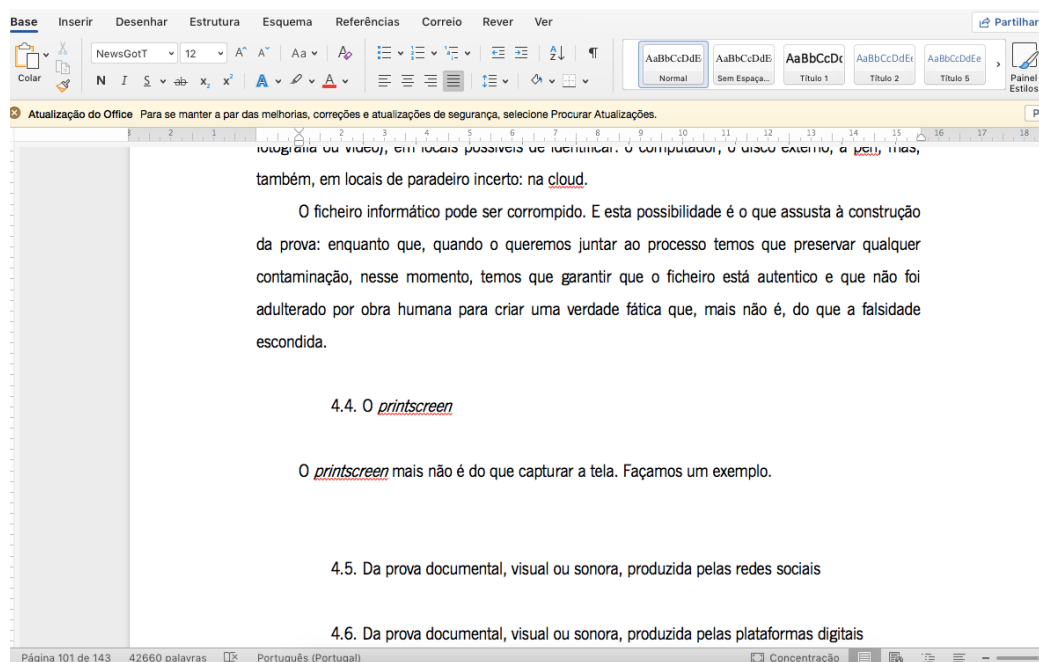
O ficheiro informático traduz-se em qualquer arquivo utilizado para guardar informação, que poderá ter diversos derivados. Outrora, um arquivo físico de uma biblioteca continha um diverso acervo: tínhamos objetos de antiquário, livros, capas de arquivo, cassetes, rolos de fotografia e coleções. Hoje, tudo isso, está armazenado em ficheiros informáticos (seja documental, áudio, fotografia ou vídeo), em locais possíveis de identificar: o computador, o disco externo, a *pen*; mas, também, em locais de paradeiro incerto: na *cloud*.

O ficheiro informático pode ser corrompido. E esta possibilidade é o que assusta à construção da prova: enquanto que, quando o queremos juntar ao processo temos que preservar qualquer contaminação, nesse momento, temos que garantir que o ficheiro está autentico e que não foi adulterado por obra humana para criar uma verdade fática que, mais não é, do que a falsidade escondida.

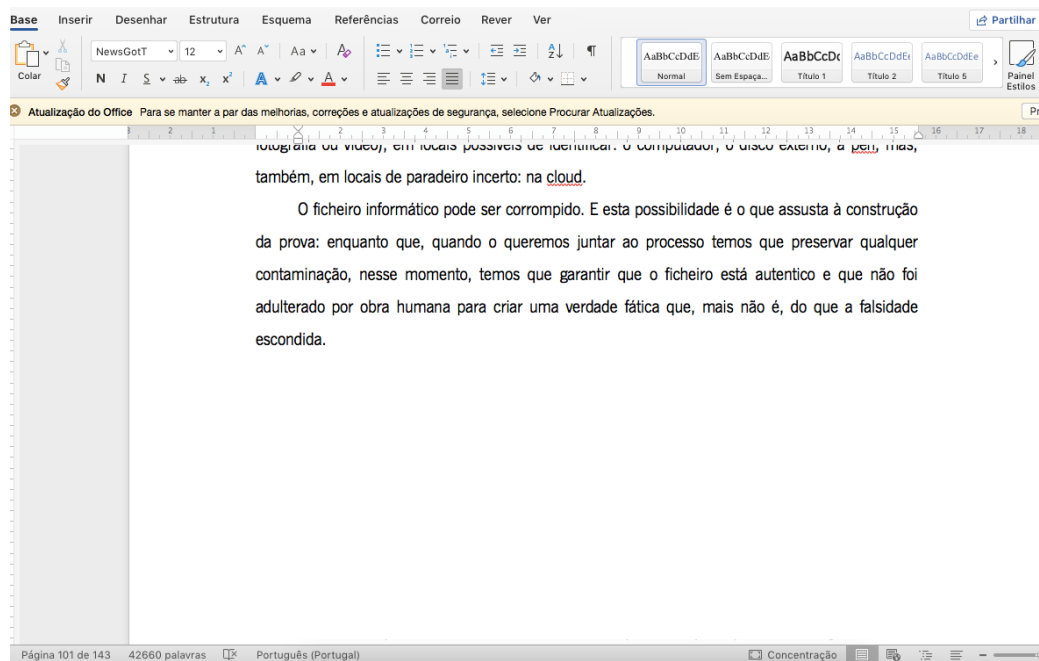
4.4. O *printscreen*

O *printscreen* mais não é do que capturar a tela, poderá ser entendido como prova, mas, a nosso ver, a sua melhor caracterização será como meio de prova. Façamos um exemplo.

Ficheiro 1) – *Printscreen* meramente ilustrativo do pretendido, capturado pela autora do presente estudo e única e exclusivamente utilizado para o mesmo:



Ficheiro 2) – *Printscreen* meramente ilustrativo do pretendido, capturado pela autora do presente estudo e única e exclusivamente utilizado para o mesmo:



Como podemos verificar do confronto entre os dois ficheiros (1 e 2) temos duas realidades que, visivelmente, nos parecem ambas reais. A questão é que o ficheiro 2) se encontra adulterado e o ficheiro 1) se encontra a plasmar a efetiva realidade.

Ao realizar o *printscreen*, adulterando o seu conteúdo, se imprimirmos o ficheiro e o voltarmos a digitalizar para submeter ao processo judicial, a sua garantia de autenticidade será possível de colocar em causa? Por sua vez, se ao realizar o *printscreen*, adulterando o seu conteúdo, realizarmos o “guardar em pdf”, para submeter ao processo judicial, neste caso, a sua garantia de autenticidade será possível de colocar em causa?

4.5. Da prova documental, visual ou sonora, produzida pelas redes sociais, plataformas digitais, *hangouts* e *Whatsapp*

Sabemos que as mais diversas plataformas digitais, redes sociais (*facebook, instagram, twitter*), *hangouts* e *whatsapp* são utilizados com grande frequência nos dias atuais. Mas também sabemos que os perigos associados à utilização da conversação digital são, também eles, crescente.

A consola de qualquer browser permite a alterabilidade de imagens, nomes e perfis. O que significa que alguém que queira construir prova possa alterar, através da consola do seu browser, o nome da conversa e indicar que, por exemplo, o sujeito X lhe enviou uma mensagem instantânea indicando que lhe reconhece o defeito do veículo.

A verdade é que não foi o sujeito X que enviou aquela mensagem, mas sim o autor da acção, que é, também, o autor da prova digital, que criou, através da sua consola (cmd+option+j) e alterou o texto da conversa real. Ao realizar um *printscreen* com a consola alterada voltaremos ao problema que referimos *supra*: como se garante a autenticidade desta comunicação?

Vejamos, na prática, aquilo que realmente acontece:

4.6. A fotografia digital, a gravação vídeo digital e a gravação áudio digital

Se achamos que há prova digital que não pode ser contaminada estamos, naturalmente, enganados. O advento da tecnologia veio, também, consigo e por si, alterar toda a realidade. Hoje em dia é facilmente obtido um programa de software ou edição (quer imagem, áudio ou vídeo) capaz de adulterar, de forma extremamente profissional, todos os documentos processados nesta realidade eletrónica.

5. A contratação eletrónica e a assinatura digital

Em instâncias *supra* referimos o advento do *e-commerce* como, de facto, um plasmar da realidade da evolução digital na influência jurídica e no tratamento jurídico das questões.

O DL n.º 7/2004, de 07 de Janeiro que regula o comércio eletrónico, em particular nos seus artigos 24.º e ss. veio a dispor, concretamente, acerca de contratos celebrados por via eletrónica ou informática, sejam ou não qualificáveis como comerciais.

No âmbito do comércio eletrónico, onde também temos que destacar as relações de consumo, principalmente as pautadas pelos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial, temos que analisar que o DL que regula especificamente o comércio eletrónico exclui deste tipo de contratação os contratos que tenham por objeto a família e as sucessões, os que exijam a intervenção de tribunais, entes públicos ou entes que exerçam poderes públicos, os que tenham por objeto direitos reais imobiliários (com a exceção do arrendamento) e os de caução e de garantia, quando não se integrarem na atividade profissional de quem as presta, tudo conforme o artigo 25.º do referido DL, no seu número 2.

Assim, ao abrigo da liberdade contratual, corolário da autonomia da vontade, princípio do direito civil substantivo, em particular regulado no artigo 405.º do CC, vigorará a liberdade das partes sujeita, todavia, a uma exigibilidade formal, em razão da segurança jurídica e por forma a garantir a fidedignidade, inteligibilidade e conservação.

Sucedo que, no âmbito desta contratação eletrónica, o documento eletrónico, seja ele prova ou meio de prova, apenas valerá como documento assinado (sujeito a esse mesmo regime probatório) quando tiver cumprido, em si mesmo, os requisitos da legislação sobre a assinatura eletrónica e certificação, sendo uma exceção do artigo 219.º do nosso CC.

Os contratos digitais que celebramos por reconhecimento fácil, assinatura com leitura de impressão digital nos smartphones, password de login, ou com um simples “li e confirmo o teor das cláusulas contratuais gerais” serão aptos a respeitar os requisitos da legislação sobre a

assinatura eletrónica e certificação ou, ao invés, serão os que merecerão especial cuidado nisto que é o tratamento da prova digital?

Este requisito de forma é um requisito *ad probationem*. É preciso distinguir redução a escrito de qualquer suporte que permita convergir vontades. Assim, o contrato não precisa de estar totalmente redigido a escrito, numa exaustão de cláusulas como a contratação mais tradicional, bastará, como o próprio artigo 26.º indica, que estejam os termos e as condições contidas em suporte que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação.

No entendimento perfilhado e consagrado pelo DL n.º 12/2021, de 09 de Fevereiro, “[o] documento eletrónico satisfaz o requisito legal de forma escrita quando o seu conteúdo seja suscetível de representação como declaração escrita”, conforme artigo 3.º, n.º 1. Quer o printscreen, quer um e-mail, são suscetíveis de integrar o conceito de documento eletrónico.

O facto divergente na classificação e ponderação do documento eletrónico terá a ver com o modo de assinatura aposta no mesmo. Caso a assinatura aposta seja eletrónica qualificada, este documento, naturalmente, terá equivalência à assinatura autógrafa dos documentos com forma escrita sobre suporte de papel e cria presunções. As presunções, previstas no artigo 3.º n.º 2, do referido diploma legal, são de que:

- a) A pessoa que após a assinatura eletrónica qualificada é o titular desta ou é representante, com poderes bastantes, da pessoa coletiva em causa;
- b) A assinatura eletrónica qualificada foi aposta com a intenção de assinar o documento eletrónico;
- c) O documento eletrónico não sofreu alteração desde que lhe foi aposta a assinatura eletrónica qualificada.

Esta aposição de assinatura eletrónica qualificada conferirá ao documento a mesma força probatória que se extrai da leitura do artigo 376.º do CC. Nos restantes casos aplicar-se-á a livre apreciação do julgador.

E estes documentos, como poderão ser impugnados? Naturalmente que teremos que aplicar o disposto no artigo 444.º e 446.º do CPC.

Mas é claro que a livre apreciação do julgador a que a prova está sujeita não afasta, mas antes até deveria impor em razão da possibilidade de fraude e dos perigos no que à idoneidade e autenticidade respeitam, de realização de prova pericial ao documento eletrónico e, ainda, de inspeção judicial. No caso de inspeção só obstará o facto de se terem eliminado os documentos idóneos, ou no caso de e-mails, os e-mails mas, ainda, assim, os servidores poderão ser oficiados para trazer os registos.

A prova da autoria será sempre acompanhada da localização *do Internet Protocol* (designado vulgarmente como IP), mas, também assim, é possível identificar a rede ou o computador, com margem de falha, mas não com eficácia quem foi a pessoa que utilizou aquele computador ou aquela rede (salvo em caso de compilação probatória, através de videovigilância por exemplo).

Como já viemos a indicar a internet é um mundo cada vez mais novo, esta era digital é de fácil acesso a qualquer sujeito: há fontes de acesso público e é essa facilidade que pode permitir – e facilitar – o anonimato digital e, muitas vezes, a impossibilidade de se provar o concreto autor.

Assim, caso não exista uma assinatura eletrónica qualificada, a tarefa probatória pode reputar-se nos meandros da impossibilidade. É que a assinatura eletrónica qualificada apresenta em si dados de criação e verificação que permitem o atingir da autenticidade e integridade: mas a autoria não é tão fácil assim.

Pensemos no caso da aposição de assinatura eletrónica qualificada pela leitura do cartão de cidadão, realizada por alguém que ilicitamente acedeu aos dados. Estas situações, naturalmente limite, terão que ter uma disposição probatória própria.

Isto porque, de facto, a assinatura eletrónica qualificada vai deslindar que quem é o titular da mesma, foi a pessoa que a realizou (ou com autorização), traduzindo uma inequívoca intenção em assinar o documento e, ainda, que o documento não estava contaminado até ser assinado.

Mas pode um documento com assinatura eletrónica qualificada ser alterado? E se este documento tiver a aposição de selos temporais?

Ficheiro 3) *Printscreen* de um contrato com a assinatura eletrónica qualificada da autora do presente trabalho

Cláusula 3ª

Tudo o que não estiver expressamente previsto no contrato inicial, que se considera como único contrato, é regido pelo disposto no Estatuto da Carreira do Pessoal Docente do Ensino Superior, no Regulamento Relativo ao Pessoal Docente Especialmente Contratado da Universidade do Minho, na LTFP, aprovada pela Lei n.º 35/2014, de 20 de junho, e no Código do Trabalho.

FEITO E ASSINADO em duplicado, na data e local acima mencionados, ficando cada parte com um exemplar.

A Universidade do Minho

O Trabalhador

Rui Manuel Costa Vieira de Castro

Ana Isa Dias Meireles



Assinado por: Ana Isa Dias
Meireles
Identificação: 813797779
Data: 2021-12-09 às 14:58:22

Ficheiro 4) – *Printscreen* de um contrato com a assinatura eletrónica qualificada da autora do presente trabalho, alterado

Cláusula 3ª



Portanto, também os documentos eletrónicos com assinaturas eletrónicas qualificadas foram adulteradas. E este é o risco... Em que acreditar? Como trazer uma maior segurança ao processo?

Pior será, ainda, equacionar que quer na construção probatória pode haver esta contaminação, como, ainda, no decurso do próprio processo pode ser contaminado.

É que, neste caso, mesmo com aposição de selo temporal, que seria passível de oferecer garantias de segurança, fiabilidade e vinculação, a situação tem uma fenda de abertura.

E se estivéssemos todos obrigados a viver dominados pela blockchain? E se na nossa vida, os nossos sistemas operativos, as redes e plataformas sociais, fossem obrigatoriamente geridas

pela blockchain? E se nas relações contratuais não existissem só *dropbox*, sistemas de partilha conjunta, *clouds*, mas, antes, um sistema de inserção de documentos em blockchain onde, com a aposição de selos temporais, guardássemos num cofre o que somos, o que fazemos, o que assinamos? E se a nossa pegada digital fosse, nada mais nada menos, do que obrigatoriamente guardada em blockchain? Qual a certeza, ou, melhor, restaria espaço para a dúvida probatória?

6. O caso concreto dos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial: a necessidade de um novo conceito de consumidor trazido pela prova digital e os perigos da prova diabólica na esfera do consumo

6.1. O conceito de consumidor

O conceito de consumidor¹³³ tem variado ao longo dos anos, sendo subjetiva a sua definição, dependendo da legislação que objetivamente se aplique ao caso em apreço.

Segundo JORGE MORAIS CARVALHO¹³⁴, “[o] conceito de consumidor tem como função principal delimitar o âmbito de aplicação (subjetivo) de vários regimes jurídicos. Como não existe um conceito único, a nível nacional e internacional, é necessário perceber em cada caso qual o âmbito subjetivo do diploma em causa”¹³⁵.

A verdade é que nem todos os diplomas que tratam da matéria do consumo contêm, em si mesmos, uma definição daquilo que deve ser entendido como *consumidor*. No entanto, nesses casos, existe a necessidade de se recorrer à definição constante na Lei da Defesa do Consumidor, sendo que, nesta Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, no seu artigo 2.º¹³⁶, é-nos dada a seguinte definição de consumidor: “[todo] aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”.

A interpretação deste conceito vai ser, de facto, o ponto de partida para a matéria que nos propusemos a tratar.

¹³³ Para uma análise mais detalhada sobre o conceito de consumidor veja-se BAPTISTA DE OLIVEIRA, FERNANDO, O Conceito de Consumidor – perspectivas Nacional e Comunitária, Coimbra, Almedina, Novembro de 2009.

¹³⁴ CARVALHO, JORGE MORAIS, Manual de Direito do Consumo. 3.ª Edição, Lisboa, Almedina, Janeiro de 2016.

¹³⁵ CARVALHO, JORGE MORAIS, *idem* p. 17.

¹³⁶ Veja-se, mais exaustivamente, CALVÃO DA SILVA, JOÃO, Venda de bens de consumo – Revista, Aumentada e Atualizada. 4.ª Edição, Coimbra, Almedina, Maio de 2010.

Assim, é claro que o conceito de consumidor e a realidade subjacente às relações de consumo apresentam, há alguns anos a esta parte, uma associação ao “[maior] grupo económico a atuar no mercado, sendo influenciados por (e influenciando) todas as decisões tomadas a este nível”¹³⁷. A proteção dos consumidores e a associação desta relação de consumo a um fomento inequívoco do mercado tem vindo a assumir crucial relevância em razão do “[desequilíbrio] que está na base da relação de consumo”¹³⁸.

Assim, parece-nos, salvo melhor opinião, crucial informar que o consumidor será (à partida) havido como a parte mais fraca da cadeia contratual. A este respeito, quer doutrinal, quer jurisprudencialmente já têm sido diversas as pronúncias que, após uma apreciação naturalmente casuística, concluem que nas relações de consumo se parte da consideração de que o consumidor é, de facto, a parte mais fraca da cadeia contratual¹³⁹⁻¹⁴⁰.

¹³⁷ CARVALHO, JORGE MORAIS, *ob.cit.* p. 13.

¹³⁸ CARVALHO, JORGE MORAIS, Os contratos de consumo – Reflexão sobre a autonomia privada no Direito do Consumo, Dissertação para doutoramento em direito privado na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Março de 2011, p. 11.

¹³⁹ A título meramente exemplificativo, e a propósito do crédito ao consumo, veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 09 de Julho de 2015, cujo relator é Maria do Rosário Morgado, onde consta que “[é] patente a desigualdade de meios neste tipo de contrato de crédito ao consumo, revelando-se os consumidores a parte mais fraca”.

¹⁴⁰ A respeito da questão dos créditos ao consumidor veja-se que também doutrinalmente a tutela da proteção da parte mais fraca – como sendo o consumidor – surge com bastante preponderância entre nós. Luís de Lima Pinheiro afirma que “[e]ntende-se por “contratos celebrados por consumidores” aqueles que tenham por objecto o fornecimento de bens móveis corpóreos ou de serviços a uma pessoa para uma finalidade que possa considerar-se estranha à sua actividade profissional, bem como os contratos destinados ao financiamento desse fornecimento. Esta definição corresponde à empregue no art. 13.º da Convenção de Bruxelas Relativa à

Claro que a visão que o consumidor tinha no surgimento da sua tutela não pode ser a mesma com a qual nos deparamos nos dias correntes. Repare-se que o comércio, no antigamente, era o comércio tradicional associado a vendedores e consumidores que se cruzavam presencialmente e que negociavam e tramitavam os seus contratos com este cunho pessoal, de um contacto direto entre os sujeitos contratuais.

Com a evolução tecnológica e o advento de novos tipos de comércio sentiu-se a necessidade de, na própria legislação, existir esta evolução ao nível da proteção do consumidor.

A verdade é que, a evolução tem ocorrido com tamanha velocidade que, muitas das vezes, urge levantar a questão: estará, efetivamente, o consumidor tutelado à luz das intenções do legislador em garantir que a parte mais fraca desta cadeia contratual não ficará sem proteção?

Competência Judiciária e Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial, e deve ser interpretada do mesmo modo, à luz da finalidade de protecção da parte mais fraca”, PINHEIRO, Luís de Lima, “Direito aplicável às operações bancárias internacionais”, consultado na internet através do URL https://www.oa.pt/conteudos/artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=64444&ida=64482, a 20 de Abril de 2018.

6.2. A legislação do consumo

A legislação que tutela o direito do consumo é diversa, sendo que, entre nós, optaremos por destacar a Lei da Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96 de 31 de Julho), Contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial (Decreto-Lei n.º 24/2014 de 14 de Fevereiro), Cláusulas Contratuais Gerais (Decreto-Lei n.º 446/85 de 25 de outubro), Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de Outubro, que regula os direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais, transpondo as Diretivas (UE) 2019/771 e (UE) 2019/770 e Contratos de crédito aos consumidores (Decreto-Lei n.º 133/2009 de 2 de junho).

Cumprido de imediato menção que a tutela primordial dos direitos dos consumidores surge, desde logo, na nossa Constituição da República Portuguesa, designadamente no artigo 60.º da mesma sob a epígrafe “[direitos] dos consumidores”.

A verdade é que o conceito de consumidor, apesar de tendencialmente uniformizador, vai tendo algumas variações dependendo da legislação que se aplique à relação de consumo a tutelar.

No que respeita à Lei da Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96 de 31 de Julho), o conceito de consumidor, sempre preenchido por quatro âmbitos cumulativos, apresenta-se como um conceito amplo. Veja-se que no artigo 2.º da referida Lei consumidor será considerado “todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma atividade económica que vise a obtenção de benefícios”.

Por sua vez, no que concerne com os contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial (Decreto-Lei n.º 24/2014 de 14 de Fevereiro), o âmbito subjetivo da noção de consumidor já tem oscilações. Se na Lei da Defesa do Consumidor esta definição se pautava por uma ampla abrangência de todo e qualquer sujeito – fosse ele pessoa singular ou pessoa coletiva – no que respeita a este Decreto-Lei n.º 24/2014 de 14 de Fevereiro, designadamente no artigo 3.º alínea c), é considerado consumidor “[a] pessoa singular que atue com fins que não se integrem no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional”.

Assim, e continuando, apreciando a legislação relativa às Cláusulas Contratuais Gerais (Decreto-Lei n.º 446/85 de 25 de outubro) apercebemo-nos de que este Decreto-Lei não contém nenhuma definição de consumidor. Sendo que, quando exista a situação de dúvida na aplicação do mesmo, e existindo um preenchimento do conceito de consumidor à luz da Lei da Defesa do Consumidor, desde logo, não nos causará estranheza a sua aplicação.

No que concerne com a legislação que regula Venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas (Decreto-Lei n.º 67/2003 de 8 de abril), agora já revogada pelo Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de Outubro, que regula os direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais, transpondo as Diretivas (UE) 2019/771 e (UE) 2019/770, o conceito de consumidor encontra-se consagrado no seu artigo 2.º, g), com uma visão mais restrita, de que será “[uma] pessoa singular que, no que respeita aos contratos abrangidos pelo presente decreto-lei, atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional”.

Por fim, no relativo aos contratos de crédito aos consumidores (Decreto-Lei n.º 133/2009 de 2 de junho), o artigo 4.º deste Decreto-Lei indica, no seu n.º1 alínea a), que será tido como consumidor “a pessoa singular que, nos negócios jurídicos abrangidos pelo presente decreto-lei, actua com objectivos alheios à sua actividade comercial ou profissional”.

Apesar da existência de uma variação no conceito de consumidor o que é certo é que os quatro âmbitos¹⁴¹, com maiores ou menores diferenças, acabam por ser todos tutelados: (i) o âmbito subjetivo; (ii) o âmbito objetivo; (iii) o âmbito teleológico e, por fim, (iv) o âmbito relacional.

No entanto, cumprirá desde já fazer a breve referência a que o comércio eletrónico, mais propriamente o comércio que se origina por via do *facebook* é subsumível ao conceito de

¹⁴¹ Para aprofundamento desta matéria ver CARVALHO, JORGE MORAIS, *Manual de Direito do Consumo*, ob.cit., pp. 18 a 23.

consumidor que deriva do DL n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro, onde é tratada a matéria dos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial, dado que estamos a falar da contratação na internet.

Claramente que a intenção legislativa plasmada em cada uma das legislações referidas se pauta com a proteção da parte mais fraca de tipos contratuais que convergem num ponto em comum: são passíveis de configurar e de preencher o conceito de contrato de consumo.

O modo da formação destes contratos e a especial característica no lado do comprador/adquirente/beneficiário, ou, vulgo, consumidor leva a que tenha que existir uma ponderação mais vertida na lógica da proteção de quem, na cadeia contratual, será, ainda que aparentemente e com possibilidade de ilidir essa presunção, a parte mais fraca.

6.3. Os pressupostos do conceito de consumidor no âmbito do Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro, dos contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial

Analisando-se o Decreto-Lei n.º 24/2014 de 14 de Fevereiro vemos que, no seu artigo 3.º alínea b), nos são fornecidas diversas definições relevantes que nos vão permitir excluir ou aplicar o regime jurídico que deriva desta legislação.

No que concerne com o conceito de consumidor vemos que, de facto, para a aplicação subjetiva deste Decreto-Lei, teremos que nos encontrar perante um consumidor que seja (i) pessoa singular; (ii) que atue com fins que não se integrem no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional. Não obstante os âmbitos deste conceito serem subsumíveis a apenas dois requisitos, nunca poderá ser olvidado o recurso à definição da contraparte do contrato celebrado, ou seja, do *vendedor*. assim, nos termos da alínea f) do artigo em análise, refira-se, o “fornecedor de bens ou prestador de serviços”.

Não importa se estamos perante o preenchimento dos elementos da alínea b) se este consumidor não se encontrar perante (iii) pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, (iv) que, num contrato com um consumidor, (v) atue no âmbito da sua atividade profissional ou através de outro profissional, que atue em seu nome ou por sua conta.

A análise deste conceito é absolutamente relevante porquanto a matéria sob a qual nos propomos debruçar apresenta “[problemas] jurídicos específicos mais relevantes, em especial no que respeita à possível deslocalização dos contraentes”¹⁴².

Atento o exposto, assume-se crucial indicar que a relação que se crie derivada da internet, mais propriamente das redes sociais, será enquadrável, salvo exceções, no âmbito dos contratos celebrados à distância.

¹⁴² CARVALHO, JORGE MORAIS, *idem*, p. 159.

O artigo 3.º alínea f) do DL em análise diz-nos que é subsumível e enquadrável no conceito de contrato celebrado à distância aquele que é “[celebrado] entre o consumidor e o fornecedor de bens ou o prestador de serviços sem presença física simultânea de ambos, e integrado num sistema de venda ou prestação de serviços organizado para o comércio à distância mediante a utilização exclusiva de uma ou mais técnicas de comunicação à distância até à celebração do contrato, incluindo a própria celebração”.

6.3.1. A importância da informação pré-contratual

Situando-nos no âmbito dos contratos celebrados à distância destaca-se como absolutamente crucial o fornecimento de informação pré-contratual adequada e informativa, conforme dispõe o artigo 4.º do Decreto-Lei 24/2014 de 14 de Fevereiro.

Sucedem, porém, que a evolução da contratação eletrónica tem vindo a fazer-nos perder de vista a importância desta informação pré-contratual¹⁴³, surgindo uma certa contratação camuflada que visa, tão só, afastar o preenchimento do conceito de consumidor e, conseqüentemente, da aplicação do Decreto-lei em análise, o que tem como consequência a desproteção do consumidor na contratação à distância.

A informação pré-contratual que surge com obrigatoriedade neste tipo contratual deve ser sempre prestada “em tempo útil e de forma clara e compreensível”.

A verdade é que, apesar do elenco de informação pré-contratual que é exigível a qualquer fornecedor de bens ou prestador de serviços, esta aplicação é, a nosso ver, facilmente contornável, porquanto o desconhecimento de quem se encontra *do outro lado do ecrã*, a despersonalização e falta de elementos de prova, levam a que, de forma facilitada, seja afastado o conceito de fornecedor de bens.

¹⁴³ Veja-se a respeito da análise da matéria dos contratos celebrados à distância CARVALHO, JORGE MORAIS E PINTO FERREIRA, JOÃO PEDRO, “Contratos Celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial”, in I Congresso do Direito do Consumo, Lisboa, Almedina, 2016, p.95.

Pensemos, facilmente, no caso de uma pessoa¹⁴⁴ que exercendo pacificamente a sua atividade profissional se regista na rede social *facebook* a título singular, e se inscreve no *marketplace* para vender os mesmos produtos que fazem parte da sua atividade profissional.

A verdade é que o consumidor, como desconhece quem é, de facto, o vendedor do bem, vendo um *facebook* pessoal, sem qualquer atividade profissional, mas apenas lazer, estará formalmente a contratar com um mero sujeito desprovido de qualquer âmbito de atividade profissional.

Materialmente, e a nosso ver, a contratação que subjaz é uma contratação cuja prova terá que ser ilidida. No entanto, parece-nos absolutamente desproporcional exigir ao consumidor que, caso queira, prove que a pessoa que lhe é desconhecida possa ser enquadrável no conceito de fornecedor de bens avançado pelo DL n.º 24/2014 de 14 de fevereiro.

Relembremos que esta contratação à distância, realizada através de redes sociais, leva a que a figura do consumidor fique ainda mais desprotegida, porquanto o exercício dos respetivos direitos estará sempre sujeito à informação (que poderá não ser verdadeira) disponibilizada numa página pessoal. E, ademais, estará sempre sujeito à manutenção do registo ativo na rede social.

Perante tudo isto, cremos que a obrigação de prestação de informação pré-contratual, a que o consumidor terá, sempre, direito, deveria abranger, no caso das redes sociais, e com as necessárias adaptações, a identificação de todos aqueles que quisessem adotar qualquer atividade no âmbito deste tipo de comércio. De facto, a linha que separa o uso profissional da figura que se encontra a fornecer um bem pode não ser facilmente ultrapassável¹⁴⁵.

6.4. Os mercados digitais e a influência na realidade do consumo

¹⁴⁴ Seja ela singular ou coletiva.

¹⁴⁵ A propósito da proteção do consumidor no comércio eletrónico veja-se BARBIERI, DIOVANA. A Proteção do consumidor no comércio eletrónico, Lisboa, Editorial Juruá, 2013.

A contratação e o modo de contratação evoluiu: e isto terá, naturalmente, que ser ponto assente no nosso estudo. Os mercados não são o vulgar mercado tradicional e, atualmente, existe efetivamente um incremento de novos mercados digitais e influências para o contributo de um novo conceito de consumidor.

Veja-se que todos os conceitos que referimos são conceitos cuja alteração legislativa não afetou nenhum dos moldes da sua redação. A questão que desde já se levanta é a que se relaciona com a evolução do modo de contratar, a própria criação de novos mercados e, em contrapartida, a inexistência de qualquer alteração no conceito da parte mais fraca dessas mesmas relações.

Destaque-se ainda que os mercados digitais, pelos próprios perigos conexos à internet, acabam por ser mais propiciadores de uma desproteção do consumidor – que, a nosso ver, e salvo melhor opinião, não mais pode ser entendido na sua vertente tradicional.

Sabemos que um dos meios de formação de um contrato à distância¹⁴⁶ é o contrato que é celebrado através da internet e que, naturalmente, se associa ao comércio eletrónico¹⁴⁷ e, foquemos agora o âmbito do nosso estudo.

6.4.1. As redes sociais no sentido lato

¹⁴⁶ Que é “[um] contrato celebrado entre o consumidor e o fornecedor de bens ou o prestador de serviços sem presença física simultânea de ambos, e integrado num sistema de venda ou prestação de serviços organizado para o comércio à distância mediante a utilização exclusiva de uma ou mais técnicas de comunicação à distância até à celebração do contrato, incluindo a própria celebração” conforme definição vertida no artigo 3.º alínea f) do DL n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro.

¹⁴⁷ A este respeito ver CARVALHO, JORGE MORAIS, *Os contratos de consumo – Reflexão sobre a autonomia privada no Direito do Consumo*, Dissertação para doutoramento em direito privado na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Março de 2011, pp. 141 e ss.

A contratação eletrônica implica, naturalmente, a abertura de novos mercados digitais onde existe a propensão para a prática de contratos de consumo. Um destes mercados, e a nosso ver muitíssimo pertinente, é o mercado que se cria com as redes sociais.

As redes sociais são muitas vezes manipuladas por *influencers* que, através do seu número de seguidores, conseguem atingir um determinado número de potenciais consumidores, vocacionando-os para a atração da publicidade que demandam. E, por outro lado, as próprias redes sociais, através dos seus algoritmos, conseguem perceber quais as propensões do consumidor para a contratação.

Além disso, são inúmeras as ferramentas e a facilidade na contratação eletrônica associada a mercados sociais, mais concretamente às redes sociais. Em muitos casos é permitido criar perfis profissionais onde há, efetivamente, a divulgação de uma marca. Mas, noutros casos, existe a possibilidade de através do seu perfil individual publicitar vendas. A questão colocar-se-á, predominantemente, neste modelo de contratação: perfis particulares cuja identidade não é minimamente controlada anunciam, seja na sua própria página de *facebook*, seja em grupos, seja no *marketplace*, vendas online. Que tutela para o consumidor?

Sabemos que, por estarmos perante o comércio eletrónico, teremos que aplicar e que interpretar o Decreto-Lei n.º 7/2004, de 07 de janeiro. No entanto, não poderemos olvidar que o âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 24/2014 de 14 de fevereiro, relativo aos contratos celebrados à distância, também poderá estar preenchido nos casos em que se envolvem contratos celebrados na internet.

Claro que, conforme já mencionado *supra* o âmbito subjetivo de aplicação do diploma, relacionado com o conceito de consumidor, terá sempre que ser respeitado. Mas a par disso, teremos sempre que apreciar o efetivo conceito de contrato celebrado à distância que é o contrato “[celebrado] entre o consumidor e o fornecedor de bens ou o prestador de serviços sem presença física simultânea de ambos, e integrado num sistema de venda ou prestação de serviços organizado para o comércio à distância mediante a utilização exclusiva de uma ou mais

técnicas de comunicação à distância até à celebração do contrato, incluindo a própria celebração”, conforme artigo 3.º alínea f) do Decreto-Lei em análise.

Se um qualquer contrato à distância já é pautado pela vulnerabilidade e fragilidade na proteção do consumidor que desconhece efetivamente a realidade subjacente quer à identidade do vendedor quer à efetiva qualidade e características dos produtos, repare-se, agora que o fomento de mercados digitais que não garantem a real e efetiva identidade dos seus utilizadores leva a que, naturalmente, o consumidor fique à mercê destas redes.

A par do problema da identidade, que a nosso ver é de difícil ultrapassagem, mas colmatável, a verdade é que a aplicação do Decreto-Lei n.º 24/2014 de 14 de fevereiro fica muito aquém quando confrontada nas redes sociais. Desde logo porque uma das garantias que visam tutelar a proteção da parte mais fraca¹⁴⁸ é a informação pré-contratual a ser prestada pelo vendedor ao consumidor nos termos do artigo 4.º do referido diploma legal.

Se a informação pré-contratual foi consagrada como um mecanismo de tutela pelo legislador, no âmbito do comércio tradicional, em função do consumidor, a verdade é que atualmente com o surgimento de novos mercados (principalmente os digitais) a importância desta informação pré-contratual acaba por ser relegada para segundo plano¹⁴⁹.

O artigo 4.º do Decreto-Lei, a nosso ver, nos moldes circunstanciais apreciados sob a análise do comércio eletrónico é de muito difícil controlo de aplicação, porquanto no comércio através de redes sociais existe, desde logo, o dito desconhecimento da identidade real das pessoas, bem como, além disso, o conceito de fornecedor de bens como alguém que se dedique profissionalmente a esse comércio poderá ser afastado propositadamente.

¹⁴⁸ Ou seja, do consumidor.

¹⁴⁹ Veja-se a respeito da análise da matéria dos contratos celebrados à distância CARVALHO, JORGE MORAIS e PINTO FERREIRA, JOÃO PEDRO, *Contratos Celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial*, in I Congresso do Direito do Consumo, Lisboa, Almedina, 2016, p.95.

Foquemo-nos, agora, na apreciação do *marketplace*¹⁵⁰ que é uma possibilidade de adesão facilitada fornecida pelo *Facebook* aos seus utilizadores. E coloquemo-nos na veste de consumidor que, em face da impossibilidade de conhecimento efetivo da titularidade e identidade dos utilizadores que aderem à rede social poderão nunca conseguir saber que a proposta contratual emitida por um utilizador está a sê-lo no âmbito da sua atividade profissional ou se, por sua vez, é um utilizador a nível não profissional. E repare-se que esta linha é, de facto, muito ténue e, em função do modo como o conceito de consumidor está construído, muito fácil poderá ser afastado o preenchimento do elemento relacional.

Se esta desproteção é verificável, ou seja, há a possibilidade de se afastar o preenchimento da noção de consumidor pela simples manipulação da inscrição de utilizadores na rede, é certo que a evolução do comércio eletrónico veio, então, colocar o consumidor numa posição mais vulnerável.

O que é certo é que esta posição mais vulnerável não se justifica apenas pelo facto de existir meios de manipulação da inscrição dos utilizadores, como também pela possibilidade de falta de veracidade na identidade dos mesmos. O problema consegue ultrapassar estas questões quando se alia a política de algoritmos subjacentes à procura da vontade do consumidor, manipulando as sugestões que aparecem no *facebook* e, assim, contendendo com a vontade em contratar.

