

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MOÇAMBIQUE  
FACULDADE DE DIREITO**

**PASCOAL FRANCISCO JUSSA**

**PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL**

**NAMPULA**

**2025**

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MOÇAMBIQUE  
FACULDADE DE DIREITO**

**PASCOAL FRANCISCO JUSSA**

**PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL**

Tese submetida à Faculdade de Direito da  
Universidade Católica de Moçambique para obtenção  
de grau de Doutor em Direito Privado

**Supervisor:** PhD Tomás Timbane

**NAMPULA**

**2025**

## DECLARAÇÃO DE AUTENTICIDADE

A presente Tese foi realizada por Pascoal Francisco Jussa, estudante de Doutoramento em Direito Privado, pela UCM, no ano lectivo 2021/2024.

O estudante ora autor da Tese declara:

- i) o conteúdo das páginas que se seguem é de sua autoria, e que decorre do estudo, investigação e trabalho próprio;
- ii) quaisquer materiais utilizados para produção deste trabalho não colocam em causa direitos de Propriedade Intelectual de terceiras entidades ou sujeitos e onde foram usadas ideias dessas entidades ou sujeitos, houve o cuidado de citá-los devidamente segundo as regras impostas pelos artigos 32º a 35º do Manual de Regras para a Elaboração e Apresentação de Trabalhos Académicos de Licenciatura, Mestrado e Doutoramento da UCM;
- iii) este trabalho de Tese, ou partes dele, não foi previamente submetido como elemento de avaliação nesta ou noutra universidade;
- iv) tem conhecimento das definições relativas ao regime de avaliação sob o qual incidirá esta Tese, conforme as regras da UCM, pelo que atesta que cumpre as referidas regras.

**FICHA DE AVALIAÇÃO**  
**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MOÇAMBIQUE**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**DOUTORAMENTO EM DIREITO PRIVADO**  
  
**PASCOAL FRANCISCO JUSSA**

**PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL**

Nampula, 6 de Fevereiro de 2025

**Resultado** \_\_\_\_\_ **Valores**

**Membros do Júri**

\_\_\_\_\_  
O Presidente do Júri:

\_\_\_\_\_  
O Supervisor

\_\_\_\_\_  
Os Arguentes; Os Vogais

\_\_\_\_\_  
O Estudante

## **AGRADECIMENTOS**

À minha família pelo carinho e o amor que sempre me proporcionou. Aos meus filhos, à minha mãe, à minha esposa, Alda Maria Jucundo Salia Jussa, que sempre esteve presente na minha vida, com palavras de apoio, confiança e incentivo, acreditando no meu trabalho, me dando forças para continuar a minha caminhada, que me acompanhou desde o princípio, com dedicação, paciência e amor, todos os dias, ao longo do meu trabalho, fazendo-me sentir especial.

Aos meus mestres, desde os tempos do Seminário - na Fraternidade dos Franciscanos Capuchinhos, os Capuchinhos de Trento (Coalane e Mocuba), os Capuchinhos de Bari (Inhassunge), hoje em dia, todos Capuchinhos de Moçambique; aos da UEM (Universidade Eduardo Mondlane), onde fiz a licenciatura em Direito, aos desta UCM (Universidade Católica de Moçambique), onde obtive o Mestrado em Direito Civil e vou obtendo o Doutoramento e Direito Privado, em especial, ao meu orientador, PhD Tomás Timbane, por compartilhar a sua sabedoria e pelos ensinamentos realizados.

E finalmente, a todos que contribuíram, directo ou indirectamente, para a finalização do meu trabalho.

## **DEDICATÓRIA**

À memória e à saudade do meu Pai.

## EPÍGRAFE

“Sonhe como se fosse viver para sempre, viva como se fosse morrer amanhã”

(James Dean)

## ABREVIATURAS

Ac...Acórdão

AAFDL...Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.

CC...Código Civil

C com...Código Comercial

CE...Código de Estrada

CPC...Código de Processo Civil

IPAJ...Instituto de Patrocínio e Assistência Judiciária.

LF...Lei da Família

LS...Lei das Sucessões

LT...Lei de Trabalho

MA...Mestre

RC...Relação de Coimbra (Portugal)

RE...Relação de Évora (Portugal)

RL...Relação de Lisboa (Portugal)

RP...Relação de Porto (Portugal)

STJ...Supremo Tribunal de Justiça (Portugal)

TS...Tribunal Supremo de Moçambique

TSR...Tribunal Superior de Recurso

UC...Universidade de Coimbra

UCM...Universidade Católica de Moçambique

UEM...Universidade Eduardo Mondlane

## RESUMO

A presente Tese de Doutorado aborda a questão referente a prova ilícita no processo civil, mais propriamente a admissibilidade ou não da prova ilícita no processo civil moçambicano e toma-se uma posição. Discute-se a pertinência do tema, como também, permeio, aborda-se o ónus de prova e a inversão de ónus da prova no Direito moçambicano. Assim sendo, aborda-se o conceito legal, doutrinário e jurisprudencial da prova. Estabeleceram-se dois objectivos: gerais e específicos. É objectivo geral, abordar a prova ilícita no processo civil, indicando os pontos relevantes. São objectivos específicos: definir o conceito legal, doutrinário e jurisprudencial da prova e prova ilícita, distinguindo-a doutros conceitos afins, como seja a prova irregular etc.; verificar as situações de ónus da prova, apontando como ocorre a inversão de ónus de prova e por que razão tal acontece; abordar os princípios processuais cíveis, ligados ao direito probatório. A Tese está estruturada em partes: para além da introdução, as conclusões e recomendações, tem 9 (nove) capítulos, nomeadamente: I) Quadro metodológico; II) Conceptualização de prova; III) Natureza jurídica da prova; IV) Princípios de prova; V) Importância de prova para decisão; VI) Ónus de prova no Direito moçambicano; VII) Conceptualização de prova ilícita; VIII) (In) admissibilidade de prova ilícita no processo civil; IX) Análise, interpretação e discussão de resultados. Houve desenvolvimento detalhado de todos os tópicos indicados, nomeadamente, porque mais importante, a conceptualização da prova ilícita e a posição tomada, quanto a sua admissibilidade ou não, no processo civil. Nesse sentido, houve indicação de jurisprudência comparada sobre a admissibilidade de prova ilícita. Culminou com conclusões, recomendações e bibliografia utilizada. Conclui-se, entre outras coisas, que em Moçambique, a proibição de prova ilícita não é uma regra, é um princípio com dignidade constitucional, porém existem outros princípios igualmente com dignidade constitucional, pelo que o princípio da proibição de prova ilícita não é absoluto, é relativo, em certos casos cede perante outros princípios, não seguindo a rigidez das regras. O ónus de prova, por estar ligado ao princípio dispositivo, houve que abordar os dois, conjuntamente. Indicaram-se as duas razões justificativas da inversão de ónus de prova: a) razões de natureza particular; b) razões de natureza pública. A justificação ou relevância da pesquisa é que ela discute a questão de prova, com profundidade, por ser a prova um elemento muito importante no julgamento da matéria de facto e no ajuizamento, que culmina com sentença que se pretende justa. O tipo da metodologia utilizada é descritiva, qualitativa, bibliográfica, porque explica o problema que o tema levanta, a partir de referências teóricas publicadas em livros. O resultado e a conclusão do estudo, defende a admissibilidade da Prova ilícita no processo civil moçambicano, em certas circunstâncias. Faz a delimitação da questão da prova ilícita no processo civil, ónus da prova, a inversão de ónus da prova e discute os princípios de processo civil, ligados ao direito probatório. O estudo, para além de tomar posição, que é propriamente a tese defendida, de admissibilidade de prova ilícita no processo civil, faz também uma humilde recomendação. Finalmente o estudo pretende que as humildes considerações em volta do tema, ajudem os profissionais do direito civil e processual civil, os *jus-civilistas*, a ajuizarem da melhor maneira, sobre a prova.

**Palavras-Chaves:** Prova ilícita, ónus da prova e inversão de ónus, princípios de prova.

## ABSTRACT

This Doctoral Thesis addresses the issue relating to illegal evidence in civil proceedings, more specifically the admissibility or otherwise of illegal evidence in Mozambican civil proceedings and takes a position. The relevance of the topic is discussed, but also, in addition, the burden of proof and the reversal of the burden of proof in Mozambican law are discussed. Therefore, the legal, doctrinal and jurisprudential concept of proof is addressed. Two objectives were established: general and specific. The general objective is to address illicit evidence in civil proceedings, indicating the relevant points. The specific objectives are: to define the legal, doctrinal and jurisprudential concept of evidence and illicit evidence, distinguishing it from other related concepts, such as irregular evidence, etc; verify burden of proof situations, pointing out how the burden of proof is reversed and why this happens; address civil procedural principles, linked to the law of evidence. The thesis is structured in parts: in addition to the introduction, conclusions and recommendations, it has 9 (nine) chapters, namely: I) Methodological framework; II) Conceptualization of proof; III) Legal nature of the evidence; IV) Principles of proof; V) Importance of evidence for decision; VI) Burden of proof in Mozambican law; VII) Conceptualization of illicit evidence; VIII) (In)admissibility of illegal evidence in civil proceedings; IX) Analysis, interpretation and discussion of results. There was a detailed development of all the topics indicated, namely, and most importantly, the conceptualization of illicit evidence and the position taken, regarding its admissibility or not, in the civil process. In this sense, comparative case law was indicated on the admissibility of illegal evidence. It culminated in conclusions, recommendations and bibliography used. It is concluded, among other things, that in Mozambique, the prohibition of illegal evidence is not a rule, it is a principle with constitutional dignity, however there are other principles equally with constitutional dignity, so the principle of the prohibition of illegal evidence is not absolute, it is relative, in certain cases it gives way to other principles, not following the rigidity of the rules. The burden of proof, because it is linked to the dispositive principle, had to address both together. The two reasons justifying the reversal of the burden of proof were indicated: a) reasons of a private nature; b) reasons of a public nature. The justification or relevance of the research is that it discusses the issue of evidence in depth, because evidence is a very important element in the judgment of the factual matter and in the judgment, which culminates in a sentence that is intended to be fair. The methodology used is descriptive, qualitative and bibliographic, because it explains the problem raised by the topic, based on theoretical references published in books. The result and conclusion of the study defend the admissibility of illicit evidence in Mozambican civil proceedings, in certain circumstances. It delimits the issue of illicit evidence in civil proceedings, the burden of proof, the reversal of the burden of proof and discusses the principles of civil procedure, linked to evidentiary law. The study, in addition to taking a position, which is precisely the thesis defended, on the admissibility of illicit evidence in civil proceedings, also makes a humble recommendation. Finally, the study intends that the humble considerations surrounding the topic will help professionals in civil law and civil procedural law, civil law specialists, to judge the evidence in the best way possible.

**Key words:** Illegal evidence, burden of proof and reversal of burden, principles of proof.

## ÍNDICE

DECLARAÇÃO DE AUTENTICIDADE.....	III
FICHA DE AVALIAÇÃO.....	IV
AGRADECIMENTOS.....	V
DEDICATÓRIA.....	VI
EPÍGRAFE.....	VII
ABREVIATURAS.....	VIII
RESUMO.....	IX
ABSTRACT.....	X
INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I.....	19
1.1.O QUADRO METODOLÓGICO.....	19
CAPÍTULO II.....	27
2.1. A PROVA.....	27
2.1.1 Conceito.....	37
2.1.2. Prova como actividade.....	45
2.1.3. Prova como meio.....	46
2.1.4. Prova como resultado.....	48
CAPÍTULO III.....	49
3.1. A NATUREZA JURÍDICA DA PROVA.....	49
3.1.1. Teoria da natureza Processual.....	51
3.1.2. Teoria da natureza Substantiva.....	52
3.1.3. Teoria da natureza mista.....	54
3.1.4. Posição adoptada.....	56
CAPÍTULO IV.....	58
4.1. OS PRINCÍPIOS DA PROVA.....	58
4.1. 1. O Princípio da prova livre.....	59
4. 1. 2. O Princípio do contraditório, ou audiência contraditória.....	65
4. 1. 3. O Princípio da legalidade.....	68
4. 1. 4. O Princípio do valor extraprocessual das provas.....	69
4.1.5. O Princípio de aquisição processual.....	72
4.1.6. O Princípio do inquisitório.....	74
4.1.7. O Princípio da proporcionalidade.....	77

4.1.8. O Princípio da boa-fé e da cooperação processual .....	82
4.1.9. O Princípio de imediação e oralidade .....	84
4.1.10. O Princípio da plenitude da assistência do juiz .....	85
4.1.11. O Princípio da economia processual .....	85
4.1.12. O Princípio da celeridade processual .....	87
4.1.13. O Princípio da igualdade .....	87
CAPÍTULO V .....	95
5.1. A IMPORTÂNCIA DA PROVA.....	95
5.1.1. As Provas (in) admissíveis no direito civil moçambicano.....	97
5.1.2. A Classificação das provas.....	125
CAPÍTULO VI.....	127
6.1.O ÔNUS DE PROVA NO DIREITO MOÇAMBICANO .....	127
6.1.1. O Ônus da Prova e as Presunções, Caso Julgado, Confissão .....	138
6.1.2. O Ônus da Prova e as Presunções Jurídicas.....	143
6.1.3. O Ônus da Prova e o Caso Julgado .....	144
6.2. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO CIVIL MOÇAMBICANO .....	145
6.3. O ÔNUS DE PROVA VERSO REGRAS SOBRE INTERPRETAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS .....	151
6.4. O ÔNUS DA PROVA E AS PRESUNÇÕES JURÍDICAS.....	153
6.5. JURISPRUDÊNCIA SOBRE ÔNUS DA PROVA.....	156
CAPÍTULO VII.....	163
7.1. A PROVA ILÍCITA.....	163
7.1.1. Figuras afins. ....	174
7.1.2. Enquadramento doutrinário da questão da prova ilícita.....	179
CAPÍTULO VIII .....	180
8.1. (IN) ADMISSIBILIDADE DE PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL.....	180
8.1.1. Inadmissibilidade da Prova Ilícita, sem restrições no Processo Civil ....	199
8. 1.2. Admissibilidade da Prova Ilícita sem restrições, no Processo Civil.....	202
8. 2. AS PROVAS ILÍCITAS E O DIREITO À VIDA E A INTEGRIDADE FÍSICA OU MORAL NO DIREITO COMPARADO. ....	218
8. 3. AS PROVAS ILÍCITAS E A ABUSIVA INTROMISSÃO NA VIDA PRIVADA OU FAMILIAR, NO DOMICÍLIO, NA CORRESPONDÊNCIA OU NAS TELECOMUNICAÇÕES.....	220

8. 4. AS PROVAS ILÍCITAS E O SEGREDO DE ESTADO. ....	233
8. 5. AS PROVAS ILÍCITAS E O SIGILO PROFISSIONAL OU O SEGREDO DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS. ....	234
8.6. AS PROVAS (IN) ADMISSÍVEIS NO DIREITO CIVIL MOÇAMBICANO .....	235
8.7. ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL NO DIREITO COMPARADO .....	242
CAPÍTULO IX.....	278
9.1. ANÁLISE, INTERPRETAÇÃO E DISCUSSÃO DE RESULTADOS ...	278
CONCLUSÕES.....	286
CONSIDERAÇÕES FINAIS E RECOMENDAÇÕES.....	289
BIBLIOGRAFIA.....	290

## INTRODUÇÃO

A presente Tese tem por finalidade tratar, em termos gerais, o assunto da prova e tratar no aspecto específico ou mais concretamente, a questão da admissibilidade ou não de prova ilícita no processo civil, em face do Código de Processo Civil de Moçambique.

De permeio, vai-se fazer uma abordagem do ónus da prova no direito processual moçambicano, dado que a admissibilidade ou não de prova ilícita no processo civil tem também uma ligação com a questão de ónus de prova e inversão de ónus de prova; vão se indicar os princípios relacionados ao direito processual civil no aspecto ligado ao direito probatório.

Pretende-se, antes de mais, trazer a conceptualização, na dogmática jurídica do que se entende por Prova e posteriormente como opera o sistema de ónus de prova e a inversão do ónus, no direito processual civil pátrio.

A razão justificativa do tema tem a ver com o facto de ser a prova, algo essencial para o processo, seja qual ele for, e no caso, processo civil, a prova visa descobrir a verdade formal e principalmente, a verdade material. Grande parte de litígios cíveis é solucionada, sobretudo, e por vezes exclusivamente, quando o juiz aprecia as questões factuais que lhe são presentes, por intermédio de prova.

Depois que forem abordados os aspectos gerais da prova, necessariamente terão que ser debruçados nesta Tese aspectos particulares sobre o ónus e inversão de ónus de prova e principalmente o aspecto da prova ilícita, sua admissibilidade ou não no Direito Processual Civil moçambicano.

Porque a prova no processo civil tem que ver com o ónus da prova, isto é, quem tem que provar o quê, entre as partes litigantes (autor e réu; requerente e requerido; exequente e executado; embargante e embargado; embargante de terceiro e embargado, etc), para convencer o tribunal da sua pretensão, e isso impacta no tema de admissibilidade ou não de prova ilícita no direito processual civil moçambicano, haverá que estabelecer uma ligação possível entre o ónus de prova, incluindo a inversão do mesmo e a problemática de admissibilidade ou não de prova ilícita no processo civil.

Relativamente à questão de ónus de prova, sabe-se que na doutrina clássica as regras legais sobre ónus de prova eram o limite sério à iniciativa da prova pelo juiz, principalmente nos litígios em torno de direitos materiais disponíveis.

Tal se justificava porque nessa época clássica, o princípio do dispositivo era muito pronunciado no âmbito do direito processual civil. Esta tendência tem sido invertida nos últimos tempos ou nos tempos modernos, onde voltou a dar-se importância ao princípio do inquisitório no processo civil, não sendo odiernamente, o juiz civil, um mero espectador do jogo entre as partes litigantes.

A questão de ónus de prova centra-se no aspecto de que não cumprindo o ónus de prova a consequência seria o insucesso da causa por parte de quem devia provar o facto. O que não prova o facto no processo civil, enquanto tinha o ónus da prova, assume o risco de vir a perder a causa pois alegar um facto e não provar o facto alegado equivale a não ter alegado, ou facto alegado e não provado é o mesmo que facto inexistente.

As regras de ónus de prova, destinam-se a orientar o juiz civil, no momento de julgar a causa, no momento em que toda a instrução processual já está feita. Assim, a parte que não trazer aos autos a prova que possa convencer o juiz, acerca dos factos que alega, em defesa da sua pretensão, vai sofrer a sucumbência na acção.

Pode-se, em jeito de pré-conclusão, antecipando as conclusões da Tese que se defende - neste aspecto particular de ónus de prova, sua inversão, ligado ao tema de – a admissibilidade de prova ilícita no processo civil - referir que: no processo civil contemporâneo não mais vigora, em tema de prova, o radicalismo do princípio de dispositivo, segundo o qual, cabe ao juiz civil, julgar a causa conforme o alegado pelas partes litigante e provado pelas mesmas partes, na medida das suas alegações.

Hoje em dia ou na actualidade, o que prevalece é a procura de um sistema justo no sentido de que ao juiz civil cabe julgar, sim, mas julgar conforme o alegado pelas partes e mediante a prova disponível, não importando se a prova, a produção e junção da mesma prova, proveio de iniciativa de uma ou da outra parte processual, ou de ambas partes (Ónus objectivo).

Relativamente aos princípios processuais relativos ao direito probatório que neste trabalho são apresentados em termos extensos e quase exauridos, tal se justifica, por os princípios processuais probatórios serem tão importantes pois para compreender um

determinado sistema jurídico nada melhor que conhecer os princípios desse sistema jurídico. Para melhor abordar a questão de admissibilidade ou não admissibilidade de prova ilícita no processo civil nada melhor do que começar por abordar os princípios do direito probatório.

Dado que o tema da Tese – (In) admissibilidade de prova ilícita no processo civil - toca o aspecto da prova, então fica claro que é necessário conceitualizar a prova. Assim, neste trabalho de pesquisa se irá definir o conceito legal, doutrinário e jurisprudencial da prova, por um lado, o conceito legal, doutrinário e jurisprudencial de prova ilícita, por outro.

O ónus da prova é abordado neste trabalho porque no processo civil pátrio verificam-se situações legais, onde se dá a inversão de ónus da prova e tal tem ligação com os princípios de processo civil relacionados ao direito probatório.

Ora, precisamente como se traçou preliminarmente acima de que o tema da Tese tem como objectivo geral a questão da prova e seguido ao aspecto geral, estão os aspectos específicos, nomeadamente a abordagem do assunto da admissibilidade ou não da prova ilícita no processo civil, o ónus de prova, sua inversão e a relação que tem com essa questão de admissibilidade ou não de prova ilícita no processo civil, há que indicar e debater tais objectivos específicos.

Depois de abordagem geral, há que fazer a abordagem específica. Assim, a Tese tem como objectivos específicos: *a)* aferir e definir o que seja prova e prova ilícita, sua admissibilidade ou não admissibilidade no processo civil e no processo civil moçambicano; aferir e definir o que seja o ónus da prova, no geral, e no direito moçambicano, em particular, onde então se justifica a inversão ou não de ónus da prova e sua ligação com a questão de admissibilidade ou não admissibilidade de prova ilícita no processo civil; *b)* compreender a prova ilícita verso inversão do ónus da prova, no geral, e no direito processual moçambicano, em particular; *c)* versar sobre a importância da prova para o julgamento da matéria de facto, ajuizamento e valoração da mesma, no direito pretendido, com vista a alcançar uma sentença que se pretende justa, daí também o estudo de princípios processuais, ligados ao direito probatório; *d)* apontar alguns casos de difícil tratamento na questão da prova, mormente da prova ilícita; *e)* apontar alguma jurisprudência comparada, tanto no direito do sistema romano-germânico, como no direito do sistema de *Common Law*, relativamente à admissibilidade ou não de prova ilícita no processo civil.

Relativamente à prova ilícita, a sua admissibilidade ou não no processo, a discussão do tal tema não se esgota somente no processo civil, a discussão do tema cruza-se não somente com outros direitos adjetivos, instrumentais ou processuais como também cruza-se com o direito processual penal, conforme o disposto nos termos do artigo 156º do CPP Moçambicano, cruza-se com o direito processual laboral e cruza-se com o direito processual administrativo como também e com maior importância porque o Direito mãe de um país cruza-se com o Direito Constitucional.

Ora, fazendo uma incursão aos sistemas jurídicos de matriz romano-germânicos, mormente naqueles sistemas jurídicos mais próximos ao sistema jurídico moçambicano, por um lado, porque o influenciou e ou o inspirou, por outro, porque as soluções encontradas são muitas, vezes, similares, refere-se ao sistema jurídico português, importará trazer o que dispõe aquele sistema jurídico.

Nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal pátrio, com epígrafe – Legalidade da prova e métodos proibidos de produção, reza o seguinte:

1. São admissíveis as provas que não forem proibidas por lei. 2. São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas. 3. São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante: a) perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos; b) perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação; c) utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei; d) ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto; e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível. Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular. 5. Se o uso dos métodos de obtenção de provas previstos neste artigo constitui crime, podem aquelas ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes do mesmo<sup>1</sup>.

Vale lembrar o que se referiu acima de que este tema de (In) admissibilidade de prova ilícita no processo civil perpassa também os direitos materiais ou substantivos como sejam, o Direito Civil, concretamente direitos de personalidade, conforme disposto nos artigos 70º, n.º 1<sup>2</sup> e 80º<sup>3</sup>, ambos do CC, porque a prova, o tratamento jurídico que é dado à prova, o ónus de prova e a inversão de ónus de prova, tudo isso encontra-se regulado no Código Civil, portanto no direito material ou substantivo.

<sup>1</sup> Cfr Artigo 156 do CPP de Moçambique.

<sup>2</sup> Cfr. Artigo 70º, n.º 1 do CC que dispõe "1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral".

<sup>3</sup> Cfr. Artigo 80º "1. Todos devem guardar reserva quanto à intimidade da vida privada de outrem; 2. A extensão da reserva é definida conforme a natureza do caso e a condição das pessoas;".

Referiu-se igualmente que este tema de (In) admissibilidade da prova ilícita no processo civil está também ligado ao Direito Constitucional, mais concretamente no aspecto dos direitos fundamentais, salvaguardados pela Constituição da República de Moçambique: no aspecto de direito de integridade pessoal, moral e física, constantes nos artigos 40<sup>4</sup> e 41<sup>5</sup> da Constituição da República de Moçambique, direito à integridade psicofísica e psicossomática, nos termos do artigo 68 da CRM<sup>6</sup>, porque pela incursão dos dispositivos legais acima elencados retira-se que se trata de verdadeiro direito constitucional probatório, na busca e valoração da prova quando se toca no direito de personalidade mais concretamente na questão de integridade psicofísica e psicossomática.

Como refere Alfredo Faife, relativamente ao direito à integridade psicofísica e psicossomática:

O direito à integridade psicofísica e psicossomática encontra-se implicitamente previsto nos art<sup>os</sup> 70<sup>o</sup> e 80<sup>o</sup> do CC, 40<sup>o</sup> e 41<sup>o</sup> da CRM, pois é considerado direito civil e fundamental que busca garantir a protecção da integridade física e psicológica do cidadão. Relaciona-se com o corpo, intelecto, emoções, sentimentos, formação cultural, religiosa, pois não basta simplesmente garantir-se o bem-estar físico do cidadão, é necessário que haja também consideração e respeito pelo estado psicológico, emocional e sentimental do cidadão, isto é, proteger o cidadão sobre qualquer lesão sobre a esfera emocional, mental e sentimental <sup>7</sup>.

O que importa reter conforme o entendimento do autor moçambicano acima citado é que existe limite formal na produção da prova e igualmente existe limite material. São limites relativos à protecção de direitos civis e fundamentais no direito processual no aspecto de obtenção de provas.

Esses limites têm a ver com os princípios de universalidade e igualdade das partes no processo como adiante se desenvolverá. É que a Constituição da República de

<sup>4</sup> Cfr. Artigo 40 da CRM com epígrafe - Direito à vida - que dispõe "1. Todo o cidadão tem direito à vida e à integridade física e moral e não pode ser sujeito à tortura ou tratamentos cruéis ou desumanos; 2. Na República de Moçambique não há pena de morte".

<sup>5</sup> Cfr. Artigo 41 da CRM com epígrafe - Outros direitos pessoais - que dispõe "1. Todo o cidadão tem direito à honra, ao bom nome, à reputação, à defesa da sua imagem pública e à reserva da sua vida privada".

<sup>6</sup> Cfr. Artigo 68 da CRM cuja epígrafe é – Inviolabilidade do domicílio e da correspondência – que dispõe "1. O domicílio e a correspondência ou outro meio de comunicação privada são invioláveis, salvo nos casos especialmente previstos na lei; 2. A entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas especialmente previstas na lei; 3. Ninguém deve entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento".

<sup>7</sup> FAIFE, Alfredo, *A Prova Ilícita no Processo Civil Moçambicano – Da Problemática da Colisão de Direitos Fundamentais*, Editora Nova Causa, Braga, Portugal, 2022, p. 27.

Moçambique consagra, entre outros princípios, o princípio da universalidade e o princípio da igualdade de direitos, no seu artigo 35<sup>8</sup>.

Entende Alfredo Faife, "o legislador moçambicano em sede de processo civil omitiu a questão da inadmissibilidade e admissibilidade da prova ilícita, em detrimento do direito processual penal que já traz consigo uma consagração expressa (...)"<sup>9</sup>.

Efectivamente o Código de Processo Penal moçambicano refere que são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei. Assim sendo, o referido dispositivo legal remata em termos expressos que são nulas, não podendo ser utilizadas as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas. Mas tal proibição expressa, somente existe no Código de Processo Penal, não existe no Código de Processo Civil.

Mesmo na hipótese de a pessoa haver consentido a ofensa a integridade física ou moral para obtenção de prova, pois são consideradas ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas mesmo que com consentimento delas, mediante: perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos, tais provas não são admissíveis em processo penal; perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação; utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei; ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto; promessas de vantagem legalmente inadmissível não serão admitidas tais provas em processo penal.

Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações, refere-se as intromissões nos telefones fixos ou celulares, redes sociais (facebook, instagram, x, watssap, etc) que se faça sem o consentimento do respectivo titular.

Entretanto, se o uso dos métodos de obtenção de provas previstos acima constitui crime, podem aquelas provas ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes do mesmo crime.

<sup>8</sup> Cfr. Artigo 35 da CRM com epígrafe – Princípio da universalidade e igualdade - que dispõe "Todos os cidadãos são iguais perante a lei, gozam dos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos deveres, independentemente da cor, raça, sexo, origem étnica, lugar de nascimento, religião, grau de instrução, posição social, estado civil dos pais, profissão ou opção política".

<sup>9</sup> FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, Braga, Portugal, 2022, p. 28.

Este entendimento do autor moçambicano, de pensar que na legislação processual civil não se encontra expresso que seja admissível ou não a prova ilícita no processo civil, ao contrário da legislação penal onde está patente expressamente a proibição não é inédito, exclusivo do sistema jurídico moçambicano, também vários autores portugueses têm o mesmo entendimento quanto ao sistema jurídico português, senão vejamos.

A não admissibilidade da prova ilícita no processo penal na legislação processual penal encontra-se expresso no sistema jurídico português. Já assim entende Carlos Castelo Branco, relativamente ao Direito Processual Civil Português.

Refere aquele autor luso que "Ao invés do processo penal, especificamente sobre o processo civil não se encontra nenhum preceito idêntico aos citados, nem nenhuma orientação jurisprudencial ou doutrinária semelhante à das teorias dos frutos da árvore envenenada ou da nódoa"<sup>10</sup>. Que se verifica no sistema jurídico norte-americano.

É entendimento de Alfredo Faife, que contrariamente ao que acontece no processo civil moçambicano está claro e expressamente referido na Constituição da República de Moçambique, no âmbito dos princípios do processo criminal a nulidade das provas obtidas de forma ilícita<sup>11</sup>, quando estatui que são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na sua vida privada e familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.

Carlos Castelo Branco, relativamente ao Direito Processual Civil Português defende que "Tradicionalmente, a lei processual enuncia um dever de cooperação das partes para a averiguação da verdade e boa administração da justiça"<sup>12</sup>.

Esse entendimento é o mesmo vertido na legislação processual moçambicana, pois todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os actos que forem determinados.

<sup>10</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova Ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 209.

<sup>11</sup> Cfr. Artigo 65, n.º 3 da CRM "3. São nulas, todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na sua vida privada e familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações".

<sup>12</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova Ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 209.

Para Carlos Castelo Branco, o dever de cooperação, na linguagem portuguesa, ou dever de colaboração, na linguagem moçambicana, é um dever que comporta elasticidade, por isso refere o autor, relativamente ao dever de cooperação "...o qual dota de elasticidade suficiente para, nuns casos, admitir uma larga amplitude da sua concretização e, noutros casos, viabilizar uma limitação da cooperação ou mesmo prever mecanismo de recusa de cooperação"<sup>13</sup>.

Assim, o dever de colaboração, segundo o entendimento do autor citado, tanto interpreta-se num sentido alargado da cooperação como se interpreta no sentido restrito ou limitado da cooperação.

A partir do artigo 519º do Código de Processo Civil de Moçambique e o artigo correspondente ao Código de Processo Civil português, o artigo 417º, há, por um lado, quem interprete que não é admissível a prova ilícita no processo civil, e há, por outro, quem interprete como sendo admissível a prova ilícita no processo civil. Esta última é a posição defendida nesta trabalho ou Tese, com fundamentos sólidos, como no decurso do mesmo trabalho vai ser demonstrado.

O artigo 417º do Código de Processo Civil Português estatui:

1. Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que for perguntado, submetendo-se a inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados. 2. Aqueles que recusem a colaboração devida são condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis; se o recusante for parte, o tribunal aprecia livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ónus da prova decorrente do preceituado no n.º 2 do artigo 334º do Código Civil. 3. A recusa é, porém, legítima se a obediência importar: a) Violação da integridade física ou moral das pessoas; b) Intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações; c) violação do sigilo profissional ou de funcionários públicos, ou do segredo de Estado, sem prejuízo do disposto no n.º 4. 4. Deduzida escusa com fundamento na alínea c) do número anterior, é aplicável, com as adaptações impostas pela natureza dos interesses em causa, o disposto no processo penal acerca da verificação da legitimidade da escusa e da dispensa do dever de sigilo invocado<sup>14</sup>.

Comparativamente ao aludido dispositivo do Código de Processo Civil português, o Código de Processo Civil moçambicano, sobre a mesma questão de cooperação ou colaboração, estatui no artigo 519º:

1. Todas as pessoas, sejam, ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e

<sup>13</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova Ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 209 a 210.

<sup>14</sup> Cfr. Artigo 417º do CPC de Portugal.

praticando os actos que forem determinados. 2. Aqueles que recusarem a colaboração devida, serão condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercivos que forem possíveis; se o recusante for parte, o tribunal apreciará livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ónus da prova nos termos do n.º 2 do artigo 344º do Código Civil. 3. A recusa, é porém, legítima, se a obediência importar violação do sigilo profissional ou causar grave dano à honra e consideração da própria pessoa, violação ou intromissão na sua vida privada ou familiar. 4. Fica salvo o disposto quanto à exibição judicial, por inteiro, dos livros de escrituração comercial e dos documentos a ela relativos. 5. Deduzida escusa com fundamento na quebra de sigilo profissional, é aplicável o disposto no processo penal acerca da verificação da legitimidade da escusa e da dispensa do dever de sigilo invocado<sup>15</sup>.

Tanto Carlos Castelo Branco, como Alfredo Faife, questionam: "perante a ausência de regulamentação específica no direito processual civil, sobre onde termina a licitude probatória e onde começa a ilicitude, pergunta-se: Deve admitir toda e qualquer prova ainda que ilicitamente obtida?"<sup>16</sup>. Esta pergunta tanto se impõe fazer no sistema jurídico português como no sistema jurídico moçambicano. A resposta óbvia e que se defende neste trabalho é no sentido de admissibilidade de prova ilícita no processo civil moçambicano.

E continua o referido autor lusófono, "Ou existirá campo para afirmar ainda a ilicitude na obtenção ou produção da prova e quais as consequências para a valoração de tal prova? Que caminhos tem trilhado a doutrina e que soluções tem procurado a jurisprudência?"<sup>17</sup>As respostas a estas perguntas e muito mais serão encontradas nesta investigação.

