

A relevância constitucional da prova no Processo Civil e o *constat* na reforma da justiça

The constitutional relevance of the evidence in the Civil Procedure and the *constat* in the reform of justice

IRENE PORTELA¹

MARCIA OLIVEIRA²

Universidade Federal da Bahia (Brasil)

Sumário: 1. Introdução; 2. A prova. 3. “Prova por verificação não judicial qualificada”; 4. Conclusão.

Resumo: A reforma da justiça é um “dilema” chave da ordem pública e política portuguesa que ressurge sempre que se aborda a questão da economia, das finanças, da crise, do recuo no crescimento e da fuga dos investimentos estrangeiros. Inevitavelmente a questão coloca-se em cada legislatura. Reconhece-se o elevado investimento feito no sector da justiça, por um lado, e concomitantemente reconhece-se o esforço focado no encurtamento dos prazos, no uso da tecnologia ao longo de todo o desenvolvimento do processo. Todavia, o estrangulamento dos tribunais, a lentidão dos processos e a impunidade derivada do aproveitamento dos prazos da prescrição, persistem. Com a introdução de um novo meio de prova na panóplia dos meios probatórios admitidos no processo civil, através da reforma de 2013, é uma oportunidade única para agilizar os processos.

O constat como meio de prova para constatar a existência ou inexistência das pessoas e do estado em que elas se encontram, ou para constatar os atos ou os não atos, os bens ou a inexistência dos mesmos, após o exercício da observação, tornar-se-á inevitavelmente o meio probatório preferido das partes (autor e réu) por ser acessível, informativo e descomplexificar a lide.

Este meio de prova foi apenas introduzido em 2013, através do artigo 494º do Código do Processo Civil Português, e os Juizes estão neste momento a ponderar os seus benefícios e vantagens. Numa vertente extrajudicial, é impreterível que haja uma alteração legal do artigo do Código Notarial que conceda competências aos solicitadores para que eles possam emitir documentos autênticos .

Palavras-chave: provas; reforma da justiça; constat

Abstract: Justice reform is a key “dilemma” of Portuguese public and political order that comes up again when it comes to the question of economy, finance, crisis, retreat in growth, and flight of foreign investment. Inevitably, the question arises in each legislature. It recognizes the high investment made in the justice sector, on the one hand, and concomitantly recognizes the effort focused on shortening the deadlines, on the use of technology throughout the development of the process. However, the bottlenecks of the courts, the slowness of proceedings and the impunity arising from the use of the limitation periods, persist. With the introduction of a new means of proof in the panoply of the

¹ Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Santiago de Compostela (Espanha). Professora Coordenadora do Instituto Politécnico do Cavado e do Ave, Diretora do Departamento de Direito, Diretora do Centro de investigação Jurídica Aplicada (CIJA).

² Doutoranda, docente convidada do IPCA.

probative means admitted in the civil process, through the 2013 reform, it is a unique opportunity to streamline the processes.

The evidence as a verification of "to verify the existence or nonexistence of the persons and the state in which they are, or to verify the acts or non-acts, the assets or the absence thereof, after the exercise of the observation, The parties' preferred means of proof (author and defendant) will inevitably be found to be accessible, informative and to de-complex the dispute. But these evidences set were introduced in 2013 above the article 494° of the Procedural Portuguese Code and the judges are thinking know about theirs virtues and advantages. At an extrajudicial point of view, it is mandatory to change the article of the Notary Code to empowering solicitor's whit powers of issuing authentic documents.

Keywords: evidences; justice reform; constat

I. Introdução

A re(forma) da justiça passa pela reconstrução da confiança nas relações entre os agentes da justiça, na administração pública com os clientes. Para que serve o direito à queixa relativo ao mau desempenho dos serviços públicos, se tudo continua bloqueado? se o próprio sistema judicial permanece saturado? um processo não pode continuar em trânsito lento durante 4 ou 5 anos....esta insustentabilidade representa a entropia grave da organização da justiça, quantificável em prejuízos económicos elevados apesar dos elevados investimentos em tecnologia feitos no setor. Re(formar) o sector da justiça, com o uso do constat também significa, que o sistema recuperará da falta de confiança nele, recuperará da falta de segurança jurídica, do imobilismo e da asfixia, passando a ser célere e mais justo, mais democrático, com custas reduzidas, ao alcance dos cidadãos independentemente da sua capacidade de pagar ou da resiliência perante os confrontos.