Claramente que, perante todas as questões suscitadas, urge suscitar a questão: e que responsabilidade incumbirá à rede social na proteção do consumidor? Afinal de contas estamos a falar de uma rede social que lucra com os utilizadores nela inscritos e que, através dos seus

¹⁵⁰ O *marketplace* é apresentado pelo *facebook* como um atalho que permite que os utilizadores descubram, comprem e vendam artigos na sua comunidade, aliás, o seu modo de apresentação é “Descobre, compra e vende artigos na tua comunidade”.

próprios meios, consegue ser influenciador da vontade em contratar do consumidor (lidando com as suas buscas recentes e seguindo a sua pegada digital).

Em face do exposto, não será despiciendo afirmar que, de facto, estes contratos celebrados à distância, mais concretamente através de redes sociais, se encontram desprovidos de uma tutela efetiva do consumidor. Se, por um lado, a facilidade do mercado digital na contratação é um admirável mundo novo, a verdade é que, ao invés, a tutela conferida ao consumidor pela rede social não é nenhuma e, muitas vezes, poderá nem conseguir preencher o elemento relacional, relativo à posição de intervenção do vendedor, vendo afastadas as suas garantias enquanto putativo consumidor.

6.4.2. As plataformas digitais, em particular: as plataformas de divulgação de alojamento

Já temos vindo a debater a temática do alojamento local na perspetiva da desproteção do consumidor¹⁵¹, isto porque, as plataformas digitais de incremento de divulgação de habitações acabam por ser pautadas pela existência de cláusulas contratuais gerais onde, muitas vezes, a própria plataforma deixa clausulado (e clarificado) a sua irresponsabilidade perante algumas situações que sejam desvantajosas para o consumidor.

Conforme pacificamente se compreenderá o fornecimento de alojamento, seja em que moldes for, implicará sempre uma correspondência entre duas obrigações: por um lado, a prestação de um serviço (seja de fornecimento de bens com, ou não, prestação de serviços por exemplo de limpeza) e, por outro lado, existe a contraprestação do pagamento de uma remuneração, a dita contrapartida patrimonial para o efeito. A verdade é que existindo este sinalagma entre as obrigações, que já por si é integrante de uma relação complexa, apresenta complicações quando, por sua vez, é integrada num comércio digital.

¹⁵¹MEIRELES, ISA, *ob.cit.* pp. 167 e ss.

Na realidade do alojamento, ainda que além das redes sociais, os problemas suscitados na apreciação daquelas serão similares aos já suscitados, apenas com alguns contornos muito propícios da matéria do alojamento.

A questão que sempre se vai suscitar é que os meios de divulgação e de contratação – as ditas plataformas digitais – não apresentam, hoje, nenhuma tutela idónea para o consumidor que recorre às mesmas para a celebração dos contratos que entender. E é exatamente por esta incongruência que deturpa – seriamente – a vontade do legislador em tutelar a parte mais fraca da relação contratual que entendemos que o caminho passará: a responsabilização, direta, dos próprios mercados digitais, ou melhor, das plataformas digitais que não são simplesmente o meio de contratação mas, por outro lado, são também sustentados financeiramente pelo incremento de visualizações e negociações que nelas opera. Assim, existindo uma vantagem pela utilização das mesmas, não poderá ser despiciendo afirmar que terão que assumir uma tutela mais efetiva dos direitos dos consumidores.

6.4.3. O caso específico do *facebook* como uma rede social que conjuga diversos tipos de consumidores e vendedores

As opções para registo no *Facebook* são inúmeras, efetivando-se o mesmo, regra geral, através do fornecimento de um *e-mail*, contacto telefónico e preenchimento dos respetivos dados. A verdade é que não existe qualquer garantia que os referidos dados são verdadeiros e, por sua vez, poderemos estar perante uma consecutiva prestação de informação falsa e utilizada apenas para um “registo online”. Claramente que estamos a falar de atuações suscetíveis de desencadear uma responsabilidade criminal. No entanto, é muito difícil perseguir-se esta pegada.

Nessa medida, a figura que padece e fica à mercê da veracidade de uma informação que encontra num ecrã, é, naturalmente, o consumidor.

No *facebook* podemos encontrar páginas pessoais, páginas tendentes ao fomento de um negócio (sem, necessariamente, termos acesso a quem é, de facto, o seu administrador) e, ainda, grupos destinados a venda de artigos, a que qualquer perfil (falso ou não) poderá aderir.

Mais recentemente, vimos que o *facebook* disponibilizou a chamada figura do *marketplace* em que qualquer utilizador pode, sem qualquer informação adicional, disponibilizar bens para venda que, através de um simples *click*, são disponibilizados para todos os membros do *facebook*.

Enquanto o objetivo da criação do *marketpalce* é a facilitação e chamamento de mais utilizadores no *facebook*, a verdade é que, a nosso ver, com a criação deste tipo de comercialização “facilitada”, existe uma dificuldade da proteção que deve ser granjeada ao consumidor.

O simples facto de qualquer perfil, falso ou verdadeiro, poder lançar mão de um convite a contratar, sem mais, através do simples *upload* de uma fotografia do bem, sem existência de um escrutínio que afira se o uso do fornecedor de bem é um uso profissional ou verdadeiramente pessoal, coloca em risco a tutela do consumidor que temos vindo a batalhar no decurso dos tempos.

A simplicidade do regime da contratação à distância pode ser brutalmente afastada com estes perfis e este tipo de comércio não verificado, nem tão pouco escrutinado. As políticas de venda têm de acompanhar o conceito do consumidor e tutelar o mesmo.

Se a legislação em vigor leva a que o conceito de consumidor se preencha num duplo sentido (os elementos integrantes da própria pessoa compradora e, por sua vez, os elementos integrantes da contraparte – fornecedor de bens), impõe-se, no mínimo, que a rede social em questão assuma uma maior dificuldade no acesso à venda *online*, através da previsão da obrigatoriedade de um maior preenchimento de dados pessoais dos utilizadores, com necessidade de exposição da profissão de cada um, e com um regime de prova associado. Além disso, a nosso ver, existe a necessidade de alcançar que a permanência na rede social não se frustre com um simples “cancelar conta” ou “eliminar conta”, que levam a que qualquer direito

de arrependimento ou reclamação fiquem impossibilitados perante a eliminação do rasto do sujeito do sujeito contratual.

7. Proteção de dados pessoais vs. proteção do consumidor: que direitos devem prevalecer?

Perante todo o exposto, existe, inegavelmente, a importante necessidade de tutelar o consumidor no sentido de evitar que os facilitismos contratuais sejam tábua rasa da desproteção do consumidor.

Percebemos a importância da tutela e preservação de dados pessoais por parte de, por exemplo, o *facebook*. No entanto, não conseguimos aceitar que o acesso à rede social possa ser realizado através de falsa informação, criada única e exclusivamente com o intuito de passar despercebido *online*.

O Regulamento (União Europeia) 2016/679 Do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, é relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados), tendo assegurado a sua execução no ordenamento jurídico nacional através da Lei n.º 58/2019 de 8 de agosto.

O que é certo é que nos termos do artigo 35.º da Constituição da República Portuguesa, sob a epígrafe utilização da informática, dispõe-se, de imediato, que “[todos] os cidadãos têm o direito de acesso aos dados informatizados que lhes digam respeito, podendo exigir a sua retificação e atualização, e o direito de conhecer a finalidade a que se destinam, nos termos da lei” e, ainda, que, “[a] informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa, vida privada e origem étnica, salvo mediante consentimento expresso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis”, sendo que “[é] proibido o acesso a dados pessoais de terceiros, salvo em casos excecionais previstos na lei”, porquanto “[a] todos é garantido livre acesso às redes informáticas de uso público, definindo a lei o regime aplicável aos fluxos de dados transfronteiras e as formas adequadas de proteção de dados pessoais e de outros cuja salvaguarda se justifique por razões de interesse nacional”.

No artigo 4.º do Regulamento 2016/679 define-se dado pessoal como sendo “[informação] relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular”, sendo que as limitações ao seu tratamento estão avançadas por este Regulamento.

Figuras como o *marketplace* permitem, sem mais, afastar a proteção do consumidor atribuída pela tutela da contratação à distância o que leva a que a *ratio* normativa e as preocupações do legislador saiam absolutamente frustradas.

As redes sociais que permitam o comércio eletrónico devem ter uma preocupação mais ativa na tutela do consumidor e na sua proteção. Por sua vez, as entidades reguladoras deveriam ter uma preocupação mais ativa e uma maior presença a nível digital: é importante fornecer informação fidedigna e atual; é importante dar ao consumidor a informação da legislação existente; é importante educar para prevenir.

Assim, quer por questões probatórias, quer pela evolução social é fácil concluir que a legislação que regula atualmente o direito do consumo, enquanto meio de tutela do consumidor, não se encontra enquadrável na evolução do comércio eletrónico.

As plataformas digitais criam desafios que, atualmente, o direito do consumo não está a conseguir tutelar. Veja-se, desde logo, que o conceito de consumidor – âmbito subjetivo de aplicação das diversas legislações, contém quatro elementos cumulativos que podem ser facilmente afastados pelo simples facto de se aceder ao comércio eletrónico.

Repare-se que a dificuldade na certeza da veracidade da identidade dos utilizadores nas redes sociais acaba por ser, só *per se*, desprotetora do consumidor. Ademais, a possibilidade de um fornecedor de bens que se dedique efetivamente com intuito profissional à venda de

determinados bens de consumo ter a possibilidade de deturpar o preenchimento desse elemento relacional se, anonimamente ou sob outra identidade, vender como se fosse a título pessoal bens de consumo (pense-se, por exemplo, na venda de bens usados na internet), estamos a deixar uma porta aberta a que o consumidor fique à mercê do fornecedor de bens.

Por outro lado, o consumidor – ou putativo consumidor – que se veja perante uma situação de invocação da sua tutela – constitucionalmente garantida – pode não ter meios de conseguir identificar quem foi o sujeito que lhe causou danos na sua esfera jurídica. Relembremos que os perfis podem ser apagados com facilidade e que o acesso à identidade (sem garantias de uma real identidade) são muito morosos. Posto isto, estes mercados digitais, ou se lhes quisermos chamar plataformas digitais, não teriam de, finalmente, ter uma responsabilização direta perante o consumidor? E essa responsabilização teria que levantar o véu no tratamento de dados pessoais, na medida em que os aderentes a plataformas digitais consentissem no seu tratamento e soubessem que os dados poderiam ser revelados em casos de finalidade de justiça e proteção, de antemão. Na colisão de direitos, em casos em que a prova se revelaria muito difícil teríamos, sempre, a possibilidade de ter uma rápida resposta das plataformas na tutela do consumidor.

A nossa resposta tende a ser da responsabilização, direcionando-nos para uma necessária (e urgente) alteração legislativa: o consumidor como parte mais fraca afinal é quem terá que fazer toda a prova?

8. A prova digital na compra de bens e serviços digitais

Não poderíamos falar de prova digital, de consumo eletrónico, de dificuldades e olvidar a novíssima legislação de tramitação do consumo, em particular dos bens defeituosos, em particular o Decreto-Lei n.º 84/2021.

No preâmbulo deste diploma legal, temos a preocupação daquilo que, inegável e evidentemente, temos vindo a tratar. É que, de facto, foi com o “[crescimento] do comércio eletrónico registado na última década e a necessidade de potenciar as suas vantagens para o mercado interno levaram a Comissão Europeia a apresentar a Estratégia do Mercado Único Digital que, entre outros objetivos, visa impulsionar a economia digital, nomeadamente garantindo um melhor acesso dos consumidores aos conteúdos e serviços digitais e facilitando o seu fornecimento pelas empresas”.

Esta evolução, no sentido de facilitação, leva-nos à conclusão que será evidente da existência de um vazio legal em questões de prova: que são preocupantes, quer na sua criação, quer na sua junção ao processo, quer na sua produção enquanto meio de prova.

Como se explora no seu preambulo, onde mais não temos do que a manifestação da vontade do legislador, é certo que “[estão] em causa, por exemplo, a compra de um livro digital (*ebook*), a subscrição de publicações periódicas e a subscrição de um serviço de *streaming*, respetivamente”.

Durante alguns anos, em particular desde 2003 até agora, vigorou o DL n.º 67/2003, de 08 de abril, que foi, sem sombra de dúvida, o mote de proteção do consumo em caso de defeitos e desconformidades, regulando bens móveis corpóreos ou imóveis. Claro que a natureza digital não estava protegida, mas o que é certo é que também neste DL as lacunas probatórias, muito potenciadas pelas questões que suscitamos *supra* já eram existentes.

Agora, atualmente, demos um salto na tutela concreta da proteção do consumidor no que ao conteúdo digital respeita, mas esquecemo-nos sempre da prova e continuamos a trata-la como

se ela fosse uma prova comum: como se mantivéssemos o comércio bagatelar na mercearia, como se não vivêssemos no online, como se hoje em dia não comprássemos a maioria dos nossos bens de forma eletrónica.

Assim, neste DL, no que concerne com a regulação, além do tradicional da tutela da compra e venda de bens defeituosos, temos, também, a tutela da responsabilidade direta do produtor em caso de falta de conformidade dos bens, conteúdos ou serviços digitais. No que concerne com a falta de conformidade dos bens, conteúdos ou serviços digitais, não temos uma proteção no que ao vendedor direto respeita, mas, antes, a uma responsabilização direta do produtor dos mesmos.

No artigo 2.º alínea b) do referido DL é-nos fornecida a definição do que é um ambiente digital, que é este mundo digital em que nos temos vindo a debruçar e é definido como “[o] equipamento informático, o software e qualquer ligação à rede utilizada pelo consumidor para aceder a conteúdos ou serviços digitais ou para os utilizar”. Que mais não é, também, do que similar à prova digital. Só que o ambiente é onde a mesma circula.

No âmbito deste diploma legal, é acautelada a preocupação de que, naturalmente, com a evolução da desmaterialização, da falta de proximidade, da facilidade das contratações, não possamos tratar da mesma forma um bem que é adquirido presencialmente no estabelecimento comercial, de um bem que é adquirido digitalmente: onde o consumidor não tem contacto, direto, sensitivo, com as suas características e qualidades. Assim, presumiu-se a entrega do bem com elementos digitais quando o consumidor veja assegurada a entrega da componente física dos bens acompanhada da realização de um ato único de fornecimento ou, ainda, quando a componente física dos bens seja entregue e o fornecimento contínuo do conteúdo ou serviço digital seja iniciado.

Posto isto, cumpre especial destaque a interpretação e aplicação do artigo 13.º e 14.º do diploma em análise, desde logo porque, quanto à prova consagra presunções. Assim, se a falta de conformidade se manifestar dentro do prazo de dois anos a contar da entrega, há uma presunção

de desconformidade (a não ser que haja incompatibilidade em razão da natureza ou características do bem). Esta presunção vai ver uma diminuição do prazo para que a presunção opere em caso de bens móveis usados, nos quais tenha existido acordo de redução da garantia (legal).

Findo estes prazos, o ónus da prova está na esfera do consumidor.

Por sua vez, no que concerne com elementos digitais de fornecimento contínuo, o ónus da prova relativo à determinação da conformidade do conteúdo ou serviço digital, durante o período referido na parte final da alínea a) e na alínea b) do n.º 2 do artigo 12.º, incumbe ao profissional relativamente a qualquer falta de conformidade que se manifeste no estipulado nas referidas alíneas.

Mas estaremos, ou não, perante prova impossível (diabólica), difícil ou razoável? Em função de tudo o que fomos desvendando, será que a prova, independentemente de como se atinja, é uma prova segura, isto é, contribui, ou não, ativamente para a descoberta da verdade e boa decisão da causa?

CAPÍTULO IV

TEORIA GERAL DA PROVA DIGITAL NO PROCESSO JUDICIAL

**

§ Nota Introdutória ao Capítulo IV. 1. A tutela do direito pelo direito processual civil e a importância da prova digital na atualidade. 2. Do direito substantivo e processual civil aplicados, concretamente, à prova digital. 2.1. Dos princípios norteadores do processo civil em matéria probatória, em concreto, do digital. 2.2. Da prova e modos de prova digital a tipificar no processo civil. 2.3. Disposições que indicam a (in)admissibilidade ou limitação da prova digital. 2.4. Da tramitação do processo judicial civil como uma necessária evolução digital: a preocupação na segurança da prova digital e o acautelar do seu desaparecimento. 2.5. Da produção de prova digital. 2.6. A força probatória, a livre convicção do julgador e a sua relação com o fim do processo. 3. Das questões da prova digital no processo civil na ótica jurisprudencial. 4. Da influência do processo civil nos restantes ramos do direito, em particular, o direito do consumo. 4.1. Os problemas subjacentes à prova digital no âmbito do direito de consumo. 4.1.1. A legislação ao nível do direito do consumo. 5. Da insegurança da prova digital e modos de criação de uma teoria geral da prova digital que permita mais próxima da segurança, fiabilidade e vinculação: discussão e indagação. 5.1. Dos problemas suscitados. 5.2. A interpretação extensiva e a analogia. 5.3. A blockchain como meio de prova e como via de tramitação eletrónica de atos processuais. 5.4. A inversão do ónus da prova. 5.5. A exigibilidade de inspeção judicial. 5.6. A criação da obrigatoriedade de introdução da prova digital, em fase de saneamento, em sistemas de decomposição informática da prova. 6. Soluções indagadas. 6.1. Soluções ao nível da tramitação eletrónica dos processos judiciais. 6.2. Soluções ao nível da gestão da vida eletrónico-digital nas livres relações comerciais, laborais e de consumo. 6.3. Soluções ao nível

da prova, extrajudicial, na visão e na ótica da alteração da sua força probatória. 6.4. Da tramitação concreta do processo e da produção dos meios de prova. 6.4.1. Da segurança da junção de prova aos autos. 6.4.2. Da segurança ao nível da produção de prova nos autos: o caso específico dos meios de prova digitais. 6.5. Da criação de uma teoria geral da prova digital: do ónus da prova, às exigências para um melhor, e mais fiável, tratamento da prova digital.

§ Nota Introdutória ao Capítulo IV

Afirmamos, sem qualquer tipo de dúvida, que não somos informáticos. Pese embora se exigir que se toquem em todas as áreas, a verdade é que “a César o que é de César” e não podemos ultrapassar as limitações informáticas. Da mesma forma que, em alguns casos, o julgador¹⁵² e os advogados¹⁵³ têm a faculdade de se socorrer por apoio técnico, em momentos da existência da dúvida razoável, em prol da justiça, obviamente que é natural que seja possível o recurso a técnicos de informática que, melhor do que os juristas, saberão ler a prova intrinsecamente – e não apenas na sua natureza extrínseca.

A prova digital tem uma importância, brutal, no processo civil, mas, também conta com uma insegurança que, para nós, tem que ser ultrapassada ou diminuída.

Remeter o tratamento da prova digital para a prova civil substantiva é tratar a evolução não evoluindo. Analisados os riscos, cientes da busilis do tema, pesadas as dúvidas, é tempo de olhar para o processo e desbravar caminho no sentido de o tratar com o que dele se pretende atingir: a boa decisão da causa e a descoberta da verdade.

1. A tutela do direito pelo direito processual civil e a importância da prova digital na atualidade

¹⁵² No âmbito da prova por inspeção, no artigo 480.º do CPC, em concreto, é possível ao julgador a assistência técnica, nos termos do n.º 3 do referido artigo.

¹⁵³ Também nos termos do artigo 50.º do CPC: “1 - Quando no processo se suscitem questões de natureza técnica para as quais não tenha a necessária preparação, pode o advogado fazer-se assistir, durante a produção da prova e a discussão da causa, de pessoa dotada de competência especial para se ocupar das questões suscitadas. 2 - Até 10 dias antes da audiência final, o advogado indica no processo a pessoa que escolheu e as questões para que reputa conveniente a sua assistência, dando-se logo conhecimento do facto ao advogado da parte contrária, que pode usar de igual direito. 3 - A intervenção pode ser recusada quando se julgue desnecessária. 4 - Em relação às questões para que tenha sido designado, o técnico tem os mesmos direitos e deveres que o advogado, mas deve prestar o seu concurso sob a direção deste e não pode produzir alegações orais”.

A realidade da prova digital e a utilização dos meios eletrônicos, distanciados, para quebrar barreiras, agilizar negociações, facilitar comunicações, já há alguns tempos que vinha a ser não só preocupação, mas regulação. Claro que, com a pandemia COVID-19, a realidade foi sendo colocada a nú, à descoberta, e tiveram que se minimizar os danos, angariando soluções práticas para que a justiça não fosse desafiada (ainda mais) com sucessivos adiamentos.

A realidade é que não foi para os períodos de decretação de estado de emergência ou calamidade que as medidas foram surgindo. Nesses períodos, mediante concordâncias e contraditórios assegurados, sempre tendo em vista assegurar a realização da justiça, podiam ser utilizados os meios de comunicação à distância, nomeadamente teleconferência, videochamada ou outro equivalente. Aqui, abriu-se a possibilidade não só da comum teleconferência, mas, sim, a videochamada através de diversos mecanismos: *facetime*, *whatsapp*, *messenger*, *Skype* ou mesmo o *instagram*.

O certo é que a pandemia veio desmistificar a evolução que há muito já acontecia, camuflando, antes, as dúvidas, os problemas e as lacunas probatórias: porque não havia tempo para pensar. Legislou-se, muito, iniciando com a Lei n.º 1-A/2020 de 19 de março, sobre a questão, não havendo ponderação suficiente para os riscos. Assegurou-se, sempre, a possibilidade de as partes não aceitarem a utilização destes meios, em nome quer da imediação, quer da oralidade. O que sucede é que depois da pandemia, que ainda hoje nos assola, já se iniciando antes, a verdade é que surgiram novos serviços públicos eletrônicos e mais do que nunca este é o momento de legislação digital e preocupação digital.

Entra em breve em vigor o Decreto-Lei n.º 126/2021 de 30 de dezembro, que estabelece o regime jurídico temporário aplicável à realização, através de videoconferência, de atos autênticos, termos de autenticação de documentos particulares e reconhecimentos. A prova será híbrida e com natureza digital; o seu meio de produção probatória será digital e a possibilidade de corrupção será, também ela, possível.

Legislou-se com emergência, mas esqueceu-se de pesar os riscos e tentar acautelar essas situações.

Veja-se que, em particular nesta evolução, vai ser possível, mediante a vontade das partes, a realização de videoconferência para a prática de atos notariais, entre outros, designadamente o que tenha que ver com procedimento especial de transmissão, oneração e registo imediato de prédios em atendimento presencial único, criado pelo Decreto-Lei n.º 263-A/2007, de 23 de julho, na sua redação atual; o processo de separação ou divórcio por mútuo consentimento, regulado pelo Decreto -Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro, na sua redação atual e, ainda, o procedimento de habilitação de herdeiros com ou sem registos, previsto no artigo 210.º-G do Código do Registo Civil, aprovado pelo Decreto -Lei n.º 131/95, de 6 de junho, na sua redação atual.

Além disso, poderá não ser realizado presencialmente qualquer ato da competência dos notários, agentes consulares portugueses, advogados ou solicitadores, afastando-se, somente, testamentos e atos a estes relativos; atos relativos a factos sujeitos a registo predial que não respeitem factos jurídicos que determinem a constituição, o reconhecimento, a aquisição, a modificação, ou a extinção dos direitos de propriedade, usufruto, uso e habitação, superfície ou servidão, ou factos jurídicos que determinem a constituição ou a modificação da propriedade horizontal ou promessa de alienação ou oneração de imóveis, se lhe tiver sido atribuída eficácia real, ou a cessão da posição contratual emergente desse facto, ou hipoteca, sua cessão, modificação ou extinção, a cessão do grau de prioridade do respetivo registo e a consignação de rendimentos.

Portanto a presença física – que hoje nos parece não essencial – deixará de estar em causa. Como se atesta, no online, as capacidades plenas de gozo e exercício do sujeito? Claro que, não poderia deixar de ser, nos termos do artigo 3.º este acesso, pelos visados, será realizado através de “[c]artão de cidadão ou Chave Móvel Digital, com possibilidade de validação da respetiva qualidade profissional através do recurso ao Sistema de Certificação de Atributos Profissionais (SCAP), no caso dos intervenientes, dos conservadores de registos ou oficiais de registos e dos

agentes consulares portugueses; § Cartão de cidadão, Chave Móvel Digital, com validação da respetiva qualidade profissional através do recurso ao SCAP, ou certificado profissional, no caso dos notários e dos advogados ou solicitadores; § Chave Móvel Digital ou outros meios de identificação eletrónica emitidos noutros Estados-Membros, reconhecidos para o efeito nos termos do artigo 6.º do Regulamento (UE) n.º 910/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de julho de 2014, e com um nível de garantia elevado nos termos do artigo 8.º do mesmo regulamento, no caso de intervenientes de outros Estados-Membros da União Europeia”. Sendo que também não poderíamos olvidar que na redação legislativa se tentou, naturalmente, acautelar que houvesse o respeito pelo DL n.º 12/2021, de 9 de fevereiro, voltando-se à garantia da aposição da assinatura eletrónica qualificada.

Com todo o devido respeito, somos crentes na utilização desta assinatura eletrónica qualificada, pensando nas pessoas mais idosas que, sem saber ler e escrever, observam a ativação desta assinatura e são manipuladas atrás de um ecrã para atos tão simples: se os mesmos acontecem presencialmente, com todos os cuidados, como poderemos achar que, atrás de um ecrã, não presenciais, os mesmos vão ser evitados? Muito pelo contrário, e com todo o devido respeito por opinião diversa, atrás de um computador, de uma webcam, a realidade é destorcida: existem sistemas de controlo de voz e imagem; existe impossibilidade de controlar todo o cenário e, pior, existe impossibilidade de garantia da autenticidade totalmente com uma legislação a exigir que, para estes atos tão importantes e afastados, se baste, somente, uma assinatura eletrónica qualificada: ainda que com selos temporais e que, naturalmente, já se viu que é frágil.

Quem garante a autenticidade no momento da realização do ato? Mas, também, quem garante a autenticidade no momento posterior à sua consagração?

Teria sido neste momento chave que, sem mais, o legislador, audaz, devesse ter pensado na *blockchain* como meio de auxílio à garantia de fidedignidade e produção probatória, somos humanos e não robots.

A tecnologia *blockchain* mais não é do que um aglomerado de dados, os blocos de dados, *ledgers*, compõe a *blockchain*. Em cada banco de dados, por exemplo, em cada Processo (que vai, em conjunto, traduzir a blockchain do tribunal), comporta informação registada em si mesma, e que, garantindo-se a autenticidade, está codificada na própria blockchain.

Todos os utilizadores deste banco de dados têm conhecimento da entrada dos mesmos, e a informação, ao entrar, é confirmada (na sua origem e autenticidade) e criptografada, contendo, sempre, um selo temporal que permite seguir um rasto da inserção do dado. Todos os dados que são confirmados e criptografados têm, em si mesmo, uma relação lógica: por isso é que nos antecipamos a sugerir-la, e já explicaremos, como o melhor local possível para o armanejamento dos dados processuais, do processo em si, garantindo que o mesmo não é corrompido.

Em todo o processo da *blockchain*¹⁵⁴ temos assinaturas criptográficas (*hash*).

Para alguns¹⁵⁵ a preocupação da *blockchain* nos tribunais seria, também, pelos dados pessoais¹⁵⁶. Sucede que, para nós, a ponderação (não preocupação) da *blockchain* seria, e é, para uma

¹⁵⁴Veja-se que a *Blockchain* é entendida como “[a] set of technologies that creates an encrypted, distributed ledger. Probably the best-known application of Blockchain is the digital currency Bitcoin. Consider your own bank account: How do you know your balance? You trust (the word is one translation of the Latin word for “credit”) a central authority (your bank) to maintain a ledger of all your transactions and provide an up-to-date account status. As many recent security breaches demonstrate, central data repositories are big, lucrative targets for cybercriminals”, cfr. GRASKI, DI & EMBLEY, PAUL, “When Might Blockchain Appear in Your Court?”, in *Trends in State Courts 2018*, p. 28.

¹⁵⁵ *Idem ibidem*.

¹⁵⁶“With the proliferation of electronic court case records, courts are justifiably concerned about third-party replication of judgments without a mechanism for ensuring that post-judgment updates are also reflected. Parties who have successfully expunged criminal convictions, reopened civil default judgments, or secured other post-judgment relief can suffer harm in employment, housing, and their personal finances when outdated court case records persist. With Blockchain, court updates of judgments would be reflected beyond the walls of the courthouse: No matter how many third-party data aggregators possessed a Blockchain-based order, the record would reflect the most current information”, *Idem*, p. 29.

garantia de execução da prova digital e do processo com maior segurança (recorrendo-se, à prova digital). Assim, a *blockchain* seria não só prova, como meio de prova, mas também como tramitação, tudo digital, de dados.

Esta solução já tem vindo a ser avançada em outros ordenamentos jurídicos, como é exemplo da China, sendo que se superou, com sucesso, a ideia de necessidade de provas periciais para este tipo de meio de prova digital que é, também, a *blockchain*: a vantagem da blockchain é, de facto, a impossibilidade de alteração dos dados inseridos e, isso, afasta a necessidade de peritos para a prova da veracidade dos dados introduzidos, isto é, do momento da sua introdução até ao momento final. Claro que a validade dos dados inseridos, ou seja, se eles são verdadeiros ou falsos aí jamais poderíamos partir do pressuposto que se tornavam autênticos com a inserção em blockchain, o que não acontece. Os dados mantêm-se autênticos, sem alterabilidade, desde o momento da sua inserção. O processo anterior, em caso de dúvida, merecerá, sempre, a indagação probatória de tal.

Conforme defende SYLVIA POLYDOR¹⁵⁷ “[data] recorded on a blockchain is in essence a chronological chain of digitally signed transactions. Thus, admissibility of blockchain evidence is highly correlated to acceptance of electronic signatures in a legal setting. Not all electronic signatures provide the same level of assurance. However, relevance and reliability of evidence are usually key factors for admissibility of evidence in court. Theoretically, a priori, there is no objection to presenting blockchain evidence (as any electronic evidence) in court in most legal systems as long as its reliability can be shown, e.g. through an expert witness. However, doing so would cost time and money, diminishing the advantages of the technology. To avoid such loss, a jurisdiction can support the admissibility of blockchain and electronic evidence in two ways: one, by explicitly accepting the evidence in legislation, and second, by implicitly using the

¹⁵⁷POLYDOR, SYLVIA, “Blockchain Evidence in Court Proceedings in China – A Comparative Study of Admissible Evidence in the Digital Age (as of June 4, 2019)”, disponível para consulta em <https://stanford-jblp.pubpub.org/pub/blockchain-evidence-courts-china/release/1>, última consulta em 10.12.2021.

technology itself in government. This section addresses the current state of acceptance of blockchain and electronic evidence in China and in other jurisdictions”¹⁵⁸.

Tradicionalmente a solução trazida pela *blockchain* para os tribunais é, mesmo, a associação à preservação de dados e ao evitar que esta preservação de dados influencie a vida quotidiana¹⁵⁹, ou seja, preservar-se-ia a segurança nos dados e evitava-se que terceiros acessem a esses dados. Mas, também, no sentido de agilização da justiça, quer, por exemplo, no caso de cartas rogatórias ou precatórias, ou para as citações, no sentido de, no aglomerado de dados, poder existir um conjunto de informações, de dados, que possibilitam uma justiça mais célere¹⁶⁰.

¹⁵⁸ *Idem ibidem*.

¹⁵⁹ A este respeito veja-se o entendimento perfilhado pelas soluções doutrinárias colombianas, na medida em que “[t]echnology advancements in the courtroom have led to an increase in court case records being electronically stored.²³² This leads courts to become worried about third parties being able to replicate judgments without a system that guarantees that post-judgment updates are reflected.²³³ When a party expunges a criminal conviction, reopens a civil default judgment, or is granted other post-judgment relief, the party may continue to suffer harm because of dated court records.²³⁴ A party may face harm in employment, housing, or personal finances because dated case records that are still in place.²³⁵ Blockchain technology can be used as a solution for this issue because blockchain would allow updates of a case record to be reflected outside the courthouse”, cfr. BERGQUIST, CHANTELL, "Virtual Hearings and Blockchain Technology Solutions in Criminal Law" in Mitchell Hamline Law Review, Volume 47, Issue 3, Article 10, 2021, p. 1273.

¹⁶⁰ *Idem*, p. 1274, onde se defende que “[a]nother current concern that blockchain technology can provide a solution for is management of warrants.²³⁹ Frequently, courts obtain requests for search and arrest warrants.²⁴⁰ These requests come from many sources, including law enforcement, prosecutors, and probation and parole officers.²⁴¹ Courts themselves issue bench warrants when parties fail to appear for their scheduled hearing or when they fail to follow a court’s orders.²⁴² When a warrant is issued by the court, many sources need access to read and edit the warrant.²⁴³ This applies especially when law enforcement agencies are mandated to contact the issuing court to make sure the warrant is valid before it is executed.²⁴⁴ Also, law enforcement agents can “pack” a warrant with supplementary information regarding the defendant, as is exemplified in the Warrant Blockchain Flow Graphic below”.

Por último, aplicável a qualquer processo, é vista a blockchain como uma garantia de acesso à informação plena, de monitorização de registos e de organização processual¹⁶¹.

Temos tendência a ver a *blockchain*, em razão dos problemas suscitados, com muita maior utilidade para o processo e daí que tendamos a falar de uma teoria da prova digital onde, também a *blockchain*, necessariamente, constasse como meio de prova.

Hoje em dia, o processo judicial civil começa de modo digital: a tramitação eletrónica de dados é a realidade que nos assiste. Mas os próprios litígios podem ter, em si mesmos, uma realidade digital como já temos vindo a desmistificar.

Claro que ainda que por mais conservadores sejam os litígios há, sempre, o cunho digital (quer pela tramitação eletrónica), quer, ainda, pela produção dos meios de prova que, muitas das vezes, acontece digitalmente: veja-se que até se gravam as audiências num sistema digital que pode, muito bem, ter intervenção terceira e ser eliminado.

Nós temos que olhar para a *blockchain* num prisma de cofre protetor, camada protetora, aplicável dentro do próprio processo, com um início, um meio e um fim (as fases processuais) mas, também, como um prisma de regulação governamental e, aí, uma regulação ao nível do mundo eletrónico que o legislador, desfasadamente, tem vindo a regular: a exigência da adoção da *blockchain*, quer em *smart contracts*, quer nas mais diversas realidades da vida comum, eletrónica ou digital, seria, ou não, uma mais valia?

¹⁶¹ “Blockchain systems may also provide many benefits if cases are logged into a blockchain system. These benefits include: 1) giving the public greater access to information; 2) providing permission to view records at various levels; 3) memorializing an auditable trail of amendments to the documents; 4) instantaneously updating interested parties; 5) greatly enhancing recordkeeping; and 6) as more data is available to the public, creating a “glass government”, *idem*, p. 12.

Inicialmente falava-se da assinatura digital autenticada como mecanismo de garantia, mas depois, percebeu-se que pese embora não ser confundida selos temporais, carimbos, marcas ou outros sinais distintivos, quanto mais completa a mesma estivesse, mais próxima da verdade poderia estar, afastando-se a realidade da falsidade.

Assim, é preciso olhar para as mais diversas realidades digitais e probatórias, sendo que temos que caminhar, sem sombra para dúvidas, para uma adesão às inovações tecnológicas, é certo, mas, garantir a justiça, assegurar a boa decisão da causa, contribuir para a descoberta da verdade e otimizar os processos.

Como JOSÉ LEBRE FREITAS¹⁶² nos ensina, teremos que acompanhar descobrir se a prova tem uma falsidade, se essa falsidade é originária ou se surge por alteração de um documento já anteriormente falso. Claro que o que importará, em qualquer caso, é o apurar da declaração real e os factos atestados na prova em questão e, aí, resulta que “[se] ocorrer falsidade ideológica e depois a falsidade material que a corrija, se verifica conformidade no segundo plano, mas desconformidade no primeiro, e o documento é falso; mas se ocorrerem duas falsidades materiais sucessivas que se anulem, não há desconformidade em qualquer dos planos e, no campo estritamente civil, o documento ter-se por verdadeiro”¹⁶³.

E o que pode suscitar é que esta prova, o por exemplo documento digital, possa ser falso, para provar factos efetivamente verdadeiros: e aqui, que verdade importará, ou seja, prevalece a falsidade documental, que é suscetível de determinar um juízo falso¹⁶⁴, ou a verdade dos factos, que é assente num documento falso?

¹⁶²FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, “A falsidade no Direito Probatório”, 2.ª Edição, Almedina, 2013.

¹⁶³ FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, *idem*, p. 146.

¹⁶⁴ A este respeito veja-se CARNELUTTI, FRANCESCO, Teoria del Falso, Padova, 1935.

2. Do direito substantivo e processual civil aplicados, concretamente, à prova digital

Não vamos repetir-nos no que à introdução ao tema probatório diz respeito, porque já nos ocupou este estudo. No entanto, é evidente que, chegados a este momento, a conclusão da insuficiência legislativa para o tratamento concreto das necessidades da prova digital se torna uma preocupação.

2.1. Dos princípios norteadores do processo civil em matéria probatória, em concreto, do digital

A realidade processual não pode ser estática nem conservadora, quando em contacto com a maior evolução de todos os tempos: a tecnológica. É caricato como se torna o digital uma realidade cada vez mais intrínseca ao processo (quer na prova, quer na tramitação) mas não se concretizam princípios que a possam melhorar e mediar. Vimos, *supra*, que ao falar de prova digital, para nós, era evidente a disposição de três princípios concretamente direccionados ao tratamento desta, que eram o princípio da autenticidade e da identificabilidade da autoria; o princípio da relevância fatural e, ainda, o princípio da integridade, confiabilidade e imutabilidade.

Estes três princípios, em nome da simplicidade processual, seriam, sempre, ramificações daquilo que seria o princípio da fiabilidade da prova digital. E é evidente que este princípio, para estabelecer limites e caminhos, teria que ser tipificado na legislação, numa regulação que se aproxima de uma teoria geral da prova digital e que permitira uma peneira da prova em si mesmo.

Assim, seria importante para tentar ultrapassar a dificuldade inerente a esta realidade probatória que, exemplificativamente, como IVO DE ALMEIDA¹⁶⁵ avança, “[existem] várias situações onde é incontestável dizer-se, que a prova digital é, ainda, uma prova frágil, onde a fiabilidade é pertinentemente colocada em causa¹⁶⁶” e, continua “[especialmente] no que menciona à

¹⁶⁵ ALMEIDA, IVO DE, *A Prova Digital*, Librum Editora, 2018.