O tema em causa é um tema da área do Direito Privado, mais concretamente do Direito Processual Civil, entanto que direito adjectivo ou instrumental e subsidiariamente, aborda-se o Direito Constitucional, nomeadamente os Direitos Fundamentais porque ligado ao Direito probatório e para fins comparativos vai-se tocar o Direito Processual Penal.

Porque a abordagem principal será naturalmente no âmbito do Direito Processual Civil, ou direito adjectivo ou ainda direito instrumental como também é tratado, e não obstante esse Direito Processual Civil, o enfoque vai para Direito Probatório material ou substantivo (Código Civil), que regula a matéria de prova, ónus de prova; a admissibilidade ou não dos diversos meios de prova; a força probatória dos meios de prova; o modo de obtenção das provas que eventualmente violem direitos fundamentais, o tratamento jurisdicional a dar as referidas provas ou meios de prova obtidos desse modo (ilicitamente).

<sup>15</sup> Cfr. Artigo 519º do CPC.

<sup>16</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova Ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 210.

<sup>17</sup> Idem, p. 210.

A Constituição da República de Moçambique enuncia vários princípios. É necessário conjugar os vários princípios constitucionais e do processo civil, primordialmente os princípios processuais ligados ao direito probatório, todos eles com dignidade constitucional, nomeadamente o princípio da dignidade humana, previsto nos termos dos artigos conjugados 1<sup>o</sup><sup>18</sup>, 3<sup>o</sup><sup>19</sup>, 11<sup>o</sup> alínea c)<sup>20</sup>, 41<sup>o</sup><sup>21</sup> e 56<sup>o</sup><sup>22</sup>, todos da Constituição da República de Moçambique, havendo quanto ao que se entende hierarquia dos princípios.

O debate vai centrar-se sobre a prova, mais concretamente sobre a prova ilícita, nomeadamente, o modo como essa prova foi obtida, se é ou não admissível no processo civil, como a mesma ingressou no processo, como valorar ou não a mesma prova que foi obtida de forma ilícita. Está-se a referir a prova que foi obtida por meio de prática de um acto ilícito, ou por meio de lesão dos direitos civis e fundamentais.

Neste contexto, seguindo também o entendimento do autor moçambicano, Alfredo Faife<sup>23</sup>, mas rebatendo-o de certo modo, há que considerar as questões tais como: *a)* terá ou não havido omissão legislativa sobre esta matéria da inadmissibilidade e ou admissibilidade das provas ilícitas no processo civil pátrio?; *b)* deve haver a interpretação extensiva do n.º 3 do artigo 65º da Constituição da República de Moçambique em contraponto com a aplicação da analogia do que dispõe o artigo 65º, n.º 3 da referida Constituição aplicável ao processo civil pátrio?; *c)* há a inevitável colisão de direitos em sede da matéria da prova ilícita em processo civil?; *d)* finalmente, há relevância do critério da proporcionalidade e ponderação de interesses envolvidos relativamente à questão da prova ilícita em processo civil?

<sup>18</sup> Cfr. Artigo 1 da CRM "A República de Moçambique é um Estado independente, soberano, democrático e de justiça social".

<sup>19</sup> Cfr. Artigo 3 da CRM cujo epígrafe é – Estado de Direito Democrático - "A República de Moçambique é um Estado de Direito, baseado no pluralismo de expressão, na organização política, no respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais do Homem", que constituem objectivos fundamentais do Estado Moçambicano, plasmados na sua Constituição.

<sup>20</sup> Cfr. Artigo 11, alínea c) da CRM "O Estado moçambicano tem como objectivos fundamentais: (...); c) a edificação de uma sociedade de justiça social e a criação do bem estar material e de qualidade de vida dos cidadãos".

<sup>21</sup> Cfr. Artigo 41 da CRM, cujo epígrafe é, - Outros direitos pessoais - "Todo o cidadão tem direito à honra, ao bom nome, à reputação, à defesa da sua imagem pública e à reserva da sua vida privada".

<sup>22</sup> Cfr. Artigo 56 da CRM cujo epígrafe é, - Direitos, Liberdades e Garantias Individuais - "1. Os direitos e liberdades individuais são directamente aplicáveis, vinculam as entidades públicas e privadas, são garantidos pelo Estado e devem ser exercidos no quadro da Constituição e das leis; 2. O exercício dos direitos e liberdades pode ser limitado em razão da salvaguarda de outros direitos ou interesses protegidos pela Constituição; 3. A lei só pode limitar os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição. 4. As restrições legais dos direitos e das liberdades devem revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo".

<sup>23</sup> FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, Braga, 2022, p. 33.

Não obstante ser um tema civilista como se referiu acima, o mesmo tema roça com a questão dos Direitos fundamentais e mais concretamente para o que interessa ao tema em questão, dado que se está a tratar também e não só do sistema jurídico moçambicano, roça com a questão de — na linguagem do Professor Hamilton Sarto Serra de Carvalho – direitos fundamentais no direito interno que ele denomina – direitos constitucionais fundamentais.

A propósito, este autor moçambicano da área do Direito Constitucional subdivide os direitos fundamentais em cinco categorias " (...), temos por princípio e regra identificados cinco categorias de direitos constitucionais fundamentais (...): A) Direitos e Garantias individuais/colectivos; B) Direitos de Nacionalidade; C) Direitos Sociais e; E) Direitos dos Partidos Políticos"<sup>24</sup>. Assim sendo, neste trabalho necessariamente haverá que se abordar a problemática da colisão de direitos fundamentais.

Essa problemática da colisão de direitos fundamentais leva a fazer estudo das duas teorias principais e opostas, nomeadamente: a teoria da inadmissibilidade da prova ilícita; e a de admissibilidade da prova ilícita.

Para além destas duas teorias extremas ou diversas existe outra teoria mista ou eclética que aproveita o bom que cada uma das duas teorias extremas tem, o que também será abordada.

Ligado a essa questão de admissibilidade ou não de prova ilícita no processo civil moçambicano, tendo em conta os limites impostos pelo respeito de direitos constitucionais fundamentais e porque a Constituição da República de Moçambique tem como um dos princípios o respeito dos direitos fundamentais e consequentemente o Código de Processo Penal de Moçambique proíbe de forma expressa a admissibilidade de prova ilícita no processo penal. Que caminhos a trilhar?

O Caminho a trilhar quanto ao que se defende neste trabalho é o caminho de admissibilidade de prova ilícita no processo civil, não somente porque o artigo 519º do Código de Processo Civil impõe o dever de colaboração na descoberta da verdade material, mas porque os próprios princípios constitucionais, que estão hierarquizados, e tendo em conta o princípio de proporcionalidade, permitem que sejam usadas provas ilícitas no processo civil.

<sup>24</sup> CARVALHO, Hamilton Sarto Serra de, *Tratado de Direito Constitucional- A Justiça Constitucional no Direito Constitucional Interno – Da Justiça Constitucional à Jurisdição dos Tribunais Constitucionais*, Volume I, Escolar Editora. Maputo, 2021, p.57.

A Tese também versa sobre a dicotomia existente entre, por um lado, a interpretação extensiva, e por outro, a analogia, entre o princípio constitucional de respeito dos direitos fundamentais e a regra da proibição de prova ilícita no processo penal, constante no Código de Processo Penal de Moçambique<sup>25</sup> e a (aparente) omissão legislativa ou (aparente) silêncio do Código de Processo Civil pátrio quanto a admissibilidade ou não de prova ilícita no processo civil.

Já se mostrou o entendimento de Alfredo Faife, seguindo Carlos Castelo Branco, no sentido de existir omissão legislativa quanto à questão de admissibilidade ou inadmissibilidade da prova ilícita no processo civil moçambicano, para tal refere "Doravante, o legislador moçambicano apenas usa dos fundamentos do artigo 519º do CPC"<sup>26</sup>.

Relativamente ao aludido dispositivo do Código de Processo Civil de Moçambique:

1. Todas as pessoas, sejam, ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os actos que forem determinados. 2. Aqueles que recusarem a colaboração devida, serão condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercivos que forem possíveis; se o recusante for parte, o tribunal apreciará livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ónus da prova nos termos do n.º 2 do artigo 344º do Código Civil. 3. A recusa, é porém, legítima, se a obediência importar violação do sigilo profissional ou causar grave dano à honra e consideração da própria pessoa, violação ou intromissão na sua vida privada ou familiar. 4. Fica salvo o disposto quanto à exibição judicial, por inteiro, dos livros de escrituração comercial e dos documentos a ela relativos. 5. Deduzida escusa com fundamento na quebra de sigilo profissional, é aplicável o disposto no processo penal acerca da verificação da legitimidade da escusa e da dispensa do dever de sigilo invocado<sup>27</sup>.

Questionando Alfredo Faife sobre se o referido dispositivo legal é eficaz para fazer o juízo de inadmissibilidade e admissibilidade da prova ilícita em processo civil

<sup>25</sup> Cfr. Artigo 156 do CPP "1. São admissíveis as provas que não forem proibidas por lei. 2. São nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas. 3. São ofensivas da integridade física ou moral das pessoas as provas obtidas, mesmo que com consentimento delas, mediante: a) perturbação da liberdade de vontade ou de decisão através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos; b) perturbação, por qualquer meio, da capacidade de memória ou de avaliação; c) utilização da força, fora dos casos e dos limites permitidos pela lei; d) ameaça com medida legalmente inadmissível e, bem assim, com denegação ou condicionamento da obtenção de benefício legalmente previsto; e) Promessa de vantagem legalmente inadmissível. Ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular. 5. Se o uso dos métodos de obtenção de provas previstos neste artigo constitui crime, podem aquelas ser utilizadas com o fim exclusivo de proceder contra os agentes do mesmo".

<sup>26</sup> Cfr. Artigo 519º do CPC.

<sup>27</sup> Cfr. Artigo 519º do CPC.

moçambicano, sugere aquele autor - entende o autor deste trabalho de investigação — que para ele a melhor solução seria a reestruturação do regime constante no Código de Processo Civil Moçambicano para melhor caracterizar esta inadmissibilidade e ou admissibilidade da prova ilícita<sup>28</sup>.

Neste trabalho investigativo apresenta-se preliminarmente um entendimento, pois tem-se um entendimento diverso no sentido de que não se preocupa tanto com a questão de haver ou não omissão no Código de Processo Civil pátrio — como também se refere haver em Portugal — sobre a admissibilidade ou não da prova ilícita no processo civil pois argumentos sobejam em defesa da tese de admissibilidade de prova ilícita no processo civil.

Defende-se neste trabalho investigativo que existe dispositivo legal que permite o uso de provas ilícitas no processo civil no sentido de que do artigo 519º do CPC pátrio e o correspondente do sistema jurídico português, artigo 417º do CPC, retira-se a admissibilidade da prova ilícita no processo civil, para além de outros argumentos que ao longo desta Tese serão apresentados.

O regime de recusa do dever de colaboração previsto no n.º 3 do artigo 519º do CPC responde a questão de inadmissibilidade e ou admissibilidade da prova ilícita no processo civil.

Responde, quanto ao que se entende, de forma positiva, isto é, aquele dispositivo legal sufraga a Tese de admissibilidade de prova ilícita no processo civil pátrio. Este entendimento retira a preocupação ou questionamento apresentado por Alfredo Faife, Carlos Castelo Branco, sobre se "Ou dever-se - á fazer uma interpretação extensiva do nº 3 do artº 65º da CRM ao Processo Civil (...precisamente na norma do artº 519º nº 3 do CPC) "<sup>29</sup>.

Segundo o mesmo autor moçambicano acima citado "...Ou passaríamos pela negação da interpretação extensiva, e conseqüentemente o uso da figura da analogia do 65º nº3 da CRM?". Do mesmo modo, dizer que o entendimento referido acima retira a preocupação ou questionamento feito.

A pergunta feita por Alfredo Faife sobre se "será que a prova ilícita pode ser rejeitada e conseqüentemente declarada nula por analogia do artigo 65º, n.º3 da CRM ao

<sup>28</sup> FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, Braga, 2022, p. 34.

<sup>29</sup> Idem, p. 34.

processo civil?"<sup>30</sup>. Tem, no entendimento, aqui defendido nesta Tese, a seguinte resposta: depende de caso a caso, cada caso é um caso.

Há que ter em conta todos os princípios processuais ligados ao direito probatório que a seguir se desenvolvem mormente o princípio de proporcionalidade, que levam a conclusão de que se deve primar pela admissibilidade de provas ilícitas no processo civil e no processo civil moçambicano, em particular. Também deve-se raciocinar no sentido de que os princípios são violáveis contrariamente a regras jurídicas que não são violáveis.

A Constituição da República tem vários princípios, ela não defende somente um princípio, mas sim vários princípios. Há uns princípios que são mais relevantes que outros, daí a importância do princípio da proporcionalidade que consta em várias constituições modernas e actuais nos países como Estados Unidos da América, Inglaterra, Espanha, Alemanha, Itália, Portugal, Brasil, etc, como adiante se desenvolverá. Nesses mencionados países discute e aceita-se na jurisprudência e na doutrinal a admissibilidade de prova ilícita no processo civil.

A ponderação de interesses e ou equilíbrio de interesses, tal como outros princípios probatórios, todos com dignidade constitucional, faz com que se compare os interesses que se encontram em conflito, tendo em conta o caso concreto que se pretende resolver. Resolvem-se deste modo as aparentes controvérsias constitucionais da mesma constituição, no caso da Constituição de Moçambique.

Há que haver ponderação de interesses com a mínima restrição possível de cada bem jurídico em causa na medida exacta a fim de salvaguardar o outro bem jurídico contrário. Daqui se nota a importância do princípio de proporcionalidade no processo civil, em geral, e no Direito Probatório, em particular, para se concluir pela admissibilidade de prova ilícita no processo civil moçambicano.

As variáveis fácticas de cada caso, isto é, as circunstâncias particulares que cada caso apresenta determinarão o peso específico de cada princípio constitucional relativo à matéria probatória donde se retirará a melhor solução do caso. Com isso, pretende-se reiterar a admissibilidade de prova ilícita no processo civil moçambicano em certos casos.

Sendo verdade que o equilíbrio de interesses constitucionais tem como primordial critério material ou substantivo o princípio da dignidade humana, no sentido de

<sup>30</sup> Ibidem, p. 34.

que o homem (ser humano) é o fim último da ordem jurídica constitucional. Há situações práticas da vida concreta que convocam a que certos princípios cedam perante outros, o que colabora a nossa Tese.

Em outras termos, havendo conflito de interesses constitucionais, valoriza-se o princípio que mais preservar a dignidade da pessoa humana no processo em concreto. Deve ser tudo ponderado no âmbito do princípio de proporcionalidade para se encontrar um ponto de equilíbrio.

Constitui verdade, como advogam os defensores da Tese contrária a aqui defendida — a de não admissibilidade de prova ilícita em processo civil — que há o princípio da unidade da constituição que confere coesão ao ordenamento jurídico, todavia, não se pode ignorar que as tensões constitucionais onde certos ditames chocam entre si, em certas situações, devem ser resolvidas com o princípio de proporcionalidade.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, pode haver limitação aos direitos fundamentais por meio de colisão com outros direitos fundamentais ou outros valores com dignidade constitucional<sup>31</sup>. Mas essa colisão vai ser resolvida porque os princípios constitucionais estão hierarquizados e na solução de cada caso, o juiz deve ponderar caso a caso, tendo em conta o princípio de proporcionalidade.

Há que concordar com Alfredo Faife quando procura esclarecer "...a necessidade da admissão dos meios de prova ilícitos, como uma forma de efectivação do princípio da tutela jurisdicional efectiva"<sup>32</sup>, não somente porque o artigo 519º do CPC de Moçambique e o artigo 417º do CPC de Portugal vêm em defesa da admissibilidade de prova ilícita no processo civil, mas também porque como se referiu acima, na Constituição da República de Moçambique, como na Constituição da República de Portugal, bem assim noutras constituições dos países das ex-colónias de Portugal estão plasmados vários princípios de que se entende estarem hierarquizados e que nas soluções de casos concretos nesses sistemas jurídicos deve se apelar ao princípio de proporcionalidade.

Como refere Humberto Bergmann Ávila, os princípios são diferentes das regras, as regras são, segundo o autor:

<sup>31</sup> SARLET, Ingo Wolfgang et al, *Curso de direito Constitucional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 333.

<sup>32</sup> FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, Braga, 2022, p. 35.

...normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação de correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte e nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos<sup>33</sup>.

Segundo o mesmo autor, contrariamente ao que acontece com as regras, pelo contrário, os princípios são:

...normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado das coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção<sup>34</sup>.

Era necessário todo este enquadramento para melhor compreensão do tema. Mas, este estudo está dividido em partes. A primeira parte é composta por elementos pré-textuais. De seguida, temos elementos textuais que compreende a Introdução e mais 9 (nove) capítulos. Na introdução (onde foi feita a justificação da razão de ser do tema escolhido, a delimitação que nos permite melhor compreensão do estudo e seus problemas a debater, a ordem ou estrutura do trabalho e as questões profundas levantadas no estudo e a ante visão das conclusões ou se quiser, a Tese). E os títulos, é onde apresentamos subtítulos das questões debatidas no tema, sendo que no primeiro capítulo: I) é Quadro metodológico; II) Conceptualização de prova; III) Natureza jurídica da prova; IV) Princípios de prova; V) Importância de prova para decisão; VI) Ónus de prova no Direito moçambicano; VII), Conceptualização de prova ilícita; VIII) (In) admissibilidade de prova ilícita no processo civil; IX) Análise, interpretação e discussão de resultados. E por últimos, depreende a conclusão, considerações finais, recomendações e referência bibliográfica.

Houve desenvolvimento detalhado de todos os tópicos indicados, nomeadamente, porque mais importante a conceptualização da prova ilícita e a posição tomada, indicação de jurisprudência comparada sobre a admissibilidade de prova ilícita. Como se disse, tudo culminou com as conclusões, considerações finais, recomendações e bibliografia utilizada.

No desenvolvimento existem subdivisões ou subcapítulos quais sejam, somente para exemplificar: *a)* a metodologia aplicada; *b)* o marco teórico ou revisão bibliográfica — onde aborda-se e desenvolve o conceito legal, doutrinário e jurisprudencial da prova; *c)* a apresentação e análise de dados — onde abordam-se as questões pertinentes relativas ao tema de prova, nomeadamente o ónus da prova e a inversão do ónus da prova; *e)* discussão dos

<sup>33</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann, *Teoria dos princípios*, São Paulo: Malheiros, 2003, p.30.

<sup>34</sup> Idem, p. 30.

resultados do assunto tratado, tomando-se posição em face daquilo que se entende ser o que a lei moçambicana determina sobre a admissibilidade da prova ilícita no processo civil pátrio.

Nesta Tese ou nas conclusões da mesma, serão respondidas as questões sobre o conceito da prova e o conceito da prova ilícita, o enquadramento da prova e da prova ilícita: se no direito probatório material (substantivo) ou pelo contrário, se no direito probatório formal (adjectivo, instrumental), perpassando pela questão importantíssima sobre o ónus da prova e inversão do mesmo ónus da prova; os princípios processuais constitucionais, mais concretamente, os princípios ligados ao direito probatório e à hierarquia que se entende existirem entre esses princípios, com o enfoque no princípio de proporcionalidade; a importância da descoberta da verdade material em contraposição à verdade formal ou processual entre outras questões relevantes, finalmente a admissibilidade da prova ilícita no processo civil moçambicano.

Como em qualquer investigação ou trabalho científico, foi necessário seguir uma metodologia ou metodologias de investigação. As metodologias usadas foram a pesquisa bibliográfica, isto é, leitura daquilo que até ao presente momento se escreveu sobre a prova, a prova ilícita, sua admissibilidade ou não, o ónus da prova e inversão do ónus da prova e admissibilidade da prova ilícita no processo civil moçambicano.

Foi igualmente utilizada a metodologia da pesquisa documental, isto é, investigação através de documentos primários, originais, os chamados documentos de primeira mão, aqueles que ainda não foram utilizados em estudos ou pesquisas, como sejam documentos históricos.

No caso vertente, foram utilizadas leis, no sentido lato da palavra, que incluem as leis aprovadas pela Assembleia da República de Moçambique, Decretos do Governo da República de Moçambique – Presidência da República, Conselho de Ministros e Decretos de Ministérios, como sejam os de Justiça, Assuntos Constitucionais e Religiosos, bem assim Resoluções do Tribunal Supremo e do Conselho Superior da Magistratura Judicial de Moçambique.

Houve limitação do estudo pelo facto de não se ter encontrado muita matéria escrita de forma desenvolvida por juristas moçambicanos, sobre a prova, com enfoque

relacionado especificamente com a matéria de prova, mais propriamente a prova ilícita, salvo um ou outro autor, como foi o caso do Mestre Alfredo Faife<sup>35</sup>.

A questão fundamental que se levanta nesta Tese e que não é inédita pois fez-se antes desta Tese, Alfredo Faife e Carlos Castelo Branco, entre outros, estudaram o tema, mas aqui no essencial, prende-se em saber se pode a justiça ser obtida ainda que mediante provas ilícitas ou provas obtidas de modo ilícito, ou pelo contrário, tal não pode suceder. A resposta que esta Tese traz é que a justiça pode ser encontrada na admissão de prova ilícita no processo civil.

Finalmente, ainda em termos introdutórios para a compreensão do tema, como se avançou acima, o trabalho está estruturado e dividido em duas partes, nomeadamente elementos pré-textuais e elementos textuais. Nos elementos textuais está a parte da introdução; o desenvolvimento que compõe os quatro capítulos, a conclusão, a bibliografia utilizada e as recomendações.

No desenvolvimento existem subdivisões, quais sejam: a metodologia aplicada; o marco teórico ou revisão bibliográfica — onde aborda e desenvolve-se conforme ficou acima dito o conceito legal, doutrinário e jurisprudencial da prova; a apresentação e análise de dados — onde abordam-se as questões pertinentes relativas ao tema de prova — nomeadamente, a prova ilícita, os princípios probatórios ligados ao direito probatório, o ónus da prova e a inversão do ónus da prova; discussão dos resultados do assunto tratado, tomando-se posição em face daquilo que se entende ser o que a lei, a doutrina e a jurisprudência moçambicana apontam sobre a admissibilidade de prova ilícita no processo civil.

<sup>35</sup>FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, Braga, 2022.

## CAPÍTULO I

### 1.1.0 QUADRO METODOLÓGICO

Para esta Tese como para qualquer trabalho científico, houve que seguir certa metodologia científica para a sua apresentação segundo as regras de uniformização, regras universais e regras locais, dentre as quais se situam as Regras para a Elaboração e Apresentação de Trabalhos Académicos de Licenciatura, Mestrado e Doutoramento em Direito na UCM (Universidade Católica de Moçambique)<sup>36</sup>.

Sabe-se que a investigação científica é sistemática pois fornece conhecimento organizado, por isso, estudo científico tem um carácter metódico para que no futuro seja reaplicável. Assim, esta Tese foi feita no sentido de no futuro, quem assim entender e interessar-se, possa se buscar subsídio, ou criticando-a para enriquecer o debate académico.

A investigação científica é racional pois assenta na razão e na lógica que tanto pode ser dedutiva ou indutiva. A dedutiva é a que parte de uma ou várias alternativas teóricas para explicar determinado fenómeno, ao passo que na lógica indutiva analisam-se dados e resultados inerentes a um fenómeno particular ou determinado para depois chegar-se a generalização teórica.

Nesta Tese que aborda a admissibilidade ou não de prova ilícita no processo civil, pugnando-se pela admissibilidade, a conclusão a que se chega basea-se na razão e na lógica que se retira por via dedutiva e também por via indutiva.

A via dedutiva porque de certo modo parte-se de uma ou várias alternativas teóricas, nomeadamente, as teses que admitem as provas ilícitas no processo civil, as teses que não admitem as provas lícitas no processo civil e as teses mistas e mescladas que juntam o bom que existe nas duas teses principais para explicar determinado fenómeno, no caso, a situação concreta de admissibilidade de provas ilícitas no processo civil de Moçambique.

Pelo contrário, na investigação lógica indutiva analisaram-se dados e resultados inerentes a um fenómeno particular ou determinado, que é naturalmente o de admissibilidade ou não de prova ilícita noutros ordenamentos jurídicos, tanto da matriz

<sup>36</sup> Manual de Regras para a Elaboração e Apresentação de Trabalhos Académicos de Licenciatura, Mestrado e Doutoramento em Direito na Universidade Católica de Moçambique, Beira, 03 de Setembro de 2020 – Reitor da Universidade Católica de Moçambique – Professor Doutor Padre Filipe Sungo.

romano-germânico, como da matriz do direito do *Common law*, para depois chegar-se a generalização teórica e conclusão de que é admissível a prova ilícita no processo civil.

Dado que toda a investigação científica "é empírica, ou seja, assenta em dados reais e testáveis, o que significa que tudo o que se teoriza sobre o fenómeno tem de ser confrontado com a realidade"<sup>37</sup>. Então, neste trabalho investigativo vai se testar o tema de admissibilidade ou não da prova ilícita no processo civil com a realidade da legislação moçambicana.

É também investigação empírica pois assenta em dados reais e testáveis, o que significa que tudo o que se teoriza sobre o fenómeno tem de ser confrontado com a realidade. Assim sendo, serão apontados alguns exemplos de prova ilícita, tanto nos sistemas jurídicos do direito romano-germânico, nomeadamente os casos de Portugal, Brasil, etc, e casos do Direito do *Common law*, nomeadamente Estados Unidos da América, Reino Unido, África do Sul, Índia, etc.

Para além do aspecto empírico, haverá naturalmente objectividade, porquanto "A investigação científica é objectiva, pois procura analisar os dados de forma clara e isenta de subjectividade para responder a um problema"<sup>38</sup>. É o que se pretende, seja este trabalho, pois claramente vão se indicar os dispositivos legais que tratam dessa matéria de prova, prova, ónus de prova, inversão de ónus de prova, prova ilícita, sua admissibilidade no processo civil pátrio e no direito processual civil comparado.

Esta investigação científica pretende ser comunicável no sentido de promover "a transferência de conhecimento. É importante que os resultados alcançados sejam divulgados junto da comunidade científica ou, mesmo, junto da sociedade"<sup>39</sup>. Pretende-se que a partir dela se transmita conhecimento para os processualistas cíveis moçambicanos, não só, como também possa ser divulgada pelo mundo fora.

Segundo as regras acima referidas, quanto ao tipo de estudo científico ou de pesquisa, trata-se mais de estudo não experimental como acontece nas ciências exactas, mas descritivo simples e não estudo de caso pois não se está a contextualizar para um único caso concreto porque neste estudo se descrevem conceitos e depois as generalizações obtidas,

<sup>37</sup> HARO, Fernando Ampudia de, *et al*, *Investigação em Ciências Sociais – Guia Prático do Estudante*, Editora PACTOR – Edições de Ciências Sociais, Forenses e da Educação, Lisboa, 2016, p. 4

<sup>38</sup> Idem, p. 4

<sup>39</sup> HARO, Fernando Ampudia de, *et al*, *Investigação em Ciências Sociais – Guia Prático do Estudante*, Editora PACTOR – Edições de Ciências Sociais, Forenses e da Educação, Lisboa, 2016, p. 4.

confrontam-se não somente com a legislação processual civil de Moçambique, como também doutros países.

Assim, "o investigador não manipula nem altera as variáveis da investigação. Estes estudos assentam em descrições e interpretações de fenómenos ou debruçam-se sobre problemas teóricos associados a fenómenos, não permitindo estabelecer relações de causalidade entre as variáveis"<sup>40</sup>. Isso somente acontece em certa medida nas ciências exactas, que não é o caso.

Assim, vão ser descritas várias teorias e serão interpretadas várias leis cíveis, criminais e processuais do ordenamento jurídico moçambicano e estrangeiros, mormente os ordenamentos similares ao ordenamento jurídico moçambicano, em suma ordenamentos do direito de origem ou matriz romano-germânico. Como também se fará uma incursão aos ordenamentos jurídicos da *Common Law*, mesmo para mostrar que a questão da prova e principalmente da prova ilícita é uma questão de todos ordenamentos jurídicos existentes no mundo.

Pelo contrário na pesquisa experimental, o investigador analisa o problema, constrói hipóteses, para depois fazer o trabalho de manipulação dos factores, das variáveis, relativamente ao fenómeno observado, avaliando as relações anteriormente enunciadas pelas hipóteses. Pode assim, o investigador controlar e avaliar os resultados das relações referidas, o que não é o caso desta pesquisa.

Quanto à natureza da pesquisa, sendo de natureza de revisão, pois numa pesquisa de revisão trata-se de síntese de outras pesquisas realizadas por especialistas nessa matéria, como foi o caso de Alfredo Faife, moçambicano e Carlos Castelo Branco, português, entre outros, inevitavelmente, socorrer-se-á àqueles autores para se cimentar a própria posição como é apanágio de uma tese de doutoramento que se parece.

Neste sentido, com a humildade académica que pretende caracterizar o autor deste trabalho, impõe-se afirmar que não é uma pesquisa no todo original, no que diz respeito a doutrinas citadas, exceptuada, claro está, a própria tese que aqui se defende, que é original. Como refere Humberto Eco, relativamente a feitura de tese em Ciências Humanas:

Pode aproveitar-se a ocasião da tese (mesmo se o resto do curso universitário foi decepcionante ou frustrante) para recuperar o sentido positivo e progressivo do Estudo, não entendido como recolha de noções, mas como elaboração crítica de uma

<sup>40</sup> Idem, p. 35.

experiência, com aquisição de uma competência (boa para a vida futura), para identificar os problemas, encará-los com método e explorá-los segundo certas técnicas de comunicação.<sup>41</sup>.

Deve, todavia, ressaltar-se que neste caso, o resto do curso universitário para este pesquisador não foi decepcionante ou frustrante, muito pelo contrário foi, profícuo, profundo e prazeroso, tanto na licenciatura pela Universidade Eduardo Mondlane, como no Mestrado pela Universidade Católica de Moçambique, a mesma onde se apresenta esta Tese de Doutoramento em Direito Privado.

Quanto à natureza da pesquisa, ela pode ser básica e aplicada. A pesquisa básica, mas aplicada, é aquela que procura o progresso científico no sentido de ampliação de conhecimentos teóricos com a preocupação de usar os conhecimentos na prática. "É a pesquisa formal, tendo em vista generalizações, princípios, leis. Tem por meta o conhecimento pelo conhecimento"<sup>42</sup>. Esta não tem em vista o conhecimento por conhecimento, mas sim a divulgação daquilo que o autor entende ser importante e pertinente para os civilistas moçambicanos e não só.

No caso deste estudo ou pesquisa trata-se de pesquisa aplicada porquanto "caracteriza-se por seu interesse prático, isto é, que os resultados sejam aplicados ou utilizados, imediatamente, na solução dos problemas que ocorrem na realidade"<sup>43</sup>. Assim é, tanto que o pesquisador é prático de fórum, é magistrado judicial de segunda instância, numa secção cível.

Quer dizer, as boas conclusões e recomendações que forem a sair desta Tese podem ajudar aos operacionais do direito, mormente do judiciário moçambicano, principalmente os que estão em exercício nas secções cíveis, comerciais, laborais, menores e família, no ajuizamento e valoração, em certos casos, da prova ilícita nessas áreas.

Como refere ainda Umberto Eco, relativamente a feitura de tese em Ciências Humanas:

...a tese é sempre de PhD, tese de doutoramento, e constitui um trabalho original de investigação, com o qual o candidato deve mostrar ser um estudioso capaz de fazer progredir a disciplina a que se dedica...Porque se trata precisamente de investigação original, em que é necessário saber, aquilo que disseram sobre o mesmo assunto

<sup>41</sup> ECO, Umberto, *Como se faz uma Tese em Ciências Humanas*, Coleção: Universidade Hoje nº 4, 13ª Edição, Editora Presença, p. 24.

<sup>42</sup> MARCANI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria, *Técnicas de Pesquisa: Planejamento e execução de pesquisas, amostragem e técnicas de pesquisa e elaboração, análise e interpretação de dados*, 7ª Edição, Editora Atlas, S.A. São Paulo, 2010, p. 6.

<sup>43</sup> Idem, 2010, p. 6.

outros estudiosos, mas em que é preciso sobretudo "descobrir" qualquer coisa que os outros ainda não tinham dito. Quando se fala de "descoberta", especialmente no domínio dos estudos humanísticos, não estamos a pensar em inventos revolucionários como a descoberta de divisão do átomo, a teoria da relatividade ou medicamento que cure o cancro (...) <sup>44</sup>.

Por isso, com a tal humildade académica que o autor pensa ter, está ciente de que não está a inventar a roda pois esta já foi inventada passa muito tempo. No mesmo sentido pronunciaram-se Denise Pires Fincato e Sérgio Gillete:

...exige-se da tese de doutoramento contribuição originária a respeito do tema pesquisado. Ela deve representar, um progresso para a área científica em que se situa. Deve fazer crescer a ciência. Quaisquer que sejam as técnicas de pesquisa aplicadas, a tese visam a demonstrar argumentando e a trazer uma contribuição nova relativa ao tema abordado (...) <sup>45</sup>.

É também pesquisa teórica no sentido de que estuda teorias de forma abstracta, por isso refere-se que não é original pois muito antes da abordagem que se faz, já houve alguém que anteriormente elaborou sobre o assunto, nomeadamente, Carlos Castelo Branco, Alfredo Faife, entre outros. O que aqui se traz é outra perspectiva sobre o assunto de admissibilidade de provas ilícitas em processo civil.

Neste trabalho, pegaram-se as abordagens anteriormente feitas por cultores do direito civil e processual civil sobre o tema de provas no processo civil, trabalharam-se as referidas abordagens para de seguida gerarem-se conhecimentos novos ou consolidar conhecimentos já existentes sobre a matéria de prova ilícita, sua admissibilidade ou não, no ordenamento jurídico pátrio.

Ligada a questão da prova, também houve que abordar a questão do ónus de prova, inversão de ónus da prova, no geral, e no direito processual civil moçambicano e sua implicação na admissibilidade ou não de prova ilícita no processo civil pátrio, em particular.

Relativamente aos objectivos da pesquisa, ela é descritiva por ser aquela cujo tema é familiar para o pesquisador, enquanto juiz Desembargador da Primeira Secção Civil do Tribunal Superior de Recurso de Nampula, como se referiu acima. No caso em apreço, por razões profissionais, o pesquisador sendo magistrado judicial na área civil lida com matérias de foro judicial civil, em segunda instância, pelo que é dele minimamente conhecido, precisando de estudar e aprofundar mais, visando gerar conclusões que se repute úteis para

<sup>44</sup> ECO, Umberto, *Como se faz uma Tese em Ciências Humanas*, Coleção: Universidade Hoje n.º 4, 13ª Edição, Editora Presença, p. 28.