Para explicarmos a introdução do meio de prova "constat" no processo civil vamos definir a "prova", e abordar a relevância constitucional da prova, numa primeira fase; apresentar o novo meio de prova introduzido no Processo Civil com a reforma de 2013; e finalmente demonstrar as razões para defender a proposta de alteração legislativa do código do notariado, necessária, para que o Constat também possa ser aplicado extrajudicialmente.

II. A Prova

A palavra "Prova" é etimologicamente uma palavra que deriva do latim "*probatio*", do verbo "*probare*", do que se define como aquilo que (o conceito que) serve para demonstrar, para verificação de, para examinar algo, para confirmar algo, para confrontar com... para a demonstração em juízo da verdade de um facto ou se uma versão desse facto – Ou seja, para estabelecer uma "*verdade por verificação*" ou uma "*verdade por demonstração*"³.

A definição legal da prova está prevista no direito substantivo, no artigo. 341° do Código Civil, que determina a função das provas: "As provas têm por função a demonstração da realidade dos factos".

Por esse motivo, a prova, regra geral, recai sobre matéria de facto, e nunca sobre a matéria de direito (salvo o previsto no artigo. 348.° do Código Civil). As provas são produzidas ou trazidas para análise dentro do processo com a função de demonstrar a verdade dos factos alegados pelas partes, o autor e réu, para a convicção do juiz, como prescreve o artigo. 341.° do Código Civil.

³ In lexico português –www.lexico.pt consultado em setembro de 2016

Segundo LOPES ROCHA⁴, a necessidade de motivar a decisão é uma das exigências do processo equitativo, um dos Direitos do Homem consagrado no artigo 6.º, § 1, da Convenção Europeia". A motivação deve permitir ao destinatário da decisão e ao público em geral compreender o raciocínio que conduziu o juiz a proferir aquela sentença, nomeadamente, a exposição dos factos em que se baseou e a enumeração das normas legais que aplicou para decidir naquele sentido, para e além disso, só uma decisão suficientemente motivada permite de modo eficaz o exercício do direito de recurso para um Tribunal Superior.

A fundamentação da decisão deve, pois, na expressão de PINTO de ALMEIDA⁵ permitir o exercício esclarecido do direito ao recurso e assegurar a transparência e a reflexão decisória, convencendo e não apenas impondo. A decisão vale o que valerem os seus fundamentos; a força obrigatória da sentença ou despacho está na decisão, mas, deve apoiar-se na justiça e os seus fundamentos destinam-se precisamente a convencer que a decisão é justa.

É na Constituição da República Portuguesa que se encontra o dever de fundamentação das decisões jurisdicionais, no artigo 205º CRP, devendo interpretar-se restritivamente a referência às decisões de mero expediente⁶. Das sentenças dispõe que as decisões dos Tribunais são fundamentadas nos casos e nos termos previstos na lei (artigo 208.º, n.º 1).

Reforçamos, no sentido de LOPES ROCHA, que a necessidade de motivar a decisão é uma das exigências do "processo equitativo", cuja enunciação está no nº 4 do artigo 20º da CRP. A sentença baseia-se na discussão da prova e deve ser fundamentada. Para TEIXEIRA DE SOUSA *"a função da prova é a demonstração de uma afirmação de facto. Como a verdade de qualquer afirmação depende da sua correspondência com a realidade (ou seja, a sua corroboração ou falsificação pelos factos), a prova de uma afirmação de facto pressupõe a formação da convicção do julgador sobre essa correspondência"*⁷. A fundamentação da sentença, assim como das decisões judiciais, têm assento constitucional após a Revisão Constitucional de 1997⁸, como se depreende do artigo.º 205º no 1 da CRP, *"as decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei"*. A fundamentação tem de ser clara, coerente, expressa e suficiente. Além disso, a fundamentação deve ser adequada à importância e às circunstâncias da

⁴ LOPES ROCHA, M. A., *A Motivação da Sentença*, Lisboa: Ministério da justiça. Gabinete de Documentação e Direito Comparado (1998), www.ministeriopublico.pt/contato/gabinete-de-documentacao-e-direito-comparado consultado em novembro de 2016, 95-114

⁵ PINTO DE ALMEIDA, F. M., *Fundamentação da sentença cível*, CEJ 2014 in www.trp.pt/ficheiros/estudos/pintoalmeida_fundamentacaosentencacivel.pdf com acesso em novembro de 2016, pp. 2 a 8

⁶O dever de fundamentação das sentenças só teve assento constitucional com a Revisão Constitucional de 1982 , com a Lei Constitucional nº1/82, de 30 de setembro), a qual introduziu no nº 1 do Artigo 210º a seguinte norma "As decisões dos tribunais são fundamentadas nos casos e nos termos previstos na lei". Acerca deste ponto GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, pp 798-799, referem que o dever de fundamentar as decisões judiciais está dependente da sua consagração na lei ordinária, mas que tal previsão não é totalmente discricionária, na medida em que o dever de fundamentação das decisões finais tomadas nos processos judiciais faz parte do próprio conceito de "Estado de Direito Democrático".