¹⁶⁶ ALMEIDA, IVO DE, *idem*, p.44.

identificação do agente que acede à rede e pode porventura provocar o crime, e, assim, torna-se difícil, senão muitas vezes impossível, determinar a pessoa que utilizou da tecnologia de informação (computador, telemóvel, *ipad*, etc) pois na realidade, esta identidade não pode ser asseverada visualmente”¹⁶⁷. Naturalmente que, processualmente, teriam que se esgotar todos os mecanismos possíveis para garantir esta fiabilidade probatória, ou, pelo menos, aproximar-se o mais possível dela¹⁶⁸.

Mas não podemos ficar-nos por aqui. Também no que tange com a própria legalidade da prova digital, o legislador deveria, efetivamente, tipificar na legislação, evitando lacunas interpretativas e recurso à analogia, classificar as provas digitais possíveis, para que, pelo menos em linha de orientação, existisse um caminho a seguir.

No que concerne com a prova digital esta é, se calhar com mais ênfase, a que pode colidir com direitos, liberdades e garantias e direitos fundamentais. Ora, por essa ordem de ideias, deverá ser consagrado, para a aplicação da prova digital, o respeito do princípio pelos direitos, liberdades e garantias, em particular o artigo 26.º e 34.º da CRP como norteadores, e, ainda, o assegurar, sempre, da dignidade da pessoa humana.

Após esta peneira, a prova digital terá, naturalmente, que obedecer aos princípios processuais, aplicados, ainda, analogicamente, mas adaptados à realidade digital. Assim, nenhum obstáculo na prova digital e nos meios de prova digitais que se obste ao respeito do princípio da oralidade processualmente aclamado. Por sua vez, a própria prova digital, quando bem definida (e aqui realçamos aquilo que revisitaremos, do contributo da *Blockchain*), contribuirá, naturalmente,

¹⁶⁷ ALMEIDA, IVO DE, *idem ibidem*.

¹⁶⁸ Como já se avançou, o próprio *Internet Protocol*, designado por IP, é uma falsa demonstração de fidelidade, porquanto apenas se alcança a informação e localização do dispositivo utilizado, mas não o seu autor e, ainda, que a utilização seja com password ou assinatura digital ou qualquer outra forma de credenciação: como se garante que foi o próprio se nem sempre, para não dizer praticamente em nenhuma circunstância, há uma exigibilidade de impressão digital?

para o princípio da celeridade e facilitação processual, vendo-se como exemplo o que tem acontecido na atualidade em razão da pandemia. Claro que não podemos, no que tange com o meio de prova produzido à distância, equipará-lo a uma presença física: as sensações não são idênticas, nem a pressão psicológica de estar perante um julgador, pessoalmente, é a mesma da de estar à distância, espacialmente ligados pela rede. Ora, também a economia processual fica acautelada na prova digital, através de uma simplicidade técnica e uma maior facilidade de acesso à própria informação. Também a prova digital assegura a boa fé e o contraditório, princípios norteadores, bem como, principalmente através das sugestões a que nos propomos, o próprio princípio da publicidade fica acautelado¹⁶⁹.

Todos estes princípios, quer os gerais, quer os que se querem especificamente ligados à prova digital, terão, ainda, que obedecer aos naturais e conexos com a realidade probatória.

¹⁶⁹ Sobre os princípios processuais e matéria do foro processual civil, revisitou-se CREDIDIO, GEORGE LUÍS ARGENTINI PRÍNCIPE, “Regras de experiência e motivação das decisões no processo civil”, Editora LTR, São Paulo, 2012; DENTI, VITTORIO, “Francesco Carnelutti e leriformedel processo Civile”, in Rivista Trimestra le didiritto e procedura civile, Anno 50, n. ° 2 , Giuffrè Editore, Milano, 1996, p.407- 418; FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, MACHADO, ANTÓNIO MONTALVÃO E PINTO, RUI, Código de Processo Civil - Anotado - Volume 2º Artigos 381.º a 675.º (2ª Edição), Coimbra Editora, 2001; GRAZIOSI, ANDREA, Usi e abusidi prove illecite e prove atipichenel processo civile / Andrea Graziosi, Rivista Trimestra le di Diritto e ProceduraCivile, Milano, a.65 n.3 (settembre 2011), p.693-726; GOMES, MANUEL TOMÉ SOARES, Um olhar sobre a prova em demanda da verdade no processo civil II, in Revista do CEJ, 2.º semestre, n.º 3, Lisboa, 2005, p. 127-168; LEUZZI, SALVO, I mezzidi prova nel processo civile – Formazione, acquisizione, integrazione, Giuffrè Editore, 2012;LIMA, PIRES DE E VARELA, ANTUNES, “Código Civil Anotado”, Vol. I, 4.ª edição revista e actualizada - com a colaboração de M. Henrique Mesquita, Coimbra editora, Coimbra, 2011; LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, —Notas breves sobre o Código de Processo Civil de 2013, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 73, Lisboa, 2013, p. 423-434 PALOP BELLOCH, MELANIA, “Las medidas de investigación tecnológica” Justicia. Revista de DerechoProcesal, Madrid, n.2 (2017), p.443-490; PICÓ I JUNOY, JOAN, El derecho a la pruebaen el proceso civil, 1.ed. – Barcelona, Bosch, 1996; TRINDADE, CLÁUDIA SOFIA ALVES, A prova dos estados subjetivos no processo civil, Almedina, Coimbra, 2016; VARELA, ANTUNES, “Manuel de Andrade e o ensino do processo Civil”, in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Vol.35, Coimbra, 1959, p. 41-60 e “Manual de Processo Civil”, Coimbra Editora, 1984, e VALLES, EDGAR, Prática Processual Civil com o novo CPC, 7.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2013.

O artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa garante o acesso aos tribunais, o direito de ação, sendo que granjeia o mesmo que não possam existir restrições injustificadas do direito à prova, pelo que, naturalmente, as provas terão que ser admissíveis no que ao seu meio de prova respeita. ISABEL ALEXANDRE¹⁷⁰ intitula, e bem, este princípio como princípio da livre admissibilidade dos meios de prova¹⁷¹. Claro que no que concerne com a livre admissibilidade teremos que ter noção que toda a prova terá restrições, quer quanto ao procedimento e forma de processo¹⁷²; quer por motivos fiscais, com especial afincos nas questões do sigilo fiscal; por razões de credibilidade, onde está inserida a questão da pessoalidade entre os depoimentos a serem prestados e as partes, os segredos profissionais e o segredo de estado e, ainda, por questões relacionadas com incapacidades de gozo ou de exercício.

2.2. Da prova e modos de prova digital a tipificar no processo civil

A prova será, sempre, o resultado do meio de prova que se produziu. Por isso é que nas sentenças existe a exigibilidade de se consagrar os factos dados como provados e como não provados¹⁷³ que são, nada mais nada mesmo, que o resultado da produção probatória. Portanto,

¹⁷⁰ALEXANDRE, ISABEL, *“A fase de instrução no processo declarativo comum”*, in Aspectos do Novo Processo Civil, Lex, Lisboa, 1997, pp. 273-314.

¹⁷¹*Idem*, p. 291.

¹⁷² Pensemos, por exemplo, na Ação Especial para o Cumprimento de Obrigações Pecuniárias Emergentes de Contratos (AECOP) e o Procedimento de Injunção.

¹⁷³ Nos termos do artigo 607.º do Código de Processo Civil, sob a epígrafe sentença, dispõe que “1 - Encerrada a audiência final, o processo é concluso ao juiz, para ser proferida sentença no prazo de 30 dias; se não se julgar suficientemente esclarecido, o juiz pode ordenar a reabertura da audiência, ouvindo as pessoas que entender e ordenando as demais diligências necessárias. 2 - A sentença começa por identificar as partes e o objeto do litígio, enunciando, de seguida, as questões que ao tribunal cumpre solucionar. 3 - Seguem-se os fundamentos, devendo

claramente, que é no meio de prova, enquanto modo de prova, e, sobretudo, enquanto mecanismo para tentar a formação da convicção do julgador que nos teremos que sobressair no nosso estudo.

Pese embora ser tentador não iremos partir do processo penal¹⁷⁴ para tentar tipificar, no direito processual civil ou no direto substantivo, qualquer meio de prova digital.

Estaria, naturalmente, na vanguarda da necessidade de regulação probatória a aposição de uma disposição específica para a tutela dos documentos eletrónicos e dos documentos digitais. Assim, seria necessário o tratamento da prova documental eletrónico-digital.

o juiz discriminar os factos que considera provados e indicar, interpretar e aplicar as normas jurídicas correspondentes, concluindo pela decisão final. 4 - Na fundamentação da sentença, o juiz declara quais os factos que julga provados e quais os que julga não provados, analisando criticamente as provas, indicando as ilações tiradas dos factos instrumentais e especificando os demais fundamentos que foram decisivos para a sua convicção; o juiz toma ainda em consideração os factos que estão admitidos por acordo, provados por documentos ou por confissão reduzida a escrito, compatibilizando toda a matéria de facto adquirida e extraíndo dos factos apurados as presunções impostas pela lei ou por regras de experiência. 5 - O juiz aprecia livremente as provas segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto; a livre apreciação não abrange os factos para cuja prova a lei exija formalidade especial, nem aqueles que só possam ser provados por documentos ou que estejam plenamente provados, quer por documentos, quer por acordo ou confissão das partes. 6 - No final da sentença, deve o juiz condenar os responsáveis pelas custas processuais, indicando a proporção da respetiva responsabilidade”.

¹⁷⁴ Sobre a prova digital no processo penal veja-se, em específico, SALT, MARCOS, “Obtención de pruebas informáticas en extrajurisdicción : los “conflictos” del principio de territorialidad en un mundo virtual sin fronteras” in Ciberdelitos : aspectos de derecho penal y procesal penal : cooperación internacional : recolección de evidencia digital : responsabilidad de los proveedores de servicios de internet, 1.ª ed., 2016; PINTO, LARA SOFIA, “*Privilegio contra a auto-incriminação versus colaboração do arguido*”, in Prova Criminal e Direito de Defesa, estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal, Reimpressão, coord. Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto, Coimbra, Almedina, 2011; RAMALHO, DAVID SILVA, “A investigação criminal na Dark Web”, Revista de Concorrência e Regulação, Ano IV, n.º 14/15, Abril-Setembro, 2013 e, da mesma autora, “*O uso de malware como meio de obtenção de prova em processo penal*” in Revista de Concorrência e Regulação, Ano IV, N.º 16, Outubro-Dezembro 2013.

DIOGO BRANDÃO¹⁷⁵ defende, e bem, que o documento digital será o “[conjunto] selecionado e organizado de objetos materiais digitais (documentos eletrónicos) em conjunto com os metadados que os descrevem e com a interface ou conjunto de interfaces que facilitam o seu acesso, acessíveis por meio de equipamentos computacionais adequados, por estarem codificados de forma analógica ou dígitos binários”.

Nesta regulação teríamos uma situação de especificação da regulação do documento eletrónico-digital. Mas este documento poderá ser estático ou dinâmico. E, como tal, a sua regulação teria, também, que se preocupar com as ramificações que o mesmo pode ter.

O documento eletrónico-digital estático será aquele que não tem qualquer componente vídeo ou áudio, onde se insere o documento mais bagatela, em exemplo um ficheiro pdf., como um printscreen. Por sua vez, o documento eletrónico-digital dinâmico será, antes, aquele que contém em si uma disposição áudio ou vídeo.

Quando nos debruçamos sobre o Regulamento da União Europeia, de 23 de julho de 2014, relativo à identificação eletrónica e aos serviços de confiança para as transações eletrónicas no mercado interno e que revoga a Diretiva 1999/93/CE, percebemos, no considerando 63 que “[os] documentos eletrónicos são importantes para o futuro desenvolvimento das transações eletrónicas transfronteiriças no mercado interno. O presente regulamento deverá estabelecer o princípio segundo o qual não podem ser recusados efeitos legais a um documento eletrónico pelo facto de se apresentar em formato eletrónico garantindo que nenhuma transação eletrónica é rejeitada pelo facto de o documento se apresentar em formato eletrónico” e, naturalmente, definindo-o no seu artigo 3.º, 35) que, será, o “[documento eletrónico] qualquer conteúdo armazenado em formato eletrónico, nomeadamente texto ou gravação sonora, visual ou audiovisual”.

¹⁷⁵BRANDÃO, DIOGO, “A prova digital no processo civil: repensar o sistema”, Nova Causa Edições Jurídicas, 2020.

Pese embora um documento digital ser, sempre, um documento eletrónico e, por sua vez, um documento eletrónico não ser, sempre, um documento digital, não nos parece ser necessário, numa tipificação da prova digital, uma outra menção que não a de eletrónico-digital, em razão de uma preocupação, global, quer no respeito dos princípios que subjazem à prova digital quer, ainda, com uma natural ponderação acerca do ónus da prova e modos de elisão do mesmo.

Assim, entendemos que seria premente a tipificação dos meios de prova digital, em particular fazendo-se uma regulação do documento eletrónico-digital, porque os ficheiros, sejam ele de que formato forem, apresentarão, sempre, no processo, um modo eletrónico-digital e, por essa razão, deverão merecer a concreta tutela e preocupação.

Ora, mas o meio de prova não se poderá bastar com a previsão, no direito substantivo, a par da prova documental, criando-se um subcapítulo do documento eletrónico-digital mas, antes, também acautelando especificidades de remissão para os meios de prova existentes: a nosso ver é impossível não remeter para a prova pericial, quer no direito substantivo, quer no direito processual, mas, também, para a prova por inspeção, concretamente adaptada, na medida de se produzir, o tanto quanto possível, a prova em si, com o fim de provar substancialmente os factos que lhe estão subjacentes.

Mas mais do que isso, e é aqui que nos debruçaremos, será necessário, também na prova digital, pensar em meios de prova que a possam suportar e tornar idónea e a *blockchain* surge numa ótica de resposta a todas as questões que gravitam em função da prova.

O processo civil não é arcaico, é evoluído mediante as possibilidades atuais, sendo que, naturalmente, há uma necessidade de o adaptar à realidade digital que pondera nos dias de hoje.

2.3. Disposições que indiciam a (in)admissibilidade ou limitação da prova digital

Como já se foi indicando no decurso deste concreto estudo, a prova digital é uma prova difícil e extremamente perigosa. Em razão da facilidade e desburocratização da contratação acabamos,

por hoje em dia, ter prova digital que é produzida, e capaz de sustentar relações jurídicas efetivas, sem qualquer assinatura digital eletrónica qualificada. Ora, a grande diferença de tratamento será a eficácia probatória: teremos que nos deparar com prova sujeita à livre convicção do julgador, sempre que não tenha a aposição da assinatura digital eletrónica que, sejamos francos, é a maioria.

A livre convicção do julgador é extremamente *dubia* e, diga-se, com total respeito por opinião em sentido contrário, o julgador é um ser-humano não robótico¹⁷⁶ e o seu conhecimento técnico é inexistente para apurar a idoneidade, fidedignidade e autenticidade de um documento digital. Será, sempre, preciso apor no processo algo mais, algo que permita que exista, sim, um contributo para a descoberta da verdade e boa decisão da causa sem um risco exacerbado de não se conseguir lograr atingir coisa nenhuma.

Se podemos equiparar alguma coisa à prova digital será a natureza: incerta e imprevisível, em constante mutação.

A prova digital apresenta um problema ao nível da intangibilidade, do carácter incorpóreo, da privacidade e armazenamento dos dados, bem como, ainda, a constante evolução tecnológica.

A possibilidade de adulteração das provas digitais, em razão da sua fragilidade, leva a que, não só no nível informático, mas, no que a nós respeita, no campo do jurídico, seja o mote para que se exija mais deste tipo de prova, porque não a poderemos, jamais, equiparar a uma singela prova documental.

A propósito de todas as fragilidades da prova, há quem avance soluções, através do recurso a entidades credenciadas que atestassem e registassem todas as mutações da prova, de modo a se cristalizar a mesma, não se permitindo qualquer volatilidade ou alteração, sendo uma

¹⁷⁶ Possivelmente no futuro seremos, mesmo, dominados por juízes robots.

preocupação assumida por JOSÉ MARÍA ILLÁN FERNÁNDEZ¹⁷⁷. Que, naturalmente, acaba por, sem querer chegar ao tema, tocá-lo de forma muito subtil, através de uma solução que, naturalmente, acaba por ser lançada pela tecnologia blockchain.

MICHELE TARUFFO¹⁷⁸, indica que a prova, por si designada de informática, apresenta problemas importantes quando “[os] dados e arquivos informáticos são usados no lugar dos documentos escritos ordinários”¹⁷⁹, sendo que, neste caso, os problemas, para este autos, tem a ver com o armanejamento de dados e, ainda, que a assinatura não é idónea a ter a força de um documento comum, assinado manuscrito, ou é, simplesmente, inexistente, sendo que neste caso “[o] perigo de falsificação, erros e uso indevido ou abuso são especialmente frequentes e relevantes e, em certa medida, ainda desconhecido”¹⁸⁰.

Portanto o que temos que apurar é, efetivamente, que a prova digital, admitida sempre com o escrutínio de princípios gerais e específicos, como poderemos tornar esta prova mais credível e menos susceptível de falsificações, sendo que, efetivamente, nas palavras daquele autor, a solução de subjugar as provas digitais ou eletrónicas à livre convicção do julgador é “[evadir-se] do problema, e não solucioná-lo”¹⁸¹, o que temos que concordar.

Remeter a solução para que, na margem decisória, está sujeito à livre convicção do julgador é indicar, concretamente, reconhecendo, que o julgador, porque limitado nestas matérias, não conseguirá dissipar e realizar a verdade como ela se pretende num processo judicial. É que, fazendo jus, “nem tudo o que parece é” e a prova digital é um mundo extremamente delicado.

¹⁷⁷FERNÁNDEZ, JOSÉ MARÍA ILLÁN, La prueba electrónica, eficacia y valoración en el proceso civil Nueva oficina judicial, comunicaciones telemáticas (LEXNET) y el expediente judicial electrónico. Análisis comparado legislativo y jurisprudencial, 1.ª Edição, Madrid, Thomson Reuters, 2009, pp. 286-288.

¹⁷⁸TARUFFO, MICHELE, A Prova, *ob.cit.*, p.83.

¹⁷⁹*Idem*, pp. 83-85.

¹⁸⁰*Idem*, pp. 83-85.

¹⁸¹*Idem*, pp. 83-85.

2.4. Da tramitação do processo judicial civil como uma necessária evolução digital: a preocupação na segurança da prova digital e o acautelar do seu desaparecimento

Em concreto, falando-se da realidade digital ao nível do processo civil teremos que ter como ponto de partida a tramitação eletrónica de processos, que é dominante a utilização do Portal Citius, regulado pela Portaria n.º 280/2013, de 26 de Agosto.

Este sistema CITIUS, foi criado no âmbito da desburocratização processual e da celeridade, sendo que, com ele, também desafios surgiram porque, falhando a rede, falhando o sistema, todo o acesso à tramitação dos processos, ao cumprimento de prazos, falha com ela.

O portal CITIUS veio permitir que se tramitasse, consultasse e movimentasse os processos de modo online, sem necessidade de junção de duplicados, originais ou papel em formato físico, permitindo as notificações eletrónicas online.

Claro que com este portal se vieram a tentar acautelar e prevenir situações: a entrada é realizada por uma palavra-passe e a assinatura de peças processuais mediante certificado digital com assinatura eletrónica autêntica. Claro que mesmo assim existem riscos, de acesso ilegítimo, de pirataria, que são realidades atuais.

Naturalmente que a distinção terá que ser realizada através do apuramento sobre se se é um magistrado ou um advogado ou solicitador. Enquanto que, estes últimos, acedem com a palavra-passe e assinam, através da aplicação SIGNIUS, com o certificado digital, os primeiros têm uma maior proteção dado que é necessário a introdução de um cartão de identificação num leitor de cartões, onde é realizada a leitura do chip e, só aí, se aplicam códigos pin.

Se calhar o caminho da modernização implicaria que o CITIUS não distinguisse profissões e tratasse todos por igual, na ótica da proteção e segurança. Claro que poderiam existir sempre problemas de pirataria, de acesso ilegítimo aos dados, de furto, aliás, do cartão e dados de acesso, mas a margem de risco seria, sempre, menor. Onde estão realmente guardados os dados num computador? Quem acede a eles? Enquanto que o cartão, físico, anda com o seu

utilizador, os certificados digitais são virtuais e alojados em locais incertos, frágeis e de acesso (i)legítimo muito tentador.

Em toda e qualquer realidade virtual a preocupação é a de esconder e assegurar informações, ou seja, a utilização da criptografia enquanto ferramenta idónea a assegurar a finalidade visada é o caminho.

Exemplo notório na realidade jurisprudencial é o *MBWAY*, o *Homebaking* e a gestão de contas bancárias, à distância, de modo digital e com riscos notórios associados. É que nestas realidades, digitais, existem situações absolutamente patológicas na medida em que os clientes bancários se deparam com o seu dinheiro ser retirado, indevidamente, da sua conta bancária.

Veja-se o relato jurisprudencial do Supremo Tribunal de Justiça¹⁸² onde se alia a criptografia a uma realidade digital: “[o] progresso tecnológico dos últimos anos, veio revolucionar todo o comércio jurídico, nomeadamente a nível das relações bancárias, pois começamos com a emissão de cartões, de crédito e de débito, sendo que com estes se podem realizar uma infinidade de operações utilizando-se para o efeito os terminais de caixa automática, vulgo ATM e podemos agora, através dos sistemas de *homebanking*, aceder a uma variedade de operações bancárias, online, utilizando para o efeito um computador pessoal. § Para o efeito os bancos fornecem aos seus clientes senhas de acesso pessoais, bem como cartões matriz constituídos por uma infinidade de composições numéricas, que normalmente são solicitadas no final de cada operação efectuada por meios telemáticos e por forma a autenticá-la, já que esse cartão matriz deverá apenas ser do conhecimento do cliente, único a poder utilizá-lo, não lhe sendo permitido fornecer nenhum dos dados nele insertos a terceiros, uma vez que, quer o protocolo da página bancária, quer o tráfego de toda a informação nela processada, o que inclui as sobreditas senhas de acesso, são encriptadas, tornando quase impossível um terceiro obter ou alterar a informação depois de enviada. § Todavia a criptografia, apanágio deste sistema, por si

¹⁸² Acórdão do STJ, cuja rel. é a Conselheira ANA PAULA BOULAROT, datado de 18/12/2013, com o n.º de processo 6479/09.8TBBRG.G1.S1, disponível em www.dgsi.pt.

só, não elimina a possibilidade de ataques informáticos por hackers e a interceptação das senhas enquanto estão a ser digitadas, vulgo keylogging. § Embora os sites bancários sejam de uma maneira geral fiáveis, não nos podemos esquecer que a internet constitui uma fonte inesgotável de conhecimento e informação o que gera, concomitantemente e necessariamente uma apetência por banda dos aficionados na busca de quebras dos sistemas, sendo que estas actuações maliciosas são facilitadas pela circunstância de tudo na rede é tendencialmente anónimo, podendo-se tomar como certas determinadas actuações que na vida real nunca seriam admissíveis. § Os ataques cibernautas tornaram-se comuns, tendo surgido novas modalidades de actuações ilícitas como o phishing e o pharming, que visam essencialmente as instituições de crédito. § O phishing (do inglês fishing «pesca») pressupõe uma fraude electrónica caracterizada por tentativas de adquirir dados pessoais, através do envio de e-mails com uma pretensa proveniência da entidade bancária do receptor, por exemplo, a pedir determinados elementos confidenciais (número de conta, número de contrato, número de cartão de contribuinte ou qualquer outra informação pessoal), por forma a que este ao abri-los e ao fornecer as informações solicitadas e/ou ao clicar em links para outras páginas ou imagens, ou ao descarregar eventuais arquivos ali contidos, poderá estar a proporcionar o furto de informações bancárias e a sua utilização subsequente, cfr Pedro Verdelho, in Phishing e outras formas de defraudação nas redes de comunicação, in Direito da Sociedade De Informação, Volume VIII, 407/419; Maria Raquel Guimarães, in Cadernos de Direito Privado, nº41, Janeiro/Março de 2013; Mark A Fox, Phishing, Pharming and Identity Theft in The Banking Industry, in Journal of international banking law and regulation, editado por Sweet and Maxwell (2006), Issue 9, 548/552; Roberto Flor, Phishing, Identity Theft e Identity Abuse. Le Prospective Applicative Del Diritto Penale Vigente, in Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Fasc 2/3-Aprile-Settembre 2007, 899/9446. § A outra modalidade de fraude online é o pharming a qual consiste em suplantar o sistema de resolução dos nomes de domínio para conduzir o usuário a uma página Web falsa, clonada da página real, cfr ibidem. § O processo baseia-se, sumariamente, em alterar o IP numérico de uma direcção no próprio navegador, através de programas que captam os códigos de pulsação do teclado (os ditos keyloggers), o que pode ser feito através da difusão de vírus via spam, o que leva o usuário a pensar que está a aceder a um determinado site – por exemplo o do seu banco – e está a entrar no IP de uma

página Web falsa, sendo que ao indicar as suas chaves de acesso, estas serão depois utilizadas pelos crackers, para acederem à verdadeira página da instituição bancária e aí poderem efectuar as operações que entenderem, cfr ibidem. § Qualquer uma destas técnicas visam a obtenção fraudulenta de fundos, obrigando os usuários a ter de usar das maiores precauções no uso destes meios informáticos, sendo usual os conselhos no sentido de verificar sempre os remetentes de e-mails e nunca abrir nenhum e-mail cujo remetente seja desconhecido; não abrir nem executar ficheiros que não tenham sido solicitados; ter sempre um antivírus actualizado no computador; ter sempre o Windows actualizado; e possuir um firewall habilitado. § Estas são as actuações pertinentes com vista a evitar qualquer ataque fraudulento ao sistema, sem embargo de, apesar de tais indicações serem seguidas à risca, o sistema não ser infalível, podendo mesmo com a observância de todos os cuidados adequados, ser alvo de brechas”.

E é aqui que chegamos: não há soluções perfeitas. Mas tem que existir, pelo menos, uma solução que seja o mais próxima da protecção da possibilidade de ataques informáticos por hackers e a intercepção das senhas enquanto estão a ser digitadas, que é, naturalmente, uma preocupação do digital.

A rede *blockchain*, por combinar a criptografia, poderá ser uma solução idónea, mas também ela, naturalmente, não será perfeita.

Assim, como acontece com as mais diversas áreas do direito, também na utilização do sistema onde se tramita o processo judicial existem dilemas e desafios. Sendo que, desde logo, é preciso apurar a possibilidade de ataques informáticos ao sistema (quer para alteração, quer para destruição da tramitação de cada processo), a própria incerteza de onde estão, efetivamente, os dados gravados (o que envolve questões de fiabilidade e segurança) e, ainda, a possibilidade de falsificação de assinaturas na junção de peças processuais e de prolação de qualquer decisão, seja despachos, sejam sentenças.

Assim, igualando o acesso às mais diversas áreas, obrigando a que todos acedam por um cartão com palavra-passe e através de um leitor de cartões, acautela-se o acesso e a tramitação, no

sentido da junção de atividade. Riscos existirão sempre mas será sempre mais fácil gerir os mesmos através de uma maior segurança nos acessos e assinaturas. Claro que poderá ser mais moroso ter sempre o leitor de cartões ativo, mas, também, mais fiável.

Claro que, essa solução, na ótica do utilizador é plausível. Mas terá que se apreciar, também, a ótica da gestão do processo e da garantia que os documentos que são inseridos no sistema não são alterados, não são suscetíveis de fácil alteração: pensando num hacker que acede ao portal e elimina, dos processos, documentos, ou submete outros; ou, ainda, retira dados e divulga. Estas preocupações tornam que o portal CITIUS, pese embora de uma notória evolução informática no tratamento judicial, esteja sempre em constante necessidade de aperfeiçoamento.

O processo judicial, porque tramitado digitalmente, terá, também ele, que beneficiar do mais alto padrão de tecnologia de criptografia digital, por forma a evoluir conjuntamente com a evolução tecnológica.

2.5. Da produção de prova digital

Conforme vimos anteriormente as inquirições à distância, em detrimento do princípio da imediação, estão previstas no Código de Processo Civil como uma possibilidade em casos específicos, já aqui tratados. Também indagamos e realçamos, efetivamente, as questões relacionadas com o surgimento da pandemia COVID-19 e a sua importância ao nível da desconexão das partes e demais sujeitos dos tribunais, com uma facilidade de realização de julgamentos, de inquirições à distância.

Naturalmente que se exige que o julgador esteja mais atento e seja ainda mais audaz, mas a realidade captada por uma câmara de computador, por um smartphone ou por um tablet não é, nem poderia ser assim tratada, como a realidade de comparecer presencialmente no tribunal.

Mas serão estes meios totalmente idóneos? Como atesta o julgador a idoneidade quando as inquirições não são num tribunal diverso, confirmada a identidade por oficial de justiça?

Atualmente vê-se a simplificação processual ganhar mote. As testemunhas ligam os seus *whatsapp's*, os *skypes*, os *messengers*, os próprios *facetimes* do telemóvel, o *webex* ou o *zoom* e, através de um login não atestado, comparece alguém perante um julgador e produz prova que apenas e somente vai ficar gravada no sistema *Habilus*¹⁸³.

¹⁸³ Sistema de gestão processual onde, nas Audiências de Discussão e Julgamento, ou Audiências Prévias e Preliminares em que não haja a dispensa de gravação, fica gravada a intervenção das partes e dos sujeitos processuais.

2.6. A força probatória, a livre convicção do julgador e a sua relação com o fim do processo

É claro que chegados aqui é evidente a conclusão de que qualquer prova digital que não apresente garantias de autenticidade, através da aposição de uma assinatura digital certificada num documento eletrónico, será tratada segundo a livre convicção do julgador, assim será livremente apreciada.

Claro que esta livre apreciação da prova, segundo a livre convicção do julgador, tem também plasmado que “[de] acordo com o princípio da livre apreciação da prova, o tribunal, orientado pela descoberta da verdade material, aprecia livremente a prova e não está inibido de socorrer-se da chamada prova indiciária ou indirecta, dependendo os respectivos funcionamento e creditação da convicção do julgador, a qual, sendo pessoal, deverá ser sempre objectivável e motivável: a sua valoração suscita, num primeiro nível, a credibilidade que merecem ao julgador os meios de prova, que depende substancialmente da imediação e nela intervêm elementos não racionais explicáveis, e, num segundo nível, as deduções e induções que o julgador realiza a partir dos factos probatórios, sendo que, agora, estas inferências já não dependem substancialmente da imediação, uma vez que se baseiam na correcção do raciocínio, que há-de fundamentar-se nas regras da lógica, princípio da experiência e conhecimentos científicos, tudo se podendo englobar na expressão regras da experiência”¹⁸⁴.

Sucedem que o julgador não é informático e as questões relacionadas com a alterabilidade da prova digital não são passíveis de verificação, em muitos casos, a olho nú. Se sempre que existir dúvidas, ao abrigo do inquisitório, o julgador oficial, ele mesmo, complementos através de meio de prova idóneos a dissipar a dúvida: sejam perícias, seja a produção dinâmica da prova através de uma inspeção judicial, a questão nem se levanta. O problema são os casos em que a dúvida não se levanta pela aparência ser forte ao nível da credibilidade: mas as falsificações digitais podem ser extremamente perfeitas e ilusórias.

¹⁸⁴ Acórdão do TRG, cuja rel. é a Desembargadora AUSENDA GONÇALVES, datado de 25/02/2019, com o n.º de processo 483/14.1IDBRG.G1, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

E é neste campo que a situação nos preocupa com mais gravidade. Isto porque, naturalmente, que tentamos tornar o processo judicial, no sentido da realização mártir da justiça, o mais perfeccionista possível, dotando-o de mecanismos e ferramentas, informáticas, suficientes para cristalizar a prova e peneirar as ilegalidades.

Na fase do saneamento os tribunais deveriam, sim, estar dotados de sistemas operativos onde se carregasse o ficheiro e fosse possível ver a sua origem: e não seria admissível a junção de ficheiros criados digitalmente serem impressos, digitalizados e só depois juntos aos autos (após a digitalização). Além de que, uma vez junto aos autos, o mesmo deveria tornar-se o mais próximo possível da imutabilidade e inalterabilidade.

A livre apreciação da prova segundo a convicção do julgador, pese embora toda a credibilidade que os julgadores nos merecem, é arriscada. A prova digital é específica e merece, no que ao contencioso respeita, um tratamento respeitador e com filtros possíveis ao alarme: da mesma forma que se detetam os plágios, será preciso desconstruir os documentos e ler os mesmos, na sua raiz de criação e percurso informático.

Mas como?

3. Das questões da prova digital no processo civil na ótica jurisprudencial

Para nós, pese embora o devido respeito pela doutrina, os problemas e desafios enfrentam-se, nada mais, do que através do confronto com a vida prática.

No âmbito do direito processual civil, em razão da publicidade atribuída à jurisprudência, temos vindo a debater-nos com diversas questões relacionadas com a prova digital.

Tivemos a oportunidade de analisar *supra* que, efetivamente, a prova digital tem que obedecer a ditames, muitos deles constitucionais, sob pena de termos, mesmo, uma prova ilícita.

Nos termos do artigo 32.º n.º 8, da CRP, “[s]ão nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”, claro que teremos que ver, também, as exceções a este princípio, dos quais o consentimento e as questões de justiça¹⁸⁵.

No Tribunal da Relação de Lisboa¹⁸⁶ em primeira instância foi considerada a junção de prova digital pela Autora, em particular uma gravação “[a] qual contém uma voz feminina e uma voz masculina, que foi agora ouvida pelo Tribunal, sem menção da autorização dos intervenientes da gravação”. O Tribunal *a quo*, neste processo, entendeu que “[o] art. 417.º, n.º 3 CPC, que regula os fundamentos de recusa de cooperação, apesar de se dirigir directamente às partes, não deixa de se dirigir indirectamente ao juiz, como que impondo uma bitola de não valoração de provas que têm na sua génese, uma forma ilícita de obtenção da prova, aí se incluindo a intromissão abusiva na intimidade da vida privada e familiar, no domicílio pessoal e profissional,

¹⁸⁵ Veja-se CANOTILHO, GOMES J.J.; MOREIRA, VITAL, "Fundamentos da Constituição", 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1991 e, dos mesmos autores, "Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I", Coimbra Editora, 2007.

¹⁸⁶ A este respeito o Ac. do TRL, datado de 15/04/2021, cujo rel. é o Desembargador CARLOS CASTELO BRANCO, com o n.º de processo 705/18.0T8CSC-A.L1-2, disponível para consulta em www.dgsi.pt, com revisão de consulta a 10/10/2021.

na correspondência ou nas telecomunicações. § Nesta medida, e em ponderação perante o direito constitucional à acção e à prova, é de interpretar-se o art. 417.º, n.º 3 do CPC, no sentido de que não deverão ser admitidos no processo para efeitos de valoração como prova, documentos ou suportes de gravação obtidos de forma ilícita, isto é, sem o consentimento expresso dos intervenientes, ou autorização prévia da respectiva autoridade judiciária para o efeito, sob pena de violação do art. 32.º, n.º 8 da Constituição da República Portuguesa, aplicável analogicamente ao processo civil. Pelo supra exposto, a gravação em questão, efectuada sem menção do consentimento das partes neles intervenientes, ou sem autorização de autoridade judiciária, denota uma intromissão abusiva no domicílio profissional dos Réus, com gravação da sua voz sem autorização, pelo que a mesma se afigura ter sido obtida de forma ilícita, estando nessa medida ferida de nulidade para efeitos civis, por violação do art. 32.º, n.º 8 da CRP, pelo que e cumpre, nessa medida declarar a inadmissibilidade da sua valoração. Pelo supra exposto, declaro ilícita a gravação apresentada e nessa medida julgo verificada a sua nulidade, considerando inadmissível a sua valoração em sede de apreciação da matéria de facto”.

É evidente que a consideração é “[da] possível existência de uma prova ilícita, que, conforme o entendeu o Tribunal *ad quem*, será toda aquela que seja obtida ou produzida, mediante a violação de normas de direito material, que tutelam direitos fundamentais dos cidadãos, ou aquela cuja formação ou produção em si mesma consubstancie um ilícito”.

Obviamente que, conforme consta da fundamentação do Ac. *supra* referido “[a] lei processual civil – muito embora estabeleça diversas regras limitativas da produção de prova ou de certos meios de prova, por exemplo, nos arts. 433.º e 607.º n.º 2 do CPC ou nos arts. 364.º, n.º 1, 393.º e 394.º do CC - é omissa quanto à questão da inadmissibilidade da prova ilícita, contrariamente ao que sucede no processo penal (cfr. art. 125º do CPP)”.

E é certo que a prova é ilícita na apreciação restrita do artigo da Constituição da República Portuguesa, mas temos uma colisão de direitos evidente, ao abrigo do artigo 335.º do CC, e, nestes casos, conforme, e bem, a jurisprudência avançou “[impõe-se] proceder a uma ponderação concreta dos interesses em jogo (cfr. artigo 335.º do CC), ponderando se o meio de

prova ilicitamente obtido é, não obstante, relevante, imprescindível, justificado, adequado e proporcionado para prova dos factos em presença, que, em concreto, sobrelevam sobre outros direitos fundamentais em presença, justificando a sua compressão em detrimento de tal direito à prova, ou se, tal compressão, não se mostra justificada”.

E é aqui que a questão se torna caricata: a prova pode ser ilícita, nula nos termos mencionados constitucionalmente, mas, ainda assim, poderão haver interesses que justificam a sua produção: e é esta a efetiva beleza do direito, em particular do processo civil, a busca insaciável pela descoberta da verdade e pela decisão da causa.

Tem sido, também, preocupação jurisprudencial aquilo que temos vindo a realçar como sendo a prova equiparada ou a prova contendo assinaturas digitais não qualificadas. Conforme foi perfilhado pelo Tribunal da Relação do Porto¹⁸⁷ “[as] mensagens curtas de texto, vulgarmente designadas como SMS, correspondem a um documento eletrónico, ou seja, a um “documento elaborado mediante processamento eletrónico de dados”, estando, por isso e enquanto prova documental, sujeitas ao Regime Jurídico dos Documentos Eletrónicos e de Assinatura (RJDEA) (Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 02/ago, sucessivamente alterado) bem como pelo Regulamento (UE) n.º 910/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de julho de 2014, relativo à identificação eletrónica e aos serviços de confiança para as transações eletrónicas no mercado interno”. Portanto, esta prova, designadamente a de SMS, será “[apreciado] nos termos gerais de direito, designadamente de acordo com as regras gerais da prova documental”, acrescentando-se que “[sendo] o SMS proveniente do telemóvel da parte, que se limitou a impugnar a autoria do correspondente texto, imputando-o a outrem, incumbe à mesma demonstrar que esse SMS não foi por si realizado, existindo, por isso, uma prova indiciária de ter sido essa parte a feitora desse texto”. Portanto, é preocupação jurisprudencial a evidente valoração probatória.