<sup>45</sup> FINCATO, Denise Pires; GILLET, Sérgio Augusto, *a Pesquisa Jurídica sem Mistérios – Do Projecto de Pesquisa à Banca*, 3ª Edição, Revista e Atualizada, p. 87 a 88.

a tomada de decisões nos tribunais em Moçambique na área do direito civil e direito processual civil.

Pretende-se assim, trazer nova visão ou lembrar a visão existente, trazendo um novo tónico sobre a prova, prova ilícita, sua admissibilidade ou não no direito civil pátrio, tendo em conta a Lei Processual Civil moçambicana (Código de Processo Civil de Moçambique).

Esta pesquisa é também pesquisa explicativa porque visa identificar e buscar as causas do problema objecto do estudo (se problema houver), sobre o entendimento divergente ou não da prova, prova ilícita, sua admissibilidade ou não, o ónus da prova e inversão do ónus da prova, sua ligação com a questão de admissibilidade ou não da prova ilícita no processo civil.

No que diz respeito a abordagem que se pretende e se faz neste trabalho investigativo, trata-se como se referiu de pesquisa qualitativa pois existe envolvimento directo do pesquisador — juiz na secção civil, estudante do Doutoramento em Direito Privado — trazendo explicação do porquê das coisas, contrariamente ao que acontece na pesquisa quantitativa, mais para ciências exactas, por isso não se recorreu a inquéritos ou situação similar pois aqui se trata de ciência na área das humanidades.

Relativamente aos procedimentos seguidos, trata-se de pesquisa documental, portanto é pesquisa indirecta. Foram analisados documentos, quais sejam a legislação existente no ordenamento jurídico moçambicano, em primeiro lugar, não somente, como também nos ordenamentos jurídicos português, brasileiro, espanhol, alemão, francês e outros, para efeitos comparativos.

Foi necessário recorrer aos documentos existentes e disponíveis em livros, manuais, artigos científicos, monografias de licenciatura, dissertações de mestrado, teses de doutoramento para se retirarem evidências que permitissem fundamentar o tema.

Quanto à revisão de literatura, um trabalho de pesquisa pode ser realizado com o objectivo de determinar o "estado de arte", ou seja, " o pesquisador procura mostrar através da literatura já publicada o que já se sabe sobre o tema, quais as lacunas existentes e onde se encontram os principais entraves teóricos metodológicos.

Em relação a este ponto, valem as mesmas considerações, exhaustivamente feitas acima. Sabe-se muito sobre o tema de prova e prova ilícita, sua admissibilidade ou não

no processo civil, mais através de autores ou investigadores estrangeiros e pouco sobre autores ou investigadores moçambicanos onde desponta o já citado Alfredo Faife.

É seguindo a metodologia acima referida que se fez o estudo que deu origem a este trabalho científico. Como referem Marina de Andrade Marconi e Eva Maria Lakatos, a pesquisa tem por finalidade "descobrir respostas para questões, mediante a aplicação de métodos científicos"<sup>46</sup>.

Mais, "a pesquisa bibliográfica que compreende oito fases, nomeadamente a escolha do tema, a elaboração do plano de trabalho, a identificação, localização, compilação, fichamento, análise e interpretação e redacção"<sup>47</sup>. Foi escrupulosamente seguido o referido itinerário de fases de pesquisa.

A pesquisa científica tem a finalidade de colocar o pesquisador em contacto directo com tudo o que foi escrito, dito ou filmado sobre determinado assunto, inclusive conferências seguidas de debates que tenham sido transcritos por forma, quer publicadas, quer gravadas. No caso, o pesquisador em questão entrou em contacto com o que encontrou disponível nos termos acima referidos.

No caso, socorreu-se ao material escrito que se encontra disponível e que abaixo se refere na bibliografia indicada. Para tal, foram consultadas fontes primárias (doutrina, instrumentos legislativos, decisões jurisprudenciais) e secundárias (artigos científicos, periódicos, monografias, dissertações, ensaios, resumos e teses), como impõe a regra desta Faculdade de Direito da Universidade Católica de Moçambique.

Assim, o trabalho foi precedido da colecta e estudo pormenorizado de fontes do conhecimento relativo ao seu objecto – Admissibilidade de provas ilícitas no processo civil moçambicano, sua ligação com o ónus da prova no mesmo direito processual civil moçambicano.

Dado que este trabalho resulta da pesquisa bibliográfica que é aquela que consiste na explicação de um problema a partir de referências teóricas publicadas em documentos, podendo ser realizada independentemente ou como parte de pesquisa descritiva ou experimental, toda a fonte citada está indicada na bibliografia.

<sup>46</sup> MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria, *Técnicas de Pesquisa*, 7ª Edição Editora Atlas SA, São Paulo, 2012, p. 2

<sup>47</sup> Idem, p.26.

No caso, o tipo de pesquisa foi descritiva porque não requereu a utilização de métodos e técnicas estatísticas, foi indutiva por estarmos no âmbito de ciências sociais, contrariamente ao que acontece nas ciências exactas, foi qualitativa porquanto formula o contexto do problema analisando e interpretando os dados em seu conteúdo psicossocial, não se traduzindo em números.

Como se referiu e recordando ao resumo, este trabalho tem como objectivo geral abordar a questão da prova, admissibilidade ou não da prova ilícita no processo civil, sua ligação com a questão pertinente, mormente o ónus da prova e inversão de ónus de prova; tem como objectivos específicos conforme referido na parte introdutória: *a)* aferir o que seja a prova, principalmente a prova ilícita no processo civil, sua admissibilidade ou não, claro pugnando-se pela admissibilidade da prova ilícita no processo civil, o ónus da prova e inversão do mesmo, no direito processual civil moçambicano; *b)* compreender a inversão do ónus da prova; *c)* versar sobre a importância da prova para o julgamento da matéria de facto e ajuizamento com vista a sentença que se pretende justa; *d)* apontar alguns casos de difícil tratamento na questão da prova, indicando-se a jurisprudência comparada tanto do sistema romano-germânico, como do sistema do *Common Law*.

Referiu-se acima que a revisão de literatura em trabalho de pesquisa pode ser realizada com o objectivo de determinar o "estado de arte", ou seja, o pesquisador procura mostrar através da literatura já publicada o que já sabe sobre o tema, quais as lacunas existentes e onde se encontram os principais entraves teóricos metodológicos<sup>48</sup>.

No caso em apresso, com esta Tese procurou-se atingir o objectivo gizado, nomeadamente determinar o conceito da prova, discutindo o seu conteúdo, o conceito de prova ilícita, igualmente discutindo o seu conteúdo, o ónus da prova e inversão do ónus da prova no direito moçambicano, apontando a ligação com a questão fulcral da Tese – a admissibilidade de prova ilícita no processo civil de Moçambique e não só.

Sendo que a pesquisa bibliográfica tem a finalidade de colocar o pesquisador em contacto directo com tudo o que foi escrito, dito ou filmado sobre determinado assunto, inclusive conferências seguidas de debates que tenham sido transcritos por forma, quer publicadas, quer gravadas<sup>49</sup>, ao longo do texto aqui vertido ou ao longo deste trabalho ou Tese, sempre foram sendo apontadas fielmente as fontes da informação aqui transmitida, com

<sup>48</sup> LUNA, 1997; SILVA, Edna; MENESES, Estrela, 2005.

<sup>49</sup> LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de Metodologia Científica*, 3ª Edição ampliada, São Paulo; Atlas 2007, p 270.

bases bem identificadas de autores que versaram de modo cuidado sobre a admissibilidade de prova ilícita no processo civil. Assim, a posição aqui tomada está fundamentada com recurso aos referidos autores.

É a situação da presente Tese como sobejamente ficou acima dito, que foi produzida, entre outros, com recurso a livros, manuais, artigos científicos e a legislação civil e processual civil em vigor no nosso ordenamento jurídico e nos ordenamentos jurídicos similares ao nosso, nomeadamente, o Português e Brasileiro, mais aquele do que este último.

Foram consultadas fontes primárias (doutrina, instrumentos legislativos, decisões jurisprudenciais, documentos político-administrativos) e secundárias (livros, artigos científicos, periódicos, monografias, dissertações, ensaios, resumos e teses), como impõem os artigos 2º e 10º do Manual de Regras para a Elaboração e Apresentação de Trabalhos Académicos na Faculdade de Direito da UCM<sup>50</sup>.

Nestes termos, o presente trabalho foi precedido da colecta e do estudo pormenorizado de fontes do conhecimento relativo ao seu objecto, conforme o artigo 8º do Manual de Regras para Elaboração e Apresentação de Trabalhos Académicos na Faculdade de Direito da UCM, aplicáveis também para mestrado e doutorado, nos termos do artigo 2º do referido manual<sup>51</sup>.

## **CAPÍTULO II**

### **2.1. A PROVA**

Aborda-se neste capítulo numa forma que se pretende exaustiva, a prova. Faz-se a conceptualização da prova; a evolução histórica da prova; a importância da prova para a proferição de sentença ou decisão.

<sup>50</sup> Manual de Regras para a Elaboração e Apresentação de Trabalhos Académicos de Licenciatura, Mestrado e Doutoramento em Direito na Universidade Católica de Moçambique, Beira, 03 de Setembro de 2020 – Reitor da Universidade Católica de Moçambique – Professor Doutor Padre Filipe Sungo.

<sup>51</sup> Idem.

Para melhor compreensão, começando pelo aspecto histórico e cronológico, pode-se dividir historicamente a evolução da prova e seu estudo em períodos, nomeadamente: o período ou mundo clássico onde inevitavelmente se falará do mundo grego-romano; o período moderno, fazendo-se destaque aos séculos XX e XXI; o tratamento da prova no novo período ou nos tempos modernos.

Começando pela época clássica grego-romana, há que referir que o direito processual civil começa a ganhar cientificidade, pois foram sendo desvinculados preconceitos religiosos e supersticiosos a respeito da prova.

Segundo Humberto Theodoro Júnior, pouco se sabe a respeito do processo grego, mas "Pelo que se apura na Retórica de Aristóteles, em matéria de prova, predominavam princípios elevados, que faziam classificar os meios de convicção, como lógicos e alheios a preconceitos religiosos e outros fanatismos"<sup>52</sup>.

Nesse período, o processo civil observava a oralidade onde o princípio do dispositivo era regra dominante. Assim, cabia às partes o ónus da prova excepcionalmente se permitia a iniciativa do julgador em questões de prova.

No desenvolvimento surge o Direito romano. O direito romano foi influenciado pelo direito grego quanto ao aspecto das provas. "Na sua fase primitiva, o juiz era tratado como árbitro com critério pessoal, em tudo que a lei não previa solução específica"<sup>53</sup>.

O direito processual civil romano sintetiza-se em três fases, nomeadamente a fase primitiva, a fase ou período do formulário e a fase ou período do cognitivo. Então, impõe-se caracterizar como as coisas ocorriam durante esses diferentes períodos da história da prova e do estudo da prova, algo muito importante para a decisão dos factos controvertidos e consequente prolação da decisão ou sentença:

No primeiro período ou fase primitiva, também denominado *legis actiones*, que em tradução livre do autor desta Tese pode ser entendida como, acções legais, parte desde a fundação de Roma até ao ano 149 antes de Cristo.

No primeiro período ou fase primitiva, o processo era caracterizado por procedimento solene excessivo com um ritual onde se conjugava palavras e gestos. O

<sup>52</sup> JÚNIOR, Humberto Theodoro, *Curso de Direito Processual Civil, Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento Comum*, Vol. 1, Editora Forense, 6ª Edição, Reimpressão, Rio de Janeiro, 2019, p. 57.

<sup>53</sup> Idem, p. 57.

equivoco de uma palavra, linguagem ou gesto podia determinar a perda da demanda por parte de quem tivesse esse equivoco.

O procedimento era essencialmente oral perante o juiz. Esse procedimento oral estava dividido em duas fases: a primeira fase decorria na presença do juiz que concedia a acção da lei e fixava o objecto do litígio; a segunda fase decorria perante cidadãos escolhidos, os chamados árbitros. Era perante esses árbitros, escolhidos entre cidadãos, que cabia colectar as provas e de seguida ditavam a sentença. Portanto, não havia advogados, as partes defendiam-se por si próprias.

No período seguinte ou período do formulário surgiu com o desenvolvimento do império romano que foi conquistando vastos territórios. Foi devido à conquista de vastos territórios pelo Império Romano que demandou o surgimento de novas e complexas relações jurídicas, o que fez com que não fosse suficiente solucionar os litígios por via de *legis actiones*.

A consequência foi que se aboliram as acções da lei, o juiz era autorizado a receber fórmulas de acções que servissem apenas a compor o litígio que fosse impetrada. Nesta fase, no essencial, o procedimento era igual àquele que se praticava na fase de *legis actiones*.

Assim, neste período, o juiz examinava tanto a petição como a contestação, quando recebia a acção entregava ao autor uma fórmula escrita, encaminhando-o ao árbitro que julgava. Nesta fase havia intervenção de advogados, observavam-se os princípios do livre convencimento do juiz e do contraditório. Embora a sentença fosse dita não pelo juiz mas pelos árbitros privados o seu cumprimento era obrigatório, quer dizer, o Estado controlava o seu cumprimento.

Na terceira fase ou fase da *Cognitio* extraordinária que vai desde ano 200 até 565 da nossa era, a função judicial passa a ser privativa dos funcionários, já não há mais árbitros privados.

Na fase da *Cognitio* extraordinária assume-se o procedimento escrito, tanto do pedido do autor, quanto a contestação do réu, bem assim a fase instrutória, a sentença e a execução. O funcionário público é que faz a citação e admite-se o recurso. Pode-se afirmar que foi nesta fase que começaram a surgir os germes do moderno processo civil.

No direito romano vigoraram as provas irracionais onde o juiz aconselha-se a um ser sobrenatural, ente superior, quiçá, Deus, para lhe dizer quem tinha razão, ajudando o juiz a fazer ou compor a justiça. Esta situação foi-se alterando após a queda do Império Romano pois surgiu a dominação de Roma pelos germânicos, tendo estes últimos imposto, os seus costumes e seu direito.

Nessa época do Império Romano havia uma forma de prova que consistia em o acusado, por vezes o acusador, outras vezes terceiros ou animais serem submetidos a *ordálio*<sup>54</sup>. Mas com a dominação de Roma pelos Germânicos, os chamados bárbaros, a situação não mudou repentinamente. Os bárbaros ou germânicos também não possuíam noções jurídicas muito avançadas, pelo contrário, eram noções jurídicas muito rudimentares.

Assim "...os meios de prova eram restritos às hipóteses legais, nenhuma liberdade cabia ao juiz, somente verificava a existência da prova. O valor de cada prova e a sua consequência para o pleito já vinha expressamente determinado pelo direito positivo"<sup>55</sup>. O juiz servia somente para reconhecer a existência da prova, não como meio de convencê-lo sobre a realidade dos factos.

Pode-se referir que nesse período "bárbaro", o processo civil era acusatório. A verdade que se buscava não era a verdade material, mas somente a verdade formal que se alcançava por meio de artifícios absurdos onde acreditava-se na intervenção divina no apuramento da prova em julgamento.

Com o advento das Universidades no sec. XI, ressurgiu o gosto pelo estudo do direito romano, tendo surgido os glossadores<sup>56</sup>, aqueles que se dedicavam a interpretar, comentar, anotar, explicar, criticar, desenvolver o processo civil.

Posteriormente houve fusão do direito romano com o direito germânico e canônico, surgindo o direito comum, daí o surgimento do processo comum desde sec. XV a

<sup>54</sup> Ordálio unilateral que consistia sobretudo na prova de ferro em brasa da água a ferver ou da água fria, ou então ordálio bilateral onde as partes ficavam de braços estendidos, o primeiro que os deixasse cair perdia a questão. Tais procedimentos vinham da idade média, até sec. XIV – XV. Existia também o juramento purgatório onde o acusado ou réu prestava juramento para se desculpar ou provar a inocência, se recusasse considerava-se como confissão.

<sup>55</sup> JÚNIOR, Humberto Theodoro, *Curso de Direito Processual Civil, Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento Comum*, Vol. 1, Editora Forense, 6ª Edição, Reimpressão, Rio de Janeiro, 2019, p. 59.

<sup>56</sup> Note-se que além da Escola dos Glossadores, relativamente ao Renascimento do direito romano na Europa, existiam ou surgiram também a Escola dos Comentaristas, a Escola de Cujácio e a Escola romanista francesa ulterior a Cujácio, in SANTOS, Eduardo dos, *Direitos Reais de ontem e de hoje*. Volume I – *Direito Romano-Sua Introdução em Portugal e seus Direitos Reais*, p 31 a 42.

XVI, havendo vestígio desse tipo de processo em legislações ocidentais e Moçambique, bem assim nas outras ex-colónias portuguesas, Angola, Cabo Verde, São Tomé e Príncipe, Guiné-Bissau, Timor Leste, Macau.

O processo já passa a ser escrito, lento, complicado. Sendo a prova inspirada no direito romano admite-se já a eficácia *erga omnes* da coisa julgada devido à influência do direito romano. Neste período, as ordálias<sup>57</sup> e os juízos de Deus, já tinham sido abolidos, todavia, a tortura como meio de obtenção da verdade vigorou até sec. XIX.

O império da prova tarifada (prova legal), ou se se quiser, o império da tarifa legal da prova foi prevalecendo até fins do século XVIII, tendo terminado graças a audição dos protestos de grandes homens desse século, nomeadamente Beccaria, Montesquieu, Voltaire, etc.

No período moderno que é também o período que corresponde a fase científica, portanto no século XX foram afastadas do processo civil as provas tarifadas, que são aquelas provas pré-valorizadas pelo direito positivo. "A partir da Revolução Francesa, retomou-se o conceito de livre convencimento do juiz e procurou-se eliminar os resquícios da tarifa legal das provas, primeiro no processo penal e, mais tarde, no processo civil"<sup>58</sup>.

Pensa o autor desta Tese, que o princípio de prova legal onde o julgador tem de se sujeitar a apreciação das provas às regras ditadas pela lei, que vigora também no sistema jurídico moçambicano, pode ser resquício desse período, ou vem desse período.

No sistema jurídico moçambicano, em algumas circunstâncias, é a lei que indica o valor e força probatória de determinado tipo de prova. É exemplo de prova legal, o previsto no artigo 371º, n.º 1 do Código Civil pátrio, segundo o qual "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..."<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> Ordálio unilateral que consistia sobretudo na prova de ferro em brasa da água a ferver ou da água fria, ou então ordálio bilateral onde as partes ficavam de braços estendidos, o primeiro que os deixasse cair perdia a questão. Tais procedimentos vinham da idade média, até sec. XIV – XV. Existia também o juramento purgatório, onde o acusado ou réu prestava juramento para se desculpar ou provar a inocência, se recusasse considerava-se como confissão.

<sup>58</sup> JÚNIOR, Humberto Theodoro, *Curso de Direito Processual Civil, Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento Comum*, Vol. 1, Editora Forense, 6º Edição, Reimpressão, Rio de Janeiro, 2019, p. 140 a 141.

<sup>59</sup> Cfr. Artigo 371º do CC.

Daí em diante, ou daquele período, século XX, foram afastadas do processo civil as provas tarifadas, aquelas provas pré-valorizadas pelo direito positivo. Foi feita a outorga de poderes ao juiz para apreciar a prova de acordo com as regras que admitem a crítica, produzindo *ex officio* as provas que se impuserem para o objectivo de alcançar a verdadeira justiça.

Neste período começa gradualmente o desaparecimento das provas irracionais e o aparecimento gradual das provas científicas, devido ao crescente desenvolvimento da tecnologia, dando como exemplos o aparecimento do retrato falado, fotografia, fotocópia, registo, impressões digitais, análise de sangue, análise de ADN, etc.

Como refere Carlos Castelo Branco "No direito probatório, as novas tecnologias facilitaram o meio de obtenção das provas e pode falar-se mesmo em novos meios de prova"<sup>60</sup>. Mais, "Alteraram-se as próprias formas de comunicação. A carta remetida pelo correio, o telegrama e o próprio fax vão-se tornando cada vez mais obsoletos. Dominam os "e-mails", os "chats", de conversação, o "facebook", o "twitter", as mensagens escritas enviadas por telemóvel..."<sup>61</sup>.

Passa-se então de sistema prova legal para sistema de prova livre. Segundo certos autores "faz-se esta evolução por via legislativa nos países comunistas e por via jurisprudencial nos outros países da Europa"<sup>62</sup>.

No século XXI, o carácter instrumental do processo civil vincula-se ao direito material, sendo que a função do processo é de dar efectividade à tutela dos direitos subjectivos dos interessados.

A tendência actual dos países, tendo em conta a garantia dos direitos individuais é a de nas suas constituições inserirem os princípios básicos do processo, passando-se da garantia do devido processo legal para o devido processo justo.

Como refere Humberto Theodor Júnior, reportando-se à década cinquenta "...na década cinquenta, quando percorria a senda da formação universitária, as preocupações

<sup>60</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova Ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 211.

<sup>61</sup> Idem, p. 212.

<sup>62</sup> HESPANHA, António Manuel; MALHEIRO, L. Manuel Macaísta, *Introdução Histórica do Direito*, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, p. 716.

com as metas políticas e sociais do processo eram diminutas e a ciência jurídica via na jurisdição o instrumento voltado, quase que exclusivamente, para realizar a vontade da lei"<sup>63</sup>.

Dá a entender o referido autor - claro está - reportando-se ao seu meio ou seu país, Brasil, mas que achamos que era a tendência global, o juiz devia ser neutro, imparcial, equidistante das partes, alheio à formação do objecto do processo e a actividade de produção da prova para demonstrar a causa de pedir.

Em outras palavras diria, na linguagem do professor de Processo Civil na licenciatura do autor desta Tese na UEM (Universidade Eduardo Mondlane), Dr. Lopes de Freitas, "o juiz dançava conforme tocava a música".

Naquele período havia muito assento tónico no princípio do dispositivo em processo civil, e nada ou quase nada do princípio do inquisitório no processo civil, fundamentando-se na máxima *iudex iudicare debet allegata et probata partium* ou *Iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*<sup>64</sup>, o que significa que o juiz deve julgar de acordo com o que foi alegado e provado (pelas partes).

A tendência apontada supra foi mudando na segunda metade do presente século dado o moderno estado democrático e social implantado e desenvolvido, também por causa do fim da segunda guerra mundial.

Aponta-se como um dos campeões dessa mudança, Mauro Cappelletti, trazendo a ideia de instrumentalidade e efectividade do processo civil, "A tónica da nova ciência processual centrou-se na ideia de acesso à justiça. O direito de acção passou a ser visto não mais apenas como o direito ao processo, mas como a garantia cívica de justiça"<sup>65</sup>.

Assim, "O direito processual assumiu, por isso, a missão de assegurar resultados práticos e efectivos que não só permitissem a realização da vontade da lei mas que

<sup>63</sup> JÚNIOR, Humberto Theodoro, *Prova – Principio da verdade – poderes do juiz-onus da prova e sua eventual inversão-provas ilícitas-prova e coisa julgada nas acoes relativas à paternidade (dna)*. p. 3. Consultado na Internet, in <https://www.direitodefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/07/prova.pdf>, no dia 12 de Abril de 2024.

<sup>64</sup> OLIVEIRA, Fernando, in *Glossário de Latim para Juristas*, 11ª Edição, Editora Escolar, Reiipressao, Angola. 2014, p.78

<sup>65</sup> JÚNIOR, Humberto Theodoro, *Prova – Principio da verdade – poderes do juiz-onus da prova e sua eventual inversão-provas ilícitas-prova e coisa julgada nas acoes relativas à paternidade (dna)*. p. 3. Consultado na Internet, in <https://www.direitodefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/07/prova.pdf>, no dia 12 de Abril de 2024.

dessem a essa vontade o melhor sentido, aquele que pudesse se aproximar ao máximo da aspiração de justiça"<sup>66</sup>.

Depois desta incursão histórica sobre a prova, antes de se abordar o tema da Prova Ilícita no Processo Civil, sua admissibilidade ou não admissibilidade, necessário se torna estabelecer os parâmetros, sentido e definição da Prova.

É necessário estabelecer as premissas básicas para o seu estudo, análise e investigação para se chegar a um ponto ou conclusão da tese que se pretende defender, relativamente à matéria probatória no processo civil e mais concretamente a admissibilidade da prova ilícita no processo civil moçambicano.

Nas acções judiciais a intentar e a contestar em Tribunal, tanto o autor como o réu, têm que ter em conta duas situações, nomeadamente a situação fáctica (os factos), por um lado, e a situação jurídica (o direito que sustenta os factos que as partes alegam), por outro.

Quando as partes litigantes estão em desacordo quanto à realidade da relação material controvertida, a decisão do tribunal somente pode ser tomada depois de definida a prova da questão controvertida.

Em outras palavras, a decisão do juiz cível vai-se centrar nos factos que as partes trouxeram ao processo (princípio de dispositivo), ou que o juiz investigou (princípio do inquisitório), mas que estejam num caso ou noutro, provados ou não provados, daí a importância da prova no processo civil.

Como referem João de Castro Mendes e Miguel Teixeira de Sousa, relativamente à noção de prova "A questão de direito *qua tale* resolve-se, em regra, por consulta de textos legais facilmente acessíveis ao juiz, isto é, de um modo que não exige uma actividade processual diferenciada para se chegar a uma solução correcta"<sup>67</sup>. Mas "A questão de facto, porém, exige investigação, a fim de se chegar (quanto possível) " a uma solução ou resposta verdadeira; tal investigação tem de ser regulada como uma actividade processual própria e discriminada"<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> Idem.

<sup>67</sup> MENDES, João de Castro; SOUSA, Miguel Teixeira de, *Manual de Processo Civil I*, Editora AAFDL, Lisboa, 2022, p. 467.

<sup>68</sup> Idem, p.467.

Segundo os autores citados, a investigação processual não se destina a aquisição de conhecimentos sobre novas realidades, mas antes à demonstração da verdade de factos já alegados em juízo e que apenas importa confirmar – à prova, em suma.

Pela perspectiva do direito à prova, segundo entendido por Isabel Alexandre "O tema do direito à prova no processo civil tornou-se particularmente merecedor de atenção na Itália e na Alemanha, na sequência da jurisprudência da *Corte Costituzionale* e do *Bundesverfassungsgrich* (...)", consideram tal direito manifestação essencial do exercício de ação e defesa"<sup>69</sup>.

Tal entendimento e na sequência de o conteúdo essencial do direito à prova "constam os seguintes aspectos: o direito de alegar fatos no processo; o direito de provar a exactidão desses fatos, através de qualquer meio de prova (o que implica, segundo o autor, a proibição de um elenco taxativo de meios de prova), além do direito a participar na produção das provas"<sup>70</sup>.

Ora, nesta Tese, o entendimento é algo diferente do entendimento de Izabel Alexandre, pois defende-se neste trabalho que sendo o direito de alegar factos no processo pertencente aos litigantes, os mesmos litigantes têm o direito de provar a exactidão desses factos através de qualquer meio de prova, incluindo, se for necessário, ou se for o único meio disponível, através de prova ilícita.

Tal implica a não proibição de produção e a apresentação de provas. Implica não proibição de um elenco taxativo de meios de provas, ou melhor, implicando a admissibilidade, em certos casos ou em certas circunstâncias, a admissibilidade de provas ilícitas, em processo civil, como mais adiante será demonstrado.

Assim sendo, a produção da prova é um direito fundamental das partes, garantido pela Constituição da República de Moçambique, pois não adiantaria muito aos cidadãos terem direito de recorrer aos tribunais<sup>71</sup>, se não poderem demonstrar ou provar os factos que compõem esse direito. Os artigos 62 e 70 da Constituição da República de Moçambique consubstanciam ou consagram o direito de acesso à justiça<sup>72</sup>.

<sup>69</sup> ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas em Processo Civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 1998, p. 69.

<sup>70</sup> WALTER, G. *Il diritto alla prova in Svizzera*. *Revista trimestrale di diritto e procedure Civile*, 1991, p. 1198.

<sup>71</sup> Cfr. Artigo 70 da CRM.

<sup>72</sup> Cfr. Artigos 62 e 70 da CRM, Aprovada pela Lei n.º 1/2018, de 12 de Junho, Lei de revisão pontual.

O acesso à justiça pode ser subdividido em termos meramente teórico conceitual, em duas perspectivas nomeadamente, na perspectiva formal e na perspectiva material: será perspectiva formal de acesso à justiça, a capacidade de levar um determinado caso ao conhecimento do Poder Judiciário, concretamente, o direito de propor uma acção judicial e conseqüentemente de obter uma decisão em tempo razoável; será perspectiva material de acesso à justiça, o direito à obtenção de uma decisão justa em tempo razoável, decisão que somente pode depender da produção da prova por quaisquer meios de prova. Por isso se justifica a admissibilidade de prova ilícita em processo civil.

Note-se que se está a referir a admissibilidade de prova ilícita, o que quer dizer, que nem sempre é admissível a prova ilícita em processo civil, mas que a admissibilidade da prova ilícita no processo civil depende das circunstâncias de cada caso, em concreto.

Trata-se de admissibilidade de provas ilícitas no processo civil pátrio pois o Código de Processo Civil de Moçambique não proíbe expressamente o uso de provas ilícitas nas acções cíveis, contrariamente ao Código de Processo Penal que proíbe de forma expressa, como se referiu noutra parte deste trabalho. É por isso que se diz que a produção probatória é um direito fundamental, não pode ser vedado a ninguém, muito menos às partes litigantes.

Como refere Humberto Theodoro Júnior "Os processos judiciais não se formam visando proclamação de teses académicas de direito. Só existem para tutela de interesses concretos nascidos da vida e das relações jurídicas nela criadas e desenvolvidas"<sup>73</sup>. Quer dizer, os processos judiciais somente existem com a finalidade de comporem-se os litígios existentes entre as partes litigantes e trazer a paz na sociedade ou repor a paz social, que foi retirada à sociedade por causa do litígio.

Para o juiz decidir um caso necessita que tenha presente os factos, ou por outras palavras, para o juiz decidir um caso é preciso que as partes litigantes tragam os factos diante do juiz ou do tribunal e é preciso que as partes provem tais factos alegados – é o princípio do dispositivo a imperar - claro que por causa do princípio de inquisitório, o próprio juiz pode investigar, pode ir a busca das provas que sustentam ou não tais factos.

<sup>73</sup> JÚNIOR, Humberto Theodoro, *Prova – Principio da verdade – poderes do juiz-onus da prova e sua eventual inversão-provas ilícitas-prova e coisa julgada nas acoes relativas à paternidade (dna)*. p. 2. Consultado na Internet, in <https://www.direitodefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/07/prova.pdf>, no dia 12 de Abril de 2024.

Assim é porque *ex facto ius oritur* ou *ex facto oritur ius*<sup>74</sup>, quer dizer, somente do facto é que nasce o direito, "Daí que cumpre aos magistrados conhecer sempre os fatos que se colocam à base de qualquer litígio. E as provas são, no processo, o meio de se chegar à cognição do suporte fáctico das pretensões litigiosas"<sup>75</sup>.

As provas são tão importantes para o julgamento de determinado caso de processo civil que Barbosa Moreira refere "a imensa maioria dos litígios civis encontra solução, sobretudo, muitas vezes exclusivamente, na apreciação de questões de fato, que nos chegam, como é óbvio, por intermédio de prova"<sup>76</sup>.

### 2.1.1 Conceito

Relativamente à prova, começa-se por indagar sobre o que seja a prova. Há muitas conceptualizações de prova consoante o entendimento de cada autor, como a seguir se explanará.

Mas no essencial, todos os entendimentos, embora algumas vezes tratados de maneira peculiar, têm um ponto convergente – a prova significa aquilo que serve para estabelecer uma verdade por verificação ou demonstração, ambicionando-se demonstrar a verdade, ou alcançar o que a realidade é permissível, sabido que a realidade é aquilo que as coisas ou os factos são em si mesmos. Neste sentido, a verdade é aquilo que deles sabemos ou tentamos saber.

Ora, como o direito da matriz romano-germânico, como é o direito português, que por sua vez influenciou o direito moçambicano, tal como influenciou as restantes ex-colónias portuguesa (Angola, Guiné-Bissau, São Tomé e Príncipe, Cabo Verde, mas também Brasil, Timor Leste, Macau), por sua vez, traz influência daquele direito romano-germânico.

O Direito Canónico tem um entendimento de prova, *sui generis*, nos termos que a seguir se ilustra:

Entende-se por prova a demonstração da existência e verdade de um facto controvertido ou de um direito duvidoso, e por Provas os meios legalmente aptos para essa demonstração. Tanto a prova como as Provas podem ser substantivas

<sup>74</sup> OLIVEIRA, Fernando, *in* *Glossário de Latim para Juristas*, 11ª Edicao, Editora Escolar, Reiipressao, Angola. 2014, p.58

<sup>75</sup> JÚNIOR, Humberto Theodoro, *Prova – Principio da verdade – poderes do juiz-onus da prova e sua eventual inversão-provas ilícitas-prova e coisa julgada nas acoes relativas à paternidade (dna)*. p. 2. Consultado na Internet, *in* <https://www.direitodefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/07/prova.pdf>, no dia 12 de Abril de 2024.

<sup>76</sup> MOREIRA, Barbosa, *in* *Os poderes do Juiz in O Processo Civil Contemporaneo*, vários autores, Curitiba, Juruá, 1994, p. 93.