⁷TEIXEIRA DE SOUSA, M. , *As Partes, o Objecto e a Prova na Ação Declarativa*, Lisboa: Lex, 1995, pp. 195 e 196

⁸ GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, pp 208-209

decisão⁹, não devendo ser o destinatário a adivinhar as razões e os factos em que a decisão assenta; a motivação da decisão não pode ser obscura ou de difícil compreensão, nem deve aparecer envolta em vícios lógicos; Não se trata de uma mera exigência formal, porque a fundamentação tem uma dupla função: de carácter objectivo - pacificação social, legitimidade e autocontrolo das decisões; e de carácter subjetivo – consubstanciando a garantia do direito ao recurso¹⁰ e controlo da correção material e formal das decisões pelos seus destinatários¹¹. Devemos, por conseguinte, concluir, que a fundamentação das decisões judiciais tem assento na Lei Fundamental como garantia integrante do conceito de Estado de Direito Democrático, cabendo à lei ordinária a promoção desta garantia através de normas que cumpram os pressupostos da fundamentação: - “a fundamentação ou motivação factice dos atos decisórios através da exposição concisa e completa dos motivos de facto como das razões de direito que justificam a decisão”¹². A condição do gozo do direito da cidadania desdobra-se num feixe de direitos, de entre os quais encontramos o direito a obter a explicação do raciocínio do juiz na elaboração da sentença. Para além dessa compreensão, o faz ainda parte do exercício da cidadania a garantia de que a sentença será instrumentalmente objeto de ponderação e de legitimação e ainda, poderá ser submetida à apreciação de uma jurisdição superior pela via do recurso. Esta dupla exigência representa a concretização do direito a um processo equitativo nos termos do n.º4 do artigo 20.º da CRP, e ainda a efetiva realização de uma garantia integrante do próprio conceito de Estado de Direito Democrático (artigo 2.º CRP)¹³.

III. “Prova por verificação não judicial qualificada”

É no meio de prova designado de “prova por verificação não judicial qualificada” (artigo 494.º CPC e Segs.), inserido no CPC implementado pela reforma de 2013 que desenvolve um quadro de inovação, de descomplexificação e simultaneamente uma forte oportunidade para a reforma da justiça, a reforma na confiança jurídica e na efectividade das sentenças, através do uso do “constat”. A prova por verificação não judicial qualificada ocorre quando seja legalmente admissível a inspeção judicial, mas o juiz entenda que esta se não justifica, face à natureza da matéria, a percepção direta dos factos pelo Tribunal e incumbe para o efeito técnico ou pessoa qualificada para proceder aos atos de inspeção de coisas ou locais ou de reconstituição de factos e elaborar relatório sobre as verificações efetuadas. As verificações não judiciais qualificadas parecem autonomizar-se da inspeção judicial e da prova pericial, em primeiro lugar, pela pessoa que as realiza: não se trata nem do tribunal nem de um perito, mas de um técnico ou pessoa qualificada. E, na medida em que este técnico ou pessoa qualificada realiza a própria diligência, não se limitando a acompanhar o tribunal, também não se confunde com o técnico que intervém na inspeção judicial (previsto no artigo 492.º do CPC de 2013). As verificações não judiciais qualificadas distinguem-se da prova pericial no ponto em que, se não for legalmente admissível a inspeção judicial, as verificações não judiciais qualificadas não podem ter lugar: portanto, o âmbito destas é menor do que o da perícia.

- Qual é a força probatória deste meio de prova? Que atestações se obtêm através do uso deste meio probatório?

A lei civil só confere valor de prova plena aos documentos autênticos (artigo 363, n.º 2, acrescido do artigo 371.º do Código Civil).

⁹MIRANDA, J. e MEDEIROS, R., CRP Anotada, Tomo III, pp 70-73

¹⁰ Vide Ac.n.º 55/85 do TC de 25.03.1985

¹¹ LOPES ROCHA, Op. Cit. 95-114

¹² Proc. n.º 129-C/2001.C1 - Ac. do TRC in www.dgsi.pt/, em setembro de 2016.

