

Paulo Osternack Amaral

PROVA POR DECLARAÇÕES DE PARTE

Prefácio

Paula Costa e Silva

2.^a edição
revista, atualizada
e ampliada

2023



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br

2. PROVA POR DECLARAÇÕES DE PARTE: PREMISSAS NECESSÁRIAS

O presente capítulo dedica-se a examinar a amplitude probatória assegurada pela Constituição portuguesa, bem como o precedente que desencadeou relevantes alterações legislativas no sentido de permitir que a parte requeira a sua própria oitiva perante o julgador. Essa investigação será especialmente importante porque permitirá identificar eventual relação entre a decisão tomada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a inserção de um novo meio de prova no Código de Processo Civil português de 2013.

2.1. Amplitude do direito à prova

O direito ao processo equitativo está previsto no art. 20, n. 4, da Constituição portuguesa: “Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo”. Tal preceito também se encontra positivado no art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem¹, no art. 14 do Pacto Internacional Re-

1. “1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial,

lativo aos Direitos Cíveis e Políticos, no art. 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem² e no art. 47 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia³.

A adequada compreensão do direito ao processo equitativo exige um olhar atento à experiência constitucional norte-americana do *due process of law*⁴, que é consagrado por

estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.
3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada; b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa; c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem; d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação; e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo”.
2. “Todo o homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”.
3. “Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei”.
4. CANOTILHO, J. J. Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 20ª reimpressão, Coimbra: Almedina, 2003, p. 492.

diversos ordenamentos jurídicos sob as mais variadas denominações⁵ e contemplado pela Constituição brasileira como a garantia do devido processo legal⁶ (ou, mais precisamente, *devido processo constitucional*)⁷. Isso permite concluir que as principais consequências processuais decorrentes do *processo equitativo* português são equivalentes às extraíveis da cláusula do devido processo legal brasileiro.

Disso decorre que o processo somente será *equitativo* na medida em que sejam concretamente asseguradas as garantias do contraditório, da igualdade de armas, da confiança e do direito à prova.⁸

-
5. Por exemplo, é o que ocorre na Itália, em que a garantia do *giusto processo* prevista no art. 111 da Constituição italiana corresponde substancialmente ao *due process of law* (RICCI, Gian Franco. *Principi di diritto procesuale generale*. 4. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. 29). Em sentido semelhante: MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile. I – Nozioni Introduttive e Disposizioni Generali*. 9. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011, p. 299.
 6. No ordenamento jurídico brasileiro, a garantia do devido processo legal é extraível de duas disposições constitucionais, ambas contidas no art. 5º da Constituição. O inciso LIV assegura que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; o inciso LV determina que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.
 7. BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1, p. 128-131; CÂMARA, Alexandre Freitas. Dimensão processual o princípio do devido processo constitucional. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. n. 104, jul./set. 2015, p. 14.
 8. MIRANDA, Jorge; MENDES, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. Tomo I – arts. 1º a 79º. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 441-443; CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. vol. I – artigos 1º a 107. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 415-416; CAMPOS, João Mota de.; PEREIRA, António Pinto; CAMPOS,

O princípio do contraditório impõe que as partes tenham a oportunidade de influenciar prévia e ativamente em todas as fases do processo e sob todos os seus elementos (fatos, provas e questões de direito)⁹. Isso significa que deve ser assegurado não apenas o direito de a parte ser informada acerca de todos os atos processuais, mas também que lhe sejam concedidas oportunidades para reagir (por meio da formulação de alegações de fato e de direito, produção de provas, controle das provas do adversário e manifestação sobre o valor e resultados de umas e outras¹⁰) e influenciem de forma prévia e adequada na formação da convicção do julgador.¹¹

Trata-se de garantir o aperfeiçoamento do binômio informação-reação.¹² A fiel observância do princípio do con-

João Luiz Mota de. *O direito processual da União Europeia*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste, 2014, p. 133. Na doutrina brasileira, dentre tantos, confira-se: DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 76; NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 12. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 118-119; THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 59. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 47 e 51.

9. FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do novo Código*. 4. ed. Coimbra: Gestlegal, 2017, p. 127. Em sentido semelhante, confira-se: MIRANDA, Jorge. *Constituição e Processo Civil. Separata da Revista Direito e Justiça*. volume VIII, tomo 2, 1994, p. 19-20.
10. ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Noções elementares de processo civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 1979, p. 379; BARRETO, Ireneu Cabral. *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 170.
11. BONICIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do Processo no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 77.
12. “a doutrina vem há algum tempo identificando o contraditório no binômio *informação-reação*, com a ressalva de que, embora a primeira seja absolutamente necessária sob pena de ilegitimidade do processo e nulidade de seus atos, a

traditório tem, dentre outras finalidades, a de evitar o que se convencionou chamar de “decisão-surpresa”, que ocorrerá quando o julgador proferir uma decisão sem que tenha sido franqueada às partes a oportunidade de se manifestar previamente sobre uma questão de fato ou de direito (material ou processual)¹³ – ainda que se trate de matéria que o juiz possa conhecer de ofício.¹⁴ A proibição à prolação da decisão-surpresa

segunda é somente *possível*” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, v. 1, p. 347).

13. FREITAS, José Lebre de. Inconstitucionalidades do Código de Processo Civil. *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52, I, Lisboa, abril 1992, p. 37; RODRIGUES, Fernando Pereira. *O novo processo civil: os princípios estruturantes*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 47. Carlos Lopes do Rego, amparado em acórdãos do Tribunal Constitucional, destaca que caracterizará “verdadeira e inquestionável *decisão-surpresa*” a formulação de determinada exigência formal, de conteúdo insólito e imprevisível, que prejudique “drasticamente o exercício do *direito de defesa*” pela parte afectada” (REGO, Carlos Lopes do. Os princípios constitucionais da proibição da indefesa, da proporcionalidade dos ónus e cominações e o regime da citação em processo civil. *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 848).
14. É o que dispõe o art. 3º, n. 3, do CPC: “O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem”. Sobre o tema, confirmam-se: SILVA, Paula Costa e. Poderes do tribunal de recurso sobre o objecto do processo. *Cadernos de direito privado*, n. 1, p. 72-73, jan./mar. 2003; FREITAS, *Introdução...*, p. 135. João Mota de Campos, António Pinto Pereira e João Luiz Mota de Campos também destacam essa preocupação, ao analisar o princípio do contraditório no contexto do processo nos Tribunais da União Europeia: “Estas considerações valem igualmente, como se referiu, sempre que o juiz da União suscite oficiosamente um fundamento puramente jurídico. Efetivamente, a resolução de um litígio através da aplicação de uma norma jurídica, mesmo que esta seja de ordem pública, advém necessariamente de uma apreciação do juiz, a qual só pode ser enriquecida e sustentada, ou, se for o caso, infirmada, pelas observações das partes” (CAMPOS, PEREIRA e CAMPOS, *O direito...*,

é expressamente afirmada pelo Supremo Tribunal de Justiça português¹⁵ e pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro¹⁶.

-
- p. 239). O CPC brasileiro foi ainda mais explícito, tal como se infere da análise conjugada das seguintes regras: “Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida” e “Art. 10º O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”. A doutrina brasileira reputa que o princípio do contraditório conduz à “vedação da decisão surpresa” (ou sentença de “terceira via”): NERY JUNIOR, *Princípios...*, p. 261; BUENO, *Curso...*, v. 1, p. 133.
15. “I – A decisão surpresa que a lei pretende afastar com a observância do princípio do contraditório, contende com a solução jurídica que as partes não tinham a obrigação de prever, para evitar que sejam confrontadas com decisões com que não poderiam contar, e não com os fundamentos que não perspectivavam de decisões que já eram esperadas” (Supremo Tribunal de Justiça, processo 177/15.0T8CPV-A.P1.S1, relator Helder Roque, julgado em 12/07/2018).
16. “4. A partir do CPC/2015 mostra-se vedada decisão que inova o litígio e adota fundamento de fato ou de direito sem anterior oportunidade de contraditório prévio, mesmo nas matérias de ordem pública que dispensam provocação das partes. Somente argumentos e fundamentos submetidos à manifestação precedente das partes podem ser aplicados pelo julgador, devendo este intimar os interessados para que se pronunciem previamente sobre questão não debatida que pode eventualmente ser objeto de deliberação judicial. (...) 6. A proibição de decisão surpresa, com obediência ao princípio do contraditório, assegura às partes o direito de serem ouvidas de maneira antecipada sobre todas as questões relevantes do processo, ainda que passíveis de conhecimento de ofício pelo magistrado. O contraditório se manifesta pela bilateralidade do binômio ciência/influência. Um sem o outro esvazia o princípio. A inovação do art. 10 do CPC/2015 está em tornar objetivamente obrigatória a intimação das partes para que se manifestem previamente à decisão judicial. E a consequência da inobservância do dispositivo é a nulidade da decisão surpresa, ou decisão de terceira via, na medida em que fere a característica fundamental do novo modelo de processualística pautado na colaboração entre as partes e no diálogo com o julgador. 7. O processo judicial contemporâneo não se faz com protagonismos e protagonistas, mas com equilíbrio na atuação das partes e do juiz de forma a que o feito seja conduzido cooperativamente pelos sujeitos processuais principais. A cooperação processual, cujo dever de consulta é uma das suas manifestações, é