(extrajudiciais, preconstitucionais) ou processuais (Judiciais, constituídas em processo). As Provas *substantivas* são registos ou documentos (só subsidiariamente se admite constituição de testemunhas) que o direito canónico exige para a demonstração de certos factos: baptismos, confirmação, matrimónio, ordenação, colacção de officio ou beneficio, consagração de lugares sagrados, admoestações canónicas, constituição de mandato, aplicação de penas. Uma vez que são preconstituídas, produzem efeitos legais pela simples apresentação incontestada. As *processuais*, que por antonomásia se chamam simplesmente Provas, são todos os meios legalmente aptos a convencerem o julgador da existência e verdade dos factos controvertidos ou da existência de direito que o tribunal não tem obrigação de conhecer. Delas trata o título X de probat. do Código do Direito Canónico (Câns. 1747-1836) e são: a confissão das partes (câns. 1750-1753), a atestação por testemunhas (câns. 1754-1791) ou por peritos (câns. 1792-1805), a verificação ou reconhecimento pelo juiz (câns. 1806-1811), a prova documental (câns. 1812-1824), as presunções (câns. 1825-1828) e o juramento das partes (câns. 1829-1836). As Provas são *directas* ou *indirectas*, consoante procedam ou não de um facto de *per si* ordenado a constituir prova judicial. Das enumeradas no Código do Direito Canónico só as presunções são Provas indirectas. Segundo outro critério, as Provas são *plenas* ou *semiplenas*, conforme tenham força para produzir no julgador certeza moral ou apenas probabilidade. Estas carecem, por isso, de ser corroboradas por Provas complementares ou *adminicula* (v. g. juramento, cân. 1829). Não necessitam de Prova judicial: os factos notórios, os que a lei presume, os admitidos por confissão (cân. 1747) e os direitos gerais ou comuns. O ónus da Prova de todos os outros factos controvertidos e de direito de conhecimento não officioso (costumeiros e particulares) incumbe a quem os afirma (cân. 1748). O direito canónico segue como regra o princípio romanista da liberdade do julgador na apreciação do valor das Provas, mas admite em certos casos o sistema germânico da Prova com valor legalmente estabelecido (cf. Câns. 1751, 1757, 1791)<sup>77</sup>.

O Direito Civil português anterior definia a prova no artigo 404º do Código Civil de 1867 como "a demonstração da verdade dos factos alegados em juízo"<sup>78</sup>. Continuam os autores:

Hoje o artigo 341º do actual Cód. Civ. Diz que "as Provas têm por função a demonstração da realidade dos factos". Provar é deixar um facto (*rectius*, uma afirmação de facto) assente em termos de sobre ele fundar uma decisão; isso verifica-se em regra (hoje) quando a pessoa que tem de tomar tal decisão (*maxime*, o juiz) se convence subjectivamente da verdade do mesmo facto, mas por vezes a lei manda tomar como assentes factos, independentemente dessa convicção íntima (Prova legal). O termo Prova aliás reveste vários significados, de que são mais importantes três: como actividade (Actividade probatória), actividade tendente a convencer, ou a convencer-se, da verdade de um facto, ou da justificabilidade de o tomar como provado, como resultado, convencimento do julgador; como meio de chegar a esse resultado (meio de Prova), meios que se distinguem fundamentalmente em duas categorias – o depoimento de pessoas (Provas pessoais) e as coisas

<sup>77</sup> BARTOCETTI, Lega, *Comment. In iudicia ecclesiast., II, R. 1939, 625-850*; NAZ, R, em *D. D. C.*, VII, Pa., 1965, 205-213; MD, C. I. C 1962, 644 e ss LOPES, V. Melicia, *Verbo-Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura*, 15º, Editorial Verbo, Lisboa. p. 1297.

<sup>78</sup> MENDES, Castro, *Do Conceito de Prova, em Processo Civil*, Lx., 1962; SERRA, Vaz, *Direito Probatório Material*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, 110, 111, 112 (e bibliografia aí citada); MENDES, J. De Castro, *Verbo-Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura*, 15º, Editorial Verbo, Lisboa. P. 1295 a 1296. "Prova" in CARDOSO, Lopes, *Código de Processo Civil Anotado*, 3ª edição, p. 361; BASTOS, Jacinto, *Notas ao Código de Processo Civil*, III Vol, p.129; REIS, Alberto dos, *Código de Processo Civil Anotado*, IV Vol, 156; ANDRADE, Manuel de, *Noções Elementares de Processo Civil*, p. 244; CASTRO, Anselmo, *Lições de Processo Civil*; FARINHA, Pinheiro, *Código de Processo Civil Anotado*, I Vol, p. 521; SATTI, Salvador, *Dirito Processal Civile*, 6ª ed., p. 258; MENDES, João de Castro, *Manual de Processo Civil*, p. 247; id, *conceito de prova em Processo Civil*, p. 261; id., *Lições de Processo Civil*, 1971, p. 233, MENDES, Afonso de Castro, *Verbo-Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura*, 15º, Editoril Verbo, Lisboa, p. 1296 a 1297.

(*maxime*, documentos) enquanto veículo de informação (Provas reais). Afirmado um facto em juízo, e havendo que optar para efeitos de decisão entre o facto e o seu contrário (o autor emprestou dinheiro ou não? O réu pagou ou não?) a lei não permite, em caso de dúvida irreductível ou insanável, que o juiz se abstenha de julgar dizendo que não chegou a conclusão alguma (*non liquet*); quanto a um dos factos existe o *onus da Prova*, o outro é tomado como verdadeiro se o primeiro não for provado<sup>79</sup>.

Embora não seja este o lugar adequado para dissecar o significado de cada tipo de prova, o que por ventura venha a desenvolver-se posteriormente, mas adiantando, por sua vez, diz-se ou trata-se de Prova Pericial ou arbitramento o seguinte:

Também chamada arbitramento, peritagem, pericial: é a demonstração da verdade de um facto susceptível de análise sensorial (a mais das vezes auxiliada por instrumentos) feita por uma entidade (perito), especialmente pelo juiz, encarregada de tal, por virtude de seus conhecimentos especiais em certa matéria. A Prova Pericial faz-se por exame quando recai sobre coisas móveis ou pessoas, por vistoria quando recai sobre imóveis e por avaliação quando se trata unicamente de determinar o valor de bens ou direitos. Há um tipo de processo especial onde se torna absolutamente necessária tal prova. Daí que a lei nele a torne obrigatória e a designe por acção de arbitramento. A força probatória da Prova Pericial é livremente apreciada pelo juiz<sup>80</sup>.

Carlos Castelo Branco refere:

Usualmente considera-se que o termo «prova» pode ser usado em três sentidos diversos: Como actividade destinada a demonstrar a verdade dos factos alegados em juízo e a convencer o tribunal dessa verdade (actividade probatória); Como um dos vários meios que usam para investigar a verdade ou a falsidade dos factos alegados em juízo (meio de prova); e Como resultado final consistente na demonstração da verdade dos factos alegados em juízo (resultado)<sup>81</sup>.

A palavra prova tem origem do vocabulário latino *probatio*<sup>82</sup>, que tem um significado múltiplo, podendo significar argumento ou razão. Este entendimento é partilhado também, pelo menos, por dois autores moçambicanos que se debruçaram sobre o tema<sup>83</sup>.

<sup>79</sup> MENDES, Castro, *Do Conceito de Prova, em Processo Civil*, Lx., 1962; SERRA, Vaz, *Direito Probatório Material*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, 110, 111, 112 (e bibliografia alicitada), MENDES, J. de Castro, *Verbo-Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura*, 15º, Editoril Verbo, Lisboa. P. 1295 a 1296.

<sup>80</sup> "Prova Pericial" in CARDOSO, Lopes, *Código de Processo Civil Anotado*, 3ª edição, p. 361; BASTOS, Jacinto, *Notas ao Código de Processo Civil*, III Vol, p.129; REIS, Alberto dos, *Código de Processo Civil Anotado*, IV Vol, 156; ANDRADE, Manuel de, *Noções Elementares de Processo Civil*, p. 244; CASTRO, Anselmo, *Lições de Processo Civil*; FARINHA, Pinheiro, *Código de Processo Civil Anotado*, I Vol, p. 521; SATTA, Salvador, *Dirito Processal Civile*, 6ª ed., p. 258; MENDES, João de Castro, *Manual de Processo Civil*, p. 247; id, *conceito de prova em Processo Civil*, p. 261; id., *Lições de Processo Civil*, 1971, p. 233, MENDES, Afonso de Castro, *Verbo-Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura*, 15º, Editoril Verbo, Lisboa, p. 1296 a 1297.

<sup>81</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou lealdade?* Edições Almedina, Coimbra, 2019, p.31 e 32.

<sup>82</sup> OLIVEIRA, Fernando, *Glossário de Latim para juristas*, 11ª Edição, Escolar Editora, Lobito-Angola, 2014, p. 114.

A prova tem sido definida como aquilo que mostra, confirma ou demonstra a verdade de um facto. Tomás Timbane, autor moçambicano, como também Paulo Pimenta, Manuel de Andrade, Antunes Varela, Miguel Bezerra, Sampaio e Nora, João de Castro Mendes, António Carlos de Araújo Cintra, Ada Pelegrini Grinover, Carlos Rangel Dinamarco referem que "Prova é actividade desenvolvida em juízo no sentido do convencimento do julgador da realidade de um facto"<sup>84</sup>.

Desta expressão latina, *probatio*, surge o termo *probativus*, que em português seria probatório ou que pode ser provado. "Sucede que a palavra prova é vocábulo de ampla acepção, que se aplica com múltiplos conteúdos e das mais simples às mais intrincadas conjunturas da vida e, quantas vezes, em relação a eventos de tal importância e gravidade que a primeira inquietude que nos afronta é de prova não haver"<sup>85</sup>.

Constata-se existirem dificuldades em trazer uma definição doutrinal que seja consensual para todos, por isso, J. M. Gonçalves Sampaio referem:

As dificuldades em obter uma definição doutrinal resultaram, como tem sido reconhecido, da diversidade de acepções do termo «prova». Assim, tem-se entendido, entre outros, que aquele termo pode ser utilizado, tem-no sido, como *actividade probatória* destinada a determinar a realidade do facto alegado em juízo; como *resultado final* traduzido na demonstração da realidade de um facto ou nos dados fornecidos através do exercício de determinada actividade: «fazer se a prova»; e, ainda, como *meio de prova*, qualquer que seja a sua natureza, e de que o juiz se serve para investigar a verdade.<sup>86</sup>

Ao referir-se que a prova seria qualquer que seja a sua natureza e de que o juiz se serve para investigar a verdade, está ínsito o princípio do inquisitório de que mais tarde merecerá um tratamento adequado.

Ora, relativamente ao tema de prova, Diogo de Matos Brandão desenvolve:

Definido como "*aquilo que serve para estabelecer uma verdade por verificação*", o vocabulário "*prova*" deriva do latim "*proba*" verbo "*probare*", devendo ocupar uma dimensão fática e uma dimensão jurídica. De facto, e conforme entendido por PISANI, além da tradicional ideia de que "a prova é o resultado da actividade lógica do conhecimento", constata-se que o vocábulo assume, naturalmente, diferentes conotações, podendo referir-se: (i) aos instrumentos utilizados por magistrados para o conhecimento dos factos que lhe são apresentados; (ii) ao procedimento de

<sup>83</sup> TIMBANE, Tomás, *Lições de Processo Civil I*, 2ª Edição Revista e Actualizada, Editora Escolar, Maputo, 2020, p. 441; FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, Braga, 2022, p. 41.

<sup>84</sup> TIMBANE, Tomás, *Lições de Processo Civil I*, 2ª Edição Revista e Actualizada, Editora Escolar, Maputo, 2020, p. 441

<sup>85</sup> FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, Braga, 2022, p. 42.

<sup>86</sup> SAMPAIO, J. M. Gonçalves, *A Prova por documentos particulares na Doutrina, na Lei e na Jurisprudência*, 3ª edição Actualizada e ampliada, Editora Almedina, Coimbra, 2010. P.

formação desses mesmos instrumentos de cognição e à sua respectiva receção pelo juízo; ou, até mesmo (iii) à actividade lógica celebrada pelo juiz para o conhecimento dos factos. Numa perspectiva doutrinal, ALBERTO DOS REIS, entende a prova como "o conjunto de operações ou atos destinados a formar a convicção do juiz sobre a verdade das afirmações feitas pelas partes".<sup>87</sup>

A concepção de que o termo prova pode ser usado em três perspectivas é também defendida por Rui Manuel de Freitas Rangel, que traz os seguintes argumentos:

O termo *prova* pode ser usado em três acepções em rigor diferentes: a) no campo de actividade probatória, como a actividade destinada a demonstrar a verdade dos factos alegados em juízo; b) no campo da sua finalidade, como resultado final consistente em a verdade dos factos alegados em juízo ficar demonstrada "fez-se prova"; c) e no campo dos meios de prova, como um dos meios de natureza diversa que se usam para investigar a verdade ou falsidade dos factos alegados em juízo.<sup>88</sup>

Ainda, segundo o autor citado, o conceito jurídico-processual de prova para efeitos processuais, deve a prova definir-se de acordo com a função que desempenha no processo.

João de Castro Mendes e Miguel de Sousa preferem a definição que constava do art. 2404 do CC de 1867, que definia a prova como "a demonstração da verdade dos factos alegado em juízo", em contraposição a fórmula do art. 341 do actual CC "as provas têm por função a demonstração dos factos".

Para os autores referidos "Esta demonstração tem carácter subjectivo – trata-se de convencer e, mais precisamente, de convencer o tribunal, de formar nele uma convicção acerca de cada facto controvertido"<sup>89</sup>.

A função da prova é a demonstração da verdade de um facto através da formação de uma convicção sobre a verdade desse facto. O Professor Castro Mendes refere que a prova é "O pressuposto da decisão jurisdicional que consiste na formação, através do processo no espírito do julgador, da convicção de que certa alegação singular de facto é justificavelmente aceitável como fundamento da mesma decisão"<sup>90</sup>.

Esta noção dada pelo Professor Castro Mendes mereceu reparo de Miguel Teixeira de Sousa nos seguintes termos "exclui do objecto da prova as afirmações genéricas

<sup>87</sup> BRANDÃO, Diogo de Matos, *A Prova digital no processo civil: Repensar o sistema*, Editora Nova Causa – Edições jurídicas, Braga, 2020. p. 20 a 21.

<sup>88</sup> RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p. 22.

<sup>89</sup> MENDES, João de Castro; SOUSA, Miguel Teixeira de, *Manual de Processo Civil*, Volume I, AAFDL Editora, 2022, p. 467.

<sup>90</sup> MENDES, Castro, *Do conceito Jurídico da Prova em Processo Civil*, p. 741, citado por RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p. 22.

de facto ou máximas de experiência e de direito, isto é, as normas jurídicas, a qual contraria o actual direito positivo"<sup>91</sup>.

Teixeira de Sousa refere que a prova é "a actividade realizada em processo tendente à formação da convicção do tribunal sobre a realidade dos factos controvertidos, isto é, a actividade que permite formar na mente do julgador a convicção que resolve as dúvidas sobre os factos carecidos de prova"<sup>92</sup>.

Modernamente, a noção de prova adoptada por Rui Manuel Rangel é próxima à adoptadas por Teixeira de Sousa e Alberto dos Reis, pois estes referem ser a prova o "conjunto de operações ou actos destinados a formar a convicção do juiz sobre a verdade das afirmações feitas pelas partes"<sup>93</sup>.

Do acima exposto, numa outra perspectiva, pode dizer-se que o vocábulo prova no sentido jurídico pode ser visto em dois sentidos: sentido objectivo e sentido subjectivo. No sentido objectivo por sua vez, subdivide-se em actividade probatória que se caracteriza em actos processuais realizados pelas partes no processo na fase de fazer essa prova ou na fase probatória. Essa prova é feita de acordo com ónus que cabe a cada parte, por um lado, e; por outro, meio de prova ou técnicas de como a prova é apresentada nos autos ou no processo, por exemplo, depoimento de testemunhas, relatório de peritos, documento escrito.

Há autores que põem a tónica na judicialização da prova ou direito probatório, por exemplo, Pereira de Sousa defende que a prova é "o acto judicial pelo qual o juiz se faz certo daquilo que se deduz em questão"<sup>94</sup>. No mesmo sentido defende Nareth, apontando que a prova é "o acto judicial que certifica o juiz de factos duvidosos ou controvertidos em juízo pelas partes"<sup>95</sup>. Assim também é o entendimento de Sousa Pinto, para quem a prova "é o acto judicial por meio do qual os litigantes fazem certo, o facto entre eles, controvertido"<sup>96</sup>.

<sup>91</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de, *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*, p. 195.

<sup>92</sup> Idem, p. 195.

<sup>93</sup> REIS, José Alberto dos, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol III, p. 239. No mesmo sentido GUASP, in *Comentários a La Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo 2, Vol. I; COUTRE, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, p. 101; RODRIGUES, Manuel, *Do Processo Declarativo*, Vol. II, p. 5 e BETTI, *Direito Processual*, 2ª Edição, p. 348, todos citados por RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p.23.

<sup>94</sup> SOUSA, Pereira, *Primeiras Linhas Sobre o Processo Civil*, I, 4ª Edição, Lisboa, 1964, pp. 144 e 192.

<sup>95</sup> NARETH, *Elementos de Processo Civil*, I, 397, 2ª Edição, Coimbra, 1854, p. 206, 3ª Edição, Coimbra, 1860, p. 276, citado por RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p. 25.

<sup>96</sup> PINTO, Sousa, *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil Brasileiro, I, § 456*, Rio de Janeiro, 1850, 159, citado por RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p. 25.

Em face do Código Civil moçambicano e nos termos do artigo 341º do dispositivo legal referido, a prova aparece descrita no sentido de meio para demonstrar a realidade de um facto, englobando qualquer meio de prova legalmente admissível. Esse é o entendimento de Castro Mendes, que também partilhamos. O mesmo autor defende que para além do sentido referido, o conceito de prova tem também o sentido de "resultado final consistente em a verdade de factos alegados em juízo ficar demonstrada"<sup>97</sup>.

O termos introdutórios sobre a questão da matéria de prova, vale referir que segundo José de Oliveira Ascensão "O principiante tem grande dificuldade em distinguir a fixação da regra e a prova dos factos. Perante a referência a qualquer solução normativa, perguntará imediatamente: como se prova?"<sup>98</sup>.

O autor moçambicano, Gilberto Correia, no livro que corresponde a sua Tese de Doutoramento em Direito, a propósito da Responsabilidade civil por danos não patrimoniais no ordenamento jurídico moçambicano, quando aborda mais concretamente a dificuldade de prova dos danos não patrimoniais refere:

O problema da dificuldade de prova dos danos não patrimoniais também serviu de base aos negativistas para construir, à sua volta, mais um argumento para apoiar a sua tese da irreparabilidade dessa categoria de danos. No respectivo ponto de vista, os danos não patrimoniais são de difícil prova...À partida, diremos que a dificuldade de prova das manifestações subjectivas dos danos não patrimoniais não tem impedido os tribunais de arbitrarem as respectivas compensações, numa clara demonstração prática de que não é impossível provar a existência desses danos e que as apontadas dificuldades não são impeditivas da existência da correspondente responsabilidade civil<sup>99</sup>.

À partida, há que situar a problemática da prova no sentido de saber a origem dessa palavra – prova, como acima ficou dito. A palavra prova, como se referiu acima, vem do latim *probatio* que significa argumento ou razão. Desta expressão deriva outra *probativus*, que, como se disse, em português seria probatório ou o que faz prova.

A prova gramaticalmente significa, aquilo que demonstra a verdade de um facto. Dito deste modo simplista parece ser fácil descortinar o alcance desta expressão, mas já se viu, a expressão pode ter múltiplos conteúdos, mas para o caso desta Tese, interessa o conteúdo jurídico ou conteúdo de prova no direito e concretamente no direito moçambicano.

<sup>97</sup> MENDES, Castro, *Direito Processual Civil*, II. Vol. Lisboa, 1987, p. 661. No mesmo sentido RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p. 24.

<sup>98</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira, *O Direito – Introdução e Teoria Geral – Uma Perspectiva Luso Brasileira*, 7ª Edição Revista, Livraria Almedina, Coimbra, 1993. p. 584.

<sup>99</sup> CORREIA, Gilberto, *Da Responsabilidade Civil por Danos não Patrimoniais no Ordenamento Jurídico Moçambicano*, Editora Qualitymark, Ltda, Brasil, 2020, p. 29 a 30.

Refere Fernando Pereira Rodrigues, reportando-se ao direito português antigo:

Segundo o direito antigo a realização da prova tinha por desiderato a demonstração da verdade de um facto, o que apenas seria, inteiramente, alcançado pela «probatio probatíssima» - a prova pleníssima ou superlativa- que era conseguida através da confissão, considerada a rainha de todas as provas<sup>100</sup>.

Segundo o autor acima citado, "O Código de Seabra, no seu artigo 2.404º, definia a prova (...), prova é a demonstração da relidade dos factos"<sup>101</sup>. O Código Civil moçambicano, que vem da aprovação pelo Decreto-Lei n.º 47344, de 25 de Novembro de 1966, que através da Portaria n.º 22869, de 4 de Setembro de 1967, torna extensivo a Moçambique, observadas as disposições constantes nessa Portaria, refere "as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos"<sup>102</sup>.

Há uma diferença entre a realidade e a verdade. A realidade é aquilo que as coisas ou os factos são em si mesmos, pelo contrário, a verdade é aquilo que deles sabemos ou tentamos saber.

Quando o juiz interroga, por exemplo uma testemunha, sobre determinados factos que testemunhou ou vivenciou, esse juiz procura firmar a verdade do que se passou através do ponto de vista ou percepção da testemunha, aquilo que a testemunha vivenciou.

O mesmo acontece quando o juiz analisa um documento, o resultado de uma perícia, examina o objecto ou coisa apresentada em juízo, inspeciona um local; todas essas situações dão ao juiz uma realidade relativa ou parcelar, pode não ser realidade absoluta ou a verdade verdadeira.

Para ajudar a compreensão desta Tese, necessário se torna então, fazer a análise do que dispõe o Código Civil moçambicano sobre Provas<sup>103</sup>. O Código Civil moçambicano, à semelhança do Código Civil português, não define propriamente o que seja prova, mas indica qual é função da prova, referindo que "As provas têm por função a demonstração da realidade dos factos"<sup>104</sup>.

<sup>100</sup> RODRIGUES, Fernando Pereira, *Os Meios de Prova em Processo Civil*, 3ª edição revista e actualizada, Editora Almedina, Coimbra, 2020, p. 15.

<sup>101</sup> Idem. p. 15.

<sup>102</sup> Cfr. Artigo 341º do CC.

<sup>103</sup> Cfr. Artigos 341º e seguintes do CC.

<sup>104</sup> Cfr. Artigo 341º do CC.

Ligada a prova, ou demonstração da realidade dos factos está o ónus da prova. Sobre o ónus da prova<sup>105</sup>, ponto que se abordará mais adiante onde em lugar próprio se trarão mais desenvolvimentos, haverá muito que dizer.

Mas como primeira abordagem fixa-se um princípio. O princípio é que "Àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado"<sup>106</sup>. Esta regra acima enunciada ou princípio sofre, em algumas situações, uma inversão.

Sobre a inversão de ónus de prova<sup>107</sup> também se abordará adiante, mas para já importa referir que as regras referidas nos artigos 341º e 343º, ambos do CC invertem-se em certas situações ou circunstâncias<sup>108</sup> que adiante serão detalhadas.

Esta matéria de Prova regulada no Código Civil<sup>109</sup> e o seu procedimento ou tratamento regulado no Código de Processo Civil<sup>110</sup>, ultrapassa a esfera do Direito Civil, Direito Processual Civil, abrangendo outros ramos do direito, nomeadamente o Direito Constitucional<sup>111</sup>, o Direito Processual Penal<sup>112</sup>, o Direito Probatório ou Direito Probatório Constitucional.

### **2.1.2. Prova como actividade**

A prova como actividade tanto pode ser encarada na perspectiva do agente, como actividade que parte de uma pessoa ou apenas de certas e específicas categorias de pessoas (teorias restritivas e teorias não restritivas)<sup>113</sup>. Ou quanto aos seus efeitos, como actividade material ou tendencial<sup>114</sup>. A prova como actividade se destina a demonstrar a verdade dos factos alegados em tribunal com vista a convencer o julgador sobre a verdade.

<sup>105</sup> Cfr. Artigo 342º do CC.

<sup>106</sup> Cfr. Artigo 342º, n.º 1 do CC.

<sup>107</sup> Cfr Artigo 344º CC.

<sup>108</sup> Idem.

<sup>109</sup> Cfr Artigos 341º a 396º do CC.

<sup>110</sup> Cfr. Artigos 520º a 645º do CPC.

<sup>111</sup> Cfr. Artigo 38º, n.º 1 e 71º da CRM de 2004.

<sup>112</sup> Cfr. Artigos 159º a 231º do CPP.

<sup>113</sup> RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p. 24.

<sup>114</sup> Idem, p. 24.

A prova como actividade é "um complexo de actos probatórios; uma actuação; enquanto, atomisticamente, a prova é cada um dos actos de *per si*, em suma, são actos jurídicos"<sup>115</sup>.

Assim, no entendimento de Manuel de Andrade e Rui Manuel de Freitas Rangel, a prova como actividade probatória ou instrutória vista de forma separada ou individualizada, é a actividade (actos processuais) dirigida aos fins próprios da instrução.

### 2.1.3. Prova como meio

Para certos autores, a prova como meio não seria actividade probatória, não seria resultado, seria apenas meio que conduz a resultado. Assim, os meios de prova é que seriam a própria prova.

A trilhar por entendimento acima referido, a prova seria tudo que serve para chegar a um determinado resultado, pode ser por meio de um facto, pode ser por meio de uma pessoa, pode ser por meio de uma coisa, ou ainda pode ser por meio de uma actividade.

O meio de prova seria como que – usando de uma alegoria - o veículo através do qual se pretende fazer a prova de determinados factos. Meio de prova seria todo o elemento sensível (*quid*) através do qual, mediante actividade perceptiva ou simplesmente indutiva, o juiz pode segundo a lei, formar a sua convicção acerca dos factos (afirmação de facto) da causa.

Existem autores como Rosemberg que somente incluem as coisas corpóreas ou corpos físicos como seja a testemunha, o documento, o perito, etc como meio de prova. Todavia, autores existem que incluem a própria percepção como meio de prova, o que aqueles chamam de material probatório.

A prova como meio seria um dos vários meios a disposição, que se usam normalmente para investigar no sentido da descoberta da verdade ou da falsidade dos factos alegados ou trazidos a juízo pelas partes. Em outras palavras seriam os meios de prova.

Entende-se neste trabalho investigativo, acompanhando Rui Manuel de Freitas Rangel, pois para ele, esta corrente de entendimento de que a prova como meio não seria actividade probatória, não seria resultado, seria apenas meio que conduz a resultado e que os

<sup>115</sup> RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, citando FLORIA; CHIOVENDA, SANTIAGO SENTIS MELENDO.

meios de prova é que seria a prova, é "pouco rigorosa, vaga, generalista que não fornece um conceito científico de prova"<sup>116</sup>.

Esta crítica surge pelo entendimento já espelhado de que a prova é a actividade realizada em processo com vista à formação da convicção do tribunal sobre a veracidade de factos controvertidos com o objectivo de produzir um resultado final, que é a decisão da matéria factual.

Na decisão de facto entrecruzam-se a vontade das partes litigantes, a posição do julgador e por vezes a vontade de terceiros. Sendo assim, como refere Rui Manuel de Freitas Rangel, não se vê como seja "possível basear a noção de prova, apenas na natureza psicológica da mesma"<sup>117</sup>.

É defensor da prova como meio Carnelutti, que define a prova como o "meio ou conjunto de meios de conhecimento dos factos por parte do juiz" mas mais tarde este autor, quanto ao que neste trabalho investigativo se entende e bem, acompanhando também o entendimento de Rui Manuel de Freitas Rangel, sobre a questão, que em parte se partilha, veio a entender que a "prova indica uma actividade do espírito dirigida à verificação de um juízo"<sup>118</sup>.

Assim, está posto o assento tónico para efeitos de prova a actividade probatória. Como se sabe, "a prova não é certeza lógica, mas tão-somente um alto grau de probabilidade, suficiente para as necessidades práticas da vida (certeza histórica-empírica)"<sup>119</sup>.

Fernando Rodrigues vem com outro entendimento de que a definição de prova é enunciação básica, ou definição meramente gramatical, e seria aquilo que demonstra ou estabelece a verdade de um facto.

<sup>116</sup> RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p. 33.

<sup>117</sup> Idem, pp. 33 e 34.

<sup>118</sup> CARNELUTTI, *Sistemas di Diritto Processuale Civile*, I, 674, trad. Esp. II, 398 -399, citado por RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, pp. 33 e 34.

<sup>119</sup> Idem, p. 34. No mesmo sentido, GUASP, *La Prueba, 5-6, Comentario*, II, 1º -2º, 361; *Derecho Procesal Civil*, 344-245; ANDRADE, Manuel, ob. Cit. p. 191 e ss; BENTHAM, *Traite*, 251-255 que coloca o problema pela via negativa para se perguntar se é essencial ao conceito de prova que seja atingido por ela um resultado probatório; refere a este propósito "esta palavra, (prova) tem algo de enganador; parece que a realidade que assim se denomina devia ter força suficiente para determinar a convicção; mas não se deve entender por ela se não um meio de que nos servimos para estabelecer a verdade de um facto, meio que pode ser bom ou não, completo ou incompleto", todos citados por RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p. 34

Assim "existem várias acepções do termo prova, que se aplica com múltiplos conteúdos e das mais simples às mais complexas conjunturas da vida e, quantas vezes, em relação a eventos de tal relevância e gravidade que a primeira inquietação que nos afronta, parece não se ter prova"<sup>120</sup>.

#### **2.1.4. Prova como resultado**

Para esta corrente que pugna por entendimento de prova como resultado, a prova não seria actividade nem seria um meio para alcançar a prova dos factos, mas sim, seria o resultado que sairia de tudo isso, isto é, que sairia do meio empregue e da actividade empreendida para se chegar a um resultado.

A actividade e o meio visam alcançar o resultado probatório. Neste sentido, para Manuel de Andrade e Rui Manuel de Freitas Rangel, a prova como resultado (resultado probatório) é a demonstração efectiva (segundo a convicção do juiz) da realidade dum facto, da veracidade da correspondente afirmação, designando ainda os dados fornecidos pela actividade probatória mesmo que não conduzam à efectiva demonstração dos factos visados. A prova como resultado pode ser também designado por material probatório (*Beweiss-Off*).

Assim "Para esta corrente doutrinária a prova não é actividade, nem um meio, mas o resultado a que as duas tendem, o resultado"<sup>121</sup>. Entende Rui Manuel de Freitas Rangel, que o artigo 341º do Código Civil português aponta claramente para uma definição de prova como resultado, designadamente quando refere que as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos.

Note-se que é também nos mesmos termos que dispõe o artigo 341º do Código Civil moçambicano. A prova como resultado final seria a demonstração da verdade dos factos em tribunal.

A prova processual seria para alguns autores, a actividade ou conjunto de operações, com o fito de formação de convencimento do juiz sobre a verdade dos factos controvertidos trazidos ao processo pelos litigantes, e que tenham sido seleccionados durante a instrução do processo.

<sup>120</sup> RODRIGUES, Fernando Pereira, *Os Meios de Prova em Processo Civil*, 3ª Edição, Revista e Actualizada, Editora Almedina, Coimbra, 2020, p.11.

<sup>121</sup> RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p. 35, citando LUPPETA, cit in Florian, *Delle Prove Penali*, I, 134, nota 1, refere, a propósito: "Tudo quanto na linguagem das pessoas corre sob o nome de prova deve produzir-se com os termos, elemento de prova. Os elementos de prova são os factores, a prova é o produto".

A prova visa fornecer todos os elementos ao juiz sobre se de facto a realidade controvertida é como referida pelo autor ou pelo contrário é como referida pelo réu.

Como se apontou noutro ponto, tanto Manuel de Andrade, como Rui Rangel, apresentam três acepções diferentes do conceito prova, nomeadamente: *a)* no campo de actividade probatória - a acepção é dada como actividade destinada a demonstrar a verdade dos factos alegados em juízo; *b)* no campo da finalidade, entanto que resultado final - consistiria na verdade dos factos alegados em juízo para ser demonstrada, resumida na expressão "fez-se prova" e *c)* no campo dos meios de prova, seriam meios de natureza diversa que normalmente são usados para investigar a verdade ou falsidade dos factos alegados em juízo.

O entendimento de que a prova é resultado foi defendido tanto por José Alberto dos Reis e Castro Mendes "a prova é um resultado juridicamente relevante, não é um efeito jurídico, mas é um fenómeno jurídico. O seu *genus* é, portanto, este: o resultado"<sup>122</sup>.

Enfim, a prova é actividade e resultado e não vive enquanto elemento abstrato no processo. A prova não se manifesta, não se realiza e nem tem qualquer utilidade se não se basear nas suas fontes, nos seus instrumentos em suma, nos seus meios de produção e de realização como muito bem entende Rui Manuel de Freitas Rangel<sup>123</sup>.

## CAPÍTULO III

### 3.1. A NATUREZA JURÍDICA DA PROVA

A questão aqui está em determinar com rigor jurídico a natureza da matéria probatória. Qual é a natureza jurídica da matéria de prova?

<sup>122</sup> REIS, José Alberto dos, *Código de Processo Civil, Anotado III*, 238, citado por RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p. 35.

<sup>123</sup> RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p. 34.

Para responder a esta pergunta é necessário perceber os procedimentos que se aplicam relativamente à matéria probatória. A natureza jurídica da matéria de prova tem a ver com os procedimentos probatórios, e como referem João de Castro Mendes e Manuel Teixeira de Andrade:

O procedimento probatório é regulado pelo direito probatório formal, pelo que se orienta pelo acesso aos meios de prova, bem como pela relevância e pela fiabilidade na produção da prova. Estes valores inerentes ao direito probatório formal justificam-se tanto porque a parte tem de poder apresentar ou requerer os meios de prova, como porque a produção de prova tem de incidir sobre prova relevante para a decisão do caso e tem de decorrer de forma fiável. Dado que a produção da prova antecipa a sua avaliação, importa conceder ao juiz, para apreciação e valoração, uma prova relevante que tenha sido obtida de forma viável.<sup>124</sup>

Entende o autor deste trabalho investigativo que a natureza jurídica da matéria de prova também está ligada à natureza jurídica das regras sobre o ónus da prova.

Como refere o autor Rui Manuel de Freitas Rangel "Saber se as partes podem modificar por convenção, as regras de repartição do ónus de prova ou se antes deve falar-se de contratos de presunção, depende da resolução prévia de um outro problema relativo à natureza jurídica das normas sobre o ónus de prova"<sup>125</sup>.

A natureza jurídica da matéria de prova, em geral, e do ónus da prova, em particular, a forma como a prova deve ser produzida e trazida ao processo civil será de natureza material ou substancial, ou pelo contrário será de natureza processual ou adjetiva, ou se quiser instrumental?

Em outras palavras, essas matérias estão ou deveriam estar tratadas no Código Civil ou pelo contrário estão ou deveriam estar tratadas no Código de Processo Civil?