¹⁸⁷ Ac. do TRP, datado de 24/09/2020, cujo rel. é o Desembargador Joaquim Correia Gomes, com o n.º de processo 122/19.4T8MLD.P1, disponível para consulta em www.dgsi.pt, com revisão de consulta a 10/10/2021.

Claro também será que a evolução probatória se deu em diversas índoles e as comparações – por interpretações extensivas – acabou por imperar no que à prova respeita.

Veja-se que a jurisprudência acaba por, e bem, equiparar os meios digitais às receções documentais físicas (em razão, quiçá, da inexistência de um regime específico). A título exemplificativo, o Tribunal da Relação do Porto¹⁸⁸, veio a considerar que “[uma] mensagem telefónica, vulgo SMS, uma vez aberta, recebida e lida terá a mesma protecção da carta em papel que tenha sido recebida pelo correio e que foi aberta e guardada em arquivo pessoal. § Em tese geral, o destinatário de um SMS pode fazer uso do mesmo em sede probatória uma vez descartada a confidencialidade da mensagem enviada ou algum dever especial de sigilo que possa impender, quer pela natureza da mensagem quer pela qualidade dos intervenientes nessa comunicação electrónica”, aplicando-lhe o regime, com as necessárias adaptações, das missivas confidenciais e não-confidenciais, vertido no artigo 75.º e 76.º do CC.

Mas atualmente, não só a nível jurisprudencial, mas a nível prático, pré-contencioso ou contencioso, se levantam questões problemáticas de estarmos a contribuir para um sistema inseguro ao nível da prova que, adaptando-se JOSEPH GOEBBELS, de que “[uma] mentira contada mil vezes, torna-se uma verdade”, uma prova produzida numa mentira, junta sem qualquer filtro, tornar-se-á uma verdade: e isto é perigoso no processo, que é o risco atual, nas matérias mais simples, mas, ainda mais, nas matérias do foro digital (cada vez mais prementes, como a atual desburocratização de atos que, a breve trecho, nos dominará, distanciará e fará com que, cada vez mais, nos perguntemos se o que se passa no online é real, ou não).

¹⁸⁸ Ac. do TRP, datado de 03/12/2013, cujo rel. é o Desembargador JOSÉ IGREJA MATOS, com o n.º de processo 37/12.7TBALJ-A.P1, disponível para consulta em www.dgsi.pt, com revisão de consulta a 10/10/2021.

4. Da influência do processo civil nos restantes ramos do direito, em particular, o direito do consumo

Temos que partir do pressuposto que, naturalmente, o direito processual civil é um direito base e subsidiário a diversas áreas do direito, do qual não é exceção o direito do consumo. Nessa ótica, quer no direito civil substantivo, quer na sua ótica processual, as matérias reguladas, não tendo regulação específica nas restantes legislações, serão aplicáveis (com necessárias adaptações).

Ao nível da prova, em particular do direito do consumo, sem prejuízo das questões relativas às especificidades do ónus da prova, serão alvo de recurso para a tramitação do processo.

Tudo ficaria facilitado, o que nos parece uma conclusão óbvia, se também a prova digital colhesse, no nosso ordenamento jurídico civil, uma ponderação concreta do legislador, mas, enquanto isso não acontece (o que esperamos ser o futuro), há que perceber as lacunas para, aquando de uma reforma, podermos dar uma solução visionária e ampla para a solução dos problemas.

Não podemos olvidar, contudo, que os problemas de hoje não são os problemas de amanhã: amanhã haverão outros e, hoje, será urgente resolver os que nos assombram, sob pena de um ciclo vicioso sem fim onde nada se soluciona e, simplesmente, se resolve com disposições ultrapassadas.

4.1. Os problemas subjacentes à prova digital no âmbito do direito de consumo

Conforme começamos por ver *supra*, a prova no direito do consumo é, hoje, uma realidade extremamente relevante. O crescimento económico tem como estímulo a proteção do consumidor que é tido como parte mais fraca¹⁸⁹ das relações. No direito do consumo existem dois temas importantes no que à prova respeita: a prova do conceito de consumidor (e dos seus elementos) e, ainda, a prova do próprio objeto no caso de desconformidade do bem contratado.

O direito do consumo tem, ao nível processual, uma pretensão mais complexa, sendo que a prova dos elementos constitutivos da noção de consumidor, em particular o subjetivo, objetivo, teleológico e relacional que vão variando, naturalmente, na aplicação casuística no que a cada legislação respeita.

É claro que não bastará prova sem alegação. Temos que verificar sempre a alegação e prova dos factos base da demanda: se temos uma relação de consumo, é claro que a alegação dos factos¹⁹⁰ é absolutamente essencial.

¹⁸⁹ A própria natureza frágil do conceito de consumidor revela-se noutras matérias que colidem com o consumo, sendo o caso da tutela do direito de retenção nos contratos-promessa de compra e venda, “[onde] importa, no entanto, ter presente que a questão que o AUJ veio resolver se reportava ao âmbito de aplicação do artigo 755.º n.º 1 alínea f) do Código Civil, com a redacção que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 379/86 de 11 de Novembro, não estando em jogo a implementação ou aplicação do direito da União. Se a concessão do direito de retenção ao promitente comprador de um imóvel se insere também em uma lógica de protecção da parte mais fraca, o conceito de consumidor empregue pelo AUJ n.º4/2014 bem pode ser outro, como já decidiu o Acórdão (JOÃO BERNARDO)”, cfr. Ac. do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), datado de 03.10.2017, cujo rel. é o Conselheiro JÚLIO GOMES, com o n.º de processo 212/11.1T2AVR-B.P1.S1.

¹⁹⁰ Como o é em qualquer demanda processual civil, onde, evidentemente, “[s]bre as partes incumbe o ónus de alegação e prova dos factos essenciais (art.º 5.º do CPC) nos quais o autor suporta a sua pretensão e o réu o pedido reconvençional ou a defesa por exceção, não sendo lícito ao réu, que não alegou os factos integradores de uma exceção, vir alegá-los em sede de recurso, tanto mais que a apreciação pelo Tribunal de uma questão que nunca foi invocada nem debatida nos autos (questão nova) se traduziria na nulidade por excesso de pronúncia prevista na 2.ª parte do artigo 615.º, n.º 1, alínea d), do CPC”, cfr. Ac. do TRP, datado de 05.02.2018, cujo rel. é CARLOS QUERIDO, com o n.º de processo 1118/15.0T8VLG.P1, disponível para consulta em www.dgsi.pt.

Claro que quando não se alegam, nem demonstra provar todos os factos que constituem a relação material controvertida, o julgador, ao abrigo da cooperação enquanto princípio, ou convida ao aperfeiçoamento do articulado, ou convida à junção de documentos essenciais, em nome do princípio do inquisitório, mesmo numa fase inicial do processo, tendo, sempre, a possibilidade de adequar formalmente o litígio.

Mas a grande questão que se coloca no que ao direito do consumo se refere, em particular na distribuição do ónus da prova da situação jurídica de base é a de saber a quem incumbe, efetiva e concretamente, este ónus.

Se, por um lado, temos o critério da distribuição dinâmica, excecional e extremamente debatida¹⁹¹. O elemento subjetivo, objetivo e teleológico, na medida da identidade do sujeito comprador, do objeto ou serviço contratado e o fim da venda, são, naturalmente, prova possível na esfera do consumidor porque a este respeitam. Sucede que dúvidas se levantam quanto ao elemento relacional, ou seja, o intuito do sujeito com quem se realiza a venda, se este se dedica, ou não, profissionalmente à venda do bem ou à prestação de serviço. Os quatro elementos são cumulativos e, por isso, a prova é tão importante. No que concerne com o elemento relacional,

¹⁹¹ Ver, a este respeito RANGEL, RUI MANUEL DE FREITAS, O ónus da prova no processo civil, Coimbra, Almedina, 2000; RODRIGUES, FERNANDO PEREIRA, A prova em direito civil, 1.ª edição, Coimbra Editora, 2011; ROSENBERG, LEO, La carga de la prueba. Trad. Ernesto Krotoschin, 2.ª edição, Buenos Aires, Júlio César Faria Editor, 200; SANTOS, HUGO LUZ DOS, “*Plaidoyer por uma “distribuição dinâmica do ónus da prova” e pela “teoria das esferas de risco” à luz do recente acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18/12/2013: o (admirável) “mundo novo” no homebanking?*” in Revista Eletrónica de Direito, 2014 e SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, “Algumas questões sobre o ónus de alegação e de impugnação em processo civil” in Scientia Iuridica, Tomo LXII, n.º 332, Escola de Direito da Universidade do Minho, Maio/Agosto, 2013.

por questões de evitar prova impossível¹⁹² ou diabólica, é ao vendedor ou fornecedor que incumbe o ónus de fazer prova deste elemento.

4.1.1. A legislação ao nível do direito do consumo

A nossa Constituição da República Portuguesa, no seu artigo 60.º, consagra, especificamente, a preocupação com o direito dos consumidores. Sendo, naturalmente, o ponto de partida para a sua regulação.

JOHN F. KENNEDY, a 15/03/1962, num congresso, indicou que “[c]onsumidores, por definição, somos todos”.

Ao nível do consumo temos uma legislação extremamente rica e variada, estando dispersa por diversa legislação – quiçá, um dia, também indaguemos acerca da necessidade da criação de um Código do Consumidor. Para este estudo, e para o problema que queremos complementar, focar-nos-emos na legislação do comércio (as relações contratuais de consumo) e, ainda, a parte geral.

A Lei da Defesa do Consumidor consagra, em si, os direitos gerais dos consumidores, regulada Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro, atualizada pela Lei n.º 47/2014 de 28 de Julho e, por sua vez, o Decreto-Lei n.º 446/85 de 25 de Outubro, que institui o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais, apresentam-se como legislação geral.

Conforme aqui também já fomos levantando o véu, atualmente, no que concerne com as relações de comércio (com ótica de consumo) temos:

- i) Decreto-Lei n.º 84/2021, de 18 de outubro, que regula os direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais, que revogou o Decreto-

¹⁹² A este respeito, veja-se FERNANDEZ, ELIZABETH, “A prova difícil ou impossível (a tutela judicial efetiva no dilema entre a previsibilidade e a proporcionalidade)”, *in* Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor JOSÉ LEBRE FREITAS, Coimbra Editora.

Lei n.º 67/2003 de 8 de Abril Regime da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas.

- ii) Decreto-Lei n.º 24/2014 de 14 de Fevereiro, que regula o regime dos contratos celebrados à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial;

Ao nível do consumo, como vimos, vamos ter quatro grandes problemas ao nível da prova digital.

Em primeiro lugar, a prova do conceito de consumidor, nas relações online, e das situações que aqui revelamos. Atualmente contrata-se em qualquer plataforma, a prova é extremamente volátil e alterável, tal como os regimes de acesso à plataforma não são idóneos.

Simplificamos demasiado, talvez a exigência de um registo idóneo fosse o caminho para facilitar a resposta ao “quem está a contratar?”. Mas, além disso, o caminho para a certeza de que existiria um paradeiro, dado que os dados de acesso seriam credenciais válidas, idóneas, como a assinatura digital ou a chave móvel digital o apresentam.

Em segundo lugar, temos um problema ao nível da segurança da fiabilidade do contratado (a proteção dos dados e o suporte). Pese embora a legislação, no que respeita aos contratos à distância e fora do estabelecimento comercial, exigir um suporte duradouro para confirmação da celebração do contrato¹⁹³, muitas vezes este suporte duradouro está numa página interna da entidade fornecedora (pensemos no caso das telecomunicações), não estando assinado

¹⁹³ Veja-se o Artigo 6.º onde se indica que “[c]onfirmação da celebração do contrato celebrado à distância 1 - O fornecedor de bens ou prestador de serviços deve confirmar a celebração do contrato à distância, em suporte duradouro, no prazo de cinco dias contados dessa celebração e, o mais tardar, no momento da entrega do bem ou antes do início da prestação do serviço. 2 - A confirmação do contrato a que se refere o número anterior realiza-se com a entrega ao consumidor das informações pré-contratuais previstas no n.º 1 do artigo 4.º, salvo se o profissional já tiver prestado essa informação, em suporte duradouro, antes da celebração do contrato”.

efetivamente e apenas com a aposição do “eu aceito”, através de um *click* no rato, altamente volátil e suscetível de alteração.

Em terceiro lugar, a prova da contratação, a inalterabilidade documental, a eficácia do contratado. Pese embora as cláusulas contratuais gerais, como é o caso que ocorre nos contratos de adesão, regularem as nulidades, ineficácia e exclusão das cláusulas, também aqui há uma total desatualização quanto ao digital.

Veja-se que no artigo 8.º do DL n.º 446/85, de 25 de outubro, se dispõe que: “a) As cláusulas que não tenham sido comunicadas nos termos do artigo 5.º; b) As cláusulas comunicadas com violação do dever de informação, de molde que não seja de esperar o seu conhecimento efectivo; c) As cláusulas que, pelo contexto em que surjam, pela epígrafe que as precede ou pela sua apresentação gráfica, passem despercebidas a um contratante normal, colocado na posição do contratante real; d) As cláusulas inseridas em formulários, depois da assinatura de algum dos contratantes”.

Portanto, a realidade online não está efetivamente acautelada neste tipo de contratação¹⁹⁴ – que é o quotidiano atual.

Em quarto lugar, mas não o menos importante, o comércio eletrónico como uma realidade atual, leva-nos a novos desafios ao nível dos meios de prova. As situações que se passam no online, seja através de páginas web, seja através de aplicações em smartphones ou tablets, lançam-nos desafios acrescidos ao nível do valor probatório deste meio de prova. Isto porque teremos prova com sons, imagens e/ou texto. Sabemos, e bem, que a autenticidade e genuinidade é conferida através de certificados de autenticação idóneos, porém, de facto, nem todos o exigem. É tão fácil contratar, realizar uma encomenda, pelas mais diversas vias que, infelizmente, poderemos cair no descrédito de um mundo sem fim.

¹⁹⁴MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, “*O Novo Regime Jurídico dos Contratos de Adesão/Cláusulas Contratuais Gerais*” in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 62, vol. I, 2002, p. 2.

5. Da insegurança da prova digital e modos de criação de uma teoria geral da prova digital que a permita mais próxima da segurança, fiabilidade e vinculação: discussão e indagação

O nosso Ordenamento jurídico encontra-se débil ao nível da consagração substantiva da prova digital, sendo, apenas, com o recurso à legislação da União Europeia que conseguimos uma consagração, específica, da prova digital (na ótica das assinaturas, é certo). Quanto aos meios de prova, no processo civil, temos uma breve referência à produção à distância da prova testemunhal ou por confissão, sendo que é uma regulação algo antiga em razão da constante informalização que sofremos e evolução digital.

Associam França ao país do amor, mas, neste estudo, teremos que associar o ordenamento jurídico francês a uma inspiração ao nível da consagração, em direito substantivo, do qual é exemplo o Código Civil Francês (sem prejuízo, também, da aplicabilidade dos Regulamentos da União Europeia), onde se regulou, literalmente, o documento eletrónico da seguinte forma: “Art. 1316-1.- L’écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l’écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu’il soit établi et conservé dans des conditions de nature à garantir l’intégrité”, e, ainda, “Art. 1316-3.- L’écrit sur support électronique a la même force probante que l’écrit sur support papier”.

Além dos artigos *supra*, relativos à forma eletrónica dos documentos escritos, o Código Civil Francês apresentou, na sua construção, uma preocupação acrescida com a autenticação e assinatura, a saber: “Art. 1317.- L’acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d’instrumenter dans le lieu où l’acte a été rédigé, et avec les solennités requises. §

Il peut être dressé sur support électronique s’il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d’Etat”, e, ainda, “Art. 1317-1.- L’acte reçu en la forme authentique par un notaire est, sauf disposition dérogeant expressément au présent article¹⁷⁵, dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi”.

Curiosamente, sem prejuízo do *supra* regulado, também na secção 4 do Código Civil Francês se dispôs, com exaustão e minúcia, sobre a contratação, mas, em particular, sobre a conclusão das negociações por via eletrónica¹⁹⁵.

A preocupação francesa, muito além do amor, foi na regulação da evolução digital, sendo de louvar o caminho concedido, fazendo uma clara distinção entre o digital e o não digital.

Na nossa vizinha Espanha, em particular no seu n.º 2 e n.º 3 do “artículo 299 da Ley 1/2000, de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil”¹⁹⁶, prevê-se uma admissão ampla de meios de prova¹⁹⁷ diversos dos tradicionais, não tendo, com detalhe, referência ao mundo digital.

Por sua vez, na Itália, encontramos uma consagração de uma prova completamente atípica no que ao digital respeita, sendo curioso que a prova seja tratada sem distinção de onde ocorre (se é no digital, ou no não digital; se é corpórea ou incorpórea), soçobrando, apenas, princípios gerais que se aplicam, sem qualquer especificidade, a qualquer prova (eficácia, validade e existência, aplicados a qualquer processo).

Portanto, pese embora os indícios do caminho ser, efetivamente, a regulamentação da prova ser realizada através do direito substantivo, num cunho europeu muito diverso, teremos que realizar

¹⁹⁵ Sob a epígrafe “[d]ispositions propres au contrat conclu par voie électronique”.

¹⁹⁶ Disponível para consulta em https://www.supercontable.com/informacion/ley_gestion/Indice._ley_1-2000-_de_7_de_enero-_de_Enjuiciamiento_Civil.html.

¹⁹⁷ No referido artigo consta que: “1. Los medios de prueba de que se podrá hacer uso enjuicioson: 1.º Interrogatorio de las partes. 2.º Documentos públicos. 3.º Documentos privados. 4.º Dictamen de peritos. 5.º Reconocimiento judicial. 6.º Interrogatorio de testigos. 2. También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso. 3. Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias”.

uma especial atenção a um dos países mais desenvolvidos economicamente da América do Sul onde a prova digital é tratada de uma maneira que nos atrai.

A Ley 18600 do Urugai, sob a epígrafe nominativa Documento Electronico Y Firma Electronica. Admisibilidad, Validez Y Eficacia, publicada a 05/11/2009, regulamentada pelo decreto n.º 276/013 de 03/09/2013, n.º 36/012 de 08/02/2012 e, ainda, n.º 436/011 de 08/12/2011, veio regular especificamente a questão da admissibilidade, validade e eficácia quer do documento eletrônico, quer da firma eletrônica, sendo que, já antes, na Ley 16737 de 5/01/1996, nos artigos 490 e 491, se destaca o ordenamento em causa com uma preocupação na melhoria do serviço digital eletrônico, no artigo 697.º com a consagração dos meios de prova eletrônicos e a sua equiparação.

No âmbito do Código de Procedimiento Civil do Urugai, na atualização concedida pela Ley n.º 13355, que dispõe sobre “abreviacion de juicios”, dispõe-se, no seu artigo 26, numa alteração ao artigo 349 do Código de Procedimiento Civil que “[t]ambiénpodráutilizarseotrosmediosprobatorios no prohibidos por la ley, aplicando analógicamente las normas que disciplinan a los expresamente previstos por la ley. Para suvaloración se estará a las reglas de la sana crítica”.

Assim, regula-se especificamente a prova digital, remetendo-se para uma previsão analógica da norma substantiva, sujeitando-se, contudo, a mesma a questões de admissibilidade, validade e eficácia e, valora-se a mesma, em função das regras de experiência comum.

No mundo fala-se de validade, eficácia e admissibilidade; fala-se em assinaturas; fala-se em prova equiparada e remissão analógica.

Nós, neste momento, lidamos com a lógica do nem tudo o que parece, é, sendo que é preciso tornar a realidade mais nítida, ultrapassando a analogia e a interpretação extensiva, partindo do caminho trilhado pela influência da união e, internamente, regular as realidades, ainda que de modo lato, por forma a começar a sanar problemas.

5.1. Dos problemas suscitados

No decurso deste estudo detetamos alguns problemas a solucionar:

- i) O da tramitação eletrónica de dados, em particular da concessão de maior segurança e fiabilidade aos dados submetidos, dos quais constam dados pessoais e meios de prova (em particular documentais) via CITIUS.
- ii) Das fases processuais e da necessidade de peneirar os meios de prova digitais submetidos no processo, na ótica de conferir maior segurança e fiabilidade à sua análise.
- iii) Da regulação dos meios de prova digital, em particular das disposições do ónus da prova e da força probatória.
- iv) Da produção dos meios de prova digital, em particular da fidedignidade dos mesmos e do conteúdo e suporte de armazenamento.

Portanto, temos problemas ao nível da segurança e da credibilidade, por ora, para resolver, nunca olvidando as conclusões a que já fomos chegando, na ótica dos princípios a gravitar na prova digital (e na sua produção).

5.2. A interpretação extensiva e a analogia

No âmbito da prova digital é notório que estamos, efetivamente, perante matéria de interpretação e integração de lacunas, regulada no artigo 9.º do CC Português.

O artigo 9.º do CC Português indica que, no que tange com a interpretação e integração de lacunas “[a] interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta a unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada”, sendo que “[não] pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso”, e, por fim, “[na] fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados”.

Conforme se fundamentou na nossa jurisprudência, em acórdão exemplificativo do Supremo Tribunal de Justiça (STJ), datado de 25.02.1997, cujo rel. é o Conselheiro Pais de Sousa, com o n.º de processo 086659¹⁹⁸ “[Pires de Lima e Antunes Varela] (in Código Civil Anotado) esclarecem que o Código, em lugar de impor um método ou consagrar uma corrente doutrinária em matéria de interpretação das leis, limita-se a consagrar os princípios que podem considerar-se já uma aquisição definitiva na matéria, combatendo os excessos a que os autores objectivistas e subjectivistas têm chegado muitas vezes”.

Sendo claro que “[há] uma tendência geral para contestar o valor das antigas distinções que constituíram o quadro formal do problema, tais como as que se estabeleciam entre interpretação e aplicação da lei, entre história e actualidade, entre interpretação e integração de lacunas, entre interpretação extensiva e aplicação analógica, entre a vontade da lei e vontade do legislador, mesmo entre legislador e juiz”. E, portanto, “[seja] como for, na interpretação a que se terá de chegar no caso sub iudice, deve-se, pelo menos, estabelecer critérios e definir posições. Assim, dentro da problemática da interpretação da lei, há que assentar se, no caso sub iudice, estamos perante uma lacuna que deve ser suprida pela analogia ou se tem lugar uma interpretação extensiva. Mas, em qualquer das apontadas situações poderá ter que se optar entre a vontade da lei e a do legislador, segundo os princípios que se julgam emanar dos artigos 9.º e 10.º do Código Civil”.

Como é notório, a litigiosidade aumenta mas, naturalmente, que a influência digital tem vindo a ser vertida nos processos, sendo uma preocupação, que, conforme é referido no Ac. *supra* referido, “[por] todos sabido que, em face das lacunas da lei, o juiz não pode furtar-se a julgar, alegando que não existe norma para aplicar ao caso concreto: a sua recusa equivaleria a uma denegação da justiça. Perante casos que o legislador não cogitou, o intérprete busca regulá-los no sentido em que o legislador os teria decidido se neles tivesse pensado. E como procurando

¹⁹⁸ Ac. do STJ, datado de 25.02.1997, cujo rel. é o Conselheiro PAIS DE SOUSA, com o n.º de processo 086659, disponível para consulta em www.dgsi.pt, com última consulta em 04.11.2021.

bem no sistema se podem descobrir casos análogos já regulados, extrai-se por um processo de abstração a disciplina jurídica que vale para esses, alargando-se até compreender os casos não previstos mas cuja essência é a mesma (v. Ferrara, ob. cit., p. 158). § Mais ensinou Ferrara (ob. cit., p. 160) que, para se recorrer à analogia, é necessário faltar uma precisa disposição da lei para o caso a decidir, que portanto a questão não se encontre já regulada por uma norma de direito. E isto, não apenas segundo a letra, mas também segundo o sentido lógico dessa norma. Por isso, se uma questão se pode resolver com base na interpretação extensiva, não tem lugar a analogia, pois se trata de um caso já contemplado segundo o conceito da lei, embora fuja aparentemente à formulação do texto. Assim, há que ter em conta que a interpretação extensiva se destina a corrigir uma formulação estrita de mais. É que o legislador, ao exprimir o seu pensamento, introduz um elemento que designe espécie, quando queria aludir ao género, ou formula para um caso singular um conceito que deve valer para toda uma categoria (v. Ferrara, ob. cit., p. 150). § Decorre, portanto, do exposto que a analogia se distingue da interpretação extensiva. Aquela aplica-se quando um caso não é contemplado por uma disposição de lei, enquanto esta pressupõe que o caso já está compreendido na regulamentação jurídica, entrando no sentido de uma disposição, se bem que fuja à sua letra. A interpretação extensiva não faz mais do que reconstituir a vontade legislativa já existente, para uma relação que só por inexacta formulação dessa vontade parece excluída. A analogia, pelo contrário, está em presença de uma lacuna, de um caso não prevenido para o qual não existe uma vontade legislativa, e procura tirá-la de casos afins correspondentes”.

Na prova digital, temos uma lacuna no que tange com diversos meios de prova. Não existindo lacuna, mas antes interpretação extensiva, quanto à produção, em audiência de discussão e julgamento, na interpretação do artigo 502.º do CPC no que tange com a inquirição por meio tecnológico.

Claro que para tratarmos dos problemas da prova digital a solução existente, nos termos do artigo 9.º do CC, será dupla, neste momento, consoante a legislação atualmente em vigor.

Em primeiro lugar, no que se relaciona com a produção dos meios de prova, em particular testemunhal ou por confissão, em sede de audiência de discussão e julgamento, por já haver abertura da produção à distância, através de meios tecnológicos, a interpretação a realizar, para casos similares em que tal situação se coloque, será através da interpretação extensiva.

Em segundo lugar, no que se relaciona com todas as questões probatórias, quer de admissibilidade, modos de junção, ónus da prova, valor probatório, serão tratadas com recurso à analogia, em particular, no que se relaciona com o direito substantivo, com o recurso ao capítulo II, designado de provas.

Claro que esta analogia, ainda que seja o escape para uma solução, será, sempre, uma solução desconforme com as reais necessidades sentidas.

5.3. A *blockchain* como meio de prova e como via de tramitação eletrónica de atos processuais e a criação da obrigatoriedade de introdução da prova digital, em fase de saneamento, em sistemas de decomposição informática da prova

Conforme analisamos *supra* temos quatro grandes problemas a solucionar, tentando contribuir para uma evolução ao nível do processo, sendo que, nesta indagação, e conforme referido atrás, a *blockchain* vai surgindo como uma possível solução: mas nunca uma solução perfeita, porque, feliz ou infelizmente, não há soluções que nos garantam que não há margem para falha¹⁹⁹.

A *blockchain* é uma tecnologia, ponto. Uma tecnologia que surge aliada à indústria 4.0 e às necessidades de nos robotizar (a nós, à vida, às relações existentes) mas, sobretudo, com o fenómeno da Bitcoin, surge a necessidade de criar redes seguras e fiáveis, onde as transações envolvem grande fluxo económico-financeiro. Estamos a tratar de blocos com criptografia que protege tudo o que neles se guarda, em cofre: mas nenhum cofre é totalmente seguro, porque quem tem as chaves, poderá nele, sempre, mexer.

Nos diversos sistemas operativos existentes o problema é idêntico: há uma margem de falha e de desconfiança.

Conforme refere EDGAR TAVEIRA²⁰⁰, a Blockchain surge visando, e garantindo, “[d]escentralização e escalabilidade - eliminando a limitação de um único ponto de falha em comparação com uma solução centralizada, é capaz de aumentar a tolerância a falhas; Identidade – A imutabilidade

¹⁹⁹Já o disse JOSÉ MARIA EÇA DE QUEIRÓS, n’os Maias, que “[f]alhamos a vida, menino! - Creio que sim... Mas todo o mundo mais ou menos a falha. Isto é, falha-se sempre na realidade aquela vida que se planeou com a imaginação. Diz-se: «vou ser assim, porque a beleza está em ser assim». E nunca se é assim, é-se invariavelmente assado, como dizia o pobre marquês. Às vezes melhor, mas sempre diferente”.

²⁰⁰TAVEIRA, EDGAR, Uma Visão Sobre A Tecnologia Blockchain: Domínios De Aplicação E Especificidades Na Cadeia De Abastecimento, Relatório elaborado para satisfação parcial dos requisitos da Unidade Curricular de Tese/Dissertação do Mestrado em Engenharia Eletrotécnica e de Computadores, Departamento de Engenharia Eletrotécnica Mestrado em Engenharia Eletrotécnica e de Computadores Área de Especialização em Sistemas e Planeamento Industrial 2020.

subjacente a esta solução permite uma melhor rastreabilidade da informação, aumentando a segurança na autenticação de agentes e dispositivos presentes na rede; Autonomia – O uso de soluções descentralizadas garante uma maior autonomia aos agentes e dispositivos da rede, permitindo a eliminação de pontos intermédios. Desta forma, os dispositivos podem comunicar diretamente entre si, não precisando de um intermediário para que a comunicação aconteça ou para que a transação seja validada; Segurança – Com o recurso a smart contracts, é possível que a troca de informação seja tratada como uma transação, o que permite uma comunicação segura entre dispositivos e agentes devido à encriptação da rede; Fiabilidade – No uso de tecnologia blockchain, é possível validar a autenticidade de cada transação assim como o responsável pela mesma”²⁰¹.

A *blockchain* é, assim, composta por blocos, devidamente criptografados, sendo que “[as] cadeias de blocos compreendem registos ou blocos de dados. À medida que cada transação ocorre, ela é colocada num bloco. Cada bloco é conectado ao bloco anterior e posterior, sendo adicionado ao próximo numa ordem irreversível e as transações são armazenadas juntas. Depois dos blocos serem guardados e validados para armazenamento no *ledger*, não podem ser alterados ou excluídos por um único ponto/nó da rede. Este sistema funciona com base numa estrutura descentralizada, ou distribuída, onde cada ponto/nó possui uma cópia integral ou parcial de todo o blockchain ledger. Qualquer alteração ao ledger pressupõe uma aceitação coletiva, não havendo a possibilidade de alterar ou acrescentar novos blocos sem que todos os pontos/nós pertencentes à rede aprovem a transação”²⁰².

Segurança, integridade, transparência e fiabilidade são os motes de tramitação de uma rede que utiliza a blockchain sendo que, “[o] grande benefício da tecnologia blockchain é que a mesma “[fornece] um ledger imutável, distribuído por vários pontos/nós através de uma arquitetura descentralizada e tecnologias avançadas de computação. Devido ao seu funcionamento e

²⁰¹TAVEIRA, EDGAR, *idem*, p. 27.

²⁰²TAVEIRA, EDGAR, *idem*, pp. 38-39.

arquitetura, mantém um histórico inalterável, transparente e rastreável das atividades dos pontos/nós pertencentes à rede”²⁰³.

A tecnologia *blockchain* parece-nos, ao nível da criptografia, extremamente interessante, principalmente para sustentar e atribuir mais firmeza e segurança, no que à tramitação dos processos judiciais respeita, sempre, como veremos, assente numa pergunta chave: mas quem controla esta tecnologia?

O domínio da inteligência artificial tem-nos trazido sérias preocupações, onde teremos que inserir os *deepfakes*²⁰⁴, como poderemos garantir que a informação inserida é idónea? Não poderemos, é certo. Mas poderemos garantir que a informação que é tramitada se mantém inalterada, segura e fiável (na sua ocorrência processual), não prevalecendo os algoritmos preditivos na ótica de que a gestão será à livre conveniência de quem gere a tecnologia aplicada: esse risco, existe, hoje, com a própria plataforma CITIUS.

O que é certo é que ao adotar, na tramitação dos processos judiciais, a tecnologia blockchain, estaríamos a tornar o CITIUS mais seguro, fiável e transparente, com um controlo minucioso.

Assim, a nossa preocupação com a tramitação eletrónica de dados, em particular de atribuir a sistemas já obsoletos, uma maior segurança e fiabilidade aos dados submetidos, dos quais constam dados pessoais e meios de prova (em particular documentais) digitalmente, na medida

²⁰³ TAVEIRA, EDGAR, *idem*, p. 42.

²⁰⁴ “Deepfakes (a portmanteau of “deep learning” and “fake”) are synthetic media in which a person in an existing image or video is replaced with someone else’s likeness. While the act of faking content is not new, deepfakes leverage powerful techniques from machine learning and artificial intelligence to manipulate or generate visual and audio content with a high potential to deceive. The main machine learning methods used to create deepfakes are based on deep learning and involve training generative neural network architectures, such as autoencoders[3] or generative adversarial networks (GANs)”, fonte <https://en.wikipedia.org/wiki/Deepfake>, consultada pela última vez em 10.12.2021.

em que, no momento em que entram no processo, se garante a sua inalterabilidade e corrupção, é de tranquilizar.

Mas servirá esta tecnologia, também, para, provando-se a autenticidade da prova que nela é carregada – ou seja, entendida a blockchain como meio de prova – levar a uma diferente valoração probatória ou, mesmo, em alguns casos, inversão do ónus probatório? Já vimos que, atualmente, a concessão de idoneidade probatória mais forte, ao invés de uma simples liberdade de interpretação e aplicação pelo julgador, nasce associada à assinatura digital autêntica. Mas também sabemos que, nem sempre, essa assinatura digital é existente. E se, os sistemas onde não é exigida essa assinatura, com entradas através de login e password, credíveis e pessoais, usam tecnologia *blockchain* capaz de identificar atos de pirataria e, assim, são juntos em bloco ao processo judicial?

E mais do que isso, pensando, também, ao invés do processo civil que é tramitado online, sendo a junção de prova operada por esta via, nos complementos (p. ex., junção de registos clínicos em CD), serem realizados, ao tribunal, através do uso da tecnologia *blockchain*, garantiria, ou não, uma maior credibilidade probatória?

Ora, como se disse *supra*, os *deepfakes* são, hoje, uma preocupação e temos vindo a assistir à produção de prova com força probatória plena, como escrituras públicas, documentos particulares autenticados, por via tecnológica, tal como, ainda, outros meios de produção probatória, sujeita à livre convicção, produzidos por esta via. Se a produção não tiver utilização de uma tecnologia como a *Blockchain* poderemos equiparar a sua força probatória a um documento presencial?

No caso concreto do procedimento especial de transmissão, oneração e registo imediato de prédios em atendimento presencial único, criado pelo Decreto-Lei n.º 263-A/2007, de 23 de julho, na sua redação atual; o processo de separação ou divórcio por mútuo consentimento, regulado pelo Decreto-Lei n.º 272/2001, de 13 de outubro, na sua redação atual e, ainda, o procedimento de habilitação de herdeiros com ou sem registos, previsto no artigo 210.º -G do

Código do Registo Civil, aprovado pelo Decreto -Lei n.º 131/95, de 6 de junho, na sua redação atual.

Com todo o devido respeito, estes atos, realizados à distância, nunca poderão ter a mesma força probatória – ainda que com aposições de assinatura certificada – que um ato presencial tem, e explicamos: os *deepfakes* são uma realidade e vêm demonstrar que, efetivamente, nem tudo o que vemos, é, efetivamente, a realidade.

Assim, conforme tem vindo a ser avançado, é a *blockchain* capaz de solucionar esta realidade, veja-se “[b]lockchain systems use a decentralized, immutable ledger to record information in a way that’s continuously verified and re-verified by every entity that uses it, making it nearly impossible to change information after it’s been created. One of the most well-known applications of blockchain is to manage the transfer of cryptocurrencies like Bitcoin. But blockchain’s ability to provide decentralized validation of authenticity and a clear chain of custody makes it potentially effective as a tool to track and verify not just financial resources, but all sorts of forms of content. § To understand the potential of blockchain in combatting deepfakes, understanding the basics of hashing algorithms, cryptographic signatures (the means of altering data from a readable form (also known as plaintext) to a protected form (also known as ciphertext), and back to the readable form) and blockchain timestamping (a secure way of tracking the creation and modification time of a document) is important. § While cryptographic algorithms and hashing is not unique to blockchain, these particular features of the technology are made more powerful once combined with other features of blockchain technology – like its immutable nature. § Think of a cryptographic hash as a unique fingerprint for the specific content or file. For example, the image below illustrates how information passing through a cryptographic hashing algorithm takes a text input of any size and creates an output of fixed length. This output is called a hash. Anyone else with similar data can use that algorithm to generate the same hash and comparing hashes can

tell you that you share the same information. This can be useful in proving that a piece of text, file, or content has not been altered over time”²⁰⁵.

Assim, é a *blockchain* que, aliada à assinatura digital autenticada e criptografia, vai permitir identificar a existência de *deepfakes*, sendo que, só com uma tríade de atuação poderemos equiparar esta prova digital a uma prova presencial, caso contrário o valor probatório terá, somente, que ser sujeito à livre convicção do julgador, na vértice da livre apreciação da prova.

Da mesma forma que a *Blockchain* tem capacidade para filtrar e indiciar o que teve a intervenção de terceiros, assegurando um maior filtro na junção de meios de prova aos autos e contribuindo para uma maior formação idónea da vontade do julgador: naturalmente que, numa fase seguinte, sempre complementada com os restantes meios probatórios possíveis e existentes.

5.4. A inversão do ónus da prova

Fará sentido que exista uma inversão do ónus da prova quando, de facto, a prova utilizada, digital, esteja a cargo da contraparte? Isto porque, muitas das vezes, reputa-se impossível à contraparte que é confrontada com a junção da prova digital fazer prova, *per se*, dos factos que visa lograr provar.

Não nos parece que, sem mais, devamos falar de uma inversão do ónus da prova, porquanto pese embora contrariar o sistema, entendemos, antes, que com a conjunção dos meios de prova existentes e, ainda, com a possibilidade de recurso ao artigo 429.º e 432.º do CPC, onde, no caso da primeira referência, poderá operar, em caso de admissibilidade e não cumprimento pela parte visada, uma inversão do ónus de provar, o processo civil está carregado com as satisfações bastantes para as dúvidas e problemas que esta prova suscita.