Uma das consequências decorrentes do princípio do contraditório consiste na denominada “proibição da indefesa”, assim considerada como a vedação a que um sujeito seja privado de apresentar a sua defesa a um juiz, de modo a contradizer fundamentos de fato e de direito que tenham sido invocados contra si.¹⁷

O princípio da igualdade de armas consiste na repercussão processual (art. 4º do CPC) da garantia constitucional da igualdade (art. 13 da CRP) que, em última análise, destina-se a concretizar o direito ao processo equitativo. Significa que as partes deverão não apenas ter assegurado o acesso aos tribunais, mas também o direito de serem tratadas de forma isonômica no curso do processo. O objetivo é que seja preservada uma situação de equilíbrio entre as partes, o que se traduz na exigência de que ostentem direitos processuais idênticos, que estejam também sujeitas a ônus e cominações idênticos, sempre que, obviamente, a sua posição no processo seja equivalente.¹⁸

traço característico do CPC/2015. Encontra-se refletida no art. 10, bem como em diversos outros dispositivos espalhados pelo Código. 8. Em atenção à moderna concepção de cooperação processual, as partes têm o direito à legítima confiança de que o resultado do processo será alcançado mediante fundamento previamente conhecido e debatido por elas” (STJ, 2ª Turma, REsp 1.676.027/PR, relator Ministro Herman Benjamin, DJe 11/10/2017).

17. SOUSA, Miguel Teixeira de. A jurisprudência constitucional portuguesa e o direito processual civil. *XXV anos de jurisprudência constitucional portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 83.
18. MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada* –arts. 1.º a 79.º. 2. ed. revista, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017, vol. 1, p. 323. No mesmo sentido: FREITAS, José Lebre de. A igualdade de armas no direito processual civil português. *O Direito*, n. IV, out./dez. 1992, p. 618. Em trabalho mais recente, Lebre de Freitas destaca a persistência no CPC de 2013 de dispositivos que *não* observam o princípio da igualdade, de que é exemplo o art. 511, n.º 1, ao autorizar uma disparidade entre o número de testemunhas dos autores e réus (FREITAS, *Introdução...*, p. 140-141).

O princípio da confiança (ou princípio da proteção da confiança legítima)¹⁹ é um dos corolários do processo equitativo e visa a garantir segurança jurídica por meio de previsibilidade das condutas estatais. No âmbito do processo, o princípio da confiança permite extrair uma dupla vertente. De um lado, as partes devem confiar nos atos do tribunal, de modo que não podem ser prejudicadas por erros do Poder Judiciário. Por outro lado, as partes nutrem a legítima expectativa de que de suas condutas processuais sejam extraídas consequências “expectáveis ou razoáveis”.²⁰ No processo civil brasileiro, o princípio da proteção à confiança pode ser extraído do art. 5º do CPC/15, que impõe o dever de “comportar-se de acordo com a boa-fé” a todo aquele que de alguma forma participar do processo.²¹