Como refere Patarin, mas quanto ao ónus de prova, a inversão do ónus de prova e a maneira como é repartido o ónus de prova, "a repartição do ónus de prova, com efeito, não é uma simples questão processual. Ela não é totalmente estranha à subsistência dos direitos em litígio, porque fixa a situação jurídica de cada uma das partes em relação à outra, ao longo do processo"<sup>126</sup>.

<sup>124</sup> MENDES, João de Castro; SOUSA, Miguel Teixeira de, *Manual de Processo Civil*, Volume I, Editora, AAFDL, Lisboa, 2022, p. 513 a 514.

<sup>125</sup> RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p. 205.

<sup>126</sup> PATARIN, Jean, *Le particularisme de la théorie des preuve en droit en droit penal, Quelques Aspects de l'Autonomie du Droit*, Paris, 1956, p. 7 e segs; RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p. 205.

Assim, relativamente à natureza jurídica da matéria de prova, existem três teses diferentes, melhor dito, existem duas teses principais e divergentes e uma tese eclética ou mista, sendo duas principais, nomeadamente a teoria da natureza substantiva e a teoria da natureza processual e a teoria mista ou eclética, ou se quiser a terceira teoria.

O Código Civil português, de 1867, tratava a questão de prova, o ónus da prova, a inversão de ónus de prova de maneira rudimentar. Com o Código de Processo Civil português, de 1949, de José Alberto dos Reis, a matéria passou a ser regulada tanto no Código Civil<sup>127</sup>, como no Código de Processo Civil<sup>128</sup> simultaneamente.

Esta situação assim continuou com o Código de Processo Civil português, de 1961. Somente com o Código Civil português, de 1966 (que actualmente também é o Código Civil moçambicano, pois depois da independência nacional adoptou-se o mesmo Código Civil) – toda a legislação anterior ou colonial que não contrariasse a Constituição da nova República independente, a República Popular de Moçambique, continuava em vigor – Portanto, a situação que o Código de Processo Civil português, de 1961 alterou-se, com o surgimento do artigo 342º e seguintes do CC, que regula de maneira similar ao que regulava o artigo 515º do Código de Processo Civil português, de 1961.

Cerca de seis meses depois foram eliminados os preceitos do Código de Processo Civil português sobre ónus da prova, encontrando-se actualmente fundamentalmente regulado no artigo 342º e seguintes do Código Civil, tanto português, como do Código Civil moçambicano.

### **3.1.1. Teoria da natureza Processual**

Grande parte da doutrina defende que as regras do direito probatório são regras de direito processual. Destacam-se os que defendem esta tese de que as regras gerais e especiais sobre o ónus da prova são do direito processual, autores como Bentham, Micheli, Chiovenda, Liebman, Silvia Melero e Miguel y Alonso.

Os que defendem a natureza processual do direito probatório argumentam no sentido de que as provas se destinam a formar a convicção do juiz no processo<sup>129</sup>, e que as

<sup>127</sup> Cfr. Artigos 515º e 516º do CC de então ou de 1867.

<sup>128</sup> Cfr. Artigos 519º a 520º do CPC de então.

<sup>129</sup> ALONSO, Carlos Miguel Y, *Los principios de la carga de la prueba en el proceso civil*, cit., p. 171; LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manuale di diritto processuale civile*, II, cit. p. 74 e CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, traduzido por Gomez Orbaneja, Vol. III, Editorial Revista de Derecho Privado. 1940, p. 210

regras sobre o ónus de prova limitam directamente a decisão que o juiz vai tomar, sendo por isso, o seu lugar ou lugar da tomada da decisão no processo.

Referem os defensores desta posição que "Atribuir um carácter unicamente substantiva seria confundir a sua incidência substantiva com a sua natureza e desprezar a sua profunda relevância no processo"<sup>130</sup>.

O direito probatório é direito processual se se atender ao facto de a prova formar a convicção do juiz dentro do processo pois cabe ao direito processual regulá-la em toda a sua extensão<sup>131</sup>.

### 3.1.2. Teoria da natureza Substantiva

Os que defendem a natureza substantivo-material dizem que, as provas para além de se constituírem em momento muito anterior e independente do processo judicial, servem para formar não somente a convicção do juiz, mas para fazer garantir a certeza e a segurança dos direitos, em geral, perante qualquer autoridade, seja ela judiciária ou de outra natureza<sup>132</sup>.

Os que defendem a natureza substantiva das regras sobre o ónus da prova consideram que a prova constitui um elemento de certeza e de direito. Chamam à colação, falando da realidade portuguesa, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça daquele País, de 24 de Março de 1950 acolhendo, segundo o entendimento dessa posição, o pensamento de Manuel de Andrade<sup>133</sup> e de Cunha Gonçalves<sup>134</sup> e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça daquele País, de 4 de Fevereiro de 1958.

Mas esta posição, no dizer de José Alberto dos Reis, parte de argumentos erradamente retirados daqueles dois autores, Manuel de Andrade e Cunha Gonçalves<sup>135</sup>.

<sup>130</sup> RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p. 209.

<sup>131</sup> Idem, p. 209.

<sup>132</sup> Contra este argumento LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manuale di diritto processuale civile*, II, cit. p. 74 a 76, refere que há mesmo provas (vg. Prova testemunhal, confissão e juramento) que apenas são "produzíveis" no processo e perante um juiz e que, por outro lado, mesmo a utilidade das provas fora do processo é dada em virtude da força probatória e da eficácia que tais meios possam vir a ter num processo futuro.

<sup>133</sup> Dizem, segundo Manuel de Andrade, 1) o facto de a matéria do ónus de prova, segundo o autor referido, quando versada a matéria de modo particular, para certa relação jurídica, se identificar como disciplina dessa relação.

<sup>134</sup> Dizem, segundo Cunha Gonçalves, convencionar-se a inversão do ónus de prova, uma vez que, as suas regras não são de ordem pública.

<sup>135</sup> RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p. 206.

Para além de que argumentam ainda, por exemplo no âmbito do direito civil, as questões de capacidade de confissão da parte para confessar e os vícios de vontade na prestação de prova se resolvem no direito civil.

Vaz Serra também defende esta posição de que as regras sobre o ónus da prova são de natureza substantiva, referindo que em princípio compete à lei substantiva determinar quais os factos essenciais para a aplicação das suas próprias normas e "Esta, é, efectivamente, a verdadeira missão das regras sobre o ónus da prova"<sup>136</sup>.

Salvatori Satta inclui todas as normas sobre provas no direito material<sup>137</sup>. No mesmo sentido Schönke<sup>138</sup> e Rosemberg<sup>139</sup>.

Quanto a este último, Rosemberg, há uma particularidade "embora considere que as normas que estabelecem presunções legais e regulam o ónus da prova são normas materiais, afirma que estas últimas não são alheio ao direito processual, uma vez que, só no processo elas podem ser aplicadas"<sup>140</sup>. Acrescenta Rosemberg que quando se trate de decidir questões meramente processuais, as regras sobre o ónus de prova ganham igualmente, esta natureza<sup>141</sup>.

Refere o autor citado, Rui Manuel de Freitas Rangel que "existe uma relação de grande intimidade entre o direito material que é aplicado pelo juiz e as regras sobre o ónus de prova, na medida em que, os direitos das partes e a sua posição no processo dependem, para a sua efectivação, da respetiva prova"<sup>142</sup>.

Mas Echandia, sobre esta questão de natureza jurídica das provas e ónus da prova, se são de natureza processual ou pelo contrário, são de natureza substantiva, relativamente a essas duas posições, refere "o facto de influenciarem a conduta das partes não

<sup>136</sup> SERRA, Vaz, *Provas*, ob. Cit.p. 55, nota 72 e p. 95, citado por RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p. 207.

<sup>137</sup> SATTÀ, Salvatori, *inDireito Processuale Civile*, Paduva, 1953, Barcelona, p. 200 (cit. em Echandia, p. 41), por sua vez, citado por RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p. 207.

<sup>138</sup> SCHÖNKE, *inDrerecho Procesal Civil*, Barcelona, 1950, p. 204 (cit. em Echandia, p. 41), citado por RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p. 207.

<sup>139</sup> ROSEMBERG, *La carga...*, trad. Cast.,por Ernesto Krotocsin, Buenos Aires, 1956, p. 70 a 81 citado por RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p. 207.

<sup>140</sup> RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p. 207.

<sup>141</sup> Idem. p. 207.

<sup>142</sup> Ibidem, p. 205.

determina, só por si, a natureza substantiva das mencionadas regras de repartição, uma vez que tal facto ocorre igualmente com outras normas de claro carácter processual"<sup>143</sup>.

### 3.1.3. Teoria da natureza mista

A teoria da natureza mista sobre o ónus de prova considera e reconhece as regras sobre o ónus de prova tanto nos aspectos gerais como nos aspectos especiais, como tendo uma natureza simultaneamente processual (adjectiva) e material (substantiva).

Entende, com alguma dúvida F. Carnelutti "*existem instituciones como la de la carga de la prueba o o como la de la forma documental del negocio, cuya teoria muestra todavia una amalgama tan compacta de elementos materiales y procesales, que hay que reconocer esta zona cinzenta constituída pela materia das provas*"<sup>144</sup>.

Na opinião de Rui Rangel "Nesta altura, Carnelutti estava convencido que a instituição das provas era pertença do Direito Processual, posição que veio, posteriormente, a alterar, enquadrando-se na defesa da natureza mista"<sup>145</sup>.

Também defendem a tese mista, na opinião de Rui Rangel, José Alberto dos Reis:

Para este autor, se uma certa norma visa solucionar, em abstracto, conflitos de interesses entre particulares, fixando os respectivos direitos e obrigações, é de direito substantivo; se pelo contrário, visa regular os actos e termos a praticar para a propositura ou desenvolvimento de um processo judicial, é de direito processual. Chega à conclusão de que as regras gerais sobre o ónus de prova participam do direito processual, só assim não acontecendo, quando a lei fixa um regime particular do ónus de prova para uma determinada relação jurídica, que se integre na disciplina de carácter substancial<sup>146</sup>.

Manuel de Andrade, de forma semelhante qualifica o direito probatório como direito processual, classificando depois em, por um lado, direito probatório material, onde se integra a disciplina do ónus de prova, a admissibilidade dos vários meios de prova e do seu

<sup>143</sup> ECHANDIA, Hernando Devis, *Teoria General de la Prueba Judicial*, tomo I, 2ª edição, Buenos Aires, 1972, citado por RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p. 205.

<sup>144</sup> CARNELUTTI, Francesco, *La Prueba...*, ob. Cit. p. 213; e Florian, *Della Prove Penali*, Milano, 1961, n.º 10 cit. por Echandia, p. 52, por sua vez citados por, RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p. 207.

<sup>145</sup> CARNELUTTI, Francesco, *La Prueba Civil* (apêndice de Giacomo R. Augenti, trad. de Niceto Alcalá Zamora y Castilho), 2ª ed. Buenos Aires, 1982 citado por, RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, pp. 207 a 208.

<sup>146</sup> REIS, José Alberto dos, *CPC anotado*, vol. VI reimpressão, 1981, p. 20 – anotação ao artigo 220º do CPC; e ainda anotação ao Ac. do STJ de 24.3.1950, p. 263 – 264 citado por Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, pp. 207 a 208.

respectivo valor probatório e, por outro, em direito probatório formal onde se integra a matéria do modo de produção dos meios de prova em juízo.

Entende Rui Rangel que "A diferença entre os dois ramos de direito probatório assenta na circunstância de haver maior proximidade relativamente à relação jurídica material devendo, por isso, essas normas serem tratadas (algumas das suas disposições) como normas de direito substancial"<sup>147</sup>.

Os que defendem a posição mista ou eclética dizem que uma posição não invalida a outra, pois qualquer que seja a qualificação conferida a cada matéria probatória em especial deverá atribuir-se ao direito probatório, em geral, um carácter misto, direito probatório material e direito probatório formal<sup>148</sup>.

Em conclusão, deverá ser a sua caracterização *ab initio* a levar o legislador a incluir a matéria num ou noutro código, não é a integração num ou noutro diploma legislativo que lhes atribui a sua natureza material ou processual. Partilha-se neste trabalho investigativo, em parte esse entendimento acompanhando o pensamento da Rita Lynce de Faria<sup>149</sup>.

Distinguem-se no âmbito do direito probatório normas que se incluem no direito substantivo – material e que se caracterizam como normas de direito probatório material<sup>150</sup>, por um lado, e por outro, outras há que são puramente adjetivo-processuais, assim chamadas direito probatório formal.

Em alguns países europeus como França e Itália, todo o direito probatório é tratado no Código Civil, noutros países como Alemanha, Suíça é tratado no Código de Processo Civil<sup>151</sup>.

<sup>147</sup> RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p. 208.

<sup>148</sup> VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e, *Manual de Processo Civil*, cit. p. 444; ANDRADE, Manuel de, *Noções elementares de processo civil*, cit.p. 193; REIS, José Alberto dos, *Código de Processo Civil anotado*, Vol III, cit, pp. 240 e 241; CARLOS, Palma, *Direito Processual Civil*, Vol IV, cit. p. 71, SERRA, Vaz, *Provas (direito probatório material)*, cit. pp. 63 e ss

<sup>149</sup> FÁRIA, Rita Lynce de, *A Inversão do ónus da Prova no Direito Civil Português*, 2ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2021, p.22.

<sup>150</sup> Por exemplo as normas que regulam o ónus da prova. Cfr. Mendez, Francisco Ramos, *Derecho processual Civil*, 5ª ed, tomo I, Barcelona, Bosch, 1992, p. 547.

<sup>151</sup> SOARES, Fernando Luso, *Direito Processual Civil, Parte geral e processo declarativo*, Editora Almedina, Coimbra, 1980, p. 429.

### 3.1.4. Posição adoptada

As posições tomadas dentre as três indicadas é a terceira, isto é, a natureza jurídica da matéria de prova em Moçambique é mista, tal como acontece em Portugal. A propósito de Portugal, refere a autora acima citada, Rita Lynce de Faria:

Note-se ainda que também relativamente às restantes matérias de direito probatório o legislador português se conformou com a solução mista preconizada pela doutrina. Assim, enquanto a regulamentação do ónus da prova, da admissibilidade dos meios de prova e do valor dos meios de prova tem a sua sede legislativa no Código Civil, a regulamentação da produção da prova em juízo encontra-se no Código de Processo Civil".<sup>152</sup>.

A posição acima tomada tem como sustentação básica no facto de a questão de do ónus da prova estar tratada no Código Civil moçambicano, portanto na lei substantiva.

A regra sobre ónus da prova vem expressa na lei substantiva moçambicana "1. Àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado; 2. A prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita; 3. Em caso de dúvida, os factos devem ser considerados como constitutivos do direito".<sup>153</sup>

Tal como está estabelecida a regra de ónus de prova no direito civil moçambicano, na lei substantiva ou no Código Civil, também as excepções a essa regra constam expressas no Código Civil pátrio<sup>154</sup>.

As regras sobre a admissibilidade e ou inadmissibilidade de certos meios de prova, nomeadamente prova testemunhal, constam da lei substantiva, no caso, constam no Código Civil moçambicano. "A prova testemunhal é admitida em todos os casos em que não seja directa ou indirectamente afastada"<sup>155</sup>.

Bem assim "1. Se a declaração negocial, por disposição da lei ou estipulação das partes, houver de ser reduzida a escrito ou necessitar de ser provada por escrito, não é

<sup>152</sup> FARIA, Rita Lynce de, *A Inversão do ónus da Prova no Direito Civil Português*, 2ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2021, p.22.

<sup>153</sup> Cfr. Artigo 342º do CC.

<sup>154</sup> Cfr. Artigo 343º do CC.

<sup>155</sup> Cfr. Artigo 392º do CC.

admitida prova testemunhal"<sup>156</sup>. Esta regra somente encontra exceção se for para simples interpretação do contexto do documento.

Igualmente "2. Também não é admitida prova por testemunhas, quando o facto estiver plenamente provado por documento ou por outro meio com força probatória plena"<sup>157</sup>. Esta regra somente encontra exceção, se for para simples interpretação do contexto do documento. Está regulado no Direito Substantivo pátrio que "É inadmissível a prova por testemunhas, se tiver por objecto quaisquer convenções contrárias ou adicionais ao conteúdo de documento autêntico ou dos documentos particulares mencionados nos artigos 373º a 379º, quer as convenções sejam anteriores à formação do documento ou contemporâneo dele, quer sejam posteriores"<sup>158</sup>.

O valor dos meios de prova no direito civil moçambicano está regulado na lei substantiva, isto é, no Código Civil. Assim, a força probatória da confissão<sup>159</sup>; a força probatória de documentos autênticos<sup>160</sup>; a força probatória dos documentos particulares<sup>161</sup>; o valor probatório dos telegramas<sup>162</sup>; a força probatória da prova pericial<sup>163</sup>; força probatória do resultado de inspecção<sup>164</sup>; a força probatória da prova testemunhal<sup>165</sup>.

Mas, pelo contrário, a regulamentação da produção da prova em juízo encontra-se no Código de Processo Civil moçambicano, isto é, no direito processual ou adjetivo, nomeadamente as disposições sobre a instrução do processo<sup>166</sup>.

Deste modo, aquele instrumento legal regula por exemplo que "O tribunal deve tomar em consideração todas as provas, tenham ou não emanado da parte que devia produzi-los, sem prejuízo das disposições que declarem irrelevante a alegação de um facto, quando não seja feita por certo interessado"<sup>167</sup>.

O que acima se trata é a consagração do princípio da aquisição processual, como ficou referido aquando do desenvolvimento do mesmo princípio.

<sup>156</sup> Cfr. Artigo 393º, n.º 1 do CC.

<sup>157</sup> Cfr. Artigo 393º, n.º 2 do CC

<sup>158</sup> Cfr. Artigo 394º, n.º 1 do CC.

<sup>159</sup> Cfr. Artigo 358º do CC.

<sup>160</sup> Cfr. Artigo 371º do CC.

<sup>161</sup> Cfr. Artigo 376º do CC.

<sup>162</sup> Cfr. Artigo 379º do CC.

<sup>163</sup> Cfr. Artigo 389º do CC.

<sup>164</sup> Cfr. Artigo 390º do CC.

<sup>165</sup> Cfr. Artigo 396º do CC.

<sup>166</sup> Cfr. Artigos 513º a 645º do CC.

<sup>167</sup> Cfr. Artigo 515º do CPC.

Relativamente ao princípio da aquisição processual, refere Manuel de Andrade:

As materiais (afirmações e provas) aduzidas por uma das partes ficam adquiridas para o processo. São atendíveis mesmo que sejam favorável à parte contrária (ungusting Parteivor - bringen). ROSENBERG-SCHW AB exceptua, quanto às simples afirmações, o caso de esta parte as impugnar. Quanto ao seu outro aspecto o princípio traduz-se na comunidade das provas. Desta comunidade deriva que a parte não pode renunciar às suas provas, uma vez produzidas - embora delas possa desistir antes disso (arg. Do art. 571). Validade no nosso direito. Resulta claramente do disposto no artigo 515º - preceito que vale não só para as provas, mas também para as simples afirmações, como se evidencia pelo final desse texto".<sup>168</sup>.

É o Código de Processo Civil, portanto, que estabelece o valor extraprocessual das provas<sup>169</sup> e como podem ser feitos os depoimentos prestados antecipadamente<sup>170</sup>.

Por tudo exposto neste ponto, a conclusão a que se tira e que é a posição que se toma neste trabalho investigativo sobre a natureza jurídica da prova no contexto do processo civil moçambicano, é que se trata de natureza mista da prova.

## CAPÍTULO IV

### 4.1. OS PRINCÍPIOS DA PROVA

Neste capítulo são abordados alguns princípios, e não todos os princípios de Direito Processual Civil. São abordados tão-somente os princípios de processo civil que estão relacionados com o direito probatório que vão de encontro como sentido da tese defendida, que é a Tese de admissibilidade de prova ilícita no processo civil pátrio.

<sup>168</sup> ANDRADE, Manuel de, *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra, 1979, p.385, in LEITÃO, Helder Martins; NETO, Manuela, *Código de Processo Civil*, Coleção Vademecum, Ecla Editora, Porto, 1991, p.608.

<sup>169</sup> Cfr. Artigo 522º do CPC.

<sup>170</sup> Cfr. Artigo 522º/A do CPC.

Assim sendo, o princípio de legalidade somente será abordado de passagem, ou então de forma relacional para com o princípio de livre apreciação da prova.

#### **4.1. 1. O princípio da prova livre**

O princípio da livre apreciação da prova, ou também chamado princípio da livre avaliação da prova ou se quisermos, princípio da prova livre, o que será?

É o princípio da livre convicção do julgador que determina que o juiz aprecia livremente as provas segundo a sua prudente convicção acerca do facto.

Este princípio da livre apreciação da prova, ou princípio da livre avaliação da prova, ou ainda, princípio da prova livre, "é aquele segundo o qual a lei não fixa as conclusões que o juiz retira dos diversos meios de prova; a relevância e a força probatória destes são aquelas que tiverem no espírito do julgador, pelo que é o próprio julgador que decide se a prova produzida o convenceu da verdade ou da verosimilhança do facto"<sup>171</sup>.

Este princípio da livre apreciação da prova ou princípio da livre avaliação da prova, ou ainda, princípio da prova livre é aplicável a todo o processo: o juiz deve apreciar as provas, em regra, segundo uma prudente convicção, ou seja segundo uma convicção racional, fundamental e mental, como defendem autores acima citados<sup>172</sup>.

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 prova livre não significa arbitrariedade ou irracionalidade, quer dizer, o juiz dever apreciar a prova com inteira liberdade sem obediência a uma tabela ditada externamente, mas de acordo com as regras de experiência e de acordo com as leis que regulam a actividade mental normal de uma pessoa no seu perfeito juízo.

Pelo contrário, o princípio de prova legal, o julgador tem de se sujeitar à apreciação das provas às regras ditadas pela lei. É a lei que indica o valor e força probatória de determinado tipo de prova.

<sup>171</sup> MENDES, João de Castro; SOUSA, Miguel Teiceira de, *Manual de Processo Civil*, Volume I, Editora, AAFDL, Lisboa, 2022, p. 520.

<sup>172</sup>Idem, p. 521.

É exemplo de prova legal o previsto no artigo 371º, n.º 1 do Código Civil pátrio, segundo o qual "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..."<sup>173</sup>.

Autores como Fernando Pereira Rodrigues, na sequência do que entende também Manuel de Andrade, referem quanto à prova legal:

Podem assinalar-se as seguintes gradações: a) a prova bastante, que é a prova que cede perante contraprova, que torna o facto respectivo incerto; b) a prova plena, que é a prova legal que só cede perante prova do contrário, que torna o facto respectivo como não verdadeiro e c) a prova pleníssima, que é a prova legal que não admite sequer a prova do contrário.<sup>174</sup>.

Existem vários princípios relacionados com a prova, nomeadamente os princípios de acesso à justiça, do dispositivo, do inquisitório, do contraditório ou audiência contraditória das provas, da boa-fé, da cooperação processual, da imediação, da oralidade, da plenitude da assistência do juiz, da aquisição processual da prova, do valor extra-processual das provas, e o referido acima, o da livre apreciação da prova, etc.

A este propósito, também porque ligado ao tema que se defende nesta Tese, como mais adiante se desenvolverá, refere Jorge Augusto Pais de Amaral "Para formar a convicção do juiz podem as partes, em princípio, servir-se de quaisquer meios de prova"<sup>175</sup>. Este é também o entendimento do Venerando Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, de Portugal, pois igualmente vem em defesa da nossa tese.

Relativamente a este princípio da livre apreciação das provas, há que referir que "No direito moderna predomina a *prova livre*, em detrimento da prova legal, de forma que, influenciado por essa corrente, o legislador consagra no CPC, o chamado "*sistema da prova livre*".<sup>176</sup>. Alberto dos Reis afirma "...no direito medieval prevalecia o princípio da prova legal"<sup>177</sup>.

Este princípio "é aquele segundo o qual a lei não fixa as conclusões que o juiz retira dos diversos meios de prova; a relevância e a força probatória destes são aquelas que

<sup>173</sup> Cfr. Artigo 371º do CC.

<sup>174</sup> RODRIGUES, Fernando Pereira, *Os Meios de Prova em Processo Civil*, 3ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 2020, p.24.

<sup>175</sup> AMARAL, Augusto Pais de, *Direito Processual Civil*, 15ª Edicao, Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 296.

<sup>176</sup> CORREIA, Têssia Matias, *A prova no Processo Civil – Reflexões sobre o problema da (in) admissibilidade da prova ilícita*, Coimbra, 2015, p. 59.

<sup>177</sup> Idem. p. 59.

tiverem no espírito do julgador, pelo que é o próprio julgador que decide se a prova produzida o convenceu da verdade ou da verosimilhança do facto"<sup>178</sup>.

Este princípio é aplicável a todo o processo: o juiz deve apreciar as provas, em regra, segundo uma prudente convicção, ou seja segundo uma convicção racional, fundamentável e mental, como defendem autores acima citados<sup>179</sup>.

Em Moçambique tal como noutros ordenamentos jurídicos da matriz romano-germânico, nomeadamente Portugal, vigora como regra, o princípio da livre apreciação da prova pelo julgador.

Assim, "1. O tribunal colectivo aprecia livremente as provas e responde segundo a convicção que tenha formado acerca de cada facto quesitado; 2. Mas quando a lei exija, para a existência ou prova do facto jurídico, qualquer formalidade especial, não pode esta ser dispensada"<sup>180</sup>.

Percorrendo o disposto do Código Civil, podem ser encontrados vários exemplos em que este princípio da livre apreciação da prova pelo julgador é concretizado, pois não é possível esgotar as situações neste trabalho científico, por não ser o tema principal da tese, mas a título de exemplo: quanto à força probatória, "A força probatória das respostas dos peritos é fixada livremente pelo tribunal"<sup>181</sup>. E ainda, "O resultado da inspecção é livremente apreciado pelo tribunal"<sup>182</sup>. Mais ainda, "A força probatória dos depoimentos das testemunhas é apreciada livremente pelo tribunal"<sup>183</sup>.

Tirando as situações em que o valor da prova encontra-se fixado pela lei, ou como dizem certos autores, tirando as situações em que o valor da prova encontra-se tabelada, o juiz aprecia livremente as provas, todavia, deve o juiz fundamentar a convicção formada.

O juiz aprecia livremente a prova tendo em conta os factos e as circunstâncias que estiveram na prática dos referidos factos, o que não quer dizer que o juiz faça a apreciação da prova arbitrariamente.

<sup>178</sup> MENDES, João de Castro; SOUSA, Miguel Teiceira de, *Manual de Processo Civil*, Volume I, Editora, AAFDL, Lisboa, 2022, p. 520.

<sup>179</sup> MENDES, João de Castro; SOUSA, Miguel Teiceira de, *Manual de Processo Civil*, Volume I, Editora, AAFDL, Lisboa, 2022, p. 521.

<sup>180</sup> Cfr. Artigo 655º do CPC.

<sup>181</sup> Cfr. Artigo 389º do CC.

<sup>182</sup> Cfr. Artigo 391º do CC.

<sup>183</sup> Cfr. Artigo 396º do CC.

No direito civil moçambicano, a par do que acontece nos sistemas jurídicos de matriz romano-germânica, a exemplo de Portugal, como se referiu acima, vigora por regra, o princípio da liberdade de julgamento, ou da prova livre, ou liberdade de apreciação da prova pelo julgador, no sentido de que o que faz o juiz estabelecer que determinado facto alegado por uma das partes no processo está ou não provado é a sua convicção íntima, retirada da matéria factual trazida ao processo, tendo em conta também a conduta das partes, a pouca ou muita experiência de vida do julgador, conhecimento que esse juiz da causa tenha e do ser humano.

Socorrendo-nos do Direito comparado da matriz romano-germânica, como acima se referiu, nomeadamente o Direito Processual Civil português, reportando-se àquele sistema jurídico, Fernando Pereira Rodrigues, entende:

Os princípios da prova livre e da prova legal encontram-se previstos no artigo 607º n.º 5 do CPC. O qual estabelece 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»<sup>184</sup>.

Tirando as situações em que o valor da prova se encontra determinado por lei, o juiz aprecia livremente as provas. Mas apreciar livremente as provas não significa não fundamentar, pelo contrário deve fundamentar a sua convicção.

Refere Carlos Castelo Branco "O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos factos e circunstâncias constantes dos autos e sobre que incidiu a prova, ainda que, não alegados pelas partes, mas indicados, na sentença, os motivos que determinaram a formação do seu convencimento"<sup>185</sup>.

Ligando o princípio da prova livre ou princípio de livre apreciação, ao que se referiu acima sobre o direito de acesso aos tribunais ou acesso à justiça que não se esgota na concretização do direito à prova, há que referir que esse direito à prova vai até ao direito à adequada valoração da prova pelo juiz, seja ele juiz civil, juiz criminal, juiz laboral, juiz administrativo o outro juiz.

<sup>184</sup> RODRIGUES, Fernando Pereira, *Os Meios de Prova em Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2020.

<sup>185</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Edições Almedina, Coimbra, 2019, p.49.

Como refere João Paulo K. Foster "...o direito à prova não se esgota no direito subjectivo de provar, que consiste, para Echandía, em extensão do direito subjectivo de ação, caracterizado como "direito subjectivo de provar (...)"<sup>186</sup>.

Por defender que o direito de acesso aos tribunais ou acesso à justiça não se esgota na concretização do direito à prova, vai até o direito à adequada valoração da prova pelo juiz, "...Essa actividade não se apresenta apenas com o encerramento da actividade cognitiva em primeira instância. Com a natural possibilidade da apresentação de recurso, em particular o de apelação, remete-se ao segundo grau, tudo aquilo, objecto da apelação (*tantum devolutum quantum appellatum*)<sup>187</sup>, isto é, tanto devolvido, quanto apelado - em outras palavras-a decisão do tribunal superior deve circunscrever-se ao objecto do recurso<sup>188</sup>.

É verdade que a julgadora de primeira instância detém posição privilegiada por ter contacto directo com os meios da prova para valoração da prova, mas há quem defenda que toda a matéria impugnada seja posta em novo julgamento em segunda instância, "isso faz com que a actividade valorativa do magistrado singular possa ser revista em sua integridade na decisão coligada"<sup>189</sup>.

A conclusão a que chega o autor acima citado faz sentido e adopta-se nesta tese, pois "O direito fundamental à prova assegura às partes, portanto, um direito à adequada valoração da prova não apenas no primeiro grau de jurisdição, mas em toda e qualquer instância na qual se valore prova"<sup>190</sup>.

Entende-se que no Direito Processual Civil moçambicano admite-se, como acima ficou referido, que toda a matéria impugnada seja posta em novo julgamento em segunda instância porque o direito fundamental à prova assegura às partes um direito à adequada valoração da prova não apenas no primeiro grau de jurisdição, mas em toda e qualquer instância na qual se valore prova, nomeadamente em segunda instância.

O Código de Processo Civil de Moçambique admite a modificabilidade das decisões de facto em segunda instância:

<sup>186</sup> AMARAL, Augusto Pais de, *Direito Processual Civil*, 15ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 299.

<sup>187</sup> AMARAL, Augusto Pais de, *Direito Processual Civil*, 15ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2019, p.300.

<sup>188</sup>"*tantum devolutum quantum appellatum*", *Glossário de Latim para Juristas*, 11ª Edição, Editora Escolar, Lobito'Angola, Reiiressão, 2014, p. 134.

<sup>189</sup> FOSTER, João Paulo K, *A (Re) valorização de prova em segunda instância: Uma visão a partir do Direito Fundamental à Prova. In Justiça, Cidadania e Direitos Humanos-Homenagem ao Ministro Humberto Martins*, 1ª Edição Editora, Paixão Editores, Lda. 2020, p. 300. Consluta a Internet no dia 25 de Fevereiro de 2024.

<sup>190</sup> Idem, p. 301.

I-A decisão do tribunal de 1ª instância sobre a matéria de facto, pode ser alterada pelo tribunal superior: a) se do processo constarem todos os elementos de prova que serviram de base à decisão sobre os pontos da matéria de facto em causa ou se, tendo ocorrido gravação dos depoimentos prestado, tiver sido impugnada a decisão com base neles proferidos; b) se os elementos oferecidos pelo processo impuserem decisão diversa, insusceptível de ser destruída por quaisquer outras provas; c) se o recorrente apresentar documento novo superveniente e que, por isso, seja suficiente para destruir a prova em que a decisão assentou (...)<sup>191</sup>.

Depois desta a parte, voltando ao ponto do princípio da livre apreciação da prova pelo julgador, há situações em que ao juiz não é permitido fazer a livre apreciação das provas, são as situações de prova legal, nomeadamente: casos de força probatória de documentos autênticos.

Nos termos da lei civil "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..."<sup>192</sup>. O mesmo acontece quanto à força probatória da confissão judicial escrita, pois "A confissão judicial escrita tem força probatória plena contra o confitente"<sup>193</sup>.

Relativamente ainda ao princípio de livre apreciação da prova no ordenamento jurídico pátrio, que de certa forma herdou-se do sistema jurídico do anterior regime governativo, pois já assim era desde o tempo colonial, bastando atentar ao Acórdão da Relação de Lourenço Marques (hoje Maputo), no Processo n.º 17.489, de 22 de Dezembro de 1972, cujo Relator foi José Joaquim Martins da Fonseca, Adjuntos A. Valadas Preto e João Semedo que versa sobre a falta de forma, a nulidade do mútuo e a validade de mútuo no concernente à prova livre, verso prova legal, relativo ao locupletamente à custa alheia, decidiu:

I-O direito do mutuante a reaver o montante do mútuo nulo não nasce do princípio do não locupletamento à custa alheia mas da própria nulidade do contrato que obrigava cada um dos contratantes a abrir mão do que houvesse recebido nos termos dos artigos 10º e 697º do Código Civil de 1867. II.-Nada obsta em princípio a considerar como provada a existência material dos mútuos indevidamente titulados, embora tais mútuos não sejam válidos. III. A nossa lei consagrou o princípio da prova livre que em certos casos cede perante o da prova legal<sup>194</sup>.

<sup>191</sup> Cfr. Artigo 712º, n.º 1 do CPC.

<sup>192</sup> Cfr. Artigo 371º do CC.

<sup>193</sup> Cfr. Artigo 358º, n.º 1 do CC.