¹³ GOMES CANOTILHO E VITAL MOREIRA, Op. Cit. pp.208-209

É um documento autêntico, fazendo prova plena dos factos que são descritos como tendo sido praticados por quem o elaborou, assim como dos factos por si percebidos – artigo 371.º do Código Civil

O constat, não se confunde nem, pode ser considerado como uma prova pericial, porque esta é uma prova que tem subjacente a necessidade de percepção e apreciação de factos que exigem conhecimentos técnicos e pressupõe que o perito seja pessoa habilitada com tais conhecimentos – vide “especialista/técnico” que acompanha o Juiz na diligência¹⁴.

A introdução deste novo meio de prova visou, nos termos que ficaram consignados na “Exposição de Motivos”, da Proposta de Lei n.º 113/XII, permitir que “sejam averiguados com acrescida eficácia e fiabilidade factos que, não implicando o juízo científico que subjaz à prova pericial, possam ser melhor fixados ou esclarecidos por entidade isenta e imparcial e tecnicamente apetrechada (evitando o habitual recurso à falível prova testemunhal para a sua determinação e dispensando as inspeções judiciais que não sejam proporcionais ao relevo e natureza da matéria litigiosa)” (afigura-se-nos que o verdadeiro fundamento será o que consta entre *parentsis*)”.

Extrajudicialmente, o valor probatório que é atribuído ao Constat pelo artigo 494.º do C.P.C. não pode ser limitado a um meio de produção antecipada de prova, pelo menos de *jure constituto*... mas poderemos chegar lá se mantiver o esforço de emancipação da prova testemunhal.

Por ora, o valor probatório do constat não poderá ser dissociado do valor probatório testemunhal de quem o elaborou.

A apreciação passará a ser, diremos que diametralmente oposta, quando e se se obtiver o reconhecimento legislativo da competência própria do Solicitador para lavrar o constat, o mesmo é dizer, perceber os factos que nele se pretende registar e emitir certificados de factos que tenha verificado, à semelhança do previsto na alínea e) do n.º 2 do artigo 4.º do Código do Notariado. Tendo o Solicitador a competência legal para certificar atos de factos que tenha verificado.

Os efeitos práticos desta proposta de alteração legislativa para fins extrajudiciais¹⁵ no que diz respeito ao Código do Notariado (artigo 4º, nº 2, al.6)) resulta a curto prazo numa economia de recursos para o universo dos requerentes/clientes dos vários serviços administrativos e judiciários, com as subseqüentes reanimação da confiança negocial e da alimentação da economia.

O constat encontra o seu fundamento jurídico no artigo 494º. do CPC como meio de prova que será cada vez mais usado perante as vicissitudes dos outros meios de prova, que por força da evolução da tecnologia, a uma velocidade vertiginosa, não conseguem explicar/comprovar/demonstrar a razão dos factos, nem o grau de gravidade dos danos, da responsabilidade, deixando por esclarecer muitos aspectos nos Autos, mas que são imprescindíveis para se fazer justiça.

¹⁴O artigo 371º Código Civil “ 1. Os documentos autênticos fazem prova plena dos factos que referem como praticados pela autoridade ou oficial público respectivo, assim como dos factos que neles são atestados com base nas percepções da entidade documentadora; os meros juízos pessoais do documentador só valem como elementos sujeitos à livre apreciação do julgador. 2. Se o documento contiver palavras emendadas, truncadas ou escritas sobre rasuras ou entrelinhas, sem a devida ressalva, determinará o julgador livremente a medida em que os vícios externos do documento excluem ou reduzem a sua força probatória.”

¹⁵ Em sentido contrário, ISABEL ALEXANDRE, A Fase de Instrução e os Novos meios de Prova no Código do Processo Civil de 2013 p.291-295, in O Novo Processo Civil Contributos Da Doutrina Para a Compreensão do Novo Código do Processo Civil. Caderno 1, Cej.

O reconhecimento do valor da prova pelo tribunal e pelas seguradoras, facilita muito o andamento do processo e a resolução do próprio litígio, permitindo uma rigorosa e objetiva reconstrução dos factos ocorridos no dia do “sinistro”. Ora uma vez estabelecida a prova, as partes terão interesse em transigir, pondo fim ao litígio. Ou, caso não tenham intentado a ação, resolver o litígio extrajudicialmente, prevenindo-se de um pleito muitas vezes longo, incerto e oneroso.