-
19. Na perspectiva do processo comunitário, “O *princípio da proteção da confiança legítima* visa assegurar aos operadores económicos do mercado interno uma certa estabilidade, continuidade ou permanência da situações jurídicas constituídas ao abrigo de determinada legislação, na medida em que impõe ao legislador da União, quando decida proceder à modificação das normas em vigor, temperar tal modificação mediante o estabelecimento de um prazo ou de medidas transitórias adequadas a proteger os interesses contra alterações legislativas bruscas – que o mesmo é dizer, contra o arbítrio do legislador” (CAMPOS, PEREIRA e CAMPOS, *O direito...*, p. 170).
20. SOUSA, A jurisprudência..., p. 84-85. À luz do sistema brasileiro, Flávio Luiz Yarshell extrai a seguinte consequência da relação entre contraditório e prova: “o contraditório envolve a prerrogativa de requerer ou propor a produção de prova. Isso exige prévio conhecimento das regras acerca da distribuição do ônus da prova, porque não há como aquilatar a necessidade da prova sem saber a quem está imputando o respectivo encargo. A prévia e clara atribuição do ônus da prova se afeiçoa ao que se convencionou chamar de *confiança legítima*, expressão do direito fundamental à segurança (art. 5º, *caput*, da CF)” (YARSELL, Flávio Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 108).
21. Essa é a conclusão atingida por Fernando Gajardoni, Luiz Delloro, Andre Roque e Zulmar Oliveira Jr., com a qual se concorda integralmente: “o juiz não pode frustrar as expectativas dos jurisdicionados, em determinado processo, com a prática de atos contraditórios. A proteção à confiança se encaixa com a boa-fé e na cooperação (artigo 6º), em mecanismo processual destinado a servir

Por fim, o direito à prova também decorre da garantia constitucional a um processo equitativo e assegura às partes o direito de participar de todas as etapas da atividade probatória (requerimento, admissibilidade, produção e valoração)²², inclusive com a concessão da oportunidade de falar sobre os resultados atingidos a partir da produção das provas.²³ Mas obviamente que isso não se traduz em um direito absoluto e irrestrito de provar. Não há dúvida de que o direito à prova pode ser restringido em certos casos, especialmente quando a produção da prova se revelar concretamente inútil (manifestamente irrelevante²⁴) ou se estiver diante de uma prova ilícita. Em tais situações a prova será inadmissível.

Contudo, a limitação ao direito de as partes provarem no processo não pode ser desproporcionalmente restringido – seja pelo juiz²⁵ ou mesmo pelo legislador. As limitações ao direito à prova devem ser racionais, justificadas e proporcionais.²⁶ Disso

de proteção ao jurisdicionados frente às mudanças nas situações processuais de forma arbitrária e contraditória”. (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015 – parte geral*. São Paulo: Forense, 2015, p. 32).

22. José Alberto dos Reis destaca os “momentos característicos” do procedimento probatório: *proposição de prova* (requerimento), *admissão da prova* (deferimento), *produção da prova* (atos tendentes à formação da prova) e *assunção da prova* (incorporação ao processo do material probatório) (REIS, José Alberto dos. *Código de processo civil anotado*. 3. ed. (reimpressão) Coimbra: Coimbra Editora, 2012, vol. 3, p. 239).
23. WAMBIER e TALAMINI, *Curso...*, v. 2, p. 231-232.
24. FREITAS, *Inconstitucionalidades...*, p. 36.
25. MARQUES, João Paulo Remédio. A aquisição e a valoração probatória de factos (des)favoráveis ao depoente ou à parte chamada a prestar informações ou esclarecimentos. *Julgar*, n. 16, jan.-abr., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 154.
26. BRANCO, Carlos Castelo. *A prova ilícita: verdade ou lealdade?* Coimbra: Almedina, 2019, p. 84.

decorre que seria incompatível com a garantia constitucional a um processo equitativo se o sistema processual não oferecesse um meio de prova adequado à comprovação das alegações fáticas deduzidas pelas partes.²⁷

Exemplo de tal restrição desproporcional consistia na hipótese em que a única fonte de prova existente eram as próprias partes, mas a lei não autorizava que elas requeressem a sua própria oitiva para prestar suas declarações perante o julgador.