<sup>194</sup> REPÚBLICA PORTUGUESA – PROVÍNCIA DE MOÇAMBIQUE, Acórdãos da Relação de Lourenço Marques, Volume XXXVII, Ano de 1972 – Imprensa Nacional de Moçambique, 1974, Volume Organizado pelo Desembargador Rui Fernandes – Anotações do Juiz de Direito Avelino Correia da Costa, p. 374 a 381.

#### 4. 1. 2. O Princípio do contraditório, ou audiência contraditória

O princípio do contraditório ou de audiência contraditória reza que o tribunal não pode resolver o conflito de interesses sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes, por um lado, por outro, igualmente, o tribunal não pode resolver o conflito sem que a outra parte seja devidamente chamada para deduzir a oposição<sup>195</sup>.

Tomás Timbane escreve "Em todo o caso, há situações em que medidas jurisdicionais são tomadas sem que, previamente, a parte visada pela medida seja ouvida (art. 3º, n.º 2) "<sup>196</sup>.

Acrescenta "Se uma parte não foi ouvida, devem os actos processuais posteriores a essa falta de audição ser nulos (arts. 194 e 201º), do mesmo modo que são inconstitucionais as normas que não respeitam o princípio do contraditório, tendo em conta a natureza constitucional do direito de defesa (art. 62, n.º 1 da CRM 2004) "<sup>197</sup>.

Como notadamente refere o processualista moçambicano Tomás Timbane:

...no texto da Constituição, existem várias disposições que ilustram a protecção constitucional do direito ao contraditório e ampla defesa: a garantia do direito de defesa (art. 62, nº 1), a inviolabilidade do direito de defesa (art. 65, nº 1), que é uma garantia não só do arguido mas que perpassa todo o processo, seja criminal, civil ou administrativo (art. 252), o direito de o cidadão impugnar os actos que violem os seus direitos estabelecidos na Constituição e nas leis (art. 69) e o direito de o cidadão recorrer aos tribunais contra os actos que violam os seus direitos e interesses reconhecidos na Constituição e nas leis (art. 70) "<sup>198</sup>.

Segundo Jorge Augusto Pais de Amaral "o princípio do contraditório permite a cada uma das partes – deduzir as suas razões (de facto e de direito), oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário, e discreter sobre o valor e resultado de umas e outras"<sup>199</sup>. Este princípio vem contribuir para a defesa da tese de admissibilidade de provas ilícitas no processo civil.

Este princípio do contraditório é que faz com que depois do autor propor a acção, deva o réu ser citado, para, querendo, contestar, dando-se-lhe a oportunidade de se defender.

<sup>195</sup> Cfr. Artigo 3º, n.º 1 do CPC.

<sup>196</sup> TIMBANE, Tomás, *Lições de Processo Civil I*, 2ª Edição Revista e Actualizada, Escolar Editora, Maputo, 2020, p. 139.

<sup>197</sup> Idem, p. 139.

<sup>198</sup> Ibidem, p. 139.

<sup>199</sup> Ac. s T.C., 11º vol., pág. 741 20º vol. Pá. 495, citado por AMARAL, Jorge Augusto Pais de, *Direito Processual Civil*, 15ª Edição, Almedina Editora, Coimbra, 2019, p. 19.

Proíbe-se a prolação de decisões surpresas, defendendo-se não ser lícito aos tribunais decidir questões de facto ou de direito mesmo que essas questões sejam de conhecimento oficioso, se é que tenha sido facultado às partes a possibilidade de se pronunciarem."...O escopo principal do princípio do contraditório deixou assim de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à actuação alheia, para passar a ser a influência, no sentido positivo de direito de incidir activamente no desenvolvimento e êxito do processo"<sup>200</sup>.

No fundo, e em suma, referem Tomás Timbane, Cândida Pires, Viriato de Lima, cada um a seu modo:

A regra do contraditório encontra a sua fundamentação na suposição legítima de que, de uma estruturação dialéctica do processo, resultará um esclarecimento da verdade dos factos; tira-se partido dos constantes interesses das partes, organizando todo o processo de forma contraditória. Em nome do contraditório, no desenrolar do processo cada uma das partes é chamada a deduzir ou invocar as suas razões de facto e de direito e a oferecer ou produzir as suas provas; mas cada uma das partes tem também o poder de controlar as provas produzidas pelo seu adversário e de discutir o valor e os resultados de umas e outras.<sup>201</sup>.

Para Rita Lobo Xavier, Inês Folhadela e Gonçalo Andrade e Castro, reportando-se concretamente ao caso do sistema jurídico de Portugal:

Este princípio está consignado no artigo 415º do CPC e significa que tanto as provas pré constituídas como as provas constituídas não serão admitidas nem produzidas no processo sem audiência contraditória da parte contra a qual são oferecidas ou produzidas. Trata-se, assim, de uma refacção do princípio constitucional do contraditório ao nível da prova.<sup>202</sup>

No Código de Processo Civil moçambicano, este princípio vem patente em diversos artigos<sup>203</sup>. Como muito bem defendeu um dos processualistas, José Alberto dos Reis "Porque o direito de defesa é uma garantia fundamental da ordem jurídica. O princípio da audiência contraditória é, na verdade, uma expressão e uma consagração do direito de defesa; pela mesma razão, o artigo 522º exige a audiência contraditória para que a prova seja oponível com eficácia plena"<sup>204</sup>.

<sup>200</sup> FREITAS, Lebre de, ob. Cit. p. 96 e seg. Citado por AMARAL, Jorge Augusto Pais de, *Direito Processual Civil*, 15ª Edição, Almedina Editora, Coimbra, 2019, p. 19.

<sup>201</sup> TIMBANE, Tomás, *Lições de Processo Civil I*, 2ª Edição Revista e Actualizada, Escolar Editora, Maputo, 2020, p. 138.

<sup>202</sup> XAVIER, Rita Lobo; FOLHADELA *et al*, Inês, *Elementos de Direito Processual Civil – Teoria Geral Princípios Processuais*, 2ª Edição Universidade Católica Editora, Porto, p. 163.

<sup>203</sup> Cfr. Artigos 3º, 201º, n.º 2, 517º, 521º, n.º 2, 645º, todos do CPC.

<sup>204</sup> REIS, Alberto dos, *Código de Processo Civil Anotado*, 3º, Coimbra, 1950, p. 313, Apud, LEITÃO, Hélder Martins; NETO, Manuela, *Código de Processo Civil*, Ecla Editora, Porto, 1991, p. 610.

Quanto às provas constituídas (as provas que se formam no contexto do processo), a parte (que não é revel), conforme comentários de Hélder Martins Leitão e Manuela Neto, deve ser chamada para os actos de preparação da prova e mesmo da produção da prova, neste caso, a parte é admitida a intervir nesses actos referidos.

Portanto, diz-se aqui, acompanhando os comentários acima referidos, que a prova constituída de preparação e de produção mais complexa na qual o princípio se reflecte com maior intensidade é a prova por arbitramento. É que neste caso "A parte que requereu a diligência não pode desistir dela sem anuência da parte contrária"<sup>205</sup>.

Relativamente às provas pré-constituídas, também existe o referido princípio do contraditório "Em relação às provas pré-constituídas, faculta-se à parte contrária àquela que as oferece a possibilidade de impugnar, tanto a sua admissibilidade, como a sua força probatória (art. 517º, 2ª parte)"<sup>206</sup>.

Acrescenta o autor acima citado que "Para esse efeito se manda, por exemplo, notificar a apresentação do documento à parte contrária, sempre que seja oferecido com o último articulado ou depois dele (artigo 526º)"<sup>207</sup>.

Relativamente ainda ao princípio do contraditório, percorrendo a jurisprudência comparada dos países do sistema romano-germânico, como é o caso do sistema português, de onde grandemente se inspiraram os sistemas das ex colónias como é o caso do sistema jurídico moçambicano "A observância do princípio contraditório não exige a parte que esteja presente a actos de produção de prova, bastando que ela tenha sido colocada, pela pertinente notificação da realização da diligência, na posição de ter podido comparecer"<sup>208</sup>.

No mesmo sentido da jurisprudência acima referida, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça daquele País refere:

Não ofende o princípio do contraditório a audição, feita oficiosamente pelo tribunal, na audiência de julgamento, após a inquirição das testemunhas, de uma parte interessada – a mãe do menor investigante – sem que igualmente procedesse à audição do pretense pai. II – Ainda que de nulidade se tratasse, porque não

<sup>205</sup> Cfr. Artigo 571º do CPC:

<sup>206</sup> VARELA, Antunes, *Manual de Processo Civil*, Coimbra, 1984, pp. 474 e 475, Apud, LEITÃO, Hélder Martins; NETO, Manuela, *Código de Processo Civil*, Ecla Editora, Porto, 1991, p. 610.

<sup>207</sup> Idem, p. 610.

<sup>208</sup> Acórdão da Relação de Coimbra, de 19 de Maio de 1981 (CJ, Ano VI, tomo 3º, 204), Apud, LEITÃO, Hélder Martins; NETO, Manuela, *Código de Processo Civil*, Ecla Editora, Porto, 1991, p. 609.

constituiria uma nulidade principal e a parte se encontrava presente, tanto por si como por mandatário, ela teria que ser arquivada no próprio acto<sup>209</sup>.

#### 4. 1. 3. O Princípio da legalidade

O princípio de legalidade, de certa forma, vai contra os argumentos principais, da Tese que se defende neste trabalho - a Tese de admissibilidade de provas ilícitas em processo civil, em certas circunstâncias, dependendo de caso a caso e tendo em conta a ponderação e a proporcionalidade que deve sempre guiar o julgador.

Falar do princípio da legalidade das provas é o mesmo que falar de obrigatoriedade de somente admitirem-se em processo civil as provas tabeladas ou indicadas por lei. A ser assim, estar-se-ia a defender a tese contrária, a de não admissibilidade de provas ilícitas no processo civil, o que não é concebível. Assim sendo, somente de forma breve se abordará este princípio, neste ponto da Tese. Todavia, retomar-se-á a abordagem deste princípio quando for tratada a questão da admissibilidade de prova ilícita em processo civil, confrontando o referido princípio com a questão fundamental da Tese defendida.

Apesar de no moderno processo civil imperar o princípio da livre apreciação das provas no sentido de que "a prova é apreciada livremente pelo julgador, em perfeita conformidade com as regras de experiência e as leis que regulam a actividade mental, sem obedecer a uma tabela ditada externamente"<sup>210</sup>. O oposto, isto é, o princípio da legalidade manifesta-se sob forma de legalidade das formas processuais e da legalidade do conteúdo da decisão, como refere Rui Moreira<sup>211</sup>.

Este princípio baseia-se em obedecer a modelos aprovados pela entidade competente, só podendo, no entanto, ser considerados obrigatórios, salvo disposição especial, os modelos relativos a actos da secretaria<sup>212</sup>.

<sup>209</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, de 29 de Maio de 1980 (BMJ, 297º, 284) Apud, LEITÃO, Hélder Martins; NETO, Manuela, *Código de Processo Civil*, Ecla Editora, Porto, 1991, p. 610.

<sup>210</sup> BRANDÃO, Diogo de Matos, *A prova Digital no Processo Civil*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, Braga, 2020, p.43.

<sup>211</sup> MOREIRA, Rui, *Os princípios estruturantes do processo civil português e o projeto de uma nova Reforma do Processo Civil. In O Novo Processo Civil: contributos da doutrina, para a compreensão do novo Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, 3ª Edição. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários (CEJ), 2013, p. 59, Apud BRANDÃO, Diogo de Matos, *A prova Digital no Processo Civil*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, Braga, 2020, p.43.

<sup>212</sup> BRANDÃO, Diogo de Matos, *A prova Digital no Processo Civil*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, Braga, 2020, p.43.

Segundo o princípio de prova legal, o julgador tem de se sujeitar à apreciação das provas às regras ditadas pela lei. É a lei que indica o valor e força probatória de determinado tipo de prova.

É exemplo de prova legal, o previsto no artigo 371º, n.º 1 do Código Civil pátrio, segundo o qual "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..."<sup>213</sup>.

Autores como Fernando Pereira Rodrigues, na sequência do que entende também Manuel de Andrade, referem, quanto à prova legal:

Podem assinalar-se as seguintes gradações: a) a prova bastante, que é a prova que cede perante contraprova, que torna o facto respetivo incerto; b) a prova plena, que é a prova legal que só cede perante prova do contrário, que torna o facto respetivo como não verdadeiro e c) a prova pleníssima, que é a prova legal que não admite sequer a prova do contrário.<sup>214</sup>.

Um caso ou exemplo da aplicação do princípio de legalidade é o que se verificou no tempo colonial, em Moçambique, enquanto Província de Portugal, referido no Acórdão da Relação de Lourenço Marques (hoje Maputo), daquele tempo colonial, de reconhecimento judicial da paternidade, de reconhecimento voluntário da paternidade e da nulidade da declaração de paternidade ilegítima, decidido pela sobredida Relação de Lourenço Marques, no Processo n.º 17566, de 23 de Junho de 1972, que decidiu nos seguintes termos:

I-O vínculo de filiação só pode provar-se por certidão do registo de nascimento ou por reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade. II-Para se provar a veracidade da declaração da filiação ilegítima é necessária a intervenção nesta do pretense pai, sob pena de nulidade absoluta<sup>215</sup>.

#### **4. 1. 4. O Princípio do valor extraprocessual das provas**

Este princípio do valor extraprocessual das provas, ou como Rui Pinto<sup>216</sup> chama, o princípio de prova emprestada, de grande importância para celeridade processual, certeza e segurança jurídica, que a final, são fins últimos do direito, principalmente no que diz respeito à prova da ilicitude e da culpa indica que os depoimentos e as perícias produzidas num processo com audiência contraditória da parte podem ser invocados noutra processo

<sup>213</sup> Cfr. Artigo 371º do CC.

<sup>214</sup> RODRIGUES, Fernando Pereira, *Os Meios de Prova em Processo Civil*, 3ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 2020, p. 24.

<sup>215</sup> Acórdão da Relação de Lourenço Marques, Volume XXXVII, ano de 1972, 1974, Imprensa Nacional de Moçambique, p. 244 a 247.

<sup>216</sup> PINTO, Rui, *Coleção de Estudos de Direito Processual Civil*, p. 79.

contra a mesma parte<sup>217</sup>, sem prejuízo de que "A confissão feita num processo só vale como judicial nesse processo; a realizada em qualquer procedimento preliminar ou incidente só vale como confissão judicial na acção correspondente"<sup>218</sup>.

Este princípio do valor extraprocessual das provas está previsto no Código de Processo Civil de Moçambique, segundo o qual estabelece:

1. Os depoimentos, incluindo o depoimento pericial, produzidos num processo com audiência contraditória da parte podem ser invocados noutra processo contra a mesma parte, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 355.º do Código Civil; se, porém, o regime de produção da prova do primeiro processo oferecer às partes garantias inferiores às do segundo, os depoimentos produzidos no primeiro só valem no segundo como princípio de prova<sup>219</sup>.

O n.º 2 do referido dispositivo legal acrescenta que " 2. O disposto no número anterior não tem aplicação quando o primeiro processo tiver sido anulado, na parte relativa à produção da prova que se pretende invocar"<sup>220</sup>.

Socorrendo-se da jurisprudência comparada, nomeadamente a jurisprudência portuguesa, cujo sistema jurídico é próximo ao sistema jurídico moçambicano e até o inspirou, decidiu o Acórdão da Relação de Lisboa, de 9 de Dezembro de 1981 (CJ, Ano VI, tomo 5.º, 175), que "Havendo no processo antecipada rigorosa observância do contraditório, a prova assim produzida pode ser invocada por qualquer pessoa, contra quem ela foi produzida"<sup>221</sup>.

Outro exemplo é também trazido pelo Acórdão da Relação de Lisboa, de 25 de Fevereiro de 1988 (CJ, Ano XIII, tomo 1.º, 144), que decidiu nos seguintes termos:

I - Os depoimentos e arbitramentos produzidos em um processo podem ser invocados noutra processo, desde que naquele o tenham sido com audiência contraditória da parte contra quem são invocados neste. II – A decisão sobre questão prejudicial civil proferida em processo penal não tem força de caso julgado formal, mas revestindo tão-só a natureza de caso julgado formal no processo-crime, não a revestindo, porém, quando o réu vem a ser absolvido neste processo-crime.<sup>222</sup>

Refere Antunes Varela, a propósito do valor extraprocessual das provas, que desde que na produção da prova se tenham concedido às partes as garantias essenciais à sua defesa, nada repugna, com efeito, aceitar que a prova possa ser utilizada contra a mesma

<sup>217</sup> Cfr. Artigo 522.º do CPC.

<sup>218</sup> Cfr. Artigo. 355.º, n.º 3 do CC.

<sup>219</sup> Cfr. Artigo. 522.º, n.º 1 do CPC.

<sup>220</sup> Cfr. Artigo. 522.º, n.º 2 do CPC.

<sup>221</sup> Acórdão da Relação de Lisboa, de 9 de Dezembro de 1981 (CJ, Ano VI, tomo 5.º, 175)

<sup>222</sup> Acórdão da Relação de Lisboa, de 25 de Fevereiro de 1988 (CJ, Ano XIII, tomo 1.º, 144)

pessoa num outro processo para fundamentar uma nova pretensão, seja da pessoa que requereu a prova, seja de pessoa diferente, mas apoiada no mesmo facto.<sup>223</sup>

O princípio do valor extraprocessual das provas não se aplica nas seguintes situações:

a) o princípio do valor extraprocessual das provas não se aplica nem à prova documental nem à inspecção judicial; b) o princípio do valor extraprocessual não tem aplicação quando o primeiro processo for anulado; o princípio do valor extraprocessual das provas não tem aplicação, no caso de as garantias oferecidas às partes no primeiro processo serem inferiores às que são oferecidas no segundo, neste caso, as provas produzidas no primeiro processo valem no processo posterior como princípio de prova.

Hélder Martins Leitão e Manuela Neto traçam a história desse entendimento referente ao princípio do valor extraprocessual das provas nos seguintes termos:

Quanto à prova por confissão, dizia-se no § 1º do artigo 526º do Código de 1939 que as confissões feitas nos articulados podiam ser opostas (ao confidente) noutra processo. O Código de 1961 manteve (no nº 2 do art. 522º) a mesma doutrina, esclarecendo apenas, de acordo a melhor interpretação, aliás, do texto legal de 1939 (...) que a solução se referia às confissões expressas (e não às confissões tácitas ou fictas, resultantes da falta de impugnação especificada do facto alegado pela parte contrária (...)). Posteriormente, veio o Código Civil (arts. 355º, 3 e 358º, 4) alterar a solução estabelecida na lei processual, tendo-se eliminado, em consequência disso, a referência do artigo 522º à prova por confissão – A. Varela, *Manual de Processo Civil*, 1984, Coimbra, 479, citando Lopes Cardoso, *Projectos de revisão do Código de Processo Civil*, 3º, 1960, nº 41.149.<sup>224</sup>

<sup>223</sup> VARELA; Antunes, *Manual de Processo Civil*, Coimbra, 1984, p. 476.

<sup>224</sup> LEITÃO, HELDER MARTINS, *Código de Pocesso Civil*, Colecção Vademecum, Ecla Editora, Poorto, 1991, p.717.

#### 4.1.5. O Princípio de aquisição processual

Este princípio de aquisição processual indica no essencial que "independentemente de emanarem (ou não) da parte sujeita ao ónus subjectivo da prova, o tribunal deve tomar em consideração todas as provas produzidas, tenham ou não emanado da parte que deva produzi-las"<sup>225</sup>.

Não interessa quem tenha trazido a prova no processo, se o autor ou réu, exequente ou executado, embargante ou embargado, requerente da providência cautelar ou requerido, terceiro embargante o embargado.

O Tribunal deve tomar em consideração todas as provas produzidas, tenham elas vindo ou não da parte que era obrigado a juntar ao processo. Este princípio de aquisição processual prende-se com o ónus da prova, mais propriamente, prende-se com o ónus da prova objectivo mais do que com o ónus da prova subjectivo.

O que importa é que os factos sejam apurados porque a tarefa do processo passa necessariamente por desvendar a verdade material, de acordo com as pretensões pedidas pelas partes litigantes, sendo irrelevante se as provas partiram do autor ou do réu ou vice-versa.

A propósito de ónus de prova, há diferença entre o ónus subjectivo e o ónus objectivo. O ónus subjectivo está ligado a quem deve trazer a prova no processo (o sujeito, a pessoa jurídica), ao passo que o ónus objectivo (o objecto – os factos) é no sentido de que quais os factos devem ser provados.

Segundo entendem, João de Castro Mendes e Miguel Teixeira de Sousa, reza este princípio de aquisição processual que "o material necessário à decisão e aduzido ao processo por uma das partes pode ser tomado em conta mesmo em favor da parte contrária àquela que o aduziu"<sup>226</sup>.

É por causa deste princípio de aquisição processual que a parte pode desistir de uma prova a produzir, mas nunca pode desistir da prova já produzida, ou já junta ao processo, nomeadamente, a parte não pode retirar a prova documental já junta ao processo.

<sup>225</sup> BRANDÃO, Diogo de Matos, *A prova Digital no Processo Civil*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, Braga, 2020, p.44.

<sup>226</sup> MENDES, João de Castro; SOUSA, Miguel Teixeira de, *Manual de Processo Civil*, Volume I, Editora, AAFDL, Lisboa, 2022, p. 511; MENDES, João de Castro, *Do conceito de Prova*, 167.

Este princípio de aquisição processual tem ligação com aquele outro princípio, o princípio de cooperação para a descoberta da verdade, conforme referido no Código de Processo Civil de Moçambique<sup>227</sup>, ou dever de colaboração processual ou como refere a lei processual portuguesa<sup>228</sup>.

A propósito do princípio de aquisição processual, Alberto dos Reis considera fulcral, segundo citação dos autores acima, "que os factos relevantes estejam apurados", sendo que todas as provas produzidas independentemente da sua origem (documentos, fotografias, etc) servem de base para que o julgador possa proferir a decisão de mérito da causa<sup>229</sup>.

Com base no princípio de aquisição processual significa que o tribunal deve conhecer de todos os factos principais ou complementares (excepções), alegados pelas partes no momento processual adequado, independentemente dos factos serem favoráveis ou desfavoráveis à parte que os alegou.

Este princípio de aquisição processual manda dizer que o Tribunal deve tomar em consideração todas as provas produzidas, independentemente de terem ou não emanado da parte que devia produzir as provas. Este princípio da aquisição processual tem ligação com o ónus objectivo de prova, como se referiu acima, e que se tratará, noutro ponto deste estudo.

O princípio de aquisição processual é o que defende que, independentemente de emanar ou não da parte sujeita ao ónus subjectivo da prova, considera-se que essa prova foi adquirida para o processo, portanto, o ónus subjectivo está ligado a quem deve produzir a prova, e, em contrapartida, ónus objectivo vai no sentido de – quais são os factos que devem ser provados para que a decisão apresente determinado conteúdo.

Para melhor percepção do princípio de aquisição processual, deve se olhar para o ónus objectivo e não para o ónus subjectivo: é indiferente quem trouxe determinada prova para o processo. Assim, segundo Francisco Manuel Lucas Ferreira de Almeida "uma vez provados os factos, estes ficam adquiridos no processo"<sup>230</sup>.

<sup>227</sup> Cfr. Artigo 519º do CPC.

<sup>228</sup> Cfr. Artigo 417º do CPC Português.

<sup>229</sup> BRANDÃO, Diogo de Matos, *A prova Digital no Processo Civil*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, Braga, 2020, p. 44.

<sup>230</sup> ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *Direito Procesual...* op. cit. p.232, Apud CORREIA, Téssia Matias, *A Prova no Processo Civil – Reflexões sobre o problema de (in) admissibilidade da prova ilícita*, Dissertação de Mestrado em Direito, na Área de Especialização de Ciências Jurídico Civilística, Apresentada à Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2015, p. 62.

Seguindo o entendimento dos autores acima citados, nomeadamente Alberto dos Reis, o importante é que os factos relevantes estejam apurados, logo devem ser tidos no processo.

Refere Tércia Matias Correia "Nessa medida concorda com o autor, uma vez que a tarefa do processo passa necessariamente por desvendar a verdade material, de acordo com as pretensões requeridas pelas partes, considerando-se irrelevante se a prova partiu de A ou B, para esse efeito"<sup>231</sup>.

O tribunal deve conhecer de todos os factos trazidos ao processo pelas partes no momento processual próprio, independentemente desses factos serem factos principais ou factos complementares. São factos principais aqueles que constituem a causa de pedir e ou factos que fundamentam a excepção, se for o caso do contestante.

Pelo contrário, são factos complementares, como o próprio nome indica, aqueles factos que complementam os factos principais alegados pelas partes. Não obstante os factos complementares não constituírem a causa de pedir da acção impetrada em juízo, são factos que são necessários para assegurar a procedência da acção.

Referem, a propósito do princípio de aquisição processual, João de Castro Mendes e Manuel Teixeira de Sousa, no aspecto de alegação de factos complementares, que "A não alegação dos factos complementares na petição inicial ou na contestação não tem qualquer efeito preclusivo e justifica que o juiz deva convidar a parte aperfeiçoar o seu articulado..."<sup>232</sup>.

#### **4.1.6. O Princípio do inquisitório**

Apesar de não ter relevância para a Tese que se defende, a de admissibilidade de prova ilícita em processo civil, dado que o ónus de prova cabe a parte que alega o facto, não cabe ao juiz, apesar disso, de forma breve são apontadas algumas linhas sobre o referido princípio.

<sup>231</sup> CORREIA, Tércia Matias, *A Prova no Processo Civil – Reflexões sobre o problema de (in) admissibilidade da prova ilícita*, Dissertação de Mestrado em Direito, na Área de Especialização de Ciências Jurídico Civilística, Apresentada à Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2015, p. 62.

<sup>232</sup> MENDES, João de Castro; SOUSA, Miguel Teixeira de, *Manual de Processo Civil*, Volume I, Editora, AAFDL, Lisboa, 2022, p. 511; MENDES, João de Castro, *Do conceito de Prova*, 89.

O princípio do inquisitório no processo civil vai no sentido de concepção do processo civil noutra maneira, na medida em que a investigação da verdade material é também da responsabilidade do juiz.

O juiz não é tido como um mero espectador. O juiz não está no processo somente para ver as partes processuais a fazerem o seu jogo, ele embora seja árbitro, também joga, mas no seu papel. Assim sendo, existe uma compressão ao princípio oposto, existe uma compressão ao princípio do dispositivo.

No princípio do inquisitório, a lei atribui ao juiz poderes legais de iniciativa da prova, mas relativamente aos factos que lhe é lícito conhecer. Por causa deste princípio o juiz oficiosamente pode ordenar a realização de provas.

Referem Rita Lobo Xavier, Inês Folhadela e Gonçalo Andrade e Castro, que "Enquanto relativo à prova, o princípio inquisitório, em sentido estrito, significa que o tribunal não está limitado aos elementos probatórios apresentados pelas partes, tendo o poder – dever, de procura da verdade material, dentro do âmbito limitado pelo objecto do processo".<sup>233</sup>.

Contrariamente à conclusão a que chegam esses autores citados, de que "É ainda necessário lembrar que a verdade não pode ser procurada nem obtida por quaisquer meios, apenas pelos meios processuais admissíveis, isto é, as provas lícitas"<sup>234</sup>, defende-se nesta investigação, a Tese de admissibilidade de provas ilícitas em processo civil, em certas circunstâncias, nomeadamente, por exemplo, por causa do princípio de proporcionalidade e hierarquia de valores defendidos pelos vários princípios constitucionais.

Relativamente a este princípio de inquisitório no processo civil segundo refere Diogo de Marcos Brandão, "Há doutrinas que entendem o princípio do inquisitório como sendo um poder discricionário do juiz, atribuindo-lhe um critério de exercício ou não exercício, em contrapartida a uma noção de "poder absoluto"<sup>235</sup>.

Fazendo um à parte, mas relacionado ao princípio do inquisitório no direito anglo-saxónico por exemplo, particularmente nos Estados Unidos da América, onde se nota a

<sup>233</sup> XAVIER, Rita Lobo, *et al*, *Elementos de Direito Processual Civil – Teoria Geral, Princípios, Pressupostos*, 2ª edição, Editora Universidade Católica, Porto, 2018, p.151.

<sup>234</sup> XAVIER, Rita Lobo, *et al*, *Elementos de Direito Processual Civil – Teoria Geral, Princípios, Pressupostos*, 2ª edição, Editora Universidade Católica, Porto, 2018, p.151.

<sup>235</sup> BRANDÃO, Diogo de Matos, *A prova Digital no Processo Civil*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, Braga, 2020, p. 45.

marca de um *adversary system*, a instrução da prova continua grandemente dependente da iniciativa das partes (dos advogados das partes).

Nos Estados Unidos da América existe, porém, o procedimento denominado de *discovery*, onde os advogados das partes podem procurar fontes de prova fora do âmbito judicial, por exemplo, podem sujeitar a contraparte a eventuais testemunhas a interrogatório sob juramento sem presença do juiz.

O princípio do inquisitório, porém, tem grande relevância em Moçambique, a par do que acontece em Portugal, de onde Moçambique, também, foi buscar o actual processo civil, funcionando em sistema híbrido com o princípio do dispositivo.

Tanto aqui em Moçambique como em Portugal, neste último país (Portugal), nas palavras de Diogo de Matos Brandão "...visto que em conjunto com o princípio do dispositivo, configura um sistema processual híbrido, que se coaduna em torno de ambos os princípios"<sup>236</sup>.

Por causa do princípio do inquisitório incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo que officiosamente, todas as diligências necessárias, obtenção de informações ou esclarecimento de factos e prover pela produção de provas necessárias ao apuramento da verdade material, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer.

Hoje em dia, o princípio do inquisitório no processo civil, contrariamente ao que acontecia no passado, nestes tipos de processo, onde se atribuía muita relevância ao princípio contrário (princípio do dispositivo) no processo civil, atribui-se ao juiz um verdadeiro poder-dever de instrução, não se atribui, claro está o poder absoluto ao mesmo.

O princípio do inquisitório atribui ao juiz uma verdadeira prerrogativa intransferível de indagação sobre o tema da prova, permitindo ao juiz procurar as provas com a finalidade de esclarecer os factos contraditórios.

Referem João de Castro Mendes e Miguel Teixeira de Sousa "A inquisitorialidade tem expressão no âmbito da matéria de facto e permite que o tribunal considere factos não alegados pelas partes"<sup>237</sup>.

<sup>236</sup> Idem, p.45.

<sup>237</sup> MENDES, João de Castro; SOUSA, Miguel Teixeira de, *Manual de Processo Civil*, Volume I, AAFDL Editora, 2022, p. 89.

Um exemplo onde se salienta este princípio é nos processos de jurisdição voluntária, dado o critério específico de decisão, pois o tribunal nestes casos de jurisdição voluntária decide conforme entender ser mais conveniente e oportuno, portanto, o tribunal usa o critério como que de discricionariedade.

Segundo Tércia Matias Correia "O princípio do inquisitório traduz uma ideia de divisão de trabalhos, dominante em matéria probatória, entre o juiz e as partes"<sup>238</sup>. No âmbito deste princípio de inquisitório incumbe ao julgador realizar ou ordenar oficiosamente todas as diligências necessárias para o apuramento da verdade para justa composição do litígio, devendo, mesmo que não lhe seja pedido, conhecer factos de que é lícito conhecer.

Este princípio de inquisitório tem, ínsito em si, o dever que o juiz tem de gestão do processo. O Juiz não apenas "pode" ordenar diligências, mas sim "deve" obter informações ou esclarecimento de factos, prover pela produção de provas que permitam chegar ao apuramento da verdade.

É o que se disse acima, o juiz cível já não é um mero espectador, entra no campo para jogar, mas para jogar o seu papel, porque também é árbitro.

Noutra perspectiva, o princípio de inquisitório revela uma ideia de divisão de trabalho que existe, com muita visibilidade, no direito probatório, pois existe divisão do trabalho entre as partes litigantes e o julgador.

Incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e a justa decisão do litígio relativamente aos factos de que lhe é lícito conhecer.

#### **4.1.7. O Princípio da proporcionalidade**

Este princípio da proporcionalidade diz respeito à indagação da adequação de uma relação entre dois bens ou dois valores variáveis e comparáveis.

<sup>238</sup> CORREIA, Tércia Matias, *A Prova no Processo Civil – Reflexões sobre o problema de (in) admissibilidade da prova ilícita*, Dissertação de Mestrado em Direito, na Área de Especialização de Ciências Jurídico Civilística, Apresentada à Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2015, p. 62, consultado na Internet. Esta autora refere "Com a ressalva de que, dentro da comunidade de *Civil law*, apesar de um único modelo processual, o *princípio do inquisitório* não tem idêntica aplicação prática nos diversos ordenamentos entre os diversos países. Cfr. MOREIRA, José Carlos Barbosa, "*Processo Civil Contemporâneo – Um enfoque comparativo*" in *Scientia Iuridica*, Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LV, nº 305, 2006, p. 626".

Este princípio é muito importante e vai do encontro com a Tese que se defende neste trabalho investigativo, a de de admissibilidade da prova ilícita no processo civil, em certas circunstâncias, dependendo de caso em concreto.

Refere Vital Moreira, a propósito do princípio de proporcionalidade em defesa de direitos fundamentais prevenidos e protegidos constitucionalmente "...sendo a sua aplicação mais comum a de um instrumento de restrição de um direito fundamental, referindo-se a "*avaliação entre o bem que se pretende proteger ou prosseguir com a sua restrição*" e o bem jus-fundamentalmente protegido que resulta, em consequência, desvantajosamente afectado"<sup>239</sup>.

Alguns doutrinadores entendem que o princípio da proporcionalidade é o princípio dos princípios.

Para eles, este princípio é o grande guia da utilização dos demais princípios, tendo uma aplicação transversal e incide em quase todos os âmbitos do direito, nomeadamente no Direito Civil, Direito Constitucional, Direito Administrativo, pelo que não podia ser diferente no Direito Processual Civil, nomeadamente no âmbito da prova e mais concretamente na admissibilidade da prova ilícita no processo civil.

Assim sendo, vai-se desenvolver mais este princípio por ser a base que mais sustenta a Tese que se defende neste trabalho, a da admissibilidade da prova ilícita no processo civil.

Quando há colisão de direitos fundamentais, o juiz deve proceder a um juízo de ponderação, exercido com base no princípio de proporcionalidade para ponderação dos valores que estão em causa.

É o princípio da proporcionalidade que é um corolário da Tese que se defende, a de admissibilidade da prova ilícita no processo civil.