Concretizam-se diariamente negócios na internet relativamente a equipamentos cujo funcionamento se desconhece, ignorando completamente quem é o interlocutor. Tem-se acesso a informação cuja fonte não existe, ignora-se completamente o que pode acontecer com as fotografias guardadas no telemóvel – vive-se na ilusão de dominar a vida privada e digital, sem cuidar dos riscos a que se está exposto. No mundo digital os meios probatórios tradicionais são inoperantes, pelo que o tribunal deve também munir-se de nova tecnologia ou de recursos que possam suprir as lacunas da cyber-tecnologia.

O constat apresenta para as partes em litígio uma garantia de objetividade, de neutralidade e de imparcialidade. A administração da prova, pelo tribunal, ou seja a pedido do Juiz representa uma considerável evolução técnica que se coaduna com mudanças tecnológicas que a produção da prova tem registado nos últimos anos. Os meios probatórios cada vez mais sofisticados, produzidos de forma profissional em ambiente de laboratório apresentam “novas provas” que resultam do uso exclusivo das tecnologias, tais como o DNA, a balística, as impressões digitais, as experiências biológicas, as mensagens de texto, as SMS, as MMS, o IP, a assinatura electrónica, os emails,... o que apresenta novos desafios ao Juiz e às partes que necessitam de provar os seus argumentos.

IV. Conclusão

Elaborar o Constat em casos de prática de crimes de difamação nos canais digitais que ofendem as pessoas e os seus bens: os crimes praticados na internet contra a imagem, contra as crianças, o bom nome, a vida privada e a familiar (a divulgação de fotografias, a divulgação de imagens informação privada...). Os crimes na internet também podem ser crimes contra a propriedade industrial (cópia, contrafação, falsificação de marca, plágio de blogue, cópia de produto, de conteúdo, desenhos, modelos, ...). O Constat servirá para atestar os danos na imagem da vítima e as lesões no seu bom nome; Para atestar o tipo de argumentos difamantes usados no crime de difamação; Atesta os elementos da falsificação; Atesta os elementos da oferta comercial falsa e enganadora; Atesta os elementos do crime de *cybersquatting* e *typosquatting*; Atesta os elementos do parasitismo; Atesta os elementos do *phishing*; Atesta os elementos dos conteúdos ilícitos; Atesta os elementos dos defeitos materiais encontrados nos produtos contrafeitos; Atesta os elementos da constatação da salvaguarda de provas em suporte informático;

O constat pode ser usado para provar a boa fé do seu requerente: para documentar descobertas de arquivamento com a finalidade de provar a antecipação da prova; as condições da venda; a existência dos direitos de autor; O constat no âmbito de um site realiza-se página a página consultada até chegar à raiz do problema – as páginas corresponderão à “captura do que o ecrã do computador apresenta” até chegar ao site em questão. No Auto, deverá estar explicado de forma específica os vários passos seguidos para chegar à página a atestar e constatar, assim como aos elementos que devem ser constatados no Constat. O Auto do constat pode recair sobre vários sites da Internet, no caso do plágio. Pode também ser efetuado sobre um espaço privado, numa caixa de correio, e neste caso será o próprio proprietário que deverá requerer o Auto de atestação/constatação. Nos casos de concorrência desleal para elaborar o Constat sobre os lotes de mercadoria constituídos por objetos contrafeitos. No direito da família, o estabelecimento da presunção de paternidade, no divórcio o adultério, a separação; o rol

dos bens no inventário; O Constat da ocorrência de acidentes, de trabalho, rodoviários, nas manifestações, nas clínicas, nos hospitais, quer em bens materiais, quer em pessoas, danos físicos visíveis antes de as vítimas serem internadas ou levadas pelo INEM- ou nas urgências para efeitos de prova para apresentar às Seguradoras. Em resumo, do âmbito da possibilidade de “constatar” o estado das coisas e das pessoas resultam para os Solicitadores e para os Agentes de Execução áreas de referência que podem ser exploradas através desta ferramenta (ao abrigo do artigo 494º do CPC) na prossecução desta tarefa de especialização no uso do Constat.

Além de ser um meio de prova expedito, de reduzido custo, ao alcance de qualquer pessoa, o seu uso vai vulgarizar-se a todos os sectores da vida cotidiana e assim demonstrar que a apresentação da prova logo na audiência preliminar em vez de ser limitativa para as partes, pode ser libertadora, no sentido em que pode logo sanar-se o litígio com a sua resolução porquanto existe a representação clara dos danos, das circunstâncias, dos factos e uma descrição dos fundamentos do pedido. Com este recurso a justiça poderá ser mais célere, mais fiável, mais acessível, menos onerosa, mais credível, mais justa com respostas rápidas, na segurança dos negócios jurídicos, na confiança das relações entre os agentes da justiça com os seus clientes, e destes entre si.