Ao tempo do CPC português de 1961, a única forma de uma parte requerer a oportunidade de ela própria comparecer perante o julgador e prestar as suas declarações seria a título de prova atípica. Nesse contexto, a admissibilidade da prova atípica teria respaldo na amplitude probatória admitida pela Constituição, a partir da adequada interpretação da garantia do processo equitativo.

Desde aquela época a doutrina já se inclina no sentido de reconhecer a *livre admissibilidade dos meios de prova*.²⁸

27. Essa é a posição de Jorge Miranda e Rui Medeiros, amparada em decisão do Tribunal Constitucional (MIRANDA e MEDEIROS, *Constituição...*, vol. 1, p. 324). No mesmo sentido: MENDES, João de Castro; SOUSA, Miguel Teixeira de. *Manual de processo civil*. Lisboa: AAFDL, 2022, v. 1, p. 505.

28. Reconhecendo a admissibilidade das provas atípicas no sistema português, confira-se: SILVA, Paula Costa e.; REIS, Nuno Trigo dos. A prova difícil: da probatio levior à inversão do ónus da prova. *Revista de Processo*, n.º 222, p. 149-170, ago/2013; VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual de processo civil*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1985, p. 467-469; ALEXANDRE, Isabel. *Provas ilícitas em processo civil*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 46; MARQUES, *A aquisição...*, p. 142-143 e 145; CAMPOS, Sara Rodrigues. *(In)admissibilidade de provas ilícitas: dissemelhança na produção de prova no direito processual?* Coimbra: Almedina, 2018, p. 44; CUNHA, António Júlio. *Direito processual declarativo à luz do Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Lisboa: Quid Juris, 2015, p. 350; BRANCO, *A prova...*, p. 120. Em sentido contrário: FREITAS, José Lebre de. *A ação declarativa comum* (à

Contudo, como não havia um dispositivo legal que admitisse expressamente o emprego de meios de provas não constantes do elenco legal, a doutrina dedicou-se a interpretar sistematicamente o sistema vigente, de modo a lhe tornar compatível com a diretriz constitucional do processo equitativo.

Esse esforço interpretativo era extraível, por exemplo, das lições de Miguel Teixeira de Sousa, ao tempo do CPC revogado: “Dada a importância da prova para a decisão da causa, é desejável que a lei não exclua a admissibilidade de outros meios de prova, além daqueles que são típicos. É salutar que a lei aceite a chamada prova atípica”.²⁹ Mais adiante, Teixeira de Sousa dedicava-se a interpretar a regra do art. 345, n.º 2, do Código Civil, que autoriza às partes convencionar um “meio de prova diverso dos legais quando o objecto do processo não for um direito indisponível e isso não contrarie razões de ordem pública”.³⁰ E arrematava trazendo dois exemplos em que a própria lei aceita a utilização de um meio de prova inominado ou atípico: (i) a prova da insuficiência econômica do requerente de apoio judiciário pode ser feita por qualquer meio idóneo (art. 19 do Decreto-Lei n.º 387-B/87)³¹; (ii) em certos casos os poderes inquisitórios do tribunal permitem a utilização de prova atípica, como ocorre nos processos de jurisdição voluntária (atual art. 986, n.º 2, do CPC)³².

luz do Código de Processo Civil de 2013). 4. ed. Coimbra: Gestlegal, 2017, p. 262-263.

29. SOUSA, Miguel Teixeira de. *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*. Lisboa: Lex, 1995, p. 198.

30. SOUSA, *As partes...*, p. 198.

31. Dispõe o art. 19 do Decreto-Lei n.º 387-B/87: “A prova da insuficiência econômica do requerente pode ser feita por qualquer meio idóneo.”

32. Dispõe o art. 986, n.º 2, do CPC: “O tribunal pode, no entanto, investigar livremente os factos, coligir as provas, ordenar os inquéritos e recolher as

Em estudo mais recente, elaborado em coautoria com João de Castro Mendes, Miguel Teixeira de Sousa parece ter alterado parcialmente o seu posicionamento, ao afirmar que, por força do art. 345, n. 2, do Código Civil, “fica vedado às partes ampliar o elenco legal de prova”. Porém, em seguida, ressaltam os autores que “nada obsta que a lei preveja meios de prova atípicos”.³³

No Brasil, há décadas a doutrina é unânime no sentido de admitir a produção de provas atípicas no processo civil. Os motivos para tal aceitação são bastante claros.