Assim, perante uma colisão de direitos, pode ser afastado o princípio da proibição da prova ilícita em favor de um outro princípio, por exemplo, o princípio da dignidade humana que até pode suplantar uma consagração constitucional.

<sup>239</sup> MOREIRA, Vital, *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, 1ª Edição, Lisboa: Caminho, 1973, Apud BRANDÃO, Diogo de Matos, *A prova Digital no Processo Civil*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, Braga, 2020, p.45.

Relativamente ao princípio de proporcionalidade, José Joaquim Gomes Canotilho faz nítida distinção entre princípios e regras, no seguimento, em determinados aspectos doutrinadores como DWÖRKIN e ALEXY, e refere:

Em primeiro lugar, os princípios são normas jurídicas impositivas de uma optimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de DWÖRKIN: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinómica; os princípios coexistem, as regras antinómicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de optimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do tudo ou nada), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. (...) em caso de *conflito entre princípios*, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas "exigência" ou "standards" que, em "primeira linha" (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm "fixações normativas" *definitivas*, sendo insustentável a *validade* simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de *validade e peso* (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas)".<sup>240</sup>

Os princípios têm um grau de generalidade elevado ao contrário das regras que possuem um grau de generalidade baixo.

A "diferença entre regras e princípios não é apenas gradual, mas também qualitativa"<sup>241</sup>. Assim, dentro da Tese que se defende neste trabalho, a de admissibilidade de provas ilícitas no processo civil, as regras diferenciam-se qualitativamente dos princípios.

As regras não admitem ser sopesadas, balanceadas, uma vez que consideradas válidas no ordenamento, devendo ser aplicadas ao caso concreto, ou consideradas inválidas, assim devendo ser banidas do ordenamento jurídico as que não servem.

Pelo contrário, os princípios admitem ser sopesados, balanceados com outros princípios, quiçá de maior valor pois existem vários princípios que estão prevenidos e estão ínsitos nas Constituições de Estados de Direito e Democráticos, como é o Estado moçambicano. Assim, a Tese que se defende, de em princípio, serem admissíveis provas ilícitas em processo civil pátrio.

Segundo César Dário Mariano Silva:

<sup>240</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª edição, Editora Almedina, Coimbra, p. 1125 a 1126.

<sup>241</sup> ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz, *Máxima da Proporcionalidade Aplicada a Quebra do Sigilo Bancário pelo Fisco e o Direito Fundamental à Vida Privada*, Florianópolis: Momento Atual, 2004, p. 21.e

O meio a ser empregado será necessário quando não houver outro menos lesivo a direitos fundamentais. Será adequado quando com seu auxílio é possível a obtenção do resultado almejado. Por fim, com a ponderação dos valores empregados, será possível o sacrifício de um direito ou garantia constitucional em prol de outro de igual ou superior valia (...). Pelo princípio da proporcionalidade, as normas constitucionais estão articuladas em um sistema. Há valores constitucionais que se sobrepõem a outros em material de importância. O direito à vida é o mais importante e, mesmo assim, pode ser sacrificado em casos expressamente previstos na lei, como ocorre com a legítima defesa, o estado de necessidade etc. Ocorrem situações em que um direito deverá ser sacrificado em prol de outro de igual ou superior valia, dada a relatividade dos direitos e garantias constitucionais. De acordo com o princípio da proporcionalidade, havendo conflito entre valores constitucionais, serão eles sopesados para verificar qual deverá preponderar no caso concreto<sup>242</sup>.

No assistente jurídico dos Estados Unidos da América, por exemplo, quando tratam deste princípio de proporcionalidade inclinam-se mais para a questão da razoabilidade. A razoabilidade que vem da ideia de razão, idoneidade, logicidade, equidade, bom senso, prudência, moderação.

Pelo contrário, no sistema jurídico alemão, os alemães tendem a considerar o princípio de proporcionalidade que tem a ver com proibição de excesso (*Übermass*), aquilo que os americanos designariam por razoabilidade, os alemães designam por proporcionalidade.

Neste contexto, ou no contexto da Tese defendida neste trabalho investigativo, apesar de em termos gerais, a prova obtida por meios ilícitos ser vedada em vários ordenamentos jurídicos, incluindo de certo modo, como entendem alguns, no ordenamento jurídico moçambicano, baseando-se nos artigos 38, 65, n.º 3, ambos da Constituição da República de Moçambique, no entanto, é em muitos casos admissível a prova ilícita no processo civil como mais adiante se demonstrará.

Os tais artigos da Constituição de Moçambique advogam que "1. Todos os cidadãos têm o dever de respeitar a ordem constitucional; 2. Os actos contrários ao estabelecido na Constituição são sujeitos à sanção nos termos da lei"<sup>243</sup> e "3. São nulas, todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na sua vida privada e familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações"<sup>244</sup>.

<sup>242</sup> SILVA, César Dario Mariano da, *Provas ilícitas: Princípio da proporcionalidade, Interceptação e Gravação Telefónica, Busca e Apreensão, Sigilo e Segredo, Confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e Sigilo*, 6ª edição, Editora Atlas. S.A, 2010, p. 17 e 18.

<sup>243</sup> Cfr. Artigo 38 da CRM.

<sup>244</sup> Cfr. Artigo 65, n.º 3 da CRM.

Existem situações em que tal prova poderá ser utilizada através do fundamento também constitucional do princípio de proporcionalidade. A razão é que proibição da prova ilícita, sendo um princípio, deve ser aplicado em diferentes graus e não como um "tudo ou nada".

Sendo verdade que no processo civil, em tese geral, é vedada a produção das provas obtidas de forma ilícita que violem a vida privada, a honra, a imagem, bem como a correspondência, a comunicação de dados e a comunicação telefônica das pessoas (pois no processo crime está clara a vedação), para o processo civil trata-se de enunciado universal, o que deve ser questionado caso a caso quando existem outros princípios de maior relevância, como entende Lúcio Grassi Gouveia<sup>245</sup>.

Até no processo penal há quem defenda a admissibilidade da prova ilícita, tendo em conta o confronto dos princípios e tendo em conta a função do princípio da proporcionalidade.

O Juiz Desembargador Brasileiro, José Carlos Barbosa Moreira, escreve que "Prova obtida por meio de interceptação de conversas telefônicas do cônjuge suspeita de adultério: não é ilegal, quer à luz do Código Penal, quer do Código Brasileiro de Telecomunicações, e pode ser moralmente legítima, se as circunstâncias do caso justificam a adoção, pelo outro cônjuge, de medidas especiais de vigilância e fiscalização"<sup>246</sup>. Quer isto dizer que até no processo penal, dependendo das circunstâncias, pode ser admissível a prova ilícita.

No mesmo sentido dita Luiz Francisco Torquato Avolio, prova ilícita *pro reo* "O direito à intimidade, como de resto todas as demais liberdades públicas, não tem carácter absoluto e pode ceder quando em confronto com outros direitos fundamentais, como por exemplo, o de ampla defesa. É o chamado "critério de proporcionalidade" consagrado pelos tribunais alemães"<sup>247</sup>.

<sup>245</sup> GOUVEIA, Lúcio Grassi, *O princípio da proporcionalidade e a questão da proibição da produção e valoração da prova ilícita no processo civil*. Revista Dialética de Direito Processual, Vol. 7, São Paulo: Dialética, 2003, p. 50.

<sup>246</sup> A. I. 7.111 - 5º C. 22 de Novembro de 1983 – TJRJ, in RABONEZE, Ricardo, *Provas por meios ilícitos*, 2ª edição, Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 30.

<sup>247</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato, *Provas ilícitas. Interceptações telefônicas e gravações clandestinas*, 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 72 a 73.

#### 4.1.8. O Princípio da boa-fé e da cooperação processual

O princípio de boa-fé e da cooperação processual é manifestação da ética e da moral<sup>248</sup>. Segundo o princípio de boa-fé, as partes processuais devem actuar no processo conforme a boa-fé, significando que devem ter no processo um comportamento leal, cooperando naquilo que devem cooperar, com manifestação da ética e da moral.

Segundo Luís Pires de Sousa, por causa do princípio de boa-fé e da cooperação processual "As partes agem em defesa dos seus interesses dentro do processo, e acreditar no contrário seria ignorar que ambas possuem posições opostas. No entanto, se, por um lado, elas devem agir na protecção dos seus direitos, por outro, não devem olvidar da lealdade processual e do dever de verdade"<sup>249</sup>.

Relacionado ainda ao princípio de boa-fé e de cooperação processual, a doutrina alemã considera que as "partes têm um dever de verdade entendido por Jauerning, como uma imposição legal, em que a parte não pode alegar um facto contra a parte contrária nem impugnar alegações da mesma caso esteja ciente ou convicta da inveracidade ou da veracidade, respectivamente, das alegações"<sup>250</sup>.

A boa-fé processual, tanto pode assumir um sentido positivo ou seja, assume obrigação de cooperação, como pode assumir um sentido negativo, ou seja, obrigação de lealdade. A propósito disso, Marta Alexandra Frias Borges refere:

O processo não pode mais ser encarado como um "campo de batalha" em que às partes seja permitido lutar entre si com recurso a quaisquer meios, pelo contrário, o processo moderno é essencialmente um processo cooperativo no qual todos os intervenientes devem funcionar como uma "comunidade de trabalho", em prol da descoberta da verdade material e da justa composição do litígio. Assim, como concretização do princípio da boa-fé processual, o dever de colaboração..."<sup>251</sup>.

A obrigação de lealdade significa que o princípio de boa-fé e de cooperação processual obriga às partes que se abstenham de praticar quaisquer actos que perturbem o desenrolar da relação jurídica processual, significando uma obrigação de *non facere*.

<sup>248</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 41 e 42. Segundo comenta o referido autor, "A boa-fé, enquanto manifestação da ética e da moral, apresenta-se como instituto comum aos vários ramos do saber jurídico, por ela se devendo reger todo o tipo de relações jurídicas seja de natureza civil ou processual".

<sup>249</sup> SOUSA, Luís Pires de, *Prova por Presunção no Direito Civil (e-book)*. 1ª Edição, Almedina, Coimbra, 2007, p. 21 Apud BRANDÃO, Diogo de Matos, *A prova Digital no Processo Civil*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, Braga, 2020, p.47.

<sup>250</sup> Cfr. Art.138º ZPO (Erklärungspflicht Tatsachen; Wahrheitspflicht); BRANDÃO, Diogo de Matos, *A prova Digital no Processo Civil*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, Braga, 2020, p.48.

<sup>251</sup> BORGES, Marta Alexandra Frias, *Algumas Reflexões em Matéria de Litigância de Má-fé*, 19, Apud BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova Ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 44.

O princípio de boa-fé processual impende sobre as partes um dever geral de boa-fé, cuja violação poderá consubstanciar litigância de má-fé. Tendo em conta o princípio de boa-fé significa que processualmente, qualquer das partes pode actuar de má-fé.

Se assim a parte proceder no processo civil, nos termos da legislação processual civil de Moçambique, previne-se que:

1.Tendo litigado de má-fé, a parte será condenado em multa e numa indemnização à parte contrária, se esta a pedir. 2. Diz-se litigante de má-fé não só o que tiver deduzido pretensão ou oposição cuja falta de fundamento não ignorava, como também o que tiver conscientemente alterado a verdade dos factos essenciais e o que tiver feito do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, com o fim de conseguir um objectivo ilegal ou de entorpecer a acção da justiça ou de impedir a descoberta da verdade. 3. A parte vencedora pode ser condenada como litigante de má-fé, mesmo na causa principal, quando tenha procedido com dolo instrumental"<sup>252</sup>.

Este princípio de boa-fé processual está ligado ao outro princípio, designadamente o de cooperação com o tribunal ou de cooperação do tribunal. A este propósito, para Portugal, por exemplo, relativamente à cooperação do tribunal, segundo referem João de Castro Mendes e Miguel Teixeira de Sousa "O tribunal deve convidar qualquer das partes a suprir as insuficiências ou imprecisões na exposição ou concretização da matéria de facto (art. 590, n.º 2, al. b) e 4). Trata-se de uma manifestação de dever de cooperação do tribunal com as partes (art. 7.º, n.º 1) "<sup>253</sup>.

Relativamente ao dever de cooperação processual ou dever de colaboração processual, que integra o princípio de boa-fé, estão ínsitos no dever de cooperação ou colaboração processual quatro deveres, nomeadamente: o dever de esclarecimento, o dever de correcção, o dever de consulta e o dever de auxílio, exercendo o juiz a actividade probatória como sujeito directamente interessado no resultado da justiça no processo. Nisso é que se concretiza o dever de cooperação ou colaboração do tribunal.

Dentro do dever de cooperação ou colaboração processual traz consigo ou estão ínsitos imperativos de conduta das partes, devendo as mesmas partes esclarecer e complementar o que lhes for pedido pelo julgador, submeter-se à inspecção judicial, se assim for decidido pelo julgador, etc.

Nos deveres de cooperação ou colaboração processual, o juiz também tem deveres ou obrigações em matéria probatória que partem da fixação dos factos a provar,

<sup>252</sup> Cfr. Artigo 456º do CPC.

<sup>253</sup> MENDES, João de Castro; SOUSA, Miguel Teixeira de, *Manual de Processo Civil*, Volume I, AAFDL Editora, 2022, p. 89.

passando pela produção da prova e culminando com a apreciação correcta, adequada e suficientemente clara do material probatório.

Pode-se assim dizer, em fim, que no âmbito do princípio de cooperação ou colaboração processual há como que uma gestão compartilhada da prova entre a conduta das partes processuais ou litigantes e a actuação do juiz no processo civil. Há, portanto, responsabilidade compartilhada entre o dever de colaboração ou cooperação das partes e o juiz ou tribunal.

Fazendo a ponte entre o princípio de boa-fé e de cooperação processual, principalmente nesta última vertente de cooperação processual, com princípio dispositivo que se abordou acima, conclui-se que o princípio dispositivo limita apenas a primeira etapa da prova, designadamente, a definição do *thema probandum*; na segunda etapa, designadamente, na etapa de produção das provas tem vigência o dever de cooperação ou colaboração processual. Trata-se de uma actividade dialéctica que visa a igualdade substancial na terceira etapa, designadamente, de apreciação das provas, tem valor a motivação da decisão judicial.

O princípio de boa-fé interliga-se com o princípio de cooperação porque como referem João de Castro Mendes e Miguel Teixeira de Sousa, "O dever de cooperação assenta, quanto às partes, num dever de actuação orientado pela eficiência e proporcionalidade. Em concreto, o dever de cooperação traduz-se no dever de litigância de boa-fé (...) "<sup>254</sup>.

#### **4.1.9. O Princípio de imediação e oralidade**

O Princípio de imediação e oralidade encontra-se traduzido no contacto directo entre o juiz e as diversas fontes da prova, nomeadamente, na discussão das questões da causa. A discussão da matéria de facto é oral. A audiência final decorre na presença de um juiz, sendo perante o juiz que em princípio são produzidas as provas.

Este princípio de imediação e oralidade consiste na possibilidade de o julgador da matéria de facto ter um contacto com o mais directo possível com as pessoas ou coisas que servem de fonte de prova (imediação).

A imediação, em regra, é a oralidade na audiência de julgamento. O princípio da oralidade está também estabelecido no Código de Processo Civil de Moçambique "1.

<sup>254</sup> MENDES, João de Castro; SOUSA, Miguel Teixeira de, *Manual de Processo Civil*, Volume I, AAFDL Editora, 2022, p. 95.

Só podem intervir na discussão da matéria de facto os juízes que tenham assistido a todos os actos de instrução e discussão praticados na audiência final"<sup>255</sup>.

Continua, o Código de Processo Civil de Moçambique "2. Se durante a discussão e julgamento falecer ou se impossibilitar permanentemente algum dos juízes, repetir-se-ão os actos já praticados que não tiverem sido reduzidos a escrito..."<sup>256</sup>.

Os dispositivos legais do Código de Processo Civil de Moçambique fundamentam outro princípio, o da plenitude da assistência do juiz.

#### **4.1.10. O Princípio da plenitude da assistência do juiz**

Este princípio da plenitude da assistência do juiz determina que o juiz deverá assistir a todos os actos do julgamento que perante si decorrem, decorrendo da lei, os trâmites a observar e no caso de o juiz falecer ou se impossibilitar permanentemente durante a audiência final ou no caso de ser transferido, promovido ou aposentado<sup>257</sup>. É o juiz que presidiu o julgamento que deve elaborar a sentença<sup>258</sup>.

O princípio de plenitude da assistência significa que a decisão só pode ser dada pelo juiz que tenha assistido a todos os actos de instrução e discussão praticados na audiência final, por isso, em caso de falecimento ou impedimento permanente do juiz, devem ser repetidos perante novo juiz, todos os anteriormente praticados pelo juiz antecedente.

Se o impedimento do juiz for temporário, somente determina a interrupção da audiência pelo tempo indispensável. Se o anterior juiz tiver sido transferido, promovido ou jubilado ou aposentado no decurso da audiência final, em princípio deve concluir o julgamento.

#### **4.1.11. O princípio da Economia Processual**

Segundo este princípio da Economia Processual, o mesmo tem que ver com transmissão de eficiência ao processo. Para tal refere Diogo de Matos Brandão e José Lebre

<sup>255</sup> Cfr. Artigo 654º, n.º 1 do CPC.

<sup>256</sup> Cfr. Artigo 654º, n.º 2 do CPC.

<sup>257</sup> Cfr. Artigo 654º do CPC.

<sup>258</sup> Cfr. Artigo 659º do CPC.

de Freitas, que "Exige-se uma adopção dos meios necessários e suficientes à resolução de um dado processo"<sup>259</sup>.

Tem que haver a adequação da tramitação processual às especificidades da causa, a proibição da prática de actos inúteis e a simplificação dos actos úteis, o que o torna corolário do princípio de adequação formal. É neste espírito que são proibidos actos inúteis, e a tendência da redução das formalidades dos actos ao essencial prescrita na lei<sup>260</sup>.

Este princípio de economia processual pode ser analisado em dois planos, nomeadamente no plano institucional e num plano individual:

No plano institucional, o princípio de economia processual "é aquele segundo o qual o processo não deve implicar custos desnecessários e não proporcionais à prossecução da sua finalidade ou, numa outra formulação, é o princípio segundo o qual os meios disponíveis devem ser utilizados de molde a otimizar o fim do processo, evitando a perda de tempo e os custos escusáveis"<sup>261</sup>.

No plano individual, o que é o mesmo que dizer, no plano de cada acto processual, este princípio proíbe a prática de actos inúteis ou supérfluos, obstando a que se pratiquem actos tanto objectivos, como subjectivamente inúteis ou supérfluos num processo em curso.

Importa referir que os actos objectivamente inúteis ou supérfluo são aqueles actos que não dizem respeito à matéria discutida no processo, pelo contrário, os actos subjectivamente inúteis ou supérfluos são aqueles actos que é suposto não acrescentarem nada ao que já está fixado ou adquirido no processo.

O Código de Processo Civil de Moçambique previne e sanciona a prática de actos inúteis em geral, e para o que interessa ao tema de prova, previne e sanciona a prática de actos inúteis na produção de prova, pois "Não é lícito realizar no processo actos inúteis, incorrendo em responsabilidade disciplinar os funcionários que os pratiquem"<sup>262</sup>.

<sup>259</sup> FREITAS, José Lebre de, *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2013, pp. 222-223, Apud BRANDÃO, Diogo de Matos, *A prova Digital no Processo Civil*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, Braga, 2020, p.48.

<sup>260</sup> Cfr. Art. 131 do CPC.

<sup>261</sup> MENDES, João de Castro; SOUSA, Miguel Teixeira de, *Manual de Processo Civil*, Volume I, AAFDL Editora, 2022, p. 112.

<sup>262</sup> Cfr. Artigo 137º do CPC.

O não praticar actos inúteis no processo traz implicações positivas para a celeridade processual, vai daí a importância do princípio de celeridade processual, celeridade na produção e valoração da prova para o bom e justo ajuizamento dos litígios cíveis.

#### **4.1.12. O Princípio da Celeridade Processual**

O Princípio da Celeridade Processual obriga a que o autor deste estudo faça lembrar que o processo civil, como qualquer processo judicial (criminal, laboral, administrativo, comercial, fiscal, aduaneiro, etc) é um conjunto de actos que visam ser conducentes a um resultado para a justa composição do litígio e a busca da verdade material.

Mas os actos processuais devem ser praticados com celeridade e de forma mais simples. "Quando não esteja expressamente regulada na lei, os actos processuais terão a forma que, em termos mais simples, melhor se ajuste ao fim que visam atingir"<sup>263</sup>.

Por isso a lei processual no artigo com epígrafe - Princípio da limitação dos actos - refere que "Não é lícito realizar no processo actos inúteis, incorrendo em responsabilidade disciplinar os funcionários que os pratiquem"<sup>264</sup>.

No âmbito do princípio da celeridade processual "...implica assim um romper com comportamentos processuais arcaicos, dando prioridade ao mérito e à substância, em detrimento da mera formalidade processual"<sup>265</sup>.

#### **4.1.13. O Princípio da igualdade**

A igualdade é elemento indissociável do Estado Democrático de Direito. Este princípio da igualdade consta de várias Constituições de Estados Democráticos de Direito, pelo que também consta da Constituição da República de Moçambique. Este princípio de igualdade ilumina a compreensão, a aplicação e a construção do ordenamento jurídico.

Como refere Professor Marinoni "O tratamento desigual é apenas permitido quando necessário para a realização da própria igualdade, isto é, quando existem factores que justificam e impõem o tratamento desigual"<sup>266</sup>.

<sup>263</sup> Cf. Artigo 138º do CPC.

<sup>264</sup> Cfr. Artigo 137º do CPC.

<sup>265</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição (reimpressão de 2019). Coimbra: Almedina, 2018, p. 499, Apud BRANDÃO, Diogo de Matos, *A prova Digital no Processo Civil*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, Braga, 2020, p.49.

<sup>266</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, *O Precedente na Dimensão da Igualdade*. O Prof. Marinoni é Titular de Direito Processual Civil da UFPR. Pós-Doutorado na Universidade Estatal de Milão. Visiting Scholar na Columbia University. Advogado em Curitiba e em Brasília.

Assim, durante a produção, apresentação das provas pelas partes litigantes deve se observar o princípio de igualdade, assim também durante a avaliação e valoração das provas em processo civil, o juiz deve observar o princípio de igualdade das partes.

Tanto o Estado (o juiz, no uso de seus poderes conferido pela lei do Estado), quanto os particulares (as partes litigantes, nomeadamente: autor e réu; exequente e executado; requerente e requerido; embargante e embargado, etc) estão submetidos ao princípio da igualdade durante a produção, a apresentação das provas, devem observar o princípio de igualdade, assim também durante a avaliação e valoração das provas em processo civil, o juiz deve observar o princípio de igualdade das partes. O Judiciário submete-se à igualdade no que diz respeito ao tratamento igualitário das partes no interior do processo.

Dependendo de cada sistema jurídico, há variedades na questão da concretização desse princípio de igualdade no direito probatório.

Nos Países do *Civil Law*, o Judiciário não se submete ao princípio da igualdade no momento de decidir, no instante de cumprir o seu dever, prestando a tutela jurisdicional, não se submete propriamente ao princípio de igualdade. Deixa de se observar o princípio da igualdade no momento mais importante da sua actuação, exactamente quando tem que realizar o principal papel que lhe foi imposto, o de decidir os pleitos.

O princípio de igualdade, para Professor Marinoni, significa a igualdade perante a Jurisdição: igualdade no processo, igualdade ao processo e igualdade diante das decisões judiciais.

Refere professor Marinoni que "Analisa-se se a lei confere tratamento igualitário às partes, permitindo participação em "igualdade de armas", assim como se o juiz proporciona o mesmo tratamento aos litigantes"<sup>267</sup>.

O princípio de igualdade está ligado ao princípio do contraditório, importando se as partes tenham adequada possibilidade de agir e de reagir de modo a influir sobre a formação da convicção judicial.

<sup>267</sup> CAPPELLETTI, Mauro, *Appunti in tema di contraddittorio*. In: *Studi in memoria di Salvatore Satta*, v. 1. Padova: Cedam, 1982, p. 211; CHIAVARIO, Mario. *Processo e garanzie della persona*, v. 2. Milano: Giuffrè, 1982, p. 140; MARTINETTO, Giuseppe. *Contraddittorio (principio del)*. In: *Novissimo digesto italiano*, v. 4, p. 459; TROCKER, Nicolò. *Processo civile e Costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 467 e ss, Apud MARINONI, Luiz Guilherme, *O Precedente na Dimensão da Igualdade*.

Como salienta Mario Chiavario:

O contraditório não implica uma identidade absoluta entre os poderes reconhecidos às partes de um mesmo processo e nem, necessariamente, uma simetria perfeita de direitos e de obrigações, pois o que conta é que as diferenças eventuais de tratamento sejam justificáveis racionalmente, à luz de critérios de reciprocidade, e de modo a evitar, seja como for, que haja um desequilíbrio global em prejuízo de um das partes<sup>268</sup>.

Segundo o mesmo autor, também há igualdade ao processo, ou melhor, igualdade de acesso à jurisdição e igualdade de procedimentos e de técnicas processuais. "Trata-se, obviamente, de uma igualdade que pressupõe tratamento particularizado àqueles que possuem dificuldades económicas de acesso à justiça e aos que são titulares de direitos que exigem procedimentos e técnicas processuais diferenciadas"<sup>269</sup>.

É pensamento de Professor Marinoni que não só há grande preocupação com a igualdade de tratamento dos litigantes no processo, mas também com a igualdade de acesso à justiça e com a igualdade aos procedimentos e às técnicas processuais.

Assim, se é possível falar de igualdade no processo e em igualdade ao processo, é mais apropriado pensar em igualdade diante da jurisdição, tendo-se como espécies a igualdade de tratamento no processo, a igualdade de acesso e a igualdade ao procedimento e à técnica processual.

O acesso à justiça e a participação adequada no processo só tem sentido quando correlacionados com a decisão. Afinal, esta é o objectivo daquele que busca o Poder Judiciário e, apenas por isso, tem necessidade de participar do processo. Em outros termos, a igualdade de acesso, a igualdade à técnica processual e a igualdade de tratamento no processo são valores imprescindíveis para a obtenção de uma decisão racional e justa.

<sup>268</sup> CHIAVARIO, Mario. Op. cit. p. 19. 20. Apud, MARINONI, Luiz Guilherme, *O Precedente na Dimensão da Igualdade*.

<sup>269</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, *O Precedente na Dimensão da Igualdade*. "A igualdade também exige a consideração de aspectos económicos que podem obstaculizar a participação no processo. Se a legitimação do exercício da jurisdição depende da participação, e essa tem importante expressão no princípio do contraditório, não há como entender como legítimo ou democrático o processo que priva alguém de participar por razões de natureza económica ou social. A legitimidade do processo se liga a uma possibilidade real, e não meramente formal, de participação. Nessa linha importam não apenas as garantias de assistência judiciária gratuita – isto é, o fornecimento, por parte do Estado, de advogados gratuitos, a dispensa do pagamento de custas processuais e a oferta de produção de provas sem o pagamento de despesas –, mas também as normas processuais que objetivam garantir a efetiva participação da parte segundo as necessidades do direito substancial. Na verdade, o legislador e o juiz estão obrigados a estabelecer as discriminações necessárias para garantir e preservar a participação igualitária das partes, seja considerando as dificuldades económicas que obstaculizam a participação, seja atentando para as particularidades do direito material e do caso litigioso. Ora, não é legítimo o poder exercido em um processo em que as partes não podem efetivamente participar ou em que apenas uma delas possui condições reais de influir sobre o convencimento do juiz. Um processo desse tipo certamente não é um “processo justo” ou um processo democrático. Daí por que se diz que as partes não só têm o direito de participar do processo, como também o direito de participar em paridade de armas" in MARINONI, Luiz Guilherme, *Curso de Processo Civil, v. 1 - Teoria Geral do Processo*, 4ª. ed. Ed. RT, São Paulo, 2010, p. 419 - 420.

Não se deve confundir direito ao processo justo com direito à decisão racional e justa. O direito ao processo justo é satisfeito com a realização de direitos fundamentais de natureza processual, como o direito à efectividade da tutela jurisdicional e o direito ao contraditório.

Mas a legitimação da jurisdição não depende apenas da observância destes direitos e nem pode ser alcançada somente pelo procedimento em contraditório e adequado ao direito material, sendo aí imprescindível pensar em uma legitimação pelo conteúdo da decisão.

O princípio de igualdade significa também a igualdade perante a lei e igualdade perante a interpretação judicial da lei. "Não haveria motivo para falar em igualdade diante das decisões caso estas pudessem se resolver na mera aplicação da lei. Bastaria a noção de igualdade perante a lei. Portanto, quando se pensa em igualdade perante as decisões, remete-se ao problema da interpretação judicial"<sup>270</sup>.

Quanto à igualdade na interpretação da lei, Riccardo Guastini refere:

O texto da lei admite uma pluralidade de interpretações, ou seja, exprime potencialmente não apenas uma norma (ditada pelo intérprete) de limites determinados, mas uma multiplicidade de normas alternativas, sempre de conteúdo indeterminado<sup>271</sup>.

Segundo o mesmo autor, o problema da aplicação da lei não está propriamente no poder conferido ao juiz, mas na própria dicção da norma legal. Embora o objectivo da limitação da decisão à letra da lei seja o de conter o arbítrio do juiz, não há dúvida que a

<sup>270</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, *O Precedente na Dimensão da Igualdade*. Acrescenta o Prof. Marinoni "No livro *Interpreting Precedents*, advertem Bankowski, MacCormick, Morawski e Ruiz Miguel que o direito manteria uma uniformidade apenas formal caso pudesse variar de acordo com o caso. Anotam os juristas que a uniformidade do direito é um componente essencial para o tratamento igualitário de casos substancialmente similares, isto é, de casos que se qualificam como similares a partir de uma determinada e estável interpretação do direito. No original: "This would be a sham if the law were subject to varying interpretation from case to case, for it would only be nominally the same law that applied to different cases with essentially similar features among themselves. Thus uniformity of law is an essential part of equality of treatment of essentially similar cases, that is, cases which qualify as similar under a given (and stable) interpretation of the law" (BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz, *Rationales for precedent. Interpreting Precedents: A Comparative Study*. London: Dartmouth, 1997, p. 481-482), p. 488).

<sup>271</sup> "La prima tesi assume che i testi normativi siano dotati di un significato intrinseco oggettivo, e afferma che i giudici creano diritto quando disattendono tale significato, offrendo interpretazione 'false'. Sorprendente ingenuità. Disgraziatamente non esiste affatto una cosa come il significato oggettivo dei testi normativi. Ogni testo normativo è almeno potenzialmente e almeno diacronicamente equivoco: sicché risulta semplicemente impossibile distinguere tra interpretazioni 'vere' e interpretazioni 'false'. Quale mai dovrebbe essere il critério di verità delle tesi interpretative?" (GUASTINI, Riccardo. *Se i giudici creino diritto*. In: VIGNUDELLI, A (org.). *Istituzioni e dinamiche del diritto: I confini mobili della separazione dei poteri*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 391). Apud, MARINONI, Luiz Guilherme, *O Precedente na Dimensão da Igualdade*.

compreensão da lei, e, portanto, o subjectivismo varia na medida em que a letra da norma abre maior ou menor espaço para o magistrado actuar na definição do significado normativo.

Entende-se, em vista disso, que o subjectivismo do juiz é um dado; o que importa, diante da construção da decisão, é o texto legal. A lei é interpretada – e não meramente aplicada – não apenas porque o juiz inevitavelmente deve compreendê-la, mas especialmente porque o seu significado precisa ser apreendido e deduzido.

Actualmente vive-se a época da descodificação "Os Códigos, com sua pretensão de generalização e uniformidade, cederam lugar a leis especiais, destinadas a regular situações específicas, titularizadas por grupos e posições sociais determinados"<sup>272</sup>.

Refere ainda o Prof. Marinoni:

No direito processual o fenómeno também é observado. Lembre-se que, no processo civil de conotação liberal clássica, deveria bastar um único procedimento para atender a todas as posições sociais e a todo e qualquer direito. A doutrina processual do início do século passado via os procedimentos especiais como espécie de desvio do procedimento padrão de tutela dos direitos. Contudo, já faz algumas décadas que os procedimentos especiais assumiram a conotação de instrumentos elaborados para atender às variadas situações jurídicas carentes de tutela<sup>273</sup>.

Por sua vez, Referem João de Castro Mendes e Miguel Teixeira de Sousa, reportando-se ao sistema jurídico português "O princípio da igualdade das partes (ou da isonomia processual) é uma das facetas do processo equitativo (art. 20, n° 4, CRP) e um dos corolários dos princípios da igualdade perante a lei (art 13° n° 1 CRP...)"<sup>274</sup>.

O princípio de igualdade das partes, na recomenda a igualdade de *chances*, igualdade de riscos, mesmas oportunidades no decurso do processo devem (*lutar*) com o mesmo tipo de armas. Significa igualmente que as partes devem ser tratadas pelo tribunal de forma igual e não discriminatória.

Deve observar-se o princípio da igualdade durante a produção, durante a apresentação das provas, e devem as partes observar o princípio de igualdade, assim também durante a avaliação e valoração das provas em processo civil, o juiz deve observar o princípio

<sup>272</sup> IRTI, Natalino, *L'età della decodificazione*, Milano: Giuffrè, 1979; IRTI, Natalino, *Codice Civile e Società Politica*, 7. Ed. Roma: Laterza, 2005. Apud, MARINONI, Luiz Guilherme, **O Precedente na Dimensão da Igualdade**.

<sup>273</sup> Luiz Guilherme, **O Precedente na Dimensão da Igualdade**. "Com isso é rompida a confusão entre instrumentalidade do processo e neutralidade do processo em relação ao direito material, afirmando-se a noção de instrumentalidade substancial".

<sup>274</sup> MENDES, João de Castro; SOUSA, Miguel Teixeira de, *Manual de Processo Civil*, Volume I, AAFDL Editora, 2022, p. 99.

de igualdade das partes. O Judiciário submete-se à igualdade no que diz respeito ao tratamento igualitário das partes no interior do processo.

Foi de propósito que tenha sido muito exaustiva a exposição e a elaboração sobre os princípios de direito e muito concretamente sobre os princípios de direito probatório.

Foi necessário ter sido assim para se compreender o porquê da Tese defendida neste trabalho científico, a admissibilidade de prova ilícita no processo civil.