²⁰⁵ Opinião vertida em <https://www.weforum.org/agenda/2021/10/how-blockchain-can-help-combat-threat-of-deepfakes/>, com última consulta a 21.12.2021.

5.5. A exigibilidade (obrigatória) de inspeção judicial

Por sua vez, não podemos deixar de indagar acerca da exigibilidade de, sempre que seja junta prova digital, se exija que a mesma seja produzida em juízo (não bastante com prints ou documentos), isto é, seja produzida em tempo real, sempre que possível.

Pensemos no caso de um printscreen, em que o computador que o realizou é levado ao tribunal, gravada a sua produção através de imagem vídeo, demonstrado a data, hora e as alterações realizadas. Claro que não existe uma total fiabilidade deste complemento, mas, lidos em conjunto os diversos meios de prova, caminhar-se-á, antes, para uma maior (e melhor) construção do processo e uma mais idónea produção probatória.

O mesmo se dirá quanto à abertura, por exemplo, de uma rede social, abertura da conversa onde os factos estão revelados e visto pelo julgador que, aquele printscreen junto, não é uma construção mas, antes, uma produção imediata de prova perante si: e as questões laterais que se suscitarem, quer pelos restantes meios de prova, quer através do princípio da oficiosidade.

6. Soluções indagadas

Seríamos incorretos se tentássemos dizer, neste trabalho académico, que existem certezas absolutas no direito. A certeza é uma descoberta pela qual se indaga o pensamento, pela qual se gere o processo e na qual gravitará a prova: esta última, é certo, como um meio para atingir um fim.

Conseguir provar algo, será, sempre, o proporcionar “[ao] tribunal a convicção da veracidade de uma afirmação²⁰⁶”.

Viver no digital é viver na presunção de confiança de que acreditamos no que vemos, mas, efetivamente, nem tudo é o que parece.

Conforme DON ALEX TAPSCOTT²⁰⁷ indicou “[when] you go to Google.com you don’t type in a string of numbers. You don’t type in an IP address. You type in a name, a word that you can remember²⁰⁸”.

Por muito que, conforme já vimos, o IP nos dê um rasto, designadamente uma possível localização e/ou aparelho, essa indicação pode não ser concreta e é, muitas vezes, não confiável.

Não será, somente, pela identificação dos IP que as autorias são comprovadas. Enquanto que, nos dias do quotidiano, se formos a um estabelecimento comercial presencialmente e contratarmos, temos contacto com o vendedor, assinamos documentos, temos um registo fidedigno; no mundo digital não sabemos que estabelecimentos comerciais são, quem está por de trás, que tipo de autenticidade e fiabilidade teremos. São os riscos da evolução, nesta era de despersonalização exacerbada.

²⁰⁶LARENZ, KARL, *ob.cit.*, p. 291.

²⁰⁷TAPSCOTT, DON ALEX, *Blockchain Revolution*, Portfolio Penguin, 2.^a edição, 2018.

²⁰⁸TAPSCOTT, DON ALEX, *ob.cit.*, pp. 255-256.

A forma de nos aproximar, ou seja, de tornar as distâncias digitais menores, será encurtá-las com proximidades de certeza daquilo que queremos igualar. Uma assinatura online, através de um *click* “li e aceito as condições gerais” não é equiparada, nem poderia, a uma assinatura presencial, aposta a manuscrito, com confirmação, muitas das vezes, pela exibição do cartão de cidadão.

Também não poderemos equiparar um *smart contract* de download de música online, onde muitas vezes se assina o contrato por aposição de um login (*username* com *password*), ou com reconhecimento facial, ou com impressão digital, entre outras formas que não são a dita, onde o sujeito descarrega, contrata e liquida com *mbway* ou *paypal*, e aqui tratada, assinatura digital autenticada – com o cartão de cidadão ou chave móvel digital, com um contrato em que o sujeito se desloca à loja de música, compra um disco de vinil e liquida o valor com dinheiro ou cartão multibanco.

A realidade alterou. Da mesma forma que não podíamos, nem sequer era comparável em razão do regime jurídico diverso, a compra de um bem à distância (e a possibilidade do livre arrependimento) com a compra de um bem presencialmente (onde o contacto é diferente).

Todos os desafios que vamos tendo, vão surgindo e desafiando a aplicação contenciosa, prática, do direito.

Pensemos no seguinte exemplo prático. Ana, pela plataforma OLX encontra o anúncio de um veículo automóvel colocado online por B., sujeito não identificado, sem fotografia, sendo que as condições do negócio anunciadas eram, apenas, modelo, cor e preço do veículo. Por mensagem privada Ana solicita a B mais informações, sendo que o mesmo lhe fornecesse o seu contacto *whatsapp*. Ana e B estabeleceram a negociação por *whatsapp*, onde B, depois de enviar as condições a Ana, eliminou as mensagens, tendo Ana apenas um printscreen da conversa. Ana comprou o automóvel, bem móvel sujeito a registo a B., após firmeza das negociações (proposta, negociação, seguida de aceitação), tendo combinado que liquidaria um sinal e o veículo seria entregue no dia seguinte. Ana liquidou o sinal por transferência bancária para a conta indicada

por B., sendo que no dia seguinte, o veículo foi-lhe entregue e estava sem pneus, completamente inapto para a condução. B. eliminou os perfis, desligou o contacto telefónico e Ana, além da notória via criminal, tenta civilmente demandar B.

Ana celebrou um contrato, sem exigência de forma, é certo, mas sem qualquer garantia de autenticidade. Ana não tem, tão pouco, os elementos identificativos de B. Se fosse exigido, pelas plataformas, que o login de acesso fosse, ao invés de e-mail e password, através de um leitor de cartões com assinatura digital qualificada, viveríamos, ou não, num mundo digital muito mais seguro e reconhecível?

Na nossa ótica, e sempre com máximo respeito por opinião em sentido contrário, não poderá ser justificável que se fique agarrado ao passado ou ao histórico para solucionar problemas práticos atuais.

6.1. Soluções ao nível da tramitação eletrónica dos processos judiciais

A prova digital, como temos vindo a avançar, acaba por revelar nas mais diversas vertentes do processo.

No âmbito da desmaterialização dos processos, e consequentemente, natural, do reconhecimento da necessidade de acompanhar a era digital, foi criado o sistema CITIUS, composto pelo HABILUS, onde se tramitam os processos, gravam as diligências (mas não se evoluiu ao nível da disponibilização, automática, aos mandatários).

Vejamos, por partes.

A reforma processual ao nível da tramitação eletrónica dos processos prometeu uma ação de menos burocracia, mais transparência e menos custos.

No âmbito do sistema de vantagens quis-se assegurar que havia uma simplificação e melhoramento da organização; que os advogados poderiam aceder, consultar e tramitar os processos de modo simplista; a tarefa de julgador seria, também ela, simplificada.

Claro que existe uma tramitação eletrónica acompanhada, também, de um processo físico, em papel, mas esse papel físico não contém, nem poderia, toda a tramitação do citius: e se o citius é pirateado?

O acesso ao CITIUS, como tivemos oportunidade de tratar, é diferenciado entre os sujeitos que o utilizam.

Enquanto que o magistrado tem que aceder, para tramitar no CITIUS (na sua veste designado Magistratus), através de um login com o seu cartão de identificação, no qual tem aposta uma assinatura digital qualificada, sendo obrigatório este leitor de cartão de identificação estar conectado; o advogado acede e tramita no CITIUS através de um simples login de e-mail de utilizador e password, sendo que só para enviar peças processuais necessita de um certificado digital, descarregado do portal reservado da Ordem dos Advogados, com uma password não encriptada, gravada no computador/smartphone/tablet (muitas vezes acessível pelo reconhecimento facial), acedendo ao SIGNIUS, pré-instalado no computador e assinando, com um simples *click*, as peças processuais a enviar.

Esta falta de equiparação gera incerteza e insegurança num software que é apetecível e facilmente corrompido: talvez mais dificultado na ótica do magistrado; mais facilitado na ótica do advogado.

Além dos logins de acesso, obviamente que também a própria gestão da plataforma citius teria que ser melhorada, na própria agilização na consulta de documentos, ainda arcaica ao nível informático, mas, sobretudo, no que à segurança e preservação de dados, documentos, requerimentos e despachos respeita: a encriptação, através da criptografia e de uma tecnologia

blockchain que detetasse, ou permitisse detetar, todos os acessos existentes, falhas, tentativas de eliminação e, sobretudo, granjear que nada será eliminado, preservando-se a segurança.

6.2. Soluções ao nível da gestão da vida eletrónico-digital nas livres relações comerciais, laborais e de consumo

As plataformas digitais são de difícil apreciação, na medida em que se desresponsabilizam quando, efetivamente, teriam que ter uma posição de resposta. Exigir que todos nós vivêssemos, num mundo digital, com aposição da tecnologia *blockchain* seria, sem mais, coartar o direito de opção, a liberdade de escolha e as liberdades contratuais.

Sabemos, e vimos, que a contratação impessoal em torno das redes sociais e demais plataformas digitais tem vindo a facilitar o comércio, mas, em contraposição, tem aberto novas portas e novos desafios ao Direito do Consumo. Direcionando-nos para a matéria relativa à contratação “à distância”, o que é certo é que, apesar de regulada, a verdade é que existem preocupações adicionais que não se tutelam, somente, com a prevenção e mecanismos a operar entre consumidor e fornecedor de bens ou prestador de serviços. Surgem, constantemente e com caráter evolutivo, diversos mecanismos que visam facilitar quer a divulgação das propostas contratuais pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços, quer permitir a essas plataformas digitais o incremento de lucro (através, em parte, do número de visualizações pela gestão das pesquisas do utilizador online). Sucede que, muitas vezes, a figura das plataformas digitais acaba por fornecer um interesse direto a estas entidades que, na verdade, merecerão a responsabilização legal em caso de desproteção do consumidor.

O que é certo é que a tecnologia *blockchain*, a nosso ver, devia ter uma relação umbilical com os sistemas operativos que desenvolvemos, mas, sobretudo, com os dispositivos que utilizamos: se dizem que somos espiados a qualquer altura, vigiados, que a verdadeira tutela (e paradeiro) dos nossos dados é precária, talvez reforçando a segurança de onde navegamos, o que fazemos, a gestão da nossa pegada digital, através de uma tecnologia *blockchain*, dominada pela rede de segurança, fosse, sem mais, o caminho para uma realidade probatória mais firme.

É que tornar a *blockchain* uma realidade, quase que inata e umbilical com a pegada digital, seria facilitar a prova para todos: em caso de necessidade, o mecanismo estava acautelado, por questões de segurança.

Claro que outras questões se levantam, em caso de litigiosidade, a existência de uma tecnologia mais fiável e idónea, possibilita uma maior credibilidade na sua tramitação processual.

6.3. Soluções ao nível da prova, extrajudicial, na visão e na ótica da alteração da sua força probatória

À semelhança do mencionado *supra*, para as mais diversas relações, ter a tecnologia blockchain como um sistema de segurança, fiável, para a gestão corrente da vida, seria granjear caminhar para um caminho de prevenção, segurança e certeza.

A utilização do mundo eletrónico-digital deve, também, ser pautada pelos princípios já aqui avançados, ser tratado de modo seguro, cauteloso e fiável.

Já sabemos que, atualmente, vivemos num mundo eletrónico não qualificado e que são raras as exceções onde se exige uma assinatura eletrónica qualificada (que é, sem dúvida, a maior segurança).

O que mais tememos é a volatilidade associada à prova, ou seja, o seu possível desaparecimento, através da constante possibilidade de eliminação ou alteração. Se a tecnologia blockchain estiver no sistema operativo, a situação inverte-se.

A *blockchain* permite uma imutabilidade, há, sim, um registo de data e hora onde se adicionou determinado elemento na rede (no bloco), sendo que está incluída uma assinatura de acesso (a hash), com números únicos de registo. Esta prova pode ser preservada por qualquer pessoa da rede, não tendo qualquer custo de acesso, sendo que só quem tem o domínio total dos blocos poderá contaminar os mesmos, mas, deixando, sempre, rasto. E é este rasto que nos permite ter a certeza, nunca absoluta, de que a tecnologia blockchain nos guarda uma pegada digital,

mas faz com que vivamos, nesta era eletrônica-digital, não como fantasmas, mas como possíveis de, sempre, ser identificados (em razões de justiça, quase como se estivéssemos a cometer um crime e nos filmassem, não é lícito, mas é legítimo).

6.4. Da tramitação concreta do processo e da produção dos meios de prova

Tivemos oportunidade de analisar, *supra*, os timings da junção de prova ao processo e, naturalmente, os seus modos de junção. Também tivemos oportunidade de revelar o nosso cunho de preocupação com a evolução que vemos no dia de hoje, em específico através do recurso à inteligência artificial que vem alterar a verdade que nos aparece à frente dos olhos. Sendo, atualmente, extremamente difícil conseguir, de forma certa, distinguir o que foi manipulado ou não.

A inteligência artificial eleva o pensamento crítico, mas, sobretudo, desafia o direito: sejamos francos, não somos técnicos, não somos informáticos e, enquanto juristas, numa ciência diversa, temos poucos conhecimentos (generalizados) em perceber a robótica, a informática e a criação sistema. O simples conceito de algoritmo é complexo para um jurista. Trabalhá-lo, compreendendo-o, leva a que duas áreas diversas colidam entre si.

Esta colisão não pode ser segregada nem destrutiva, mas, antes, um complemento. Isto porque, efetivamente, será com a influência da inteligência artificial, das questões eletrónico-digitais, dos desafios, diga-se, informáticos, que teremos uma evolução constante no direito.

Não somos céticos a indicar que, neste momento, quando tudo teríamos para evoluir, estamos estagnados.

As realidades existentes desafiam-nos a tentar aumentar, efetivamente, os nossos conhecimentos de aplicação concreta do direito às situações que surgem.

Com as atuais tecnologias que cada vez mais surgem, sejam a blockchain, a inteligência artificial, a robótica, a impressão 3D, nanotecnologia, entre outras, todas elas acabam por desafiar as ciências, não sendo a jurídica a exceção.

Em muitos casos poderão existir diversas tecnologias em simultâneo. Mas o que temos a concluir é que, efetivamente, a legislação não está centralizada²⁰⁹, está desatualizada e apresenta lacunas brutais.

Assinamos com certificados que não são, efetivamente, assinatura eletrónica qualificada, com respeito de aposição de selos, mas ficamos convictos de que são seguros: pense-se nas chaves móveis digitais dos cartões de cidadão...

Tramitar o processo, assim, passará por impor que se trate os seus acessos com assinatura eletrónica qualificadas, caso contrário, estaremos a deixar migalhas no caminho que, a qualquer altura, poderão ser colhidas.

A Portaria n.º 280/2013, de 26 de agosto, contém, no seu artigo 6.º, sob a epígrafe formulários e ficheiros anexos indicado que a tramitação processual via CITIUS, é realizada “[através do preenchimento de formulários disponibilizados no endereço eletrónico referido no artigo anterior, aos quais se anexam: a) Ficheiros com a restante informação legalmente exigida, conteúdo material da peça processual e demais informação que o mandatário considere relevante e que não se enquadre em nenhum campo dos formulários; e b) De forma individualizada, os documentos que devem acompanhar a peça processual”. Sendo que, nos termos do n.º2 “[a] informação inserida nos formulários é refletida num documento que, juntamente com os ficheiros anexos referidos na alínea a) do número anterior, faz parte, para todos os efeitos, da peça processual”.

²⁰⁹ Como defendem ANDRADE, FRANCISCO; SILVA, MARINA, "*O documento eletrónico: suporte e formato*", in ROA Online, Ano 81 - Vol. III/IV - Jul./Dez. 2021, “[a] descentralização normativa da matéria digital pode revelar-se nociva para um sistema jurídico coerente. Ao invés desta descentralização, o desejável seria um sistema unificado e claro. Desta feita, a legislação no âmbito digital revela defeitos e omissões, cuja clarificação se impõe sob pena de entrarmos em contrassensos”, disponível para consulta em <https://portal.oa.pt/media/134334/francisco-andrade.pdf>.

Caricato será que, efetivamente, se garante alguma segurança quando “[o] documento contendo a informação inserida nos formulários deve ser assinado digitalmente através de certificado de assinatura eletrónica que garanta de forma permanente a qualidade profissional do signatário, podendo ser utilizado para o efeito o Sistema de Certificação de Atributos Profissionais associado ao Cartão de Cidadão e à Chave Móvel Digital”.

Mas, com todo o devido respeito, na ótica dos advogados não é utilizado o cartão de cidadão e a chave móvel digital. Será que, nos termos do Regulamento Europeu, temos uma verdadeira assinatura eletrónica qualificada?

Repare-se que voltaremos ao mesmo, efetivamente os magistrados, doravante num sistema informático designado de MAGISTRATUS, interagem na plataforma através de um efetivo sistema de Atributos Profissionais associado ao Cartão de Identificação.

Nos termos do Regulamento Europeu n.º 910/2014, “[uma] assinatura eletrónica avançada criada por um dispositivo qualificado de criação de assinaturas eletrónicas e que se baseie num certificado qualificado de assinatura eletrónica”, é a definição que se atribui a uma assinatura eletrónica qualificada que, terá admissibilidade enquanto prova e uma equiparação à assinatura autógrafa.

Sucede que o certificado digital dos advogados é, efetivamente, uma assinatura eletrónica qualificada? Sabemos que “[o] Estado português garante a certificação de assinaturas digitais realizadas com Cartão de Cidadão ou Chave Móvel Digital”, mas a assinatura digital dos advogados é realizada através da emissão de um certificado multicert que é instalado no computador e, por isso, contendo a palavra-passe guardada, poderá ser acessível a qualquer hacker que tenha acesso ao computador.

Contrariamente, uma adesão a qualquer sistema de tramitação de processos através, antes, de um cartão de cidadão ou chave móvel digital garantiria, sim, a segurança informática da tramitação do processo.

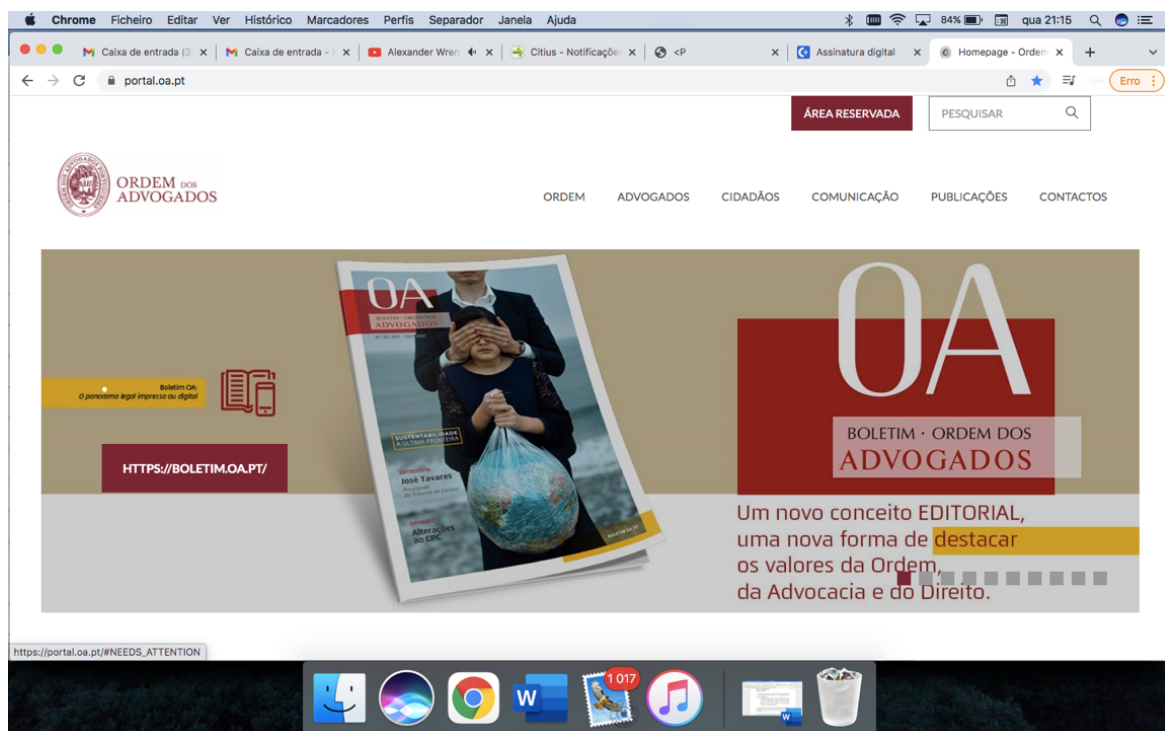
Atentemos no perigo de não entrar, no momento, com um cartão de cidadão validado através de leitor de cartões (como acontece, similarmente, com os magistrados).

Além de que, uma coisa é a assinatura de peças processuais – agora realizada pelo SIGNIUS, onde o certificado está instalado previamente no computador – com a entrada no CITIUS. A entrada no CITIUS é realizada através de e-mail e palavra-passe que, regra geral, se encontram gravadas no computador.

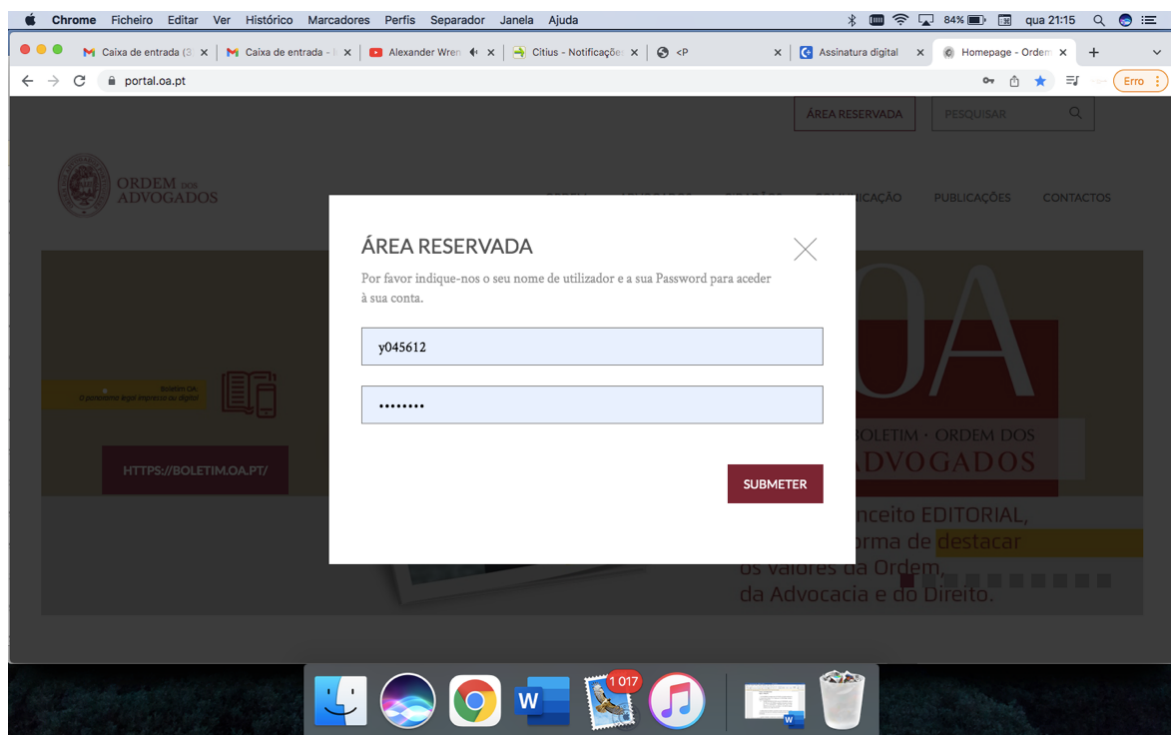
Por sua vez, a assinatura digital, é um processo após a entrada no CITIUS. Mas a questão curiosa é a que, um magistrado, para aceder ao sistema, tem que ter um leitor de cartões, no momento. Por sua vez, o advogado, para aceder ao sistema, tem tudo gravado no computador e não entra, no momento, com a leitura do seu documento de identificação.

Se, por um lado, a resposta podia ser facilitada pelo facto de que o certificado estava seguro, os certificados de assinatura dos advogados não estão, assim, tão seguros, pois vejamos.

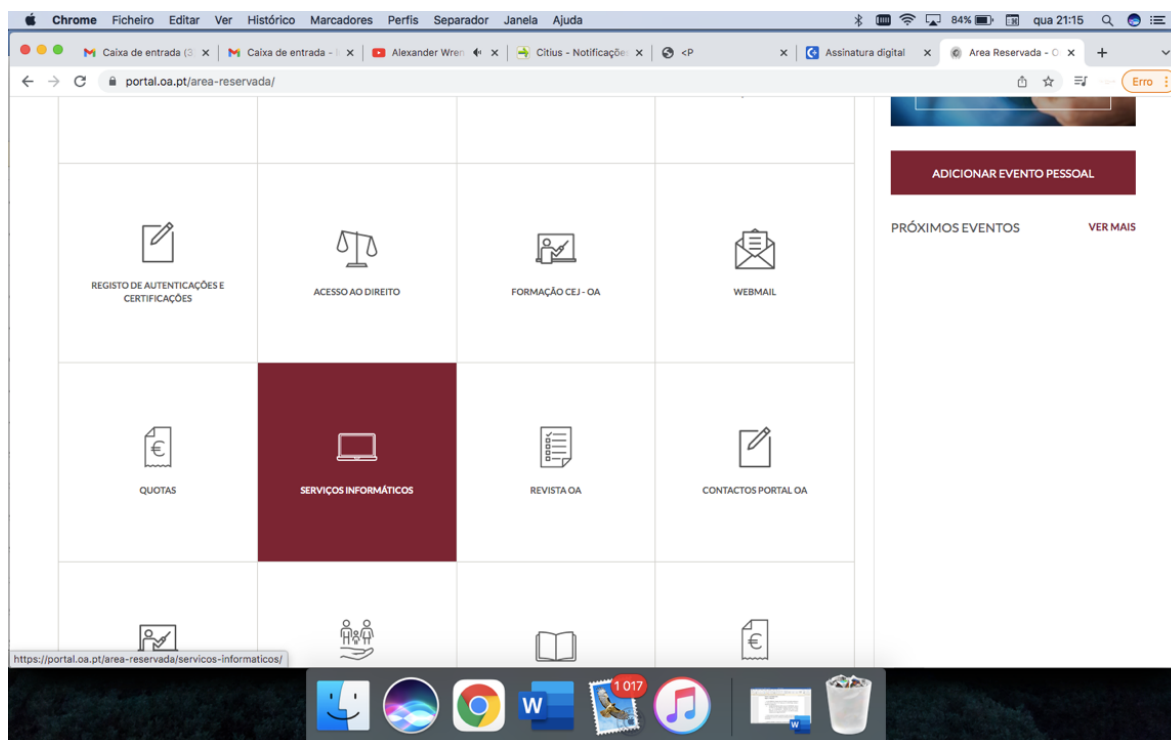
Ficheiro 5) *Printscreen* meramente ilustrativo do pretendido, capturado pela autora do presente estudo e única e exclusivamente utilizado para o mesmo, onde demonstra como aceder ao certificado dos advogados que permite a assinatura de peças processuais no CITIUS.



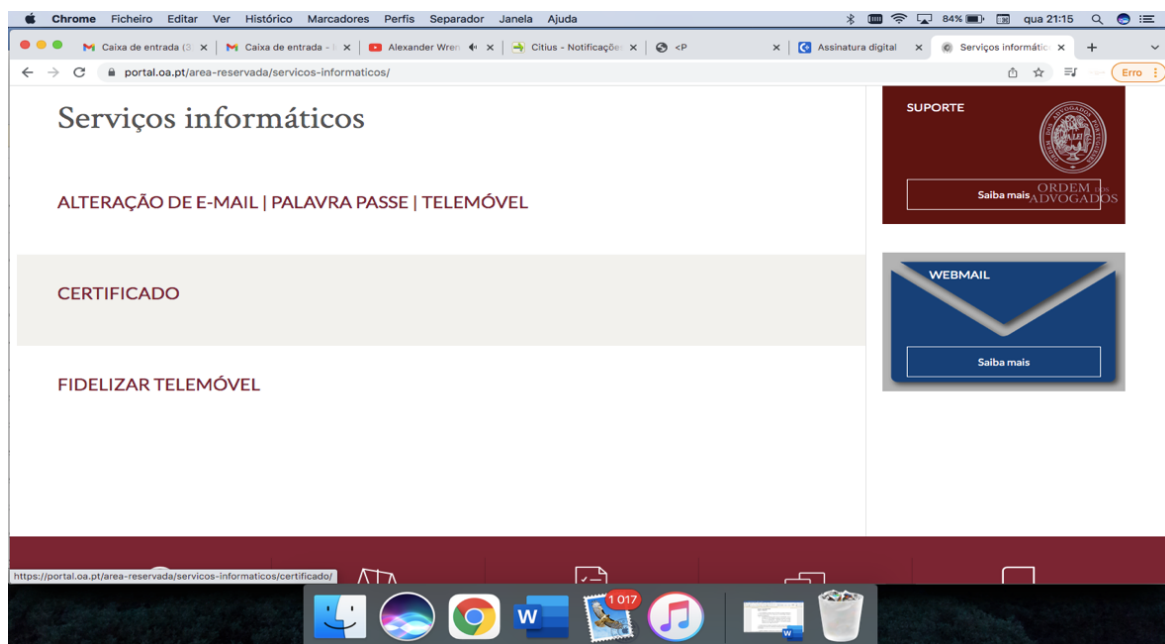
Ficheiro 6)- *Printscreen* meramente ilustrativo do pretendido, capturado pela autora do presente estudo e única e exclusivamente utilizado para o mesmo, onde demonstra como aceder ao certificado dos advogados que permite a assinatura de peças processuais no CITIUS.



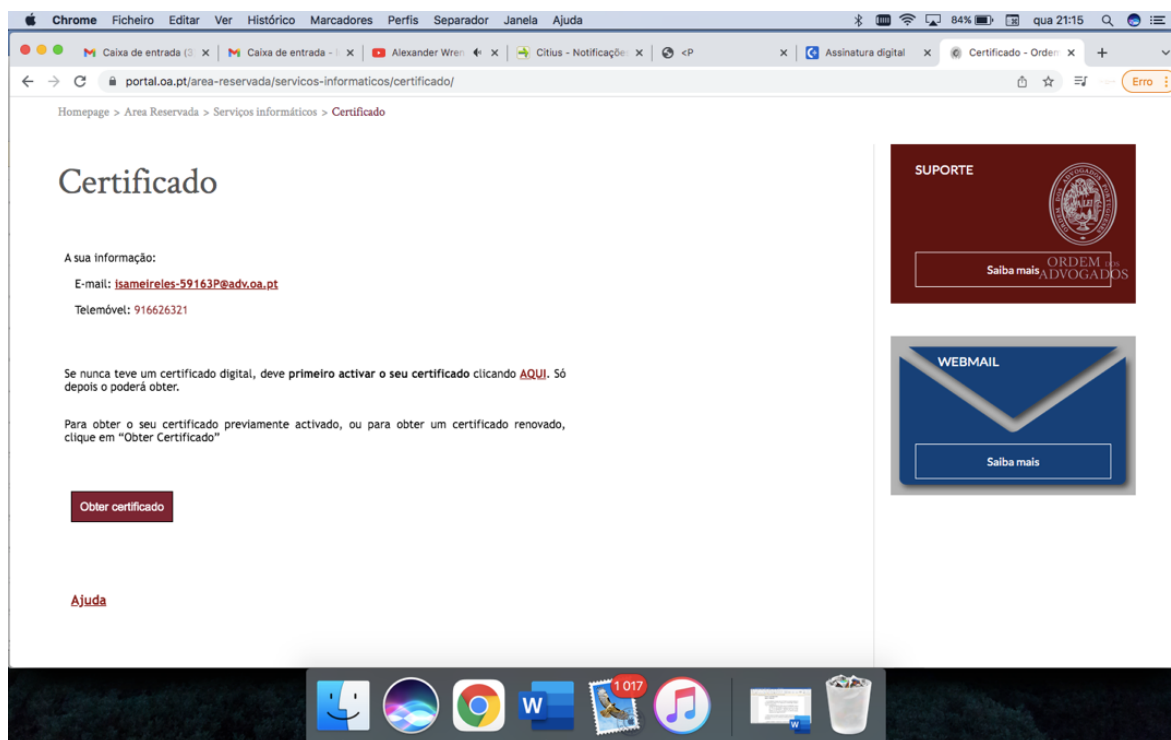
Ficheiro 7)- *Printscreen* meramente ilustrativo do pretendido, capturado pela autora do presente estudo e única e exclusivamente utilizado para o mesmo, onde demonstra como aceder ao certificado dos advogados que permite a assinatura de peças processuais no CITIUS.



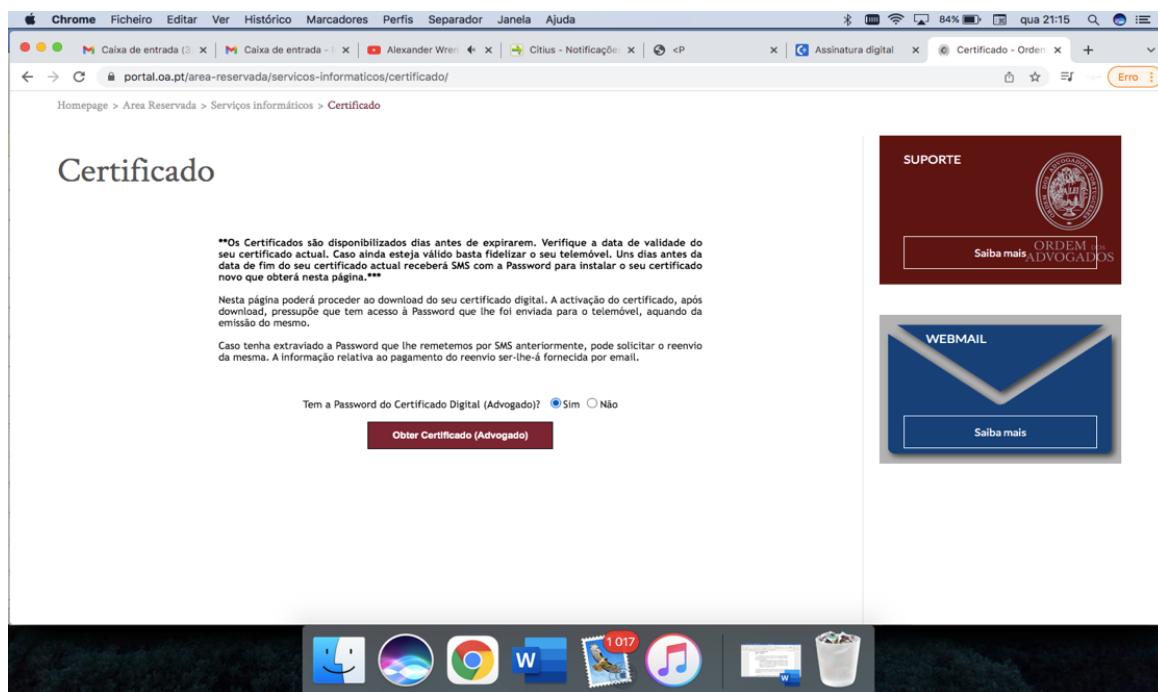
Ficheiro 8)- *Printscreen* meramente ilustrativo do pretendido, capturado pela autora do presente estudo e única e exclusivamente utilizado para o mesmo, onde demonstra como aceder ao certificado dos advogados que permite a assinatura de peças processuais no CITIUS.



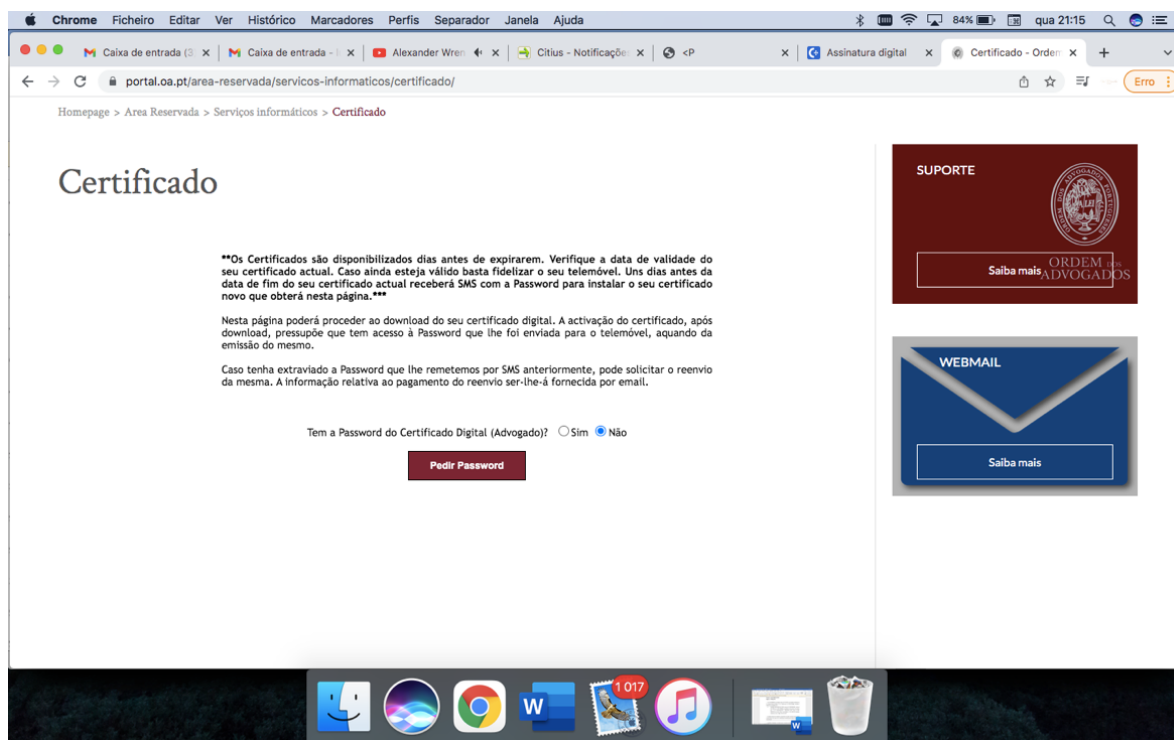
Ficheiro 9)- *Printscreen* meramente ilustrativo do pretendido, capturado pela autora do presente estudo e única e exclusivamente utilizado para o mesmo, onde demonstra como aceder ao certificado dos advogados que permite a assinatura de peças processuais no CITIUS.



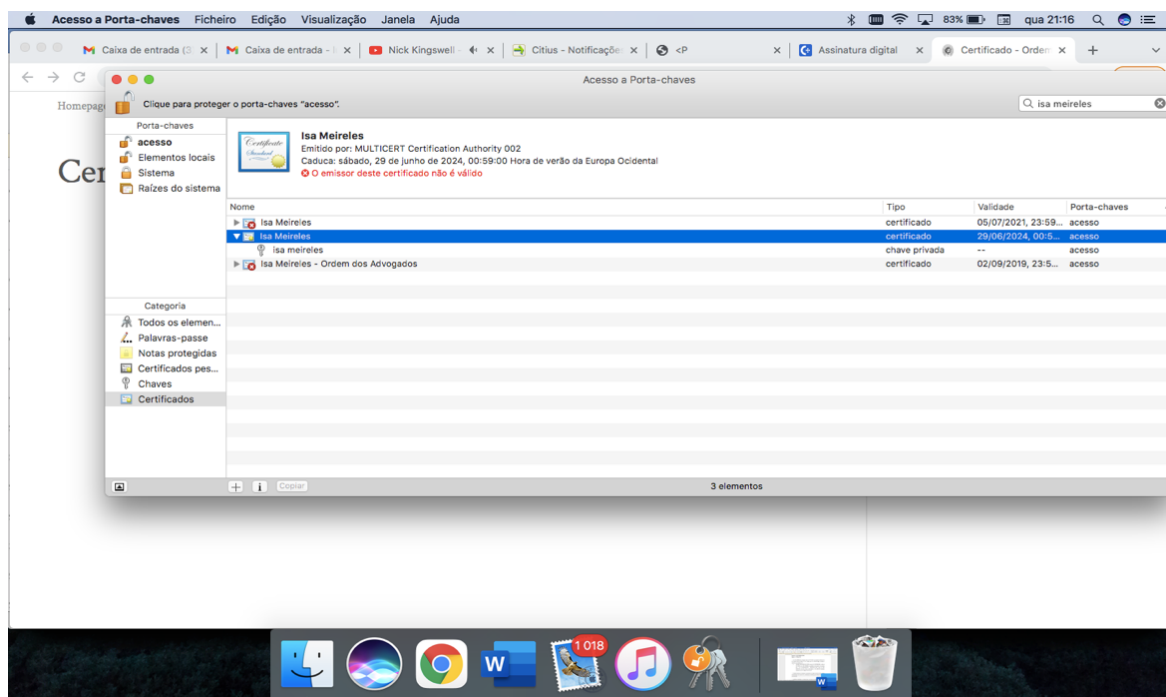
Ficheiro 10)- *Printscreen* meramente ilustrativo do pretendido, capturado pela autora do presente estudo e única e exclusivamente utilizado para o mesmo, onde demonstra como aceder ao certificado dos advogados que permite a assinatura de peças processuais no CITIUS.



Ficheiro 11)- *Printscreen* meramente ilustrativo do pretendido, capturado pela autora do presente estudo e única e exclusivamente utilizado para o mesmo, onde demonstra como aceder ao certificado dos advogados que permite a assinatura de peças processuais no CITIUS.



Ficheiro 12)- *Printscreen* meramente ilustrativo do pretendido, capturado pela autora do presente estudo e única e exclusivamente utilizado para o mesmo, onde demonstra como aceder ao certificado dos advogados que permite a assinatura de peças processuais no CITIUS.



Acedendo ao certificado, não há mais nenhuma exigibilidade de aposição de palavra-passe nas assinaturas realizadas, neste caso, pelo SIGNIUS. O que nos apresenta alguns problemas de tramitação. Até porque, efetivamente, se revela perigosa a tramitação sem autenticação de entrada.

Nessa medida, teria, como avançamos nas soluções indagadas, de haver uma reforma, exigindo-se a entrada nos sistemas judiciais informáticos através, naturalmente, de cartão de cidadão ou chave móvel digital, por forma a termos, sem mais, e sem dúvidas, assinaturas eletrónicas qualificadas.

Além de que, na tramitação do processo, não faz sentido que o magistrado tenha maior segurança na realização do seu trabalho, do que o advogado: ambos têm que ver zelada e, sobretudo, assegurada, a segurança da tramitação.

Assim, terá, necessariamente, que se impor uma reforma nesta ótica.

Quanto à tramitação, na ótica do login de acesso e assinatura, os problemas são estes. Claro que, existirá sempre o risco: mas os riscos existem, podemos – e temos – que trabalhar para os diminuir.

Por sua vez, os ficheiros que são admissíveis na tramitação, regulados no artigo 8.º da Portaria, encontram-se desatualizados. Pese embora admitir-se “[p]ortabledocumentformat (.pdf), preferencialmente na versão PDF/A e com conteúdo pesquisável, quando se trate de documento escrito; MovingPictures Expert Group 4 Part 14 (MP4) com codificação vídeo H.264 AVC e codificação áudio MPEG-2 AudioLayer III (MP3) ou AdvancedAudioCoding (AAC), quando se trate de documento vídeo; Portable Network Graphics (PNG) ou JointPhotographic Experts Group (JPEG), quando o documento seja exclusivamente uma imagem; MPEG-2 AudioLayer III (MP3) ou OggEncapsulationFormatVersion 0 (OGG) com codificação áudio Vorbis I, quando se trate de documento áudio”, não se admitem formatos de ficheiros com tecnologia avançada.

Assim, terá que ser evoluída a junção de ficheiros, permitindo-se a consulta informática numa outra escala, designadamente tecnológica.

Estes ficheiros juntos são, assim, meios de prova carreados ao processo. Prova essa que é produzida no processo, conhecida pelo julgador e que, em muitos casos, está vertida em requerimentos probatórios.

O que acontece, assim, ao processo, se esta prova, após ser junta via CITIUS, for corrompida? Assim, por corrompida, entenderemos os atos externos que alterem ou eliminem os meios de prova juntos.

Já o temos vindo a avançar, e teremos que concluir por tal conclusão que, efetivamente, a tecnologia *blockchain*²¹⁰ seria essencial para permitir a tramitação do processo, mas, também, para garantir que aquando da junção da prova nos autos, conseguimos garantir que é mais segura, menos suscetível de alteração (pelo menos que não fique registada) e, além disso, garantir que em determinada produção de prova, utilizando o Habilus, seja permitida filtrar a sua idoneidade.

6.4.1. Da segurança da junção de prova aos autos

Juntar prova aos autos, via CITIUS, no cenário atual, é absolutamente inseguro. Não se garante que, naturalmente, exista um caso de segurança intocável mas, como juristas, temos que caminhar para uma efetiva salvaguarda da junção da prova aos autos, na medida em que os riscos sejam diminuídos.

Nessa medida, a blockchain surge com uma especial contribuição para a fidedignidade da prova. Claro, existem riscos, sempre existirão. Mas, fazendo jus a Chico Buarque “[as] pessoas têm medo das mudanças. Eu tenho medo que as coisas nunca mudem”.

FRANCISCO PACHECO ANDRADE e MARINA SILVA²¹¹, defendem, posição à qual temos que aderir, que “[no] documento eletrónico temos uma desvinculação entre o conteúdo e o suporte: o conteúdo pode mudar de suporte sem que seja alterado ou perdido. sem suporte, a sequência de bits é

²¹⁰ Curioso será realçar que, esta, é entendida como “[it] is a DistributedLedgerTechnology. This is more like a log file than a database. A log file is usually text, intended to be human readable i.e. it’s ok to have information open to interpretation. Log files are usually retained for a period of time and eventually archived or deleted. By ledger, it is retained indefinitely, machine-readable data set which isn’t open to interpretation. A typical blockchain has to be retained forever, or it won’t work. One of the key functions of a database is the ability to make ad hoc queries of that database. A database will have a transaction log, but this is only retained long enough to update the data and indexes it maintains. A blockchain is not designed for ad hoc queries. Most queries require reading every block to produce a report. Some key operations like determining if a transaction is valid can be handled more efficiently”, disponível para consulta em <https://www.quora.com/Is-the-blockchain-a-database-or-a-log-file>.

²¹¹ ANDRADE, FRANCISCO; SILVA, MARINA, ob.cit., p. 606.

efémera e não constitui um documento. O documento eletrónico precisa de suporte para conservar a sequência de bits. Mas o documento eletrónico não está adstrito a um corpo físico, pode ser transferido entre vários tipos de suporte sem perder a sua capacidade representativa. Acresce que, até iremos mais longe ao afirmar que o aludido art. 26.º n.º 1 quando se refere ao suporte como garantia de fidedignidade e inteligibilidade das declarações emitidas por via eletrónica, deveria falar em formato de ficheiros. É diferente falar em suporte e em formato. O suporte permite o guardar, conservar ou arquivar. O formato é a forma de organização de dados e de representação da informação, e.g., Word, Excel, PDF, PowerPoint, JPEG, etc. E o conteúdo de um documento pode, na verdade, ser expresso em diferentes formatos. Mais importante do que o suporte, para efeito de prova, é a questão da inalterabilidade do documento. E aqui devemos analisar o formato. Contudo, entramos noutra contrassenso: o documento em formato Word (o original?) pode ser mais facilmente alterado do que o documento em formato PDF (a cópia?). Conclui-se, portanto que o formato é que pode ser mais ou menos seguro. E isto poderia (e deveria) ser tido em conta pelo legislador. no art. 26.º do DI 7/2004 em vez de se confundir escrito com suporte, poderia ter havido um privilegiar de formatos que permitissem a inalterabilidade ou a rastreabilidade das alterações dos documentos. tais formatos, sim, dariam garantias de fidedignidade e conservação”.

Assim, teremos que privilegiar, naturalmente, formatos que não fossem facilmente alterados, mas, também, que fosse possível rastrear alterações no documento.

Através do CITIUS, vimos no artigo 8.º da plataforma, que os formatos indicados são, à partida, mais inalteráveis. Mas, conforme tivemos oportunidade de verificar nos Ficheiros 1), 2), 3) e 4) aqui reproduzidos, tudo é alterável e até um ficheiro pdf. com palavra-passe de bloqueio pode ser desbloqueado de forma online, simplista²¹².

Sabemos que o caminho não é ficheiros inalteráveis, porque os ficheiros, hoje em dia, com a evolução tecnológica, são cada vez mais alteráveis. Assim, o caminho terá que ser realizado

²¹² <https://smallpdf.com/pt/desbloquear-pdf>.

através da rastreabilidade: e, essa, terá que ser complementada por tecnologia. Tecnologia que surge na tramitação, mas, posteriormente, nas fases processuais, através de meios de prova complementares, como sejam a inspeção judicial e a prova pericial.

A robótica domina-nos e este domínio precisa, urgentemente, de meios de filtragem, que rastreiem e permitam assegurar maior fiabilidade à prova.

6.4.2. Da segurança ao nível da produção de prova nos autos: o caso específico dos meios de prova digitais

Os meios de prova digitais preocupam-nos. Seja o simples *printscreen*, seja um vídeo de uma alegada confissão, seja uma reprodução áudio. Nada é suscetível de ser verdadeiro e, este perigo, é gerado pela sociedade de informação. LUÍS FILIPE PIRES DE SOUSA²¹³, “[a] solução de impor o ónus da prova do uso abusivo a cargo do presumido subscritor é a mais equilibrada, a que melhor balanceia os interesses em jogo e a que mais favorece a utilização da assinatura eletrónica”, dizendo, ainda, que “[a] demonstração, por parte do presumido subscritor, de que não utilizou a assinatura qualificada integra a prova de um facto negativo que, por si só, não altera as normas de ónus probatório. Todavia, como não se demonstra materialmente um facto que não ocorreu, a prova de um facto negativo fluirá da demonstração de um facto positivo contrário ou mediante presunções das quais possa inferir-se o facto negativo”.

Ora, o ónus da prova da não veracidade dos factos estaria, assim, a cargo de quem contra o facto é demonstrado. E, parece-nos sensato. Isto porque, socorrendo-se das possibilidades do artigo 429.º e 432.º do CPC, ainda que a prova pudesse ser difícil, haveria, sempre, meios de prova para a lograr obter: à tão desejada verdade material e boa decisão da causa.

²¹³SOUSA, LUÍS FILIPE PIRES DE, “O valor probatório do documento eletrónico no Processo Civil”, 2.ª Edição, Almedina, 2017, p. 77.

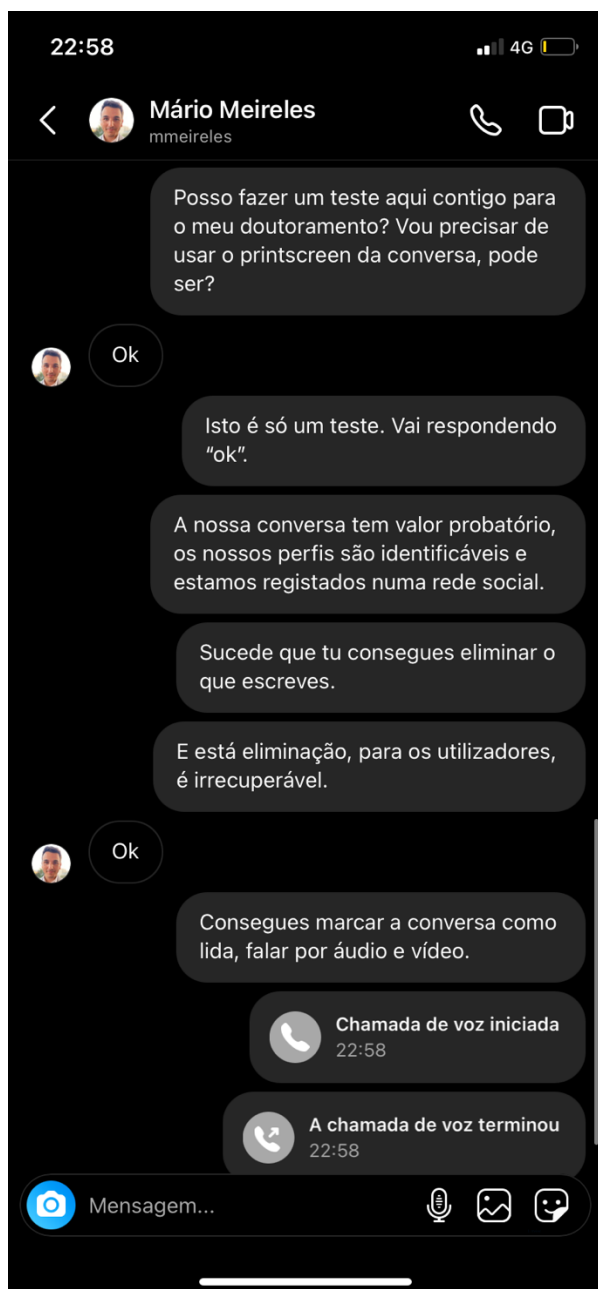
Claro que a inversão do ônus da prova, ou a sua ponderação casuística, é uma solução aventada para a produção da prova nos autos. Mas mais do que isso, é preciso produzir, com cautela, esta prova do digital. Já viemos a desmistificar o princípio subjacente da crença em tudo o que se vê, que se junta.

A falsidade sempre foi uma realidade. Mas a falsidade do digital, impulsionada pela era da inteligência artificial dominar os nossos dias²¹⁴. Tudo o que fazemos, na nossa pegada digital, vira dados. Dados esses geridos mas, num aspeto perigoso: são dados que, na ótica do utilizador, são de difícil gestão.

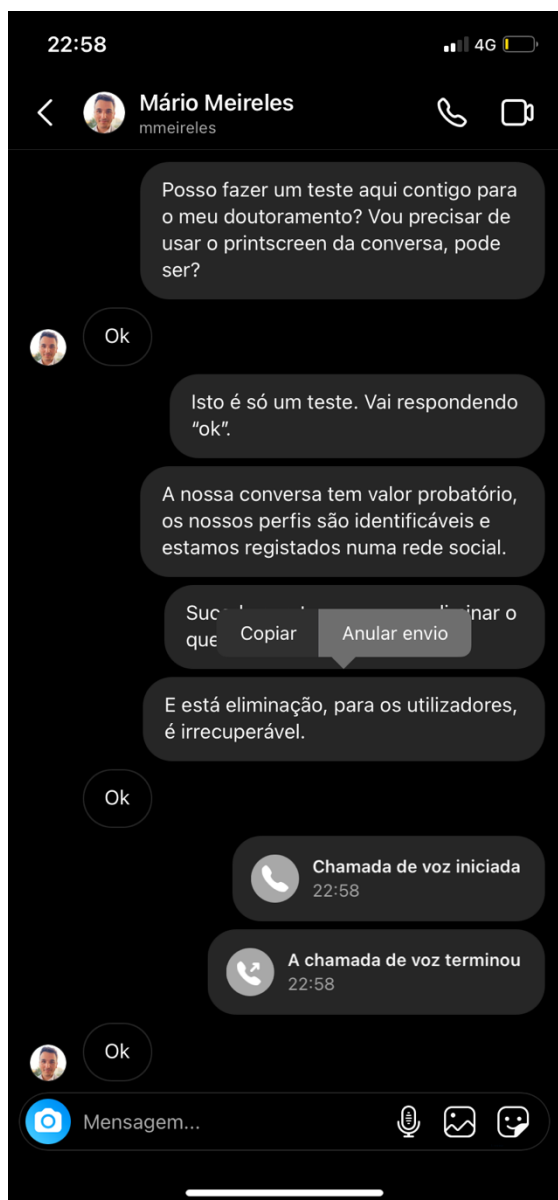
O advento das redes sociais tem trazido diversos desafios para o direito. Vejamos alguns exemplos.

²¹⁴ Pensemos numa simples chamada que é atendida por um robot, ou por um chat de um estabelecimento comercial online.

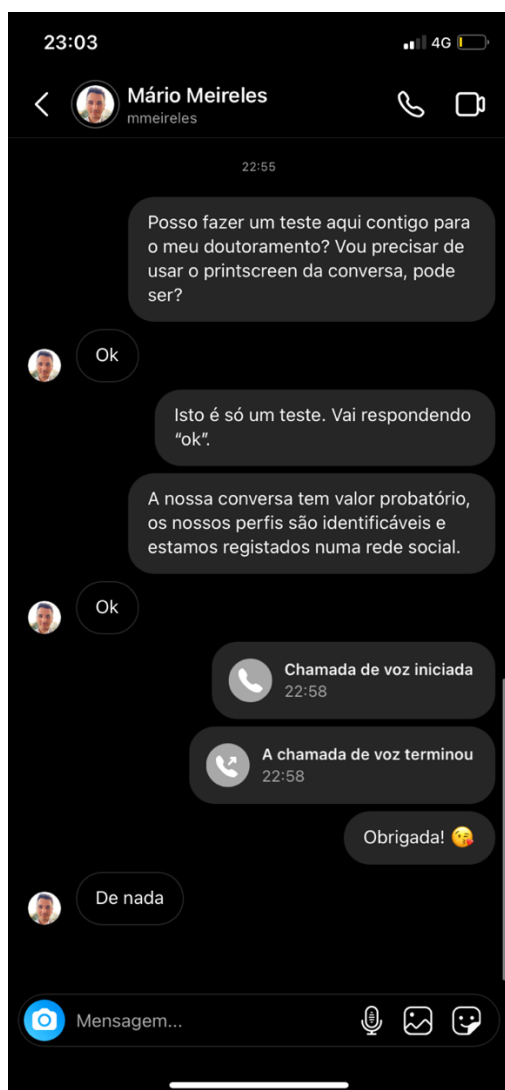
Ficheiro 13)- *Printscreen* meramente ilustrativo do pretendido, capturado pela autora do presente estudo e única e exclusivamente utilizado para o mesmo, onde demonstra um meio de prova digital, designadamente uma conversa da rede social *instagram*, através de prova documental.



Ficheiro 14)- *Printscreen* meramente ilustrativo do pretendido, capturado pela autora do presente estudo e única e exclusivamente utilizado para o mesmo, onde demonstra um meio de prova digital, designadamente uma conversa da rede social *instagram*, através de prova documental, com a possibilidade do *instagram* permitir o “anular de mensagens”.



Ficheiro 15)- *Printscreen* meramente ilustrativo do pretendido, capturado pela autora do presente estudo e única e exclusivamente utilizado para o mesmo, onde demonstra um meio de prova digital, designadamente uma conversa da rede social *instagram*, através de prova documental, com a possibilidade do *instagram* permitir o “anular de mensagens”, sendo que o resultado é uma prova falsa.



JOSÉ LEBRE DE FREITAS²¹⁵, indica uma questão curiosa, e à qual teremos que nos firmar para avançarmos na posição, de que “[a] falsidade documental só pode ter uma de três causas: a

²¹⁵FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, A falsidade no Direito Probatório, 2.^a Edição, Almedina, 2013, p. 155.

primeira, reportada ao momento da formação do documento e só possível nos documentos autênticos narrativos (ou em parte narrativa de documento dispositivo, quanto aos seus pressupostos), consiste em o autor do documento nele atestar, como verificados na sua presença ou por ele praticados, factos que na realidade não se verificaram; a *segunda*, só possível em documento particular assinado em branco e preenchido por terceiro, consiste em nele ser inserta, também no momento da sua formação, uma declaração desconforme com a que o signatário realmente fez ao terceiro para que a inserisse no documento, ou uma qualquer declaração se o documento tiver sido subtraído depois de oficialmente preenchido pelo signatário; a *terceira*, possível em qualquer tipo de documento, consiste em o seu conteúdo ser alterado, ainda que por supressão ou acrescentamento, depois de definitivamente formado e ainda que pelo seu próprio autor”. Assim, “[a] primeira será uma causa de falsidade ideológica, enquanto as duas restantes, ambas subsumíveis num conceito lato de alteração, são causas de falsidade material”.

Nos casos dos meios de prova digitais, que sejam falsos, na sua construção, estaremos na segunda e na terceira causa, mais em particular, numa falsidade de supressão ou acrescentamento: que as próprias plataformas digitais permitem (veja-se o exemplo, simples e direto, da rede social *instagram*).

Nas maiorias das plataformas digitais de uso bagatelar – e, se calhar, este uso bagatelar é o que maior importância tem no quotidiano, por traduzir as mais diversas situações práticas – não há qualquer autenticação digital, nem assinatura digital qualificada, por isso, o valor probatório do ficheiro que dele se extraia, seja uma gravação de tela, seja um printscreen, seja um ficheiro multimédia, estará sujeito à livre convicção do julgador na apreciação da prova em si mesma. Sucede que, pese embora a inexistência de assinatura digital qualificada, ou, mesmo, de qualquer assinatura: um reconhecimento facial que vai ler palavras-passe guardadas, uma impressão digital no *smartphone*, um *click*, uma palavra-passe, não são, ao abrigo da legislação em vigor, modos de assinatura digital qualificada e, por isso, também a legislação da assinatura digital deixa uma grande lacuna (assinamos contratos, sem os assinar, em razão da informalidade das negociações, porém o valor probatório dos mesmos é abalado).

Mas, mais do que isso, nessas mesmas plataformas, em razão da desburocratização e, ao invés, do rumo da simplificação, temos a facilitação das comunicações, da troca de informações, da negociação e, também, do desaparecimento de prova.

Os casos de casas anunciadas para alojamento local que desaparecem das plataformas em que foram anunciadas; os casos de compras e vendas online sem rasto, são o exemplo da maior preocupação: a destruição da prova, mas, também, a inexistência do seu rasto.

Obrigar as plataformas digitais a assumirem uma responsabilidade direta, numa ótica de responsabilidade civil, pelo sujeito lesado, já acaba por ser uma possibilidade de interpretação legislativa. Mas, nós, antes, estamos preocupados em acautelar a prova e em dar garantias de segurança, ação e acesso aos tribunais com a capacidade que se espera: a de provar os factos.

Se os sistemas operativos informáticos fossem dotados de tecnologia *blockchain*, seria possível rastrear os dados (e ir buscar os históricos integrais das conversas, facilmente, pois todos os utilizadores teriam acesso para consulta aos blocos de dados). E, se calhar, se todos nós aderíssemos à *blockchain*, acauteláramos o amanhã e conseguiríamos provar (e não só armanezar as provas) aquilo que sucedeu na nossa pegada digital.

E os Tribunais, efetivamente, admitiriam este meio de prova? A *blockchain* trata dados, mas, no caso de cada utilizador, seriam os dados que passam na sua esfera digital e, por isso, só faz sentido que os possa armazenar, quase como se estivesse em constante vigia.

No mais, seguindo-se, quiçá, os exemplos de Vermont, nos Estados Unidos da América, e do Supremo Tribunal Chinês, na implementação da *blockchain* no processo, não teríamos dúvidas da sua implementação – que, sempre concluiremos, como uma urgência, ainda que com os riscos (mas a vida é feita deles, cabe-nos a nós melhorar os mesmos).

No âmbito dos Estados Unidos da América, em Vermont, foi no ano de 2016 que foi aprovada a legislação que permitiu que a *blockchain* fosse admissível nos tribunais, regulando-se, especificamente, no título 12 do funcionamento dos tribunais, capítulo 081 e subcapítulo 001, a conduta no âmbito da *blockchain*, passando a ser regulado que:

“(1) "Blockchain" means a cryptographically secured, chronological, and decentralized consensus ledger or consensus database maintained via Internet, peer-to-peer network, or other interaction.

(2) "Blockchain technology" means computer software or hardware or collections of computer software or hardware, or both, that utilize or enable a blockchain.

(b) Authentication, admissibility, and presumptions.

(1) A digital record electronically registered in a blockchain shall be self-authenticating pursuant to Vermont Rule of Evidence 902, if it is accompanied by a written declaration of a qualified person, made under oath, stating the qualification of the person to make the certification and:

(A) the date and time the record entered the blockchain;

(B) the date and time the record was received from the blockchain;

(C) that the record was maintained in the blockchain as a regular conducted activity; and

(D) that the record was made by the regularly conducted activity as a regular practice.

(2) A digital record electronically registered in a blockchain, if accompanied by a declaration that meets the requirements of subdivision (1) of this subsection, shall be considered a record of regularly conducted business activity pursuant to Vermont Rule of Evidence 803(6) unless the source of information or the method or circumstance of preparation indicate lack of trustworthiness. For purposes of this subdivision (2), a record includes information or data.

(3) The following presumptions apply:

(A) A fact or record verified through a valid application of blockchain technology is authentic.

(B) The date and time of the recordation of the fact or record established through such a blockchain is the date and time that the fact or record was added to the blockchain.

(C) The person established through such a blockchain as the person who made such recordation is the person who made the recordation.

(D) If the parties before a court or other tribunal have agreed to a particular format or means of verification of a blockchain record, a certified presentation of a blockchain record consistent with this section to the court or other tribunal in the particular format or means agreed to by the parties demonstrates the contents of the record.

(4) A presumption does not extend to the truthfulness, validity, or legal status of the contents of the fact or record.

(5) A person against whom the fact operates has the burden of producing evidence sufficient to support a finding that the presumed fact, record, time, or identity is not authentic as set forth on the date added to the blockchain, but the presumption does not shift to a person the burden of persuading the trier of fact that the underlying fact or record is itself accurate in what it purports to represent.

(c) Without limitation, the presumption established in this section shall apply to a fact or record maintained by blockchain technology to determine:

(1) contractual parties, provisions, execution, effective dates, and status;

(2) the ownership, assignment, negotiation, and transfer of money, property, contracts, instruments, and other legal rights and duties;

(3) identity, participation, and status in the formation, management, record keeping, and governance of any person;

(4) identity, participation, and status for interactions in private transactions and with a government or governmental subdivision, agency, or instrumentality;

(5) the authenticity or integrity of a record, whether publicly or privately relevant; and

(6) the authenticity or integrity of records of communication.

(d) The provisions of this section shall not create or negate:

(1) an obligation or duty for any person to adopt or otherwise implement blockchain technology for any purpose authorized in this section; or

(2) the legality or authorization for any particular underlying activity whose practices or data are verified through the application of blockchain technology. (Added 2015, No. 157 (Adj. Sess.), § 1.1; amended 2017, No. 205 (Adj. Sess.), § 1.)²¹⁶’.

Além dos Estados Unidos da América, numa legislação cuidada e necessária, por forma a que a *blockchain* possa ser valorada como meio de prova (enquanto suporte de informação), teremos que recorrer à China, sendo que a 3 de Setembro de 2018 o Supremo Tribunal Popular Chinês regulou a prova por *blockchain*, tornando-a admissível em casos em que fosse respeitado a possibilidade de serem comprovadas, as provas/dados armazenados em tecnologia *blockchain* por recurso a assinaturas eletrônicas qualificadas, selos, consulta dos *hash*²¹⁷.

Toda esta evolução legislativa Chinesa teve por base o facto de, numa ação judicial no Tribunal da Internet de Hangzhou (teremos que valorar a evolução Chinesa, por privilegiar tribunais especializados para litígios deste teor), ter valorada prova para proteção de direitos de autor, onde o autor da demanda carregou os dados de sites fraudulentos com códigos fonte numa plataforma *blockchain*, obtendo um registo absolutamente imutável da violação de direitos de autor.

E no fundo, o que nos resta em Portugal?

A legislação está notoriamente desatualizada em face da realidade atual e vigente. Os problemas surgem cada vez mais e, atualmente, temos lacunas que necessitam de ser reguladas, sob pena de continuarmos a legislar sem destino, incoerentes e assentes na mentira do que se vê.

²¹⁶ Disponível para consulta em <https://legislature.vermont.gov/statutes/section/12/081/01913>, consultado pela última vez em 02.01.2022.

²¹⁷ Confirmar e confrontar pela consulta court.gov.cn/zixun-xiangqing-116981.html, consultado pela última vez em 02.01.2022.

DA CRIAÇÃO DE UMA TEORIA GERAL DA PROVA DIGITAL:

DO ÓNUS DA PROVA, ÀS EXIGÊNCIAS PARA UM MELHOR, E MAIS FIÁVEL, TRATAMENTO DA PROVA DIGITAL

CONCLUSÕES DO ESTUDO

- I. A prova é, sem sombra de dúvidas, o poder de o julgador se transportar para uma realidade que não assistiu.
- II. É à prova que incumbe a árdua tarefa de fazer com que existam factos provados e não provados.
- III. O artigo 341.º do CC Português indica, efetivamente, que as provas têm a função de demonstrar a realidade dos factos ou, diremos nós, a falta de realidade dos factos.
- IV. A prova levanta imensas questões práticas, em particular, desde logo, a sua ilicitude, ilegalidade ou impossibilidade, sendo que é na Constituição da República Portuguesa que se encontram as *guidelines* para a fermentação probatória.
- V. A atividade intelectual onde impera a prova é delimitada pelas estruturas onde a mesma se encontra edificada, isto é, se a prova for ilegal, ilícita ou impossível, será difícil.
- VI. Como ponto de partida teremos, assim, os artigos 24.º, 25.º, 34.º e 32.º n.º 8 da CRP, que, em alguns dos casos, têm como consequência expressa a nulidade da prova que seja produzida em violação destes direitos constitucionalmente consagrados.

- VII. Como toda a regra tem, evidentemente, uma exceção, até a prova que esteja, à partida, com uma nulidade, poderá ser admitida quando se tratar de situações previstas no processo penal ou com o consentimento do visado.
- VIII. As questões da prova digital ultrapassam, em muita escala, estes problemas: levantam-se outras questões, laterais a estas, não se olvidando a possibilidade de, também esta prova, ser ferida por estas nulidades.
- IX. Onde se situa o armanejamento digital? Como podemos rastrear eventuais contágios à prova? Como poderemos ter certeza da prova?
- X. A segurança no estudo da prova, seguida de uma isenção da sua fiscalização, são essenciais.
- XI. O processo civil é um processo com tendência evolutiva, assente em princípios norteadores que o definem como célere, urbano e cooperante, mas, também, contraditório em si mesmo e com um fim único de boa decisão da causa e descoberta da verdade.
- XII. Será, porém, desafiante, entendermos que o processo civil, arcaico no que tange com a particularidade de um regime de prova digital, nos possibilite equacionar uma solução *de iure condendo* na gestão probatória ao nível, claro está, digital.

- XIII. Atualmente, nos litígios que sucumbem ao judicial, temos um crescimento brutal de questões digitais, eletrônicas e tecnológicas, na medida em que vivemos em rede.
- XIV. O princípio da imediação, processualmente consagrado e granjeado, acaba beliscado com as questões de índole digital no que se coaduna com uma prova produzida à distância do julgador, mas, efetivamente, a robótica avizinha-se e os problemas do futuro serão brutais em razão das soluções modestas que, neste campo, precisamos de encontrar.
- XV. A prova digital vai apresentar problemas na sua criação, junção aos autos e na sua produção enquanto meio de prova.
- XVI. A própria tramitação dos processos, que ocorre digitalmente, apresenta um certo desafio.
- XVII. A prova, nos seus primórdios históricos, remontando ao passado, surge, efetivamente, assente na reconstituição dos factos.
- XVIII. Inicialmente, na Idade Média, tivemos os ordálios, que mais não eram do que a prova final do juízo divino, como prova.
- XIX. Sucede que, com o passar dos anos, em particular em 1215, a prova começa a evoluir, admitindo-se a prova direta (testemunhal e por confissão).
- XX. Após 1974, no que se relaciona com a legislação nacional, após a liberdade granjeada, também a prova evoluiu, permanecendo, todavia, muito similar à prova que temos, hoje.

- XXI. Se provar é demonstrar, tentar a clarividência, a função da prova será, sim, de apreender, precisar e orientar a decisão, querendo com isto dizer, naturalmente em opinião pessoal, que a prova é o condão de transformação do julgador da dúvida.
- XXII. O julgador não está na presença dos factos alegados pelas partes: ele terá que se transportar para a realidade indicada.
- XXIII. É o julgador, quase que um deus do olimpo, que terá que esmiuçar a prova e, respeitando a sua força probatória, ou, em alguns casos, munir-se da sua convicção, filtrar o que resultou para si evidente, ou não.
- XXIV. A prova é, assim, a concretização do direito substantivo.
- XXV. Sucede que, atualmente, a nossa prova não evoluiu com a era digital a que recorremos, vivemos e dependemos.
- XXVI. A prova ao nível do processo apresenta-se absolutamente crucial: veja-se que só a plataforma de tramitação dos processos, reveste prova.
- XXVII. O processo civil é norteado, também nos seus princípios, em razão de uma segurança da prova.
- XXVIII. Teremos, assim, assente no processo civil o princípio do dispositivo, o princípio do contraditório, o princípio da legalidade, o princípio da tutela provisória da aparência, o princípio da submissão aos limites/*guidelines* substantivos, o princípio da

autorresponsabilização das partes, o princípio da igualdade de armas/igualdade das partes, o princípio da livre apreciação das provas, o princípio da aquisição processual, o princípio da imediação, o princípio da oralidade e identidade do julgador, o princípio da economia processual e o princípio da celeridade processual.

XXIX. É o meio de prova que nos vai levar à aquisição da prova e à sua apresentação perante o julgador.

XXX. Ao tentar provar um estado subjetivo perante o julgador, não basta alegar que somos detentor do mesmo estado mas, antes, teremos que, carreando prova, através de meios de prova, levar à sua produção que, aquele, poderá, ou não, fazer uso da sua livre apreciação da prova consoante a força probatória da mesma.

XXXI. A prova é, assim, absolutamente essencial no processo.

XXXII. Também ao nível da classificação metodológica da prova a mesma foi sofrendo uma evolução.

XXXIII. A nosso ver, a classificação metodológica das provas está ultrapassada no que tange com a prova como pré-constituída e constituenda; pessoal e real; direta e indireta; representativa e indiciária.

XXXIV. Pese embora também se puder tratar da prova como atividade, meio ou resultado, ao qual temos que aceder, deveremos tratar a mesma como material ou imaterial, sendo que comum ou digital.

- XXXV. Já temos a convicção de que a prova não significa a tradução de uma certeza absoluta, mas, sim, o almejar de um grau de probabilidade suficiente para a tomada de decisão.
- XXXVI. A prova também tem em si regras, em particular na distribuição do ónus da prova, nos termos do artigo 342.º do CC.
- XXXVII. O ónus da prova não encerra em si um poder-dever, mas, antes, a faculdade: não respeitando o ónus, operam consequências, o que é absolutamente evidente.
- XXXVIII. Quando falamos de regras de decisão, é evidente, nem poderia ser de outra forma, que se trata da regulação do ónus da prova em função *non liquet* probatório, que, bem se sabe, verificando-se significa que não foi feita qualquer prova quanto aos factos a provar.
- XXXIX. O artigo 342.º do CC plasma a regra geral, de que “[àquele] que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado”. Não pode haver confusão entre a disposição substantiva (342.º do CC) da disposição processual (414.º do CPC). O primeiro tem relação com o *non liquet* de mérito, já o segundo tem relação com o *non liquet* fáctico.
- XL. Provar não se confunde com alegar, até porque, a alegação tem que existir para a prova poder operar, mas a prova pode ser chamada à ilação quando não existe alegação (pensemos em matérias de conhecimento oficioso onde impera o princípio do inquisitório).

- XLII. Pese embora a regra geral substantiva impor a quem invoca um facto, a sua prova, existem exceções, designadamente previstas no referido artigo 342.º do CC quanto à prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado que competirá àquele contra quem a invocação é feita, mas, também, exceções de outras legislações, como é o caso do direito do consumo.
- XLIII. No próprio artigo 343.º do CC dispõe-se, especificamente, acerca das regras de distribuição do ónus da prova.
- XLIV. Nas acções de simples apreciação ou declaração negativa, este ónus da prova está atribuído ao réu que terá que fazer prova dos factos constitutivos do direito que se arroga.
- XLV. Por sua vez, nas acções que devam ser propostas dentro de certo prazo a contar da data em que o autor teve conhecimento de determinado facto, cabe ao réu a prova de o prazo ter já decorrido, salvo se outra for a solução especialmente consignada na lei, onde se extrai o exemplo das acções de denúncia de defeitos e desconformidades do direito de consumo.
- XLVI. Estaremos perante a caducidade da ação, sendo certo que, também esta, sendo uma exceção perentória, a mesma só será conhecida de modo oficioso pelo julgador quando versar sobre matéria excluída da disponibilidade das partes, conforme o indica o artigo 333.º do CC, pelo que nos restantes casos, a distribuição efetiva do ónus probatório prevalece.

- XLVI. A distribuição do ónus da prova também vai ocorrer atendendo às presunções existentes, previstas no artigo 349.º do CC.
- XLVII. No Direito Processual Civil existe, também, a principal preocupação com os meios de prova.
- XLVIII. Os meios de prova estão regulados quer no direito substantivo, como no direito processual.
- XLIX. Também atualmente estes meios de prova estão desatualizados.
- L. Hoje, também por fruto da pandemia que assola o país e o mundo, temos novos meios de prova mas, sobretudo, novos meios digitais de realização dos próprios julgamentos, em detrimento, e em casos excepcionais, do princípio da imediação, da plenitude e assistência e da imagem clássica do tribunal.
- LI. O recurso ao *Cisco Webex* como meio tecnológico mater de produção de prova vem lançar desafios, não solucionados, indagados ou planeados previamente, e coloca o julgador em confronto com algo que não consegue captar: nem está devidamente legislado.
- LII. O artigo 500.º do CPC sob a epígrafe lugar e momento da inquirição veio a contribuir, em muito, para o levantar do véu do afloramento do que se pretende considerar o princípio da imediação e da oralidade. Isto porque, de facto, no que respeita à prova testemunhal, esta poderá ser produzida, como dispõe no número 1 do referido artigo, presencialmente ou através de teleconferência.

- LIII. Sucede que, de facto, a possibilidade da inquirição por teleconferência, ou se quisermos, por meio tecnológico (que o é), encontra-se especificada no artigo 502.º do CPC onde se estipulam os casos em que esta inquirição é, assim, possível.
- LIV. Se há identidade comum entre as exceções é a de que, de facto, tem que existir um distanciamento entre a prova a produzir (neste caso as testemunhas) e o local onde se encontra sediado o tribunal onde corre o processo, incluindo-se, aqui, naturalmente, as questões que envolvam o estrangeiro.
- LV. Claro que neste artigo 502.º do CPC esta inquirição vai ocorrer, como o artigo o prevê, “[por] meio visual e sonoro, em tempo real, sempre que no local da sua residência existam os meios tecnológicos necessários”.
- LVI. O legislador, com a reforma processual que operou, quis, de facto, contribuir ativamente para a agilização da produção probatória, no caso específico da produção de prova testemunhal, pelo que, ao atribuir uma indeterminação no que seria o meio idóneo e apto à produção da prova, leva a que surgissem diversas dúvidas e dificuldades quanto à sua idoneidade. Sucede que, pese embora todas as questões que se suscitem, o que é certo é que nos termos do artigo 6.º do CPC o julgador terá, sempre, na sua alçada, o poder de agilizar a justiça o que, preenchidos os requisitos, poderá ser através dos mecanismos de agilização processual.
- LVII. Sucede que não podemos considerar agilização se não existe, como deveria, uma regulação minuciosa da prova digital, dos seus meios de produção e da sua vitalidade no processo.

- LVIII. A presença física diverge, em muito, da realidade virtual onde o que nos separa é um computador, um tablet ou um telemóvel, que nos esconde, naturalmente, as fragilidades, os auxiliares de memória e a presença de outrem no mesmo espaço por nós (que ninguém vê, a não sermos nós).
- LIX. Com estes desafios digitais que vêm a ser desvendados temos, ainda assim, que olhar os meios de prova comum e apreciar a confissão, os depoimentos de parte, as declarações de parte, a prova documental, a prova pericial, a prova testemunhal e a prova por inspeção como meios de prova, atualmente, tradicionais e não evoluídos.
- LX. Em nenhum destes meios de prova, salvo a testemunhal que tem uma possibilidade de inquirição por outras vias, se legislou sobre a visão digital da sua produção: e já existe.
- LXI. Recorre-se ao disposto para a prova testemunhal e vai-se estendendo ao restante.
- LXII. Lacunas nunca são, nem poderiam ser observadas de animo leve, soluções eternas.
- LXIII. A prova com força probatória menor será julgada ao abrigo da livre convicção do julgador, nos termos do artigo 607.º do CPC.
- LXIV. Só se exclui da livre convicção do julgador as provas com formalidades especiais, ou aqueles factos que só podem ser provados por documentos ou que estejam plenamente assentes.

- LXV. A Era Digital influencia todas as ciências: o direito não poderia ser, nem vai ser, indiferente.
- LXVI. O grande incremento da influência da era digital na justiça foi, sem dúvida nenhuma, a Portaria n.º 280/2013, de 26 de Agosto, que regulou e aprovou o sistema CITIUS, designadamente da transmissão eletrónica de dados e tramitação do processo.
- LXVII. Esta evolução tecnológica é, ainda, arcaica, na medida em que o citius não apresenta uma tecnologia idónea para a filtragem necessária.
- LXVIII. Atualmente vivemos, quer na sociedade consumista, quer no trabalho, quer no empresarial, numa lógica de despessoalização: à distância, tão rápido como um *click*.
- LXIX. Atualmente tudo acontece por Messenger, *whatsapp*, *instagram*, *telegram*, *signal*, bem como por plataformas digitais que permitem uma ágil contratação, mas levantam desafios brutais ao nível do direito.
- LXX. Não podemos equiparar o digital ao presencial (seria completamente um contrassenso).
- LXXI. Não existe identidade na compra na mercearia da rua, com a encomenda online de algo que não conhecemos, que não sentimos, que não exercemos, sobre o objeto, todos os nossos sentidos mas, mais do que isso: com quem não sabemos a identidade real, a localização e os trâmites do negócio.

- LXXII. Tudo o que se gera na internet, neste mundo digital, é suscetível de granjear prova que será, naturalmente, digital.
- LXXIII. A prova digital para nós será entendida como prova eletrónico-digital, sendo que é toda a informação, que contenha valor probatório, e que esteja armazenada ou transmitida sob a forma binária ou digital.
- LXXIV. A valoração da prova digital, teve uma primeira preocupação aventada pelo Regulamento eIDAS, regulando especificamente questões de identificação eletrónica.
- LXXV. Neste Regulamento eIDAS, tratamos da certificação da assinatura, sendo a assinatura digital com valor probatório equiparado à presencial será a qualificada que, de todo, não são as que caracterizamos levianamente como assinaturas digitais.
- LXXVI. O próprio Regulamento eIDAS no que à identificação e autenticação eletrónica se refere está, também ele, ultrapassado naquilo que é a grandiosa e brutal evolução digital: assinamos contratos por reconhecimentos faciais e assinamos documentos sem cartões de cidadão ou chaves-móveis.
- LXXVII. Bagatelamente, negociamos digitalmente sem qualquer segurança na transação: simplificamos, e aproximamo-nos de um abismo.
- LXXVIII. A prova digital será toda a informação, independentemente do suporte em que se apresente, que tenha sido criada ou obtida

através de dispositivos (dispositivos de computação, smartphones, tablets, rastreadores de condicionamento, mediadores de energia inteligentes, sistemas de aquecimento central automatizados) ou, através de dispositivos ou não, integradas em redes digitais.

- LXXIX. Os dispositivos digitais armazenam, ou criam, a prova digital.
- LXXX. A prova digital poderá estar integrada em imagens (nos mais diversos formatos), ficheiros, históricos de registo (sendo que, neste caso, temos que realçar o IP, dados de login, ou outros dados), cache, ficheiros eliminados possíveis de recuperar do disco, antenas celulares, sistemas de localização GPS ou WIFI, dados sobre dados, aplicações, entre outros.
- LXXXI. Também nos dispositivos de computação, sejam computadores, smartphones, tablets, ou outros integrados, é possível armazenar ou criar prova digital através do uso das redes sociais, sistemas de intranet e sistemas de internet.
- LXXXII. A prova digital não tem uma regulação específica no nosso ordenamento jurídico, mas deveria, dado que as lacunas existentes são preocupantes e extremamente latas.
- LXXXIII. A prova digital exigirá, como qualquer prova, princípios.
- LXXXIV. Não podemos tratar a prova digital com a mesma preocupação da prova dita “normal”.
- LXXXV. Ao trabalharmos a prova digital teremos que ter uma preocupação de a regular especificamente.

- LXXXVI. A prova digital terá, naturalmente, que ter princípios norteadores.
- LXXXVII. Assim, a prova digital levanta questões de autenticidade e autoria: quem assinou? Com quem contratamos?
- LXXXVIII. No âmbito do seu processo criativo e produtivo teremos que analisar a sua integridade, confiabilidade e imutabilidade, sendo o rastreamento da mesma, como uma peneira, um filtro, essencial para percebermos a verdade.
- LXXXIX. A garantia de segurança imporá, assim, que a prova seja tratada com princípios próprios.
- XC. Não obstante a simplicidade com que observam a prova digital ela é, efetivamente, tudo menos simples.
- XCI. O simples documento eletrónico é complexo. Não podemos olvidar que dominamos a prova digital na ótica do imaterial.
- XCII. A prova digital é absolutamente fácil de corromper: o risco existe e não está acautelado.
- XCIII. Mas a alterabilidade a que este tipo de prova pode estar sujeito, verifica-se, não só, na sua criação, como no seu tratamento. Há um fácil acesso à mesma.
- XCIV. Claro que, atendendo a estas dificuldades, por exemplo em litígios de consumo, existiu a preocupação para uma inversão do ónus da

prova, mas, com todo o devido respeito, essa inversão não é suficiente para tal segurança ficar acautelada.

- XCV. Pagamos, Amamos, Vivemos, Encomendamos e Contratamos, por via digital. Hoje, mais do que nunca, Trabalhamos digitalmente, num sistema remoto e caminhamos para uma evolução de afastamento onde todos os nossos princípios vão alterando.
- XCVI. A prova digital terá que ter pilares assentes fortes, para ser trabalhada e legislada.
- XCVII. As ramificações, ou seja, os tipos de prova digital, além dos comuns, poderão ser especificados, por exemplo com prova documental, visual ou sonora produzida pelas mais diversas plataformas digitais.
- XCVIII. Toda a prova produzida poderá ser corrompida, seja através da reprodução mecânica, seja através da inteligência artificial de onde temos que destacar o fenómeno dos *deepfakes*.
- XCIX. O correio eletrónico, o ficheiro informático, o documento eletrónico (por exemplo o printscreen), a fotografia digital, gravação vídeo ou áudio, levantam problemas graves ao nível da sua adulterabilidade: que é fácil, acessível a qualquer um e um perigo atual na descoberta da verdade.
- C. Reparemos que, além de juntarmos os documentos digitalizados (que se cria um ficheiro informático que, *per se*, é uma prova digital), temos todos os formatos que saem do digital, do mundo virtual, que nos preocupam.

- CI. Estamos a ser dominados pela robótica, pela inteligência artificial e, tal facto, leva a que os desafios que nos levantam sejam urgentes de regular.
- CII. Ao nível da contratação, de consumo ou não, vemos com muita evolução a simplicidade e facilidade com que se contrata e com que se assina.
- CIII. Assinamos tudo digitalmente com certificados, impressões digitais, logins (e-mail e palavra-passe), reconhecimentos faciais, serão, esses, assinaturas credíveis?
- CIV. Pese embora achar-se que a assinatura digital é de conceito lato, o facto é que não é, e que esses modos de assinatura não são tidos como assinaturas eletrónicas qualificadas, o que afasta a realidade probatória que se esperava.
- CV. Além disso, caímos na situação de contratar, sem ter noção do contrato, com um simples “eu aceito” através da aposição de um “visto” e um *click*.
- CVI. O DL n.º 7/2004, de 07 de janeiro, que regula o comércio eletrónico, em particular nos seus artigos 24.º e ss. veio a dispor, concretamente, acerca de contratos celebrados por via eletrónica ou informática, sejam ou não qualificáveis como comerciais.
- CVII. Sucede que, no âmbito desta contratação eletrónica, o documento eletrónico, seja ele prova ou meio de prova, apenas valerá como documento assinado (sujeito a esse mesmo regime probatório)

quando tiver cumprido, em si mesmo, os requisitos da legislação sobre a assinatura eletrónica e certificação, sendo uma exceção do artigo 219.º do nosso CC.

- CVIII. Os contratos digitais que celebramos por reconhecimento fácil, assinatura com leitura de impressão digital nos smartphones, password de login, ou com um simples “li e confirmo o teor das cláusulas contratuais gerais” serão aptos a respeitar os requisitos da legislação sobre a assinatura eletrónica e certificação ou, ao invés, serão os que merecerão especial cuidado nisto que é o tratamento da prova digital?
- CIX. Este requisito de forma é um requisito *ad probationem*. É preciso distinguir redução a escrito de qualquer suporte que permita convergir vontades. Assim, o contrato não precisa de estar totalmente redigido a escrito, numa exaustão de cláusulas como a contratação mais tradicional, bastará, como o próprio artigo 26.º indica, que estejam os termos e as condições contidas em suporte que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação.
- CX. No entendimento perfilhado e consagrado pelo DL n.º 12/2021, de 09 de fevereiro, “[o] documento eletrónico satisfaz o requisito legal de forma escrita quando o seu conteúdo seja suscetível de representação como declaração escrita”, conforme artigo 3.º n.º 1.
- CXI. Quer o *printscreen*, quer um e-mail, são suscetíveis de integrar o conceito de documento eletrónico.

- CXII. Caso a assinatura aposta seja eletrónica qualificada, este documento, naturalmente, terá equivalência à assinatura autógrafa dos documentos com forma escrita sobre suporte de papel e cria presunções.
- CXIII. Só que, porém, a maioria das assinaturas, não é eletrónica qualificada.
- CXIV. Exigir acessos por reconhecimento de identificação do cartão de cidadão poderia ser o caminho? Entendemos que sim, mas essa exigibilidade não poderá impor ditames em relações contratuais que se querem livres e ao abrigo da autonomia da vontade.
- CXV. Assim, pese embora um primeiro entendimento, descobrimos que seria mais indicado controlarmos o que é controlável e granjearmos uma maior segurança.
- CXVI. Verificamos, com certeza, que os documentos eletrónicos são adulteráveis e estão a ser tratados ao abrigo da livre convicção.
- CXVII. O julgador não tem poderes, com todo o devido respeito, para destrinçar um documento alterado ou virgem.
- CXVIII. Os documentos alterados apresentam falsificações quase perfeitas ou, melhor, perfeitas ao olho nú, sendo que só com recurso à tecnologia blockchain se poderá percecionar as intervenções externas tidas nos ficheiros (não só documentos).
- CXIX. Ao nível do direito do consumo sabemos de antemão que a prova do conceito de consumidor é repartida: cabendo o elemento

subjetivo, objetivo e teleológico ao consumidor e o relacional ao fornecedor.

- CXX. Sucedem que a prova da relação de consumo é do consumidor e, muitas das vezes, não há rasto possível de guardar na internet e, por isso mesmo, é uma prova impossível.
- CXXI. Mas a impossibilidade da prova só sucede porque ainda não se impôs uma inversão do ónus em caso de não adesão à tecnologia blockchain.
- CXXII. A legislação do consumo é variada e já granjeou avançar na tutela dos contratos à distância e fora do estabelecimento comercial, na ótica da exigência de uma tutela formal do contrato.
- CXXIII. Atualmente, contratamos com robots por escrito em websites, ou com robots oralmente, através da inteligência artificial, sendo tudo agravado, ainda mais, pela era do 5G que cada vez ganha mais território.
- CXXIV. A prova nas relações de consumo é, assim, muito difícil e agravada pelas plataformas digitais onde as práticas acontecem serem de difícil acesso, trazendo morosidade ao processo (aquando das notificações ao abrigo do 432.º do CPC, por exemplo).
- CXXV. A contratação digital acontece por manipulação da vontade do consumo.
- CXXVI. A volatilidade desta prova digital, com a rapidez de eliminação de perfis, bloqueios, anular mensagens, leva a que as preocupações na conservação da prova aumente.

- CXXVII. E se vivêssemos todos, digitalmente, com a tecnologia blockchain? Seria a nossa *cloud*, usada em casos de justiça, onde os bancos de dados seriam colocados à mercê do julgador em caso de necessidade.
- CXXVIII. A par do problema da identidade, que a nosso ver é de difícil ultrapassagem, mas colmatável, a verdade é que a aplicação do Decreto-Lei n.º 24/2014 de 14 de Fevereiro fica muito aquém quando confrontada nas redes sociais. Desde logo porque uma das garantias que visam tutelar a proteção da parte mais fraca é a informação pré-contratual a ser prestada pelo vendedor ao consumidor nos termos do artigo 4.º do referido Decreto-Lei.
- CXXIX. No caso das plataformas digitais de alojamento, muito em voga, há um perigo de desaparecimento do rasto do alojamento após pagamento da reserva.
- CXXX. Esta volatilidade associada ao digital é assustadora e, pior, não regulada.
- CXXXI. Também os mecanismos fáceis de contratação, onde se inserem as redes sociais, são preocupantes ao nível da tutela jurídica.
- CXXXII. A fidedignidade da informação não é comprovada e, tal, não é consentâneo com um mundo jurídico como o que ousamos dizer viver: de segurança, confiança, que não acontece.

- CXXXIII. Atualmente não podemos, muito mais do que ontem, ignorar a prova digital como meio de quebrar barreiras, agilizar negociações, facilitar comunicações.
- CXXXIV. No âmbito da pandemia COVID-19 surgiu a necessidade de manter a atividade processual, pese embora os estados de emergência que, após encerrarem o país e as diversas atividades, sempre se teve noção de que a justiça não poderia deixar de carburar.
- CXXXV. A aplicação, como regime excecional, de julgamentos à distância, através da utilização de plataformas que podiam, naturalmente, não ser aceites pelas partes, levou a que fosse uma possível normalidade quase que julgamentos robóticos: só não o eram totalmente porque ainda existiam humanos, mas o sistema, aproximava-se.
- CXXXVI. A não pessoalização leva a riscos e o que é certo é que em nenhuma das legislações especiais se acautelou a exibição de documentos de identificação, a certificação da identidade das partes e a inexistência de deepfakes na produção visual.
- CXXXVII. Os perigos da realização de julgamentos à distância, pese embora serem excelentes soluções de poupança e celeridade, além de assegurar a saúde pública e a gestão processual, não estão, por isso, devidamente acautelados na nossa legislação.
- CXXXVIII. Entra em breve em vigor o Decreto-Lei n.º 126/2021 de 30 de dezembro que estabelece o regime jurídico temporário aplicável à realização, através de videoconferência, de atos autênticos, termos de autenticação de documentos particulares e reconhecimentos.

- CXXXIX. A prova será híbrida e com natureza digital; o seu meio de produção probatória será digital e a possibilidade de corrupção será, também ela, possível.
- CXL. Teremos, no nosso país, a experiência de realização de atos notariais, com escrituras que são, naturalmente, dotadas de uma força probatória que não podemos olhar levianamente, à distância.
- CXLI. Este distanciamento leva a que, pese embora a plataforma a utilizar, não exista uma verdadeira certificação da identidade, idoneidade e veracidade da pessoa declarante.
- CXLII. Pese embora a entidade notarial, ou equiparado, puder recusar a realização em caso de dúvida, a dúvida não é suficientemente tutelável quando, efetivamente, o *deepfake* é uma realidade.
- CXLIII. Teria sido neste momento chave que, sem mais, o legislador, audaz, devesse ter pensado na *blockchain* como meio de auxílio à garantia de fidedignidade e produção probatória, somos humanos e não robots.
- CXLIV. A tecnologia *blockchain* mais não é do que um aglomerado de dados, os blocos de dados, *ledgers*, compõe a *blockchain*. Em cada banco de dados, por exemplo, em cada Processo (que vai, em conjunto, traduzir a *blockchain* do tribunal), comporta informação registada em si mesma, e que, garantindo-se a autenticidade, está codificada na própria blockchain.
- CXLV. Esta codificação, aliada à criptografia, apresenta-se como uma garantia de rastreabilidade dos dados e das influências externas:

sendo a tecnologia apropriada a detetar *deepfakes* (alterações visuais da imagem e voz).

- CXLVI. A blockchain é segura por deter, na sua estrutura, assinaturas criptográficas que, aliada a uma utilização de assinaturas digitais certificadas (qualificadas), com aposição de selos temporais, faz-nos blindar a eficácia, segurança e fidedignidade dos dados, além de termos, sempre, a possibilidade de rastrear.
- CXLVII. Diversos ordenamentos jurídicos têm vindo a tratar a blockchain no judicial e, sempre, com a noção de que esta tecnologia é um forte potenciador de não se admitir alterações (ou registar as mesmas) dos dados.
- CXLVIII. Inicialmente falava-se da assinatura digital autenticada como mecanismo de garantia, mas depois, percebeu-se que pese embora não ser confundida selos temporais, carimbos, marcas ou outros sinais distintivos, quanto mais completa a mesma estivesse, mais próxima da verdade poderia estar, afastando-se a realidade da falsidade.
- CXLIX. Assim, o nosso ordenamento jurídico necessita de evoluir, não só no tratamento da assinatura digital autenticada, com aposição de selos temporais, como, também, na implementação judicial de tecnologia idónea a garantir a segurança (evitando-se a falsidade material).
- CL. No direito substantivo ainda não encontramos qualquer referência à prova digital, sendo que seria de todo o interesse a criação de

uma teoria geral da prova digital que, em caso de lacuna, iria beber à prova dita comum, do domínio material e não digital.

- CLI. No que concerne com a prova digital esta é, se calhar com mais ênfase, a que pode colidir com direitos, liberdades e garantias e direitos fundamentais. Ora, por essa ordem de ideias, deverá ser consagrado, para a aplicação da prova digital, o respeito do princípio pelos direitos, liberdades e garantias, em particular o artigo 26.º e 34.º da Constituição da República Portuguesa como norteadores, e, ainda, o assegurar, sempre, da dignidade da pessoa humana.
- CLII. Os princípios gerais, como já indicamos, teriam que ser, sempre, aplicados ao tratamento da prova digital.
- CLIII. Mas, obviamente, a prova digital necessitaria de ter, em si mesmo, princípios específicos.
- CLIV. A tipificação dos meios de prova digital, quer a assinatura, quer o documento eletrónico, quer o ficheiro eletrónico, deveriam ser regulados, ainda que de modo genérico, por forma a haver uma clareza quanto aos tipos, modo e força probatória dos instrumentos probatórios que existem hoje.
- CLV. A segurança digital e o acautelar da volatilidade associada à prova são, sem mais, preocupações a espremer solução jurídica.
- CLVI. O sistema CITIUS, HABILUS, não garante a segurança da prova, nem acautela o seu desaparecimento: é arcaico e não tem

tecnologia suficiente para assegurar as necessidades da prova digital.

- CLVII. Não podemos ficar alheios a fenómenos de pirataria informática, *pishing*, entre outros, que vêm desafiar, e muito, a nossa justiça.
- CLVIII. Não há soluções perfeitas e sempre existirá o risco de adulterabilidade mas, munidos dos instrumentos e filtros certos, conseguir-se-á, sem margem para dúvida, acautelar a prova.
- CLIX. A rede blockchain, por combinar a criptografia, poderá ser uma solução idónea, mas também ela, naturalmente, não será perfeita.
- CLX. Na ótica da gestão do processo e da garantia que os documentos que são inseridos no sistema não são alterados, não são suscetíveis de fácil alteração: pensando num hacker que acede ao portal e elimina, dos processos, documentos, ou submete outros; ou, ainda, retira dados e divulga.
- CLXI. Estas preocupações tornam que o portal CITIUS, pese embora de uma notória evolução informática no tratamento judicial, esteja sempre em constante necessidade de aperfeiçoamento.
- CLXII. O processo judicial, porque tramitado digitalmente, terá, também ele, que beneficiar do mais alto padrão de tecnologia de criptografia digital, por forma a evoluir conjuntamente com a evolução tecnológica.
- CLXIII. Mais perigoso fica quando, por naturalidade do que verificamos, a prova fica sujeita à convicção do julgador: o julgador não tem visão

tecnológica nem está, neste momento, munido de instrumentos suficientes para desvendar alterabilidades de prova.

- CLXIV. O julgador, se não tiver dúvida – que é bastante plausível atendendo às perfeições das falsificações – ou se a dúvida não lhe for levantada – pensemos, ainda, em casos de ausência de contestação – julgará em convicção.
- CLXV. A livre apreciação da prova segundo a convicção do julgador, pese embora toda a credibilidade que os julgadores nos merecem, é arriscada. A prova digital é específica e merece, no que ao contencioso respeita, um tratamento respeitador e com filtros possíveis ao alarme: da mesma forma que se detetam os plágios, será preciso desconstruir os documentos e ler os mesmos, na sua raiz de criação e percurso informático.
- CLXVI. Jurisprudencialmente o caminho é duro, tenebroso, porque sem solução legislativa, existe um sem número de indagações não exploradas: juristas não são informáticos.
- CLXVII. Sabemos que o processo civil é, quase que, o processo mãe onde tantos vão beber, por forma a fazer face a lacunas.
- CLXVIII. Atualmente, temos problemas relacionados com a tramitação eletrónica de dados, em particular da concessão de maior segurança e fiabilidade aos dados submetidos, dos quais constam dados pessoais e meios de prova (em particular documentais) via CITIUS.
- CLXIX. No que concerne com as fases processuais, em particular surge a necessidade de peneirar os meios de prova digitais submetidos no

processo, na ótica de conferir maior segurança e fiabilidade à sua análise.

- CLXX. Há uma urgente necessidade de regulação dos meios de prova digital, em particular das disposições do ónus da prova e da força probatória.
- CLXXI. E, naturalmente, quando há a produção dos meios de prova digital, terá que se preservar e garantir a fidedignidade dos mesmos e do conteúdo e suporte de armazenamento.
- CLXXII. Atualmente o modo de solucionar lacunas é recorrer à interpretação extensiva e analogia: mas estamos a confundir vinho com vinho do porto, e a tentar justificar soluções, com modos de produção diferentes.
- CLXXIII. A prova não digital e a digital não se produzem da mesma forma e, como tal, é até retrógrada, tratarmos as mesmas de igual para igual.
- CLXXIV. Na prova digital, temos uma lacuna no que tange com diversos meios de prova.
- CLXXV. Quanto à produção, em audiência de discussão e julgamento, de meios de prova à distância, interpretamos extensivamente o artigo 502.º do CPC.
- CLXXVI. Esquecemos, atualmente, as particularidades das plataformas informáticas e ignoramos que, alguém, a ser inquirido de sua casa, sem confirmação de identidade credível, poderá ser uma fraude:

quer pelo *deepfake*, que é uma realidade assustadora, quer pelas tentativas de litigância de má fé processual.

CLXXVII. Entendemos que a blockchain é tecnologia dotada de integridade, transparência e fiabilidade que permitirá, ao nível da criptografia, dotar o processo e o direito substantivo de uma segurança e avanço necessários.

CLXXVIII. A *blockchain*, aliada à assinatura digital autenticada e criptografia, vai permitir identificar a existência de *deepfakes*, sendo que, só com uma tríade de atuação poderemos equiparar esta prova digital a uma prova presencial, caso contrário o valor probatório terá, somente, que ser sujeito à livre convicção do julgador, no vértice da livre apreciação da prova.

CLXXIX. A *Blockchain* tem capacidade para filtrar e indiciar o que teve a intervenção de terceiros, assegurando um maior filtro na junção de meios de prova aos autos e contribuindo para uma maior formação idónea da vontade do julgador: naturalmente que, numa fase seguinte, sempre complementada com os restantes meios probatórios possíveis e existentes.

CLXXX. Além de tecnologia idónea, teremos que falar, também, de negar que a inversão do ónus da prova aconteça, sem mais, neste regime do digital, isto porque o artigo 429.º e 432.º do CPC, quando fundamentados, sanarão os desafios de prova.

CLXXXI. Tratamos, e consideramos tratar, a inspeção judicial como um meio de prova obrigatório na prova digital junta: não basta, por

exemplo, o printscreen da conversa, deverá a mesma ser aberta e produzida perante o julgador.

- CLXXXII. A inspeção judicial permite que o julgador contacte diretamente, sendo que, evidentemente, se a prova for destruída, a inspeção não é possível, mas tal não seria destruído se a tecnologia blockchain fosse utilizada.
- CLXXXIII. O CITIUS, atualmente, necessita de uma maior segurança que passaria i) pela instalação de tecnologia blockchain e, ainda, ii) pela uniformização do acesso, entre magistrados e advogados, sendo todos com leitor de cartões e não com a volatilidade de instalação de um certificado digital num computador.
- CLXXXIV. Também na regulação das plataformas digitais, em particular no direito do consumo, deveria legislar-se na medida de que estas tenham um sentido de responsabilidade, utilizando tecnologia blockchain e ser, esta, fornecida na ótica do utilizador do bloco, sempre que razões de justiça imperassem: uma facilitação, inegável, da prova.
- CLXXXV. É urgente tratar a prova digital com segurança e, como tal, é também urgente dotar o processo de mecanismos idóneos, tecnológicos, capazes de filtrar, garantir e rastrear quer autenticidades, quer credibilidade, quer intervenções.
- CLXXXVI. A China e os Estados Unidos da América são inovadores e têm regulado, especificamente a *blockchain* no âmbito judicial.

CLXXXVII. Conhecidas as falhas, resta reconhecer que a evolução tecnológica, no direito, necessita, urgentemente, de uma tutela real: e juristas, não são informáticos.

CLXXXVIII. A verdade de hoje, não é a verdade real. A falsidade está a ganhar terreno e a insegurança domina, no digital, nada tendo o legislador contribuído, atualmente, para sanar as lacunas.

BIBLIOGRAFIA

A

ABRANTES, JOSÉ JOÃO, - *“Contrato de Trabalho e Meios de Vigilância da Atividade do Trabalhador”* in Estudos de Homenagem ao Prof. Raul Ventura, vol. II, 2003, pp. 809 a 818;

- “Prova ilícita (Da sua relevância no processo civil)”, Revista Jurídica, n.º 7 , nova série, AAFDL, Lisboa, Jul/Set de 1986;

ALEXANDRE, ISABEL, - *“A fase de instrução no processo declarativo comum”*, in Aspectos do Novo Processo Civil, Lex, Lisboa, 1997, pp. 273-314;

ALLORIO, ENRICO, *“Giustizia e processo nel momento presente”* in Rivista di Diritto Processuale Civile”, Vol. XVI – Parte I, Anno 1939, CEDAM, Padova, 1930, p. 220 -231;

ALMEIDA, FRANCISCO MANUEL LUCAS FERREIRA DE, “Direito Processual Civil”, vol. I, Almedina, Coimbra, 2010;

- “Direito Processual Civil”, vol. II, Almedina, Coimbra, 2015;

ANDRADE, FRANCISCO PACHECO “ *Comunicações Eletrónicas e direitos humanos: o perigo do homo connectus*” in MONTE, MÁRIO FERREIRA & TARSO, BRANDÃO, Direitos Humanos e a sua efetivação na Era da Transnacionalidade, 1.ª ed., Curitiba, Juruá Editora, 2012;

ANDRADE, Francisco Pacheco; SILVA, Marina, “*O documento eletrónico: suporte e formato*”, in ROA Online, Ano 81 - Vol. III/IV - Jul./Dez. 2021;

ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 5.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2012;

ANDRADE, MANUEL A. DOMINGUES DE, Noções elementares de Processo Civil, Coimbra Editora, Coimbra, 1993;

- Teoria Geral da Relação Jurídica, II Volume, Almedina;

ASCENÇÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, “*Criminalidade Informática*”, in Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação, Almedina, 2001;

ASSIS, RUI, O Poder de direção do empregador, Coimbra Editora, 2005;

ATAÍDE FERREIRA, MANUEL E SILVEIRA RODRIGUES, LUÍS, Cláusulas Contratuais Gerais, DECO, Janeiro de 2011;

AVOLIO, LUIZ FRANCISCO TORQUATO, Provas Ilícitas, interceptações telefónicas, ambientais e gravações clandestinas, 5.^a edição, Editora Revista dos tribunais, São Paulo, 2012;

B

BAPTISTA DE OLIVEIRA, FERNANDO, O Conceito de Consumidor – prespectivas Nacional e Comunitária, Coimbra, Almedina, Novembro de 2009;

BARBIERI, DIOVANA, A Proteção do consumidor no comércio eletrónico, Lisboa. Editorial Juruá, 2013;

BARROS, JULIANA ISABEL FREITAS, "O Novo Processo Penal: Os Meios de Obtenção de Prova Digital consagrados na Lei 109/2009, de 15 de Setembro", Dissertação apresentada no âmbito do 2.º ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, com especialização em 69 Ciências Jurídico-Forenses, sob orientação da Professora Doutora Helena Moniz, Coimbra, 2012;

BERGQUIST, CHANTELL, "*Virtual Hearings and Blockchain Technology Solutions in Criminal Law*" in Mitchell Hamline Law Review, Volume 47, Issue 3, Article 10, 2021;

BOLDT, MARTIN, Privacy-Invasive Software, Blekinge Institute of Technology, 2010;

BRANCO, CARLOS CASTELO, A Prova Ilícita - Verdade ou Lealdade?, Almedina, 2018;

BRANDÃO, DIOGO, A prova digital no processo civil: repensar o sistema, Nova Causa Edições Jurídicas, 2020;

BRAVO, ROGÉRIO, "*Equiparação do correio electrónico ao conceito tradicional de correspondência por carta*", in Polícia e Justiça - Revista do Instituto Superior de Polícia Judiciária e Ciências Criminais, III Série, n.º 7, Janeiro-Junho 2006, Coimbra Editora;

C

CABRAL, RITA AMARAL, "O direito à intimidade da vida privada (breve reflexão acerca do artigo 80.º do Código Civil)", Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Cunha, Faculdade de Direito de Lisboa, 1989;

CALAMANDREI, PIERO, Eles, os Juizes, Vistos por nós os advogados, Editora Pillares.

CALHEIROS, MARIA CLARA CUNHA, "*Para uma teoria da Prova*", in Coleção Estudos CEJUR, Coimbra Editora, 2015;

- “Prova e verdade no processo judicial. Aspectos epistemológicos e metodológicos”, in Revista do Ministério Público, Ano 29, br-Jun 2008, n.º 14, pp. 71-84.

CALVÃO DA SILVA, JOÃO, Venda de bens de consumo – Revista, Aumentada e Atualizada, 4.^a Edição, Coimbra, Almedina, Maio de 2010;

CARVALHO, JORGE MORAIS e PINTO FERREIRA, JOÃO PEDRO, “Contratos Celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial”, in I Congresso do Direito do Consumo, Lisboa, Almedina, 2016;

CARVALHO, JORGE MORAIS, *Manual de Direito do Consumo*, 3.^a edição, Lisboa, Almedina, 2016;

- “Os contratos de consumo – Reflexão sobre a autonomia privada no Direito do Consumo”, Dissertação para doutoramento em direito privado na Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Março de 2011;

CÂMARA, BETTENCOURT DA, “*A III Revolução Industrial e o Caso Português*”, in Impacto das Novas Tecnologias na Sociedade Portuguesa, MIE, 1986, Lisboa.

CASEY, EOGHAN, Digital Evidence and Computer Crime, Forensic Science Computers and the Internet, 3rd. edition, Academic Press, 2011;

CASTRO, ARTUR ANSELMO, Direito Processual Civil Declaratório, Vol. III, Coimbra, Almedina, 1982;

COSTA E SILVA MATOS, KARLA CRISTINA DA, O Valor Económico da Informação nas relações de consumo, São Paulo, Almedina, Junho de 2012;

CHATFIELD, TOM, Como aproveitar ao máximo a era digital, trad. João Henrique, Alfragide, Lua de Papel, 2019, disponível para consulta em <https://static.fnac-static.com/multimedia/PT/pdf/9789892322278.pdf>.

CAMPOS, SARA RAQUEL RODRIGUES, “(In)admissibilidade de provas ilícitas - dissemelhança na produção de prova no direito processual?”, dissertação de Mestrado em Direito, na Área de Especialização de Ciências Jurídico-Forenses, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015;

CANOTILHO, GOMES J.J.; MOREIRA, VITAL, Fundamentos da Constituição, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1991;

- Constituição da República Anotada, Vol. I, 4.^a Edição Revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2007;

CANOTILHO, J. J. GOMES, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7.^a edição revista, Livraria Almedina, Coimbra, 2003;

-*"As verificações judiciais não qualificadas: reforço ou desvirtuamento da prova por inspeção judicial?"*, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 144, n.º 3992, Coimbra Editora, Coimbra, Mai/Jun 2015, p. 330 e ss.;

CASANOVA, J. F. SALAZAR, "*Cooperação Judiciária Européia no Domínio da Obtenção de Provas*", in SCIENTIA IVRIDICA, Revista de direito comparado português e brasileiro, Universidade do Minho, Tomo LIII, n.º 298, Jan/Abr de 2004;

- "*Provas ilícitas em processo civil: sobre a admissibilidade e valoração de meios de prova obtidos pelos particulares*" in Separata de Direito e Justiça - Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa Vol. XVIII, tomo 1, 2004;

CASEY, EOGHAN, Digital Evidence and Computer Crime, Forensic Science Computers and the Internet, Academic Press, 2000;

CARNELUTTI, FRANCESCO, Sistema del diritto processuale civile - Funzione e composizione del processo, Volume I, número 151, CEDAM, 1936-1939;

- La prova Civile, Milão, Giuffrè, 1992;

- Teoria del Falso, Padova, 1935.

CARVALHO, JORGE MORAIS, Manual de Direito do Consumo, 7.ª edição, Almedina, 2021;

CORREIA, JOÃO CONDE, "Qual o significado de abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações (art. 32.º, n.º 8, 2ª parte da CRP)?", in Revista do Ministério Público, n.º 79, 1999;

- "*Prova digital: as leis que temos e a lei que devíamos ter*", in Revista do Ministério Público, Ano 35, n.º 139, Julho-Setembro 2014;

COSTA, JOSÉ DE FARIA, "*Algumas reflexões sobre o estatuto dogmático do chamado "Direito Penal Informático"*", in Direito Penal da Comunicação, alguns escritos, Coimbra Editora, 1998;

COSTA, MARCOS, "*A Internet e a sua regulação internacional*" in O direito contemporâneo em Portugal e no Brasil, Coimbra, Almedina, 2003;

CREDIDIO, GEORGE LUÍS ARGENTINI PRÍNCIPE, "Regras de experiência e motivação das decisões no processo civil", Editora LTR, São Paulo, 2012;

CUESTA ARZAMENDI, JOSÉ LUIS DE LA, Derecho Penal Informático, Primera edición, Editorial Aranzadi, SA. 2010;

CUPA, BASIL, “Trojan Horse Resurrected: On the Legality of the Use of Government Spyware (Govware)”, *Living in Surveillance Societies: The State of Surveillance*, LISS, 2013;

CUSTÓDIO, SÉRGIO FILIPE BARATA LOURENÇO—Provas Ilícitas em processo Civil: O princípio da proporcionalidade, dissertação apresentada no âmbito do 2.º ciclo de Estudos em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011;

D

DE ROSA, FERNANDO, “*Documento informatico, forma scritta ed efficacia probatoria*” in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, Padova, a.18n.6, Novembre-Dicembre 2002;

DENTI, VITTORIO, “*Francesco Carnelutti e la riforma del processo Civile*”, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, Anno 50, n. ° 2 , Giuffrè Editore, Milano, 1996, p. 407- 418;

DENTI, VITTORIO, “*Francesco Carnelutti e la riforma del processo Civile*”, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, Anno 50, n. ° 2 , Giuffrè Editore, Milano, 1996, p.407- 418;

DESGARDINS, BRUNO, e LEMAIRE, JEAN-PAUL, *Desenvolvimento Internacional da Empresa. O Novo Ambiente Internacional*, Lisboa, Instituto Piaget, 1999;

DEVIS ECHANDIA, HENANDO, “*Pruebas ilícitas*”, in *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, vol. no I, Bogotá, 1984, p. 15-29;

DEU, TERESA ARMENTA, *A prova ilícita - Um estudo comparado*, Monografias jurídicas, trad. Nereu José Giacomolli, 1.ª edição, Marcial Pons Editora, São Paulo, 2014;

DIAS DE OLIVEIRA, ELSA, *A Protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da internet*, Lisboa, Almedina, Março de 2002;

DIAS, VERA ELISA MARQUES, “A problemática da investigação do Cibercrime”, *DataVenía Revista Jurídica Digital*. n.º1, Julho-Dezembro, 2012;

DRUMMOND, VICTOR, *Internet, Privacidade e Dados Pessoais*, LumenJuris, 2003;

DURANTI, L. AND PRESTON, R., EDS, “*International Research on Permanent Authentic Records*” in *Electronic Systems (InterPARES) 2: Experiential, Interactive, and Dynamic Records*, Padova: Associazione Nazionale Archivistica Italiana, Editora Saraiva, 2015;

E

ELÍAS BARUTORES, JULIO JOSÉ La prueba de documentos electrónicos en los Tribunales de Justicia, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008;

ERBSCHLEO, MICHAEL, TROJANS, WORMS AND SPYWARE, A Computer Security Professional's Guide to Malicious Code, Elsevier Butterworth-Heinemann, 2005;

F

FACHANA, JOÃO, *"Reflexões sobre o anonimato no mundo digital"*, in Linhas Tortas, Ordem dos Advogados – Conselho Distrital do Porto, Edição n.º 8, Maio de 2013, p.3;

FERRARI, FRANCESCA, *"La nuova disciplina del documento informático"* in Rivista di diritto processuale, Padova, s.2a.54n.1, Gennaio-Marzo 1999;

FERNANDEZ, ELIZABETH, "A prova difícil ou impossível (a tutela judicial efetiva no dilema entre a previsibilidade e a proporcionalidade)", in Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre Freitas, Coimbra Editora;

FERNÁNDEZ, JOSÉ MARÍA ILLÁN, La prueba electrónica, eficacia y valoración en el proceso civil Nueva oficina judicial, comunicaciones telemáticas (LEXNET) y el expediente judicial electrónico. Análisis comparado legislativo y jurisprudencial, 1.ª Edição, Madrid, Thomson Reuters, 2009;

FESTAS, DAVID OLIVEIRA, "O Direito à Reserva da Intimidade da Vida Privada do Trabalhador no Código do Trabalho", in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 64, Vol. I/II, Novembro, 2004;

FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, A ação Declarativa Comum - À luz do Código de Processo Civil de 2013, 3.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013;

-A falsidade no Direito Probatório, 2.ª Edição, Almedina, 2013;

FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, MACHADO, ANTÓNIO MONTALVÃO E PINTO, RUI, Código de Processo Civil - Anotado - Volume 2º Artigos 381.º a 675.º (2ª Edição), Coimbra Editora, 2001;

FURTADO, PINTO J., *"Do alojamento local, na sua relação com a propriedade horizontal"* in Revista de Direito Civil, Número 3, Ano II (2017), pp. 529 a 574;

G

GRAZIOSI, ANDREA, *"Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo"* in Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Milano, a.65 n.3 (settembre 2011), p.693-726;

GRASKI, Di & EMBLEY, Paul, *"When Might Blockchain Appear in Your Court?"*, in Trends in State Courts 2018;

GAMEIRO, CARLOS, O Risco da Informação em Ambiente Eletrónico, Estudos de Direito e Segurança, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Almedina, 2007;

GARBOLINO, PAOLO, Probabilità e logica della prova, Epistemologia Giudiziaria, Collana diretta da Giulio Ubertis, Giuffrè Editore, 2014.

GENTILI, AURELIO, *"Documento informatico e tutela dell'affidamento"* in Rivista di Diritto Civile, Milano, a.44 n.3, Maggio-Giugno 1998;

GIULIANI, ALESSANDRO, "Il Conceito di prova", Milano: Giuffrè (reedição inalterada), 1971;

GOMES, JANUÁRIO, "O problema da salvaguarda da privacidade antes e depois do computador", Boletim do Ministério da Justiça, n.º 319, Outubro 1982;

GOMES, MANUEL TOMÉ SOARES, Um olhar sobre a prova em demanda da verdade no processo civil II, in Revista do CEJ, 2.º semestre, n.º 3, Lisboa, 2005, p. 127-168;

GONÇALVES, MARCO CARVALHO E FERNANDEZ, ELIZABETH, Código de Processo Civil e Legislação Complementar, 1.ª ed., AEDUM, 2013;

- Legislação Processual Civil, vol. I, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2011;

- Legislação Processual Civil, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2008;

- Direito Processual Civil Declarativo - A prática da teoria, Almedina, 2008;

GONÇALVES, MARCO CARVALHO, *"Notas sobre o regime transitório de aplicação do novo Código de Processo Civil"*, in Cadernos de Direito Privado, n.º 44, Outubro-Dezembro de 2013;

- "As alterações no processo executivo: reforma ou contrarreforma?", in Cadernos de Direito Privado, n.º 40, Outubro-Dezembro de 2012;

- *"Embargos de terceiro e terceiros para efeitos de registo"*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster, Almedina, 2012, pp. 345-367;

- Dicionário Jurisprudencial de Processo Civil, 6 Volumes, Coimbra Editora - grupo WoltersKluwer, 2012;

GUERRA, AMADEU, A privacidade no Local de Trabalho, Almedina, 2004;

GOMES, MANUEL TOMÉ SOARES, *"Um olhar sobre a prova em demanda da verdade no processo civil"*, in Revista do CEJ, 2.º semestre, n.º 3, Lisboa, 2005, p. 127-168;

H

HAGY, DAVID W., "*Digital Evidence in the Courtroom: A Guide for Law Enforcement and Prosecutors*" in National Institute of Justice, Janeiro 2007, U.S. Department of Justice, 2007;

HERNÁNDEZ DÍAZ, LEYRE, "*Aproximación a un concepto de derecho penal informático*", in *Derecho Penal Informativo*, Primeira edição, Civitas, Editorial Aranzadi, 2010;

HILDRETH, STEVEN, *Cyberwarfare*, Report for Congress U.S. Congressional Research Service, the Library of Congress, United States of America, 2001;

HÖRSTER, HEINRICH EWALD, *A Parte Geral Do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, 2ª Edição totalmente revista e aumentada, Reimpressão 2021, Almedina, 2019;

I

INÁCIO, ANDRÉ, "*Tecnologias de Informação e Segurança Pública: Um Equilíbrio Instável*", in *Revista Científica Sobre Cyberlaw*, CIJC, Faculdade de Direito de Lisboa, n.º 1, Janeiro 2016;

J

JORGE, NUNO LEMOS, "*Direito à prova: brevíssimo roteiro jurisprudencial*", in *Revista Julgar*, n.º 6, Lisboa, 2008, pp. 99 - 106;

- "*Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas*", in *Revista Julgar*, n.º 3, Lisboa, 2007, p. 61 - 84;

L

LAINZ, JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ, "Sobre el valor probatorio de conversaciones mantenidas a través de programas de mensajería instantánea (A propósito de la STS, Sala 2.ª, 300/2015, de 19 de mayo)", in *Diario La Ley*, N.º 8569, Sección Doctrina, 25 de Junio de 2015, Ref. D-256, LA LEY;

LARENZ, KARL, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 1969;

LIEBMAN, ENRICO TULLIO, *Manual de Direito Processual Civil I*, tradução e notas de Cândido R. Dinamarco, Companhia Editôra Forense, São Paulo, Malheiros, 2005.

LEITE, ANA RAQUEL GOMES, "Criminalidade Informática: Investigação e Meios de Obtenção de Prova". Dissertação apresentada no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, com especialização em Ciências Jurídico-Forenses, sob orientação da Professora Doutora Helena Moniz, Coimbra, 2013;

LEMONS, MIGUEL, "Estar na Internet - Tudo o que precisa saber sobre a Internet", Editora McGraw-Hill, 1998;

LEUZZI, SALVO, I mezzidi prova nel processo civile – Formazione, acquisizione, integrazione, Giuffrè Editore, 2012;

LIMA, PIRES DE E VARELA, ANTUNES, "Código Civil Anotado", Vol. I, 4.ª edição revista e actualizada - com a colaboração de M. Henrique Mesquita, Coimbra editora, Coimbra, 2011;

LOPES, JOSÉ MOURAZ; CABREIRO, CARLOS ANTÃO "A emergência da prova digital na investigação da criminalidade informática", in SubJudice - Justiça e Sociedade, Almedina, Lisboa, 2006;

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, —Notas breves sobre o Código de Processo Civil de 2013, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 73, Lisboa, 2013, p. 423-434;

LIMA, PIRES DE E VARELA, ANTUNES, Código Civil Anotado, Vol. I, 4.ª ed. revista e actualizada - com a colaboração de M. Henrique Mesquita, Coimbra editora, Coimbra, 2011;

LLUCH, ABEL XAVIER, JUNOY, JOAN PICÓ I E GONZÁLEZ, MANUEL RICHARD, La Prueba Judicial - Desafios en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso - administrativa, Edita LA LEY, Grupo WoltersKluwer, Madrid, 2011;

M

MACEDO, JOÃO CARLOS CRUZ BARBOSADE, Algumas Considerações Acerca dos Crimes Informáticos em Portugal, Direito Penal Hoje Novos desafios e novas respostas, Organizado por Manuel da Costa Andrade e Rita Castanheira Neves, Coimbra, Coimbra Editora, 2009;

MASON, STEPHEN & SENG, DANIEL, Eletronic Evidence, 4.ª edição, Intitute of Advanced Legal Studies for the SAS Humanities Digital Library, University of London, Londres, 2017;

MACHADO, JOÃO BATISTA, Lições de Direito internacional privado, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009;

MANNARINO, NICOLA, La Prova Nel processo, CEDAM, Padova, 2007;

MARINONI, LUIZ GUILHERME E ARENHART, SÉRGIO CRUZ, Prova, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010;

MARQUES, J. P. REMÉDIO, Acção Declarativa à Luz do Código Revisto, 3.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011;

MARQUES, GARCIA, MARTINS, LOURENÇO, Direito da Informática, 2.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2006;

MARTIN, DANIEL; MARTIN, FRÉDERIC-PAUL, “*Nouvelles technologies de l’information et criminalité*”, in Revue du Marché Commun et de l’Union européenne, n.º 421, 1998;

MCNAB, CHRIS, “Network Security Assessment”, O’Reilly, United States of America, 2004;

MENDES, JOÃO DE CASTRO, Do Conceito de Prova em Processo Civil, Lisboa, Ed. Atica, 1961.

- Direito Processual Civil, I Volume, ed. Associação Académica da Faculdade de Lisboa, Lisboa, 2012;

MEIRELES, ISA, “*O alojamento local e plataformas digitais: Dos perigos na desproteção do consumidor*”, in Direito na lusofonia – Direitos e novas tecnologias, 5.º Congresso Internacional de Direito na Lusofonia - Universidade do Minho, Escola de Direito, 2018;

MONIZ, HELENA, FIDALGO, SÓNIA, “*Cybercrime Legislation in Portugal - Portuguese Report*” in Regulating Internet Crime - Fragmented International Instruments and the Harmonization of National Criminal Law in the Global Cyberspace, 18.º Congresso Internacional de Direito Comparado da International Academy of Comparative Law, 2009;

MONTERO AROCA, JUAN, Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil - Los poderes del juez y la oralidad, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001;

- “*Il processo civile<sociale> come strumento di giustizia autoritaria*”, in Rivista de Diritto Processuale, Anno 59 (Seconda Serie) - N.º 2, CEDAM, Padova, 2004, p. 553 – 579;

MOREIRA, JOÃO MANUEL DIAS, “*O impacto do ciberespaço como nova dimensão nos conflitos*”, in Boletim Ensino, Investigação do IESM, n.º 13, 2012;

MORGADO, PEDRO TRIGO, Admissibilidade da prova ilícita em processo civil, 1.^a ed. - Lisboa, Petrony, 2016;

MOREIRA, TERESA COELHO A Privacidade dos Trabalhadores e as Novas Tecnologias de Informação e Comunicação: contributo para um estudo dos limites de poder do controlo electrónico do empregador, Almedina, 2010;

-“*NEW TECHNOLOGIES: A BRAVE NEW WORLD OF WORK?*”in Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória”, n. 11, jan./jun. 2012;

- “A privacidade dos trabalhadores e a utilização de redes sociais online” in Questões Laborais, Ano XX, N.º.41, janeiro/junho 2013;

MÚRIAS, PEDRO FERREIRA, Por Uma Distribuição Fundamentada do Ónus da Prova, Lex, Lisboa, 2000;

N

NEGRAPONTE, NICHOLAS, A vida Digital, 2.ª ed, São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p.157;

NEVES, RITA CASTANHEIRA, As Ingerências nas Comunicações Electrónicas em Processo Penal – Natureza e respectivo regime jurídico do correio electrónico enquanto meio de obtenção de prova, Coimbra; Coimbra Editora, 2011;

NETO, ABÍLIO, Código Civil Anotado, 17.ª ed. revista e actualizada, Ediforum, Lisboa, 2010;

-Código de Processo Civil Anotado, 3.ª ed. revista e actualizada, Ediforum, Lisboa, maio/ 2015;

O

ORTIZ, JUAN CARLOS, Remote Forensic Software as a Tool for Investigating Cases of Terrorism, E-Newsletter on the Fight Against Cybercrime, n.º 4, Outubro de 2009;

- Problemas procesales de la ciberdelincuencia, Madrid, Colex, 2013.

P

PALOP BELLOCH, MELANIA, “*Las medidas de investigación tecnológica Justicia*”in Revista de DerechoProcesal, Madrid, n.º, 2017, p.443-490;

PICÓ I JUNOY, JOAN, El derecho a la prueba en el proceso civil, 1.ed., Barcelona, Bosch, 1996;

PINHEIRO, LUÍS DE LIMA, “Direito aplicável às operações bancárias internacionais”, consultado na internet através do URL https://www.oa.pt/conteudos/artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=30777&idsc=64444&ida=64482, a 20 de Abril de 2018.

PINHO, CARLOS, “*Os problemas interpretativos resultantes da Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho*”, in Revista do Ministério Público, Ano 33, n.º 129, Janeiro-Março 2012;

PINTO, LARA SOFIA, *"Privilégio contra a auto-incriminação versus colaboração do arguido"*, in Prova Criminal e Direito de Defesa, estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal, Reimpressão, coord. Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto, Coimbra, Almedina, 2011;

PINTO, PAULO MOTA, *"O direito à reserva da intimidade da vida privada"*, in Boletim da Faculdade de Direito, Volume LXIX, Coimbra, 1993;

PINTO, CARLOS ALBERTO DA, Teoria Geral do Direito Civil, 3.^a edição, Coimbra Editora, 2012;

POLYDOR, SYLVIA, "Blockchain Evidence in Court Proceedings in China – A Comparative Study of Admissible Evidence in the Digital Age (as of June 4, 2019)", disponível para consulta em <https://stanford-jblp.pubpub.org/pub/blockchain-evidence-courts-china/release/1>,

POULLET, YVES, WARRANT, FRANÇOISE, "Nouveaux compléments au service téléphonique et protection des données: à la recherche d'un cadre conceptuel", Droit de l'Informatique et des Télécoms, 7^{ème} année, 1990/91;

PENADÉS, RAFAEL BELLIDO, *"La prueba ilícita y su control en el proceso civil"* in Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, a.30 n.89 (mayo-agosto 2010), p.77-114

R

RANGEL, RUI MANUEL DE FREITAS, O ónus da prova no processo civil, Coimbra, Almedina, 2000;

RAMALHO, DAVID SILVA, *"A investigação criminal na Dark Web"*, in Revista de Concorrência e Regulação, Ano IV, n.º 14/15, Abril-Setembro, 2013;

- *"O uso de malware como meio de obtenção de prova em processo penal"* in Revista de Concorrência e Regulação, Ano IV, N.º 16, Outubro-Dezembro 2013;

RAMOS, ARMANDO DIAS, A prova digital em processo penal: o correio electrónico, Chiado Editora, 1.º ed. Novembro 2014;

- *"A prova digital na investigação do (ciber)terrorismo"*, in Investigação Criminal, n.º 9, ASFICPJ, Dezembro 2015;

RODRIGUES, FERNANDO PEREIRA, "Os meios de prova em direito civil", Coimbra Editora, 2011;

- "Os meios de prova em processo civil", 2.^a Edição, Almedina, 2016;

RODRIGUES, ANDRÉ MARQUES, “A Valoração Da Prova Em Processo Civil: Prova Legal E Livre Apreciação Da Prova”, Relatório de Estágio realizado no Juízo Central Cível de Lisboa, com vista à obtenção do grau de Mestre em Direito Forense e Arbitragem, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Março de 2020, disponível para consulta em <https://run.unl.pt/>;

RODRIGUES, BENJAMIM DA, Direito Penal Especial, Direito Penal Informático-Digital, Coimbra, Coimbra Editora, 2009;

RODRIGUES, FERNANDO PEREIRA, A prova em direito civil, 1.ª edição, Coimbra Editora, 2011;

ROSENBERG, LEO, La carga de la prueba. Trad. Ernesto Krotoschin, 2.ª edição, Buenos Aires, Júlio César Faria Editor, 200;

RUÇO, ALBERTO AUGUSTO VICENTE, Prova e Formação da Convicção do Juiz, Almedina, 2017;

REIS, JOSÉ ALBERTO DOS, Código de Processo Civil Anotado, vol. III, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012;

RICCI, GIAN FRANCO, “*Le prove illecite nel procassocivile*” in Rivista trimestrale di diritto e proceduracivile, Milano, a.41n.1, Marzo 1987, p.34-87;

S

SALT, MARCOS, “Obtención de pruebas informáticas en extrañajurisdicción : los "conflictos" del principio de territorialidad en un mundo virtual sin fronteras” in Cibercrimen : aspectos de derecho penal y procesal penal : cooperación internacional : recolección de evidencia digital : responsabilidad de los proveedores de servicios de internet, 1.ª ed., 2016;

SCARPA, MARIAGIOVANNA “*Le nuove frontiere dell'efficacia probatoria del documento informático*” in Rivista trimestrale di diritto e proceduracivile, Milano, a.62n1.(Marzo 2008), p.251-265;

SAMPAIO, J. M. GONÇALVES, A prova por documentos particulares - Na doutrina, na Lei e na Jurisprudência, 3.ª edição actualizada e ampliada, Almedina, Coimbra, 2010;

SANTOS, CRISTINA MÁXIMO DOS, “*As novas tecnologias da informação e o sigilo das telecomunicações*”, in Separata da Revista do Ministério Público n.º 99, Lisboa, 2004;

SANTOS, HENRIQUE, Apontamentos de Segurança Digital, Pós-Graduação em Guerra de Informação/Competitive Intelligence, Academia Militar, Lisboa, 2008;

SANTOS, HUGO LUZ DOS, “Plaidoyer por uma “distribuição dinâmica do ónus da prova” e pela “teoria das esferas de risco” à luz do recente acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18/12/2013: o (admirável) “mundo novo” no homebanking ?” in Revista Eletrónica de Direito, 2014;

SANTOS, PAULO, BESSA, RICARDO, PIMENTEL, CARLOS, Cyberwar: O fenómeno, as tecnologias e os actores, FCA - Editora de Informática Lda., 2008;

SERRA, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ, “*Provas (direito probatório material)*” in Estudo preparatório para o Código Civil, Sep. Boletim do Ministério da Justiça n.ºs 110 a 112, Lisboa, 1962;

SIEBER, ULRICH, Criminalidad Informática: Peligro y Prevención, Delincuencia Informática, IURA-7, PPU, Barcelona, 1998 (trad. Elena FarréTrepas);

-“Les crimes informatiques et d’autres crimes dans le domaine de la technologie informatique”, in Revue Internationale de Droit Penal, AIDP, Érès, Colóquio de Wurzburg, 1992;

SILVA, GERMANO MARQUES DA, “*Ética e Estética no Processo Penal*”, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 80, Lisboa, Jul-Dez. 2020, p. 489 -520;

SILVA, PAULA COSTA “Transferência electrónica de dados: a formação dos contratos (o novo regime jurídico dos documentos electrónicos)” in Direito da sociedade da informação, Coimbra, Coimbra Editora, 1999-2003;

SOARES, MARIA, “Sweetie, a menina virtual que ajudou a encontrar predadores sexuais na Internet”, in Público, 5 de Novembro de 2013;

SORIANO, MIGUEL VIRGÓSE ALFÉIREZ, FRANCISCO J. GARCIMARTÍN, “*La prueba internacional*” in Derecho Procesal Civil Internacional - Litigación Internacional”, 2.a ed., Thomson Civitas, Pamplona, 2007, p. 473-514;

SOSA, ANGELLANDONI, “*Principio de Razonabilidad, Sana crítica y Valoración de la Prueba*”, in Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, vol. n.º 23-24, Bogotá, 1998-1999, p. 101-138;

SOUSA, LUÍS FILIPE PIRES DE, “Prova por presunção no Direito Civil”, Almedina, 2017;

-“Prova Testemunhal”, Almedina, 2017;

- O valor probatório do documento eletrónico no Processo Civil”, 2.ª Edição, Almedina, 2017;

SOUSA, MARIA BEATRIZ SEIXAS, “*O problema do princípio da imparcialidade na tentativa de conciliação*” in Revista JULGAR, Março de 2020, disponível para consulta online

http://julgar.pt/o-problema-do-principio-da-imparcialidade-na-tentativa-de-conciliacao/#_ftn1

[última consulta em 01.09.2021];

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, “Algumas questões sobre o ónus de alegação e de impugnação em processo civil” *in* Scientialvridica, Tomo LXII, n.º 332, Escola de Direito da Universidade do Minho, Maio/Agosto, 2013;

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA, Estudos sobre o Novo Processo Civil, Lex, 1997.

SAMPAIO, JOSÉ MARIA GONÇALVES, A prova por documentos particulares - Na doutrina, na Lei e na Jurisprudência, 3.ª ed. atualizada e ampliada, Almedina, Coimbra, janeiro 2010;

T

TAPSCOTT, DON ALEX, Blockchain Revolution, Portfolio Penguin, 2.ª edição, 2018;

TAVEIRA, EDGAR, Uma Visão Sobre A Tecnologia Blockchain: Domínios De Aplicação E Especificidades Na Cadeia De Abastecimento, Relatório elaborado para satisfação parcial dos requisitos da Unidade Curricular de Tese/Dissertação do Mestrado em Engenharia Eletrotécnica e de Computadores, Departamento de Engenharia Eletrotécnica Mestrado em Engenharia Eletrotécnica e de Computadores Área de Especialização em Sistemas e Planeamento Industrial 2020;

TORRE, MARIA ENZA LA, Contributo all Teoria Giuridicadel Documento, Giuffrè, 1 dicembre 2004;

TARUFFO, MICHELE, “*Note sullagaranziacostituzionale dellamotivazione*”, *in* Boletim da Faculdade de Direito, Vol. 55, Coimbra, 1979, p. 29 - 38;

- “*Le prove scientifiche nella recente esperienza statunitense*”, *in* Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Anno. 50 n.º 1, Giuffrè Editore, Milano, 1996, p. 219 -250;

- “*L’ insegnamento accademico del diritto processuale civile*”, *in* Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Anno. 50 n.º 2, Giuffrè Editore, Milano, 1996, p. 551 - 558;

- “*Funzione della prova: la funzione dimostrativa*”, *in* Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Anno. 51, n.º 3, Giuffrè Editore, Milano, 1997, p. 553 - 574;

- A Prova, tradução de João Gabriel Couto, 1.ª edição, São Paulo, Marcial Pons, 2014.

TIPTON, F. HAROLD AND KRAUSE, MICKI, Information Security Management Handbook, 5th Edition, Averbach, United States of America 2006;

TRINDADE, CLÁUDIA SOFIA ALVES, A prova dos estados subjetivos no processo civil, Almedina, Coimbra, 2016;

TROCKER, NICOLÒ, La Formazioni Del Diritto Processuale Europeo: STUDI, G. Giappichelli Editore, Torino, 2011;

V

VASCONCELOS, PEDRO PAIS, Teoria Geral do Direito Civil, 7.^a edição, Almedina, 2019;

VALENTE, MANUEL MONTEIRO GUEDES, Os desafios do direito do século XXI: violência, criminalização, consenso, tutela digital e laboral, Coimbra, Almedina, 2019;

VALLES, EDGAR, Prática Processual Civil com o novo CPC, 7.^a Edição, Almedina, Coimbra, 2013;

VARELA, ANTUNES, “*Manuel de Andrade e o ensino do processo Civil*”, in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Vol.35, Coimbra, 1959, p. 41-60;

-Manual de Processo Civil, Coimbra Editora, 1984;

VARELA, ANTUNES, BEZERRA, J. MIGUEL E NORA, SAMPAIO E., Manual de Processo Civil, 2.^a Edição (Reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2004;

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, Manual de Processo Civil, Coimbra Editora, 1984.

VENÂNCIO, PEDRO DIAS, A Tutela Jurídica do Formato de Ficheiro Electrónico, Tese de doutoramento em Ciências Jurídicas (ramo de conhecimento em Ciências Jurídico Privatísticas), Julho de 2013, <http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/35678/1/Pedro%20Dias%20Ven%c3%a2ncio.pdf>.

VERDELHO, PEDRO, Cibercrime, Direito da Sociedade da Informação, Vol. IV, Coimbra Editora, 2003;

- “*A obtenção de prova no ambiente digital*”, in Revista do Ministério Público, Ano 25.º, nº 99 Julho-Setembro 2004 pp. 117-136; 75;

VERÍSSIMO, JOANA, MACIAS, MARIA E RODRIGUES, SOFIA, “Implicações jurídicas das redes sociais na internet: Um novo conceito de privacidade?”;

VALLES, EDGAR, Prática Processual Civil com o novo CPC, 7.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2013;

VARELA, ANTUNES, BEZERRA, J. MIGUEL E NORA, SAMPAIO E., Manual de processo Civil, 2.^a Ed. (Reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2004;

VARELA, ANTUNES, “Manuel de Andrade e o ensino do processo Civil”, *in* Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Vol.35, Coimbra, 1959, p. 41-60;

W

WARREN, Samuel D., BRANDEIS, Louis D., “The Right to privacy in Harvard Law Review”, Volume IV n.º5, BOSTON, December, 1890;

Y

YOUNG, SUSAN AND AITEL, DAVE, The Hacker´s Handbook, Averbach, United States of America, 2004;

Z

ZERBES, INGEBORG, “*Legal issues of transnational exchange of electronic evidence in criminal proceedings*”, *in* European Criminal Law Review EuCLR, Munich, v.5 n.3 (2015), p.304-311.

JURISPRUDÊNCIA

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ):

- Ac. do STJ datado de 20.12.1974, cujo rel. é o Conselheiro ACÁCIO CARVALHO, com o n.º de processo 065398;
- Ac. do STJ, datado de 25.02.1997, cujo rel. é o Conselheiro PAIS DE SOUSA, com o n.º de processo 086659;
- Acórdão do STJ, cujo rel. é a Conselheira ANA PAULA BOULAROT, datado de 18.12.2013, com o n.º de processo 6479/09.8TBBERG.G1.S1;
- Ac. do STJ datado de 09.07.1982, cujo rel. é o Conselheiro DIAS DA FONSECA, com o n.º de processo 000309;
- Ac. do STJ datado de 01.02.1983, cujo rel. é o Conselheiro JOAQUIM FIGUEIREDO, com o n.º de processo 070449;
- Ac. do STJ datado de 23.10.1983, cujo rel. é o Conselheiro JOAQUIM FIGUEIREDO, com o n.º de processo 071097;
- Ac. do STJ datado de 21.06.1990, cujo rel. é o Conselheiro LACERDA TINOCO, com n.º de processo 077913;
- Ac. do STJ datado de 21.06.1990, cujo rel. é o Conselheiro RICARDO DA VELHA, com o n.º de processo 078469;
- Ac. do STJ datado de 07.11.1990, cujo rel. é o Conselheiro SOUSA MACEDO, com o n.º de processo 002493;
- Ac. do STJ datado de 02.05.1991, cujo rel. é o Conselheiro SAMPAIO DA SILVA, com o n.º de processo 000309;
- Ac. do STJ datado de 02.05.1991, cujo rel. é o Conselheiro SAMPAIO DA SILVA, com o n.º de processo 078299;
- Ac. do STJ datado de 13.12.1995, cujo rel. é o Conselheiro AUGUSTO ALVES, com o n.º de processo 048621;

- Ac. do STJ datado de 30.09.1999, cujo rel. é o Conselheiro HERCULANO NAMORA, com o n.º de processo 99B056;
- Ac. do STJ datado de 25.10.2007, cujo rel. é o Conselheiro SANTOS CARVALHO, com o n.º de processo 07P3875;
- Ac. do STJ datado de 23.09.2008, cujo rel. é o Conselheiro SERRA BAPTISTA, com o n.º de processo 08B1711;
- Ac. do STJ datado de 11.02.2010, cujo rel. é o Conselheiro SOARES RAMOS, com o n.º de processo 1131/07.1TAVCD-B.S1;
- Ac. do STJ datado de 17.03.2010, cujo rel. é o Conselheiro SANTOS CABRAL, com o n.º de processo 728/04.6SILSB-A.S1;
- Ac. do STJ datado de 19.05.2010, cujo rel. é o Conselheiro FONSECA RAMOS, com o n.º de processo 158/06.5TCFUN.L1.S1;
- Ac. do STJ, datado de 26.02.2019, cujo rel. é o Conselheiro FONSECA RAMOS, com o número de processo 1316/14.4TBVNG-A.P1.S2;
- Ac. do STJ datado de 16.06.2010m cujo rel. é o Conselheiro FERNANDO FRÓIS, com o n.º de processo 837/08.2JAPRT-B.S1;
- Ac. do STJ datado de 23.09.2010, cujo rel. é o Conselheiro ÁLVARO RODRIGUES, com o n.º de processo 78/03.5TBPSR.E1.S1;
- Ac. do STJ datado de 14.06.2011, cujo rel. é o Conselheiro FONSECA RAMOS, com o n.º de processo 550/05.2TBCBR.C1.S1;
- Ac. do STJ datado de 14.07.2011, cujo rel. é o Conselheiro ARMÉNIO SOTTOMAYOR, com o n.º de processo 76/97.6TBFAF-E.S1;
- Ac. do STJ datado de 22.01.2013, cujo rel. é o Conselheiro SANTOS CABRAL com o n.º de processo 78/12.4GAOHP-A.S1;
- Ac. do STJ datado de 10.04.2013, cujo rel. é o Conselheiro SANTOS CABRAL, com o n.º de processo 224/06.7GAVZL.C1.S1;
- Ac. do STJ datado de 13.11.2013, cujo rel. é o Conselheiro Mário Belo Morgado, com o n.º de processo 73/12.3TTVNF.P1.S1;
- Ac. do STJ datado de 03.12.2015 cujo rel. é o Conselheiro ABRANTES GERALDES, com o n.º de processo 1297/11.6TBPBL.C1.S1;

- Ac. do STJ, datado de 03.10.2017, cujo rel. é o Conselheiro JÚLIO GOMES, com o n.º de processo 212/11.1T2AVR-B.P1.S1;
- Ac. do STJ, datado de 27.04.2005, cujo rel. é SALVADOR DA COSTA, com o n.º de processo 05B1238;
- Ac. do STJ datado de 19.05.2016, cujo rel. é o Conselheiro ISABEL SÃO MARCOS, com o n.º de processo 89/04.3TAACB-C.S1;
- Ac. do STJ datado de 26.01.2017, cujo rel. é o Conselheiro LOPES DO REGO, com o n.º de processo 1937/11.TBBNV.E1.S1;
- Ac. do STJ datado de 02.02.2017 cujo rel. é o Conselheiro LOPES DO REGO, com o n.º de processo 349/14.5TBMTA.L1.S1;
- Ac. do STJ datado de 05.04.2004, cujo rel. é Araújo Barros, com o número de processo 03B4375

TRIBUNAIS DA RELAÇÃO:

- Ac. do TRG datado de 11.07.2017, cujo rel. é o Desembargador FILIPE MELO, com o n.º de processo 2182/15.8PBBRG.G1;
- Ac. do TRG, datado de 19.03.2020, cujo rel é o Desembargador JORGE TEIXEIRA, com o n.º de processo 20175/19.0T8VNF-E.G1.
- Acórdão do TRG, cujo rel. é o Desembargador Ausenda Gonçalves, datado de 25/02/2019, com o n.º de processo 483/14.1IDBRG.G1
- Ac. do TRL datado de 11.01.2011, cujo rel. é o Desembargador RICARDO CARDOSO, com o n.º de processo 5412/08.9TDLSB-A.L1-5;
- Ac. do TRL datado de 18.01.2011, cujo rel. é o Desembargador FILOMENA CLEMENTE LIMA, com o n.º de processo 3142/09.3PBFUN-A.L1-5;
- Ac. do TRL datado de 24.09.2013, cujo rel. é o Desembargador VIEIRA LAMIM, com o n.º de processo 145/10.9GEALM.L2-5;
- Ac. do TRL datado de 19.06.2014, cujo rel. é o Desembargador MARGARIDA VIEIRA DE ALMEIDA, com o n.º de processo 1695/09.5PJLSB.L1-9;
- Ac. do TRL, datado de 20.12.2017, cujo rel. é ONDINA CARMO ALVES, com o n.º de processo 43/15.0T8MFR.L1-2;
- Ac. do TRP datado de 21.03.2013, cujo rel. é o Desembargador JOAQUIM GOMES, com o n.º de processo 246/12.9TAOAZ-A.P1;
- Ac. do TRP, datado de 28.02.2018, cujo rel. é MARIA ERMELINDA CARNEIRO, com o n.º de processo 156/16.0PIVNG.P1;
- Ac. do TRP datado de 13.05.2015, cujo rel. é o Desembargador ANA SOARES, com o n.º de processo RP201505131/13.9PEVNG.P1;
- Ac. do TRP datado de 20.01.2016, cujo rel. é o Desembargador ARTUR OLIVEIRA, com o n.º de processo 1145/08.4PBMTS.P1;
- Ac. do TRP, datado de 05.02.2018, cujo rel. é CARLOS QUERIDO, com o n.º de processo 1118/15.0T8VLG.P1
- Ac. do TRP datado de 01.06.2016, cujo rel. é o Desembargador ANTÓNIO GAMA, com o n.º de processo RP201606011345/10.7JAPRT.P1;

- Ac. do TRP datado de 15.12.2016, cujo rel. é o Desembargador PAULA LEAL DE CARVALHO, com o n.º de processo 208/14.1TTVFR-D.P1;
- Ac. do TRP datado de 05.04.2017, cujo rel. é o Desembargador MOREIRA RAMOS, com o n.º de processo 671/14.0GAMCN.P1;
- Ac. do TRC datado de 10.07.2013, cujo rel. é o Desembargador JORGE DIAS, com o n.º de processo 907/10.7TAGRD.C1;
- Ac. do TRC, datado de 09.01.2018, cujo rel. é FALCÃO DE MAGALHÃES, com o número de processo 8470/15.6T8CBR.C1;
- Ac. do TRC, datado de 05.11.2019, cujo rel. é o Desembargador ANTÓNIO CARVALHO MARTINS, com o n.º de processo 2012/15.0T8CBR.C1.
- Ac. do TRC datado de 04.02.2015, cujo rel. é o Desembargador ALICE SANTOS, com o n.º de processo 73/14.9JALRA-A.C1;
- Ac. do TRC datado de 20.09.2017, cujo rel. é o Desembargador MARIA PILAR DE OLIVEIRA, com o n.º de processo 167/15.3PBVFX.C1;
- Ac. do TRC, datado de 05.11.2019, cujo rel. é o Desembargador António Carvalho Martins, com o n.º de processo 2012/15.0T8CBR.C1;
- Ac. do TRE, datado de 06.01.2015, cujo rel. é o Desembargador João Gomes de Sousa, com o n.º de processo 6793/11.2TDLSB-A.E1;
- Ac. do TRE, datado de 27.04.2017, cujo rel. é MÁRIO COELHO, com o número de processo 338/10.9TBRMR-A.E1;
- Ac. do TRE, datado de 05.05.2015, cujo rel. é o Desembargador CLEMENTE LIMA, com o n.º de processo 145/09.1ZRLSB.E1;
- Ac. do TRE, datado de 12.04.2016, cujo rel. é o Desembargador MARIA FILOMENA SOARES, com o n.º de processo 141/15.0 JAFAR-A.E1;
- Ac. do TRE, datado de 11.05.2017, cujo rel. é o Desembargador MÁRIO COELHO, com o n.º de processo 8346/16.0T8STB-B.E1;

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS:

- Ac. do TEDH do processo Bărbulescu v. Romania, com o n.º 61496/08 , datado de 05.09.2017 disponível para consulta em [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22002-11675%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22002-11675%22]});

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

- Ac. do TC com o n.º 420/2017, cujo rel. é a Conselheira Maria de FÁTIMA MATA-MOUROS, com o n.º de processo 917/16;
- Acórdão do TC datado de 20.11.2996, cujo rel. é ALVES CORREIA, com o n.º de acórdão 1185/96, com o n.º de processo n.º 294/95;

"...parecia que tínhamos chegado ao fim da estrada e afinal era apenas uma curva a abrir para outra paisagem e novas curiosidades".

José Saramago