Tal como no sistema português, o direito à prova é extraível da garantia constitucional ao devido processo legal, nas perspectivas do contraditório e da ampla defesa. Contudo, no plano infraconstitucional, o sistema brasileiro possui a regra do art. 369 do CPC de 2015³⁴, segundo o qual “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

A correta interpretação deste dispositivo permite concluir que o processo civil brasileiro autoriza a produção de todos os meios de prova (típicos ou atípicos), desde que compatíveis com a lei (material ou processual) e com preceitos éticos. Disso decorre a inadmissibilidade da produção de provas ilícitas e de provas obtidas a partir de condutas imorais.³⁵

informações convenientes; só são admitidas as provas que o juiz considere necessárias”.

33. MENDES e SOUSA, *Manual...*, v. 1, p. 564.

34. Equivalente à regra contida no art. 332 do CPC de 1973 (atualmente revogado).

35. Sobre o tema, no Brasil, confira-se: AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 88-

Essa comparação permite concluir que no contexto do processo civil português, muito embora prevalecesse orientação doutrinária no sentido da amplitude probatória – e, conseqüente, da admissibilidade de provas atípicas – não parecia haver a mesma segurança no que se refere à aceitação de um direito da parte de comparecer perante o julgador para prestar as suas declarações. Ao tempo do CPC revogado, a intervenção oral das partes só seria possível quando a parte requeresse o depoimento de outra parte, o juiz determinasse o depoimento pessoal ou quando o juiz convocasse a parte para prestar esclarecimentos. Como se verá adiante, tais iniciativas tinham objetivos específicos, dentre os quais não se inseria a produção de prova em favor da parte depoente.

Essas circunstâncias justificam a análise dos antecedentes da prova por declarações de parte, o que permitirá atingir dois objetivos: (i) compreender qual espécie de controvérsia justifica a autorização para que a parte preste declarações com a finalidade de constituir prova em seu favor; e (ii) verificar se o CPC português contemplou esse meio de prova com atenção aos contextos histórico e legislativo que justificaram a sua admissão no passado.

2.2. Antecedentes da prova por declarações de parte: caso Dombo

Em 27 de outubro de 1993 o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – TEDH julgou caso paradigmático, envolvendo *Dombo Beheer B. V. vs. The Netherlands* (Banco).

Discutiu-se perante as cortes locais acerca da necessidade de se demonstrar no processo a existência de um acordo firmado

100. Na Itália, ver por todos: TARUFFO, Michele. Prove atipiche e convincimento del giudice. *Rivista di diritto processuale*, n. 3, p. 389-434, jul./set., 1973.

entre a Dombo e o Banco, que teria estendido verbalmente o limite de crédito da Dombo (e suas subsidiárias) junto à instituição financeira. Apenas duas pessoas estavam presentes nesta reunião, em que o benefício creditício teria sido acordado: um representante da Dombo e um representante do Banco. Contudo, apenas o funcionário do Banco foi autorizado a depor no processo e o fez na condição de testemunha. Não foi admitido o depoimento do representante da Dombo, sob o fundamento de que ele se confundiria com a própria parte e não seria admissível o testemunho de parte no processo.

Inconformada, a Dombo submeteu a questão ao TEDH, sob o argumento principal de que não teria sido observado o princípio da igualdade de armas, por ofensa ao seu direito a um “*fair hearing*”, garantido no art. 6º, parágrafo 1º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

O TEDH decidiu que, durante as relevantes negociações, os sujeitos atuaram em pé de igualdade, ambos com poderes para negociar em favor de suas respectivas partes. Logo, era difícil compreender o motivo pelo qual não deveriam ambos os sujeitos terem sido autorizados a provar. Com isso, concluiu que a Dombo foi submetida a uma desvantagem probatória substancial em relação ao Banco, o que implicou violação ao art. 6º, parágrafo 1º, da Convenção.