Como tem sido entendido nos últimos tempos, relativamente à questão dos Princípios jurídicos e a dimensão reguladora do Direito, na linguagem de Josep Agiló Regla<sup>275</sup>, onde basicamente reitera que os princípios de jurídicos são, a par da Lei, costume jurídico, Jurisprudência e Doutrina, fontes do direito.

Dentre os princípios jurídicos ou princípios de direito existem princípios de direito probatório. Quando se aborda o tema de princípios de direito, em geral, mas também, como entende o aqui expositor, os princípios de direito probatório no dizer de Josep Agiló Regla:

(...) Os juristas práticos e os teóricos do Direito usam a expressão princípios jurídicos com diversos sentidos. Assim, fazem a seguinte enumeração das acepções mais importantes: a) Como norma muito geral, entendendo como tal a regula um caso cujas propriedades são muito gerais; b) Como norma redigida em termos particularmente vagos; c) Como directiva ou norma programática, isto é, norma que estipula a obrigação de prosseguir determinados fins; d) Como norma que exprime os valores superiores de um ordenamento jurídico; e) Como norma dirigida aos órgãos de aplicação do Direito e que indica, com carácter geral, como se deve seleccionar a norma aplicável, interpret-la, etc; f) Como *regula iuris*, isto é, como enunciado ou máxima da ciência jurídica que possui um considerável grau de abstracção e que permite a sistematização do ordenamento jurídico ou de uma parte do mesmo<sup>276</sup>.

Manuel Atienza<sup>277</sup> e Juan Ruiz Manero<sup>278</sup> fazem a diferença entre regras e princípios, tal como Carlos Alchourrón e Eugénio Bulygin<sup>279</sup>, considerando a norma como correlações entre casos genéricos (ou conjunto de propriedades – na terminologia tradicional - pressupostos de facto) e soluções normativas (qualificações de conduta como obrigatórias, proibidas ou permitidas).

<sup>275</sup> REGLA, Josep Agiló, *Teoria geral das Fontes do Direito, Escolar Editora – Verba Legis*, Lisboa, 2014, p. 157.

<sup>276</sup> REGLA, Josep Agiló, *Teoria geral das Fontes do Direito, Escolar Editora – Verba Legis*, Lisboa, 2014, p. 159.

<sup>277</sup> ATIENZA, Manuel, *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985.

<sup>278</sup> RUIZ MANERO, Juan, *Juridición y normas, CEC*, Madrid, 1990.

<sup>279</sup> CARLOS, Alchourrón; BULGIN, Eugénio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídica y sociales*, Astrela – Buenos Aires, 1974.

Os autores acima citados escrevem:

A diferença (entre regras e princípios) baseia-se em que os princípios configuram o caso de forma aberta, enquanto, que as regras o fazem de forma fechada. Com isto queremos dizer que, enquanto nas regras, as propriedades que configuram o caso constituem um conjunto finito e fechado, em relação aos princípios não pode formular-se uma lista fechada das mesmas: não se trata somente de que as propriedades que constituem as condições de complicação tenham uma periferia maior ou menor de vacuidade, mas de que tais condições nem sequer se encontram genericamente determinadas. O tipo de indeterminação que afecta os princípios é, pois, mais radical que o da regra (embora, desde logo, entre um e outro tipo de indeterminação possa haver casos de penumbra (p. 9).<sup>280</sup>.

A partir do entendimento acima transmitido dado que os princípios são mais flexíveis do que as regras, então já está encontrado um dos argumentos muito fortes em defesa da Tese que se defende neste trabalho científico, de que são admissíveis as provas ilícitas em processo civil tendo em conta todos os princípios probatórios acima exaustivamente desenvolvidos.

É com razão que este trabalho científico acompanha também o entendimento de Josep Agiló Regla de que "enquanto, que os princípios sem sentido estrito, determinam um modelo de conduta que incorpora uma medida de cumprimento (ordenam uma acção que pode ser cumprida ou não), as directivas incorporam só um objectivo, um fim (ordenam um estado de coisas) alcançável em diferentes graus e através de condutas de tipos muito diversos"<sup>281</sup>.

Os princípios jurídicos ou princípios de direito para o caso que interessa, os princípios de direito probatório, contrariamente às regras ou directivas do direito, consistem em afirmar que são um tipo de modelo de conduta em que não se define caso, que não contam como pressuposto de facto, pelo contrário esta última situação (regras ou directivas de direito), se define caso.

Os princípios de direito não são normas absolutas. Logo, os princípios de direito probatório também não podem ser normas absolutas.

Daqui se retira que um princípio constitucional, seja da Constituição da República de Moçambique ou qualquer outra constituição de um Estado de Direito e Democrático que enuncie a eventual não admissibilidade de provas ilícitas, por exemplo, no

<sup>280</sup> REGLA, Josep Agiló, *Teoria geral das Fontes do Direito, Escolar Editora – Verba Legis*, Lisboa, 2014, p. 160.

<sup>281</sup> REGLA, Josep Agiló, *Teoria geral das Fontes do Direito, Escolar Editora – Verba Legis*, Lisboa, 2014, p. 160.

direito penal, não pode ser entendido em termos absolutos. Também não pode ser transportado esse entendimento para o processo civil.

Retirando, claro está, a questão já assente de que as regras do direito processual penal são diferentes das regras do direito processual civil e que o Direito Processual Civil é que é subsidiário do Direito Processual Penal e não o contrário.

Refere Josep Agiló Regla que "as regras correspondem a uma estrutura condicional que correlaciona um caso (isto é, um conjunto de propriedades, por genérico e vago que este seja) com uma solução normativa"<sup>282</sup>.

Continua o autor citado "Pelo contrário, os princípios, não têm outras condições de aplicação para além das que resultam do seu próprio conteúdo"<sup>283</sup>.

Está claro no entendimento do autor citado que aqui se segue, para se poder aplicar um princípio é sempre necessária a formulação de uma regra que correlacione um caso genérico (construído a partir da selecção das propriedades consideradas relevantes do caso particular que se procura resolver) com a solução normativa estabelecida pelo princípio.

Nas palavras de Josep Agiló Regla "A chamada ponderação de princípios não é mais outra coisa senão a selecção da solução normativa que deve resolver o caso em litígio quando em relação a ele concorrem vários princípios"<sup>284</sup>.

Daqui se retira que os princípios são mais importante que as regras "os princípios intervêm em todas as operações destinadas a transformar o Direito objectivo com a finalidade de construir a premissa normativa do raciocínio jurídico justificativo"<sup>285</sup>.

Se mais razões faltassem, as que acabam de ser apresentadas, de forma fundamentada, no seguimento dos que estudaram com mais profundidade estas questões seriam suficientes ou bastantes para virem em defesa da Tese que aqui se defende, a de admissibilidade de provas ilícitas em processo civil.

<sup>282</sup> Idem, p. 163.

<sup>283</sup> REGLA, Josep Agiló, *Teoria geral das Fontes do Direito, Escolar Editora – Verba Legis*, Lisboa, 2014, p. 163 a 164.

<sup>284</sup> Idem, p. 164.

<sup>285</sup> Ibidem, p. 165.

## **CAPÍTULO V**

### **5.1. A IMPORTÂNCIA DA PROVA**

A matéria de prova, bem como a matéria do ónus de prova e conseqüentemente, as regras que fixam a repartição de ónus de prova são matérias de suma importância, tanto para o direito, em geral, e para o direito processual civil, em particular.

Começando pela prova, ela é tão importante que a sua necessidade é notória dado que cada uma das partes litigantes, para sua defesa perante a parte contrária, tem que juntar ao processo ou aos autos os elementos de prova atinentes a provar os factos que alega.

Como refere Helder Leitão "a prova é o ponto central de todo o processo. No processo tudo depende de prova. A prova é a meia indispensável do julgamento"<sup>286</sup>.

Para Alfredo Faife, autor moçambicano "A prova é assim essencial na vida do direito, quase como o ar que respiramos para cada um se possa defender de uma

<sup>286</sup> LEITÃO, Helder Martins, *A Prova no Código de Processo Civil*, p. 36.

arbitrariedade, de uma ameaça ou de uma ofensa e obtenha a justa reparação e até a demonstração da sua capacidade, valor e idoneidade"<sup>287</sup>.

Não se pode tratar da questão da prova em processo civil sem se abordar a questão a ela ligada que é a questão de ónus de prova. O ónus de prova é também uma das partes da coluna vertebral do processo civil pois "é no momento da decisão do juiz que se mostra a importância das regras sobre ónus de prova"<sup>288</sup>.

Entretanto, a repartição do ónus da prova entre as partes constitui um dos problemas mais difíceis e debatido da teoria do processo. As regras sobre o ónus da prova têm como objectivo estabelecer critérios de decisão para os casos em que o julgador está perante uma dúvida insanável sobre os factos trazidos ao processo pelas partes. Assim, o ónus da prova dirá qual das partes no processo contra quem deve ser proferida a decisão nos casos em que há falta de prova sobre determinado facto controvertido.

A importância do ónus de prova pode ser dividida sob duas perspectivas, nomeadamente, na perspectiva das partes processuais e na perspectiva do julgador. Na perspectiva das partes, as regras sobre o ónus da prova podem depender do vencimento ou da sucumbência na acção (o chamado ónus subjectivo). Na perspectiva do juiz, estas normas conferem-lhe um critério de decisão jurídica numa situação em que os factos não o permitiriam (o chamado ónus objectivo).

A probabilidade de atingir-se uma decisão justa aumenta em relação directa do rendimento dos mecanismos de prova, nesse sentido refere Rita Lynce de Faria:

...facilmente, seremos levados a concluir que, quanto mais apuradas e perfeitas forem as regras de repartição de ónus da prova, mais justa será a decisão. Aquelas regras, na falta de meios de prova, constituem, de certa forma, um sucedâneo dos mecanismos probatórios. As regras de distribuição de ónus da prova pretendem, segundo um juízo de probabilidade, determinar com rigor qual das partes, uma vez que falte a prova de determinado facto, é justo que deva decair na acção, na medida em que poderia ter apresentado esse meio de prova e não o fez<sup>289</sup>.

A prova é muito relevante para o julgamento da matéria de facto e consequentemente do direito para culminar com uma decisão que se pretende não somente legal, mas principalmente justa.

<sup>287</sup> FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, Braga, 2022, p. 42.

<sup>288</sup> SERRA, Vaz, *Provas (direito probatório material)*, p. 116

<sup>289</sup> FÁRIA, Rita Lynce de, *A Inversão do ónus da Prova no Direito Civil Português*, 2ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2021, p.21.

É a prova trazida aos autos que vai definir o sucesso ou insucesso da lide de maneiras que sem a adequada realização da prova não pode ser alcançado o desiderato de adequada composição do litígio.

Mas incumbe a parte que alega os factos provar tais factos, e em algumas circunstâncias, há inversão de ónus de prova como se irá desenvolver noutro ponto deste trabalho investigativo.

### **5.1.1. As provas (in) admissíveis no direito civil moçambicano**

Para compreender-se o alcance de provas (in) admissíveis no direito moçambicano era necessário compreender o que seja prova. De seguida, é necessário compreender o fim do fundamento das proibições desse tipo de provas.

A proibição de certas provas, ou a questão de provas inadmissíveis tem duas finalidades "Assegurar a inviolabilidade do núcleo irredutível dos direitos fundamentais dos cidadãos; Preservar a estrutura fundamental do próprio modelo processual"<sup>290</sup>.

Trata-se de distinguir entre provas proibidas ou proibíveis no processo e provas ilícitas. Aquelas, provas proibidas ou proibíveis, são aquelas provas obtidas ou produzidas em violação de normas processuais e estas provas ilícitas são as que o método de obtenção ou forma de produção é um acto materialmente ilícito.

Como refere Miguel Teixeira de Sousa "As reflexões recaem apenas sobre a prova que é obtida através da prática de um ilícito, e que corresponde, na terminologia corrente em processo penal, ao método proibido de prova"<sup>291</sup>. E "Deixa-se de lado a talvez menos problemática matéria da prova ilícita pelo modo da sua produção (correspondente à proibição de tema de prova, na terminologia processual penal), que é aquela cuja produção constitui um acto ilícito, como é a que revela um segredo de Estado ou segredo profissional"<sup>292</sup>.

Ao abordar este ponto, naturalmente tem que se abordar a questão de admissibilidade ou não das provas ilícitas no processo civil. Mas o que será uma prova ilícita?

<sup>290</sup> ANDRADE, Costa, apud CORREIA, Tércia Matias, *a Prova no Processo Civil: Reflexões sobre o problema da (in) admissibilidade da prova ilícita* p. 86; FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, Braga, 2022, p. 74.

<sup>291</sup> SOUSA, Miguel Teixeira, *A prova ilícita em processo civil: em busca das linhas orientadoras*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Número 2, Lisbon Law Editions, Lisboa, 2021, pp. 15 a 52.

<sup>292</sup> Idem, p. 16.

Adiantando em termos preliminares sobre um ponto cujo desenvolvimento será feito noutra parte deste trabalho investigativo, e como refere Lebre de Freitas "Em sede de prova, o direito ao processo equitativo implica a inadmissibilidade de meios de prova ilícitos, quer o sejam por violar direitos fundamentais, quer porque se formaram ou obtiveram por processos ilícitos"<sup>293</sup>.

Para o entendimento do que sejam provas ilícitas e provas lícitas, terá de se fazer recurso ao conceito dado por Manuel de Andrade quando aborda a questão de actos jurídicos que podem ser lícitos ou ilícitos, sendo aqueles actos lícitos, os actos jurídicos que "estão de acordo com a ordem jurídica, que os aprova e consente. Os ilícitos são contrários à ordem jurídica, antagónicos com ela, por ela reprovados"<sup>294</sup>.

Quer dizer, os actos jurídicos ilícitos são aqueles que são contrários à ordem jurídica, antagónicos com ela, por ela reprovados.

A prova ilícita é aquela que traduz o desvalor na sua formação. Embora não afecte a sua natureza exterior ou à finalidade da mesma que é provar factos ou o direito, ela foi produzida fora do processo ou foi trazida ao processo através de meios ilegais ou ilegítimos, indo contra valores e direitos protegidos constitucionalmente<sup>295</sup>.

Para Michelle Taruffo, a prova ilícita é "a prova que foi formada fora do processo ou entrou para o processo com o uso de meios ilegais ou ilegítimos, com métodos penalmente ilícitos ou com actos que comportam uma violação de direitos subjectivos constitucionalmente protegidos"<sup>296</sup>.

Carlos Castelo Branco<sup>297</sup> faz uma feliz distinção entre prova ilícita e prova inadmissível, a prova invalidamente constituída a prova imoral, a prova viciada, a prova impertinente ou irrelevante, a prova inútil, a prova atípica, a prova ilegítima, a prova nula, a prova ilegal.

<sup>293</sup> FREITAS, Lebre de, *Introdução ao Processo Civil – Conceito e Princípios Gerais à luz do Código Revisto*, pp. 107 a 108.

<sup>294</sup> ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, p. 2.

<sup>295</sup> Cfr nº 3 do artigo 65 e artigo 71, todos da CRM.

<sup>296</sup> TARUFFO, Michelle, *La Prova nel processo civile*, Giuffrè, Milão, 2012, p. 76.

<sup>297</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Edições Almedina, Coimbra, 2019, p.108 a 125.

A mesma distinção faz o autor moçambicano, Alfredo Faife<sup>298</sup>, entre a prova lícita e figuras afins como sejam: a prova inadmissível, a prova imoral, a prova viciada e a prova atípica, sendo conceitos que não se confundem, mas que não cabe neste artigo abordar as distinções.

Para Miguel Teixeira de Sousa, reportando-se ao sistema jurídico português, mais propriamente, ao entendimento da doutrina no direito processual penal e doutrina no direito processual civil, refere "A doutrina portuguesa fala, no âmbito do processo penal, de "proibições de prova" ou de "prova (s) proibida (s) " e, na área do processo civil, de prova (s) ilícitas"<sup>299</sup>.

Miguel Teixeira de Sousa propõe a expressão "prova ilegal" para abranger qualquer prova que não deva ser utilizada a valorada em processo, ou como ele ainda repisa, "Nesta óptica, dentro do "conceito-cúpula" de prova ilegal há que distinguir entre a prova inadmissível e a prova proibida<sup>300</sup>.

Para este autor, a prova inadmissível é aquela que decorre de um vício processual, como o depoimento de uma parte como testemunha (...) o depoimento de uma testemunha sem a advertência da faculdade de recusa do seu depoimento (...), o depoimento de testemunhas que estão para além do número legalmente fixado (...) ou a segunda perícia que recaí sobre factos distintos da primeira perícia.

Pelo contrário, a prova proibida ou ilícita é aquela que é ilegal em si mesma porque sua obtenção ou produção é um acto materialmente ilícito, por exemplo, no caso da terminologia processual penal, a prova obtida por um método proibido e a prova que incide sobre um tema proibido.

Para Miguel Teixeira de Sousa, este esclarecimento terminológico permite realizar uma outra elucidação. "Sempre que se fala de uma prova ilegal fala-se de uma prova obtida ou produzida que não pode ser valorada, pelo que "produção" e "avaliação" são duas expressões indissociavelmente ligadas à temática da prova ilegal<sup>301</sup>.

<sup>298</sup> FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, Braga, 2022, p. 117 a 125.

<sup>299</sup> SOUSA, Miguel Teixeira, *A prova ilícita em processo civil: em busca das linhas orientadoras*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Número 2, Lisbon Law Editions, Lisboa, 2021, p. 17.

<sup>300</sup> SOUSA, Miguel Teixeira, *A prova ilícita em processo civil: em busca das linhas orientadoras*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Número 2, Lisbon Law Editions, Lisboa, 2021, p. 17.

<sup>301</sup> Idem, p. 17.

A impossibilidade de valorar uma prova ilegal pode ter dois fundamentos totalmente distintos. Na prova inadmissível o fundamento que impede a valoração é um vício processual, ao passo que na prova ilícita o fundamento é uma ilicitude material.

Segundo ainda Miguel Teixeira de Sousa, são duas as matérias sobre as quais incidem as reflexões vertidas, para o caso que interessa, neste trabalho científico – Tese de Doutoramento em Direito Privado - com base no entendimento acima citado, nomeadamente - claro está no âmbito do direito processual português: a aplicação analógica do disposto no artigo 32º, n.º 8 da Constituição da República Portuguesa ao processo civil; a relevância do critério da proporcionalidade na temática da prova ilícita em processo civil.

Esse entendimento no âmbito do direito processual português: a aplicação analógica do disposto no artigo 32º, n.º 8 da Constituição da República Portuguesa ao processo civil pode ser comparado ao entendimento no âmbito do direito processual moçambicano que é similar.

Mas quanto ao entendimento no âmbito do direito processual português refere Miguel Teixeira de Sousa "Um dos temas que, a propósito da prova ilícita em processo civil, tem sido discutido em Portugal é a susceptibilidade da aplicação analógica do disposto no artigo 32º, n.º 8, CRP para o processo penal ao processo civil"<sup>302</sup>.

Estatui o artigo 32º, n.º 8 da CRP "São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações"<sup>303</sup>.

Igualmente começa também a ser discutido, pelo menos doutrinariamente, em Moçambique, sendo o pioneiro nessa discussão doutrinal ou académica, tanto quanto se sabe, Mestre Alfredo Faife na conclusão da sua dissertação de mestrado.

Refere Mestre Alfredo Faife, na conclusão da sua dissertação de mestrado "sobre a problemática da interpretação extensiva do artigo 65º n.º 3 da CRM ao processo civil (para aplicá-la na disposição do artigo 519º n.º 3 do CPC), levou-nos a compreensão da excepcionalidade ou (não) da norma do artigo 65º n.º 3 da CRM".<sup>304</sup>

<sup>302</sup> SOUSA, Miguel Teixeira, *A prova ilícita em processo civil: em busca das linhas orientadoras*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Número 2, Lisbon Law Editions, Lisboa, 2021, p. 18.

<sup>303</sup> Cfr. Artigo 32º, n.º 8 da CRP.

<sup>304</sup> FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano*, Editora Nova Causa, Braga, 2022, p. 202.

O artigo 65º, n.º 3 da CRM estatui "São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na sua vida privada e familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações"<sup>305</sup>.

O artigo 32º, n.º 8, CRP corresponde ao artigo 65º, n.º 3 da CRM. Tanto o autor português como o autor moçambicano têm neste ponto uma similitude de pensamento, senão vejamos: "Um dos argumentos da corrente que se opõe à aplicação analógica ao processo civil do disposto no art. 32º, n.º 8, CRP é o de que este contém uma norma materialmente excepcional e, por isso, insusceptível de aplicação analógica de acordo com o artigo 11º CC"<sup>306</sup>.

Este autor defende que o argumento acima tem dois inconvenientes, nomeadamente é perigoso sob o ponto de vista prático e inconsequente na perspetiva da construção doutrinária.

Quanto ao inconveniente prático, o autor começa por questionar a excepcionalidade do artigo 32º, n.º 8, CRP, perguntando por que razão, no ambiente da CRP, uma norma destinada a proteger direitos fundamentais pode ser havida como excepcional.

Conclui o autor que a relação que se pode estabelecer entre as regras do art. 32º, n.º 8 e arts. 26º, n.º 1, 25º, 34º, todos da CRM, porque atribuem e tutelam direitos fundamentais, é uma relação entre regras gerais e uma regra especial e não regra excepcional.

Reza o artigo 26º, n.º 1 da CRP "1. A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação"<sup>307</sup>.

E por sua vez o artigo 25 da Constituição da República Portuguesa reza que "1. A integridade moral e física das pessoas é inviolável. 2. Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratamentos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos"<sup>308</sup>.

Finalmente o artigo 34º da Constituição da República Portuguesa estabelece:

1. O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis. 2. A entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade

<sup>305</sup> Cfr. Artigo 65º, n.º 3 da CRM.

<sup>306</sup> SOUSA, Miguel Teixeira, *A prova ilícita em processo civil: em busca das linhas orientadoras*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Número 2, Lisbon Law Editions, Lisboa, 2021, p. 19.

<sup>307</sup> Cfr. Artigo 26º, n.º 1, CRP.

<sup>308</sup> Cfr. Artigo 25º, CRP.

só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstas na lei. 3. Ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento, salvo em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, nos termos previstos na lei. 4. É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.<sup>309</sup>

A ser regra especial, não há nenhum obstáculo à aplicação analógica de uma regra especial ao contrário do que sucede quanto às normas substancialmente excepcionais. Para o referido autor "é então a regra especial que decorre do disposto no artigo 32º nº 8, Constituição da República Portuguesa que deve ser aplicada analogicamente em processo civil".<sup>310</sup>

Em relação a situação similar, Faife refere "E consideramos que a disposição do artº 65º nº 3 da Constituição da República de Moçambique não é uma norma excepcional, mas sim se trata de uma norma geral, pois, esta disposição é, em linhas gerais, um princípio constitucional aplicável a todas as situações ligadas ao processo penal sobre a matéria das proibições da prova ilícita"<sup>311</sup>.

Também o citado autor moçambicano refere "Pois só pode ser considerada uma norma excepcional quando um regime-regra, que é estabelecido para um determinado conjunto de situações, seja afastado por uma solução de sentido contrário (excepção)"<sup>312</sup>.

Concluiu "Assim, fazendo uma interpretação contrário senso do artº 11 do CC, estaríamos a admitir que o facto do artigo 65º nº 3 da Constituição da República de Moçambique não ser considerado uma norma excepcional, ele não é passível de interpretação extensiva e conseqüentemente abre-se a possibilidade de aplicação analógica desta norma jurídica"<sup>313</sup>.

Tanto Miguel Teixeira de Sousa, para o caso do sistema jurídico português, como Alfredo Faife, para o caso do sistema jurídico moçambicano, cada um a seu modo, admitem a possibilidade de aplicação analógica do comando constitucional para o campo da prova ilícita no processo civil.

<sup>309</sup> Cfr. Artigo 34º CRP.

<sup>310</sup> SOUSA, Miguel Teixeira, *A prova ilícita em processo civil: em busca das linhas orientadoras*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Número 2, Lisbon Law Editions, Lisboa, 2021, p. 20.

<sup>311</sup> FAIFE, Alfredo, *A Prova Ilícita no Processo Civil Moçambicano*, Editora Nova Causa, Braga, 2022, p. 203.

<sup>312</sup> Idem, p. 203.

<sup>313</sup> Ibidem, p. 203.

O primeiro refere "Após a verificação de que nada impede, quer num plano textual, quer num plano valorativos aplicação dos critérios do artigo 32º, nº 8, Constituição da República Portuguesa, ao processo civil, impõe-se a seguinte pergunta: que sentido faz rejeitar os dois critérios determinativos da ilicitude da prova no processo penal, para depois andar perdido (...) "<sup>314</sup>. O segundo refere "Daí a justificabilidade da análise da possibilidade da analogia do artº 65º nº 3 Constituição da República de Moçambique para o processo civil (...) "<sup>315</sup>.

Acrescenta o autor moçambicano "Em sede do problema da possibilidade de aplicação analógica do artigo 65º nº 3 da Constituição da República de Moçambique ao processo civil, denotamos duas perspectivas de pensamento, uma a favor da aplicação analógica e outra contra a aplicação analógica desta disposição em sede de processo civil"<sup>316</sup>.

E aquele autor moçambicano toma posição "Sobre a aplicação analógica do artº 65º nº 3 da Constituição da República de Moçambique, o nosso entendimento é meramente dualista, isto porque esta norma é susceptível da analogia do direito ou *iuris*, mas não é susceptível da analogia da lei ou *legis*"<sup>317</sup>.

Teixeira de Sousa questiona: "que sentido faz rejeitar os dois critérios determinativos da ilicitude da prova no processo penal, para depois andar perdido - se assim se pode dizer - em busca de critérios alternativos que sejam aplicáveis no processo civil (bem como noutras áreas processuais)?"<sup>318</sup>. Para este autor, a norma do do artigo 32º, n.º 8, Constituição da República Portuguesa admite analogia sem mais considerações, contrariamente ao que refere Alfredo Faife.

Concorda-se, neste trabalho investigativo, com a posição de Alfredo Faife, quando refere no caso moçambicano "Assim, podemos admitir sem sombra de dúvidas que se trate da tipicidade legal enunciativa, quando do elenco de casos se pode extrair um princípio, que permite integrar casos não contemplados"<sup>319</sup>.

<sup>314</sup> SOUSA, Miguel Teixeira, *A prova ilícita em processo civil: em busca das linhas orientadoras*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Número 2, Lisbon Law Editions, Lisboa, 2021, p. 22.

<sup>315</sup> FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano*, Editora Nova Causa, Braga, 2022, p. 203.

<sup>316</sup> Idem, p.203.

<sup>317</sup> FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano*, Editora Nova Causa, Braga, 2022, p. 203.

<sup>318</sup> SOUSA, Miguel Teixeira, *A prova ilícita em processo civil: em busca das linhas orientadoras*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Número 2, Lisbon Law Editions, Lisboa, 2021, p. 22.

<sup>319</sup> FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano*, Editora Nova Causa, Braga, 2022, p. 203.

A Constituição da República de Moçambique contém vários princípios de direito que se encontram hierarquizados, o que significa que certos princípios podem ceder perante outros contrariamente ao que acontece com as regras jurídicas, que são rígidas.

Para cimentar ainda a sua posição neste ponto, coincidente com a Tese que se defende neste trabalho, pelo menos no ponto referido supra "E está claro que a norma do art.º 65º n.º 3 da Constituição da República de Moçambique é caracterizada pela tipicidade enunciativa, que é somente susceptível de analogia *iuris* ou de direito"<sup>320</sup>.

Acrescenta "E não só, pelo critério da subsidiariedade, segundo o qual somente o processo civil deve subsidiar o direito processo penal em sede da questão da admissibilidade probatória, e não ao contrário (art. 12º do CPP) "<sup>321</sup>.

Somente o entendimento defendido neste trabalho investigativo não coincide inteiramente com o entendimento do autor moçambicano acima citado na parte em que refere "O nosso entendimento é que temos uma lacuna legal de previsão nesta matéria, cabendo por isso ao legislador moçambicano sanar esta lacuna nas próximas revisões do Código Processo Civil"<sup>322</sup>.

Entende-se neste trabalho investigativo que o artigo 519º do CPC é bastante, resolve a questão de clarificação sobre a aparente polémica ou dissenso sobre a admissibilidade ou não admissibilidade de prova ilícita no processo civil. Toma-se posição, no sentido de admissibilidade de prova ilícita no processo civil.

Contrariamente ao pensamento de Miguel Teixeira de Sousa - embora não se desvalorize neste trabalho investigativo, o princípio de proporcionalidade - ele prefere que se denomine argumento de proporcionalidade<sup>323</sup>, muito pelo contrário, valoriza-se e muito, nesta questão de admissibilidade de prova ilícita em processo civil, não obstante os argumentos de peso, que aquele autor tece no sentido de que as bases para a construção do princípio de proporcionalidade "são três: a relação entre um fim e um meio; a proporcionalidade entre o meio e o fim; e a justificação do meio pelo fim"<sup>324</sup>. É também por causa da valorização do

<sup>320</sup> Idem, p.203.

<sup>321</sup> Ibidem, p. 203.

<sup>322</sup> FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano*, Editora Nova Causa, Braga, 2022, p. 203.

<sup>323</sup> SOUSA, Miguel Teixeira, *A prova ilícita em processo civil: em busca das linhas orientadoras*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Número 2, Lisbon Law Editions, Lisboa, 2021, p. 22.

<sup>324</sup> Idem, p. 22.

princípio de proporcionalidade que aqui se defende a Tese de admissibilidade de prova ilícita no processo civil.

O argumento de Miguel Teixeira de exclusão de ilicitude, referindo que "1. Uma prova que, por resultar de uma intromissão abusiva no direito à privacidade, é ilícita, pode ser justificada se se verificar uma causa de exclusão da sua ilicitude, dado que não há nenhum motivo para não aplicar à ilicitude probatória causas de exclusão dessa ilicitude"<sup>325</sup>, é também de se considerar, pois vem em defesa da tese que se propugna neste trabalho investigativo, a Tese de admissibilidade de provas ilícitas no processo civil.

Este entendimento corrobora o argumento da Tese em defesa, ou seja, vem em defesa da Tese de admissibilidade de prova ilícita em processo civil, tanto em Portugal e também ou principalmente em Moçambique.

Existem duas teses principais sobre a admissibilidade ou não admissibilidade de prova ilícita no processo civil e uma terceira tese que pode ser chamada de ecléctica ou mista, que retira de cada uma das teses principais o que existe de bom para o bom ajuizamento de litígios em processos cíveis.

A primeira tese que admite a prova ilícita no processo civil sustenta a sua posição com base em vários argumentos, quanto ao que se entende neste trabalho investigativo, são argumentos válidos e com peso, fundamentados, quais sejam, entre outros: o fim da descoberta da verdade; o princípio da autonomia entre as normas processuais civis e normas processuais penais (No processo penal é claramente proibido<sup>326</sup>); o princípio do carácter meta – jurídico da prova, isto é, como refere Carlos Castelo Branco:

Com este argumento quer salientar-se que os resultados da prova não se devem medir em termos de "moralidade", mas de verosimilhança, se é verdade que a justiça deve velar pela honestidade dos meios, isso não significa que não possa aproveitar-se do resultado produzido por certos meios ilícitos que ela não procurou de propósito.<sup>327</sup>

Com argumento acima, baseado no princípio do carácter meta jurídica, defende-se neste trabalho que se quer salientar também que quando se trata de único meio de prova do facto disponível não repugna o uso de provas ilícitas no processo civil; quando estejam em jogos diferentes interesses, havendo que fazer a ponderação de interesses

<sup>325</sup> Ibidem, p. 47.

<sup>326</sup> Cfr n.º 3 do artigo 65 e artigo 71, todos da CRM, artigos 4, 155 e 156, todos do CPP.

<sup>327</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Edições Almedina, Coimbra, 2019, p.134.

envolvidos no sentido de que se não se fira interesse maior, também se pode admitir o uso de provas ilícitas no processo civil.

Neste caso não há porque proibir a prova ilícita no processo civil; o princípio de boa-fé, nomeadamente o dever de cooperação para a descoberta da verdade<sup>328</sup>; o princípio de proporcionalidade; o princípio da celeridade processual; a irrelevância processual da ilicitude material, como se referiu acima, são outros argumentos de peso em defesa da Tese de admissibilidade de prova ilícita em processo civil.

Relativamente ao argumento de admissibilidade da prova ilícita no processo civil por causa do fim da descoberta da verdade, como defende J. J. Abrantes, é que na finalidade da prova, entendida como a descoberta da verdade, deverá prevalecer no processo civil a verdade material. Deve prevalecer aquilo que realmente aconteceu mesmo que para tal seja necessário admitir provas ilícitas por serem relevantes.

Fazendo uma breve incursão no direito do *Common Law*, para se ter um termo comparativo, há que referir que a tendência daquele sistema jurídico, pelo menos tradicionalmente, é que se a prova é relevante deve a mesma ser válida, deve ser admitida, independentemente da sua origem e do seu modo de obtenção. Em outras palavras, se a prova é relevante deve ser válida independentemente de ser lícita ou ilícita.

Não admitir provas ilícitas no processo civil equivaleria a desprezar elementos essenciais para a convicção do juiz, o que impossibilita a obtenção de uma solução justa. O direito à prova é consequência da vinculação do processo civil ao texto constitucional.

É a Constituição da República de Moçambique que defende o acesso à justiça por parte de todos moçambicanos. Já se sabe que o acesso à justiça significa também o acesso aos tribunais. O acesso aos tribunais significa poder propor acções e contestar acções em tribunal. Para propor acções e defender-se em tribunal é necessário produzir e juntar provas, todo o tipo de provas, não fazendo sentido, não admitir provas ilícitas no processo civil que muitas vezes é a única prova disponível.

O direito à prova, que foi exhaustivamente abordado acima, significa reforçar a existência do direito fundamental ao processo justo. Assim "O direito fundamental à prova independente, portanto, de "regra explícita que assegure a sua aplicabilidade" e assegura às

<sup>328</sup> Cfr. Artigo 519º do CPC.

partes a possibilidade de "empregar todas as provas que dispõem, com o objectivo de demonstrar a veracidade dos fatos que fundam sua pretensão"<sup>329</sup>.

Por assim ser, é direito fundamental consagrado constitucionalmente em Moçambique, mas não somente, como também acontece noutros Estados Democráticos e de Direito, que as partes em processo civil pátrio, e noutros países, tenham a possibilidade de empregarem todas as provas que dispõem, incluindo as provas ilícitas