O TEDH passou a adotar como precedente a tese firmada no caso Dombo, especialmente no que concerne à preservação da igualdade de armas em termos probatórios. É o que se extrai, por exemplo, dos casos *Yvon vs. França*³⁶,

36. No caso, uma das partes detinha vantagens significativas sobre o acesso a informações, ocupava uma posição dominante no processo e tinha uma influência considerável sobre a apreciação do tribunal (TEDH, Processo nº 44962/98, julgado em 24/07/2003).

Lobo Machado vs. Portugal³⁷, De Haas e Gijssels vs. Bélgica³⁸ e Ankerl vs. Suíça³⁹.

Seguindo tal orientação firmada no âmbito do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a doutrina atual interpreta a regra do art. 6º, parágrafo 1º, da Convenção, nos seguintes termos: “Um processo equitativo exige, como elemento co-natural, que cada uma das partes tenha possibilidades razoáveis de defender os seus interesses numa posição não inferior à parte contrária; ou, de outro modo, a parte deve deter a garantia de apresentar o seu caso perante o tribunal em condições que não a coloquem em substancial desvantagem face ao seu oponente”.⁴⁰

-
37. Estabeleceu-se que o conceito de julgamento justo também implica o direito de as partes terem conhecimento e deduzirem comentários sobre todas as provas ou observações apresentadas (TEDH, Processo 15.764/89, julgado em 20/02/1996). No mesmo sentido: Vermeulen vs. Bélgica, Processo nº 190751, julgado em 20/02/1996.
38. No caso, uma das partes detinha cargos ou desempenhava funções que a colocava em situação de vantagem. Ao não autorizar a outra parte a produzir provas documentais ou testemunhais relevantes, o tribunal comprometeu a probabilidade de sucesso da ação intentada pela outra parte (TEDH, Processo nº 19983/92, julgado em 24/02/1997).
39. Reafirmou-se o princípio da igualdade de armas como um componente do conceito mais amplo de julgamento justo, que determina que a cada parte seja oferecida oportunidade razoável para apresentar seu caso, em condições que não a coloque em desvantagem substancial em relação a seu adversário (TEDH, Processo nº 17748/91, julgado em 23/10/1996). No mesmo sentido: Nideröst-Huber vs. Suíça, Processo nº 18990/91, julgado em 18/02/1997; Kress vs. França, Processo nº 39594/98, julgado em 07/06/2001.
40. BARRETO, *A Convenção...*, p. 169-170. Na mesma linha é a interpretação realizada por João de Deus Pinheiro Farinha: “O direito a um processo equitativo, no cível como no penal, implica que a parte possa expor as suas razões ao tribunal em condições não menos favoráveis do que as da parte contrária”; “O que se denomina normalmente por ‘igualdade de armas’, isto é, a igualdade de direitos processuais do acusado e do M.P. é um elemento

O princípio de que qualquer sujeito tem o direito a um processo equitativo assumiu relevância destacada no âmbito do direito comunitário. Prova disso é que o Tribunal de Justiça da União Europeia o considerou como princípio geral de direito da União Europeia, passando a ser “reconhecido e aplicado no quadro da União, quer quando os Tribunais da União são chamados a aplicar sanções aos operadores do mercado interno quer quando julgam ações de indemnização de perdas e danos”.⁴¹

Como se verá adiante, a orientação firmada no âmbito da jurisprudência do TEDH repercutiu de forma marcante sobre a legislação de países integrantes da União Europeia.

2.3. Repercussão sobre o processo civil holandês

A relevância da questão processual debatida no caso *Dombo* revigorou o debate acerca da admissibilidade da oitiva das partes pelo julgador para efeitos probatórios – e não para fins meramente de esclarecimento ou para a provocação da confissão.⁴²

A alteração do direito holandês parece ter sido a mais significativa. Passou-se a admitir o depoimento da própria parte, a partir do precedente formado no caso *Dombo*, derivado de um litígio originário daquele país. Ponderou-se du-

necessário a todo o processo equitativo” (FARINHA, João de Deus Pinheiro. *Convenção europeia dos direitos do homem anotada. Convenção para a protecção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais*. Lisboa, 1980, p. 31 e 32).

41. CAMPOS, PEREIRA e CAMPOS, *O direito...*, p. 132.

42. SILVA e REIS, *A prova...*, p. 149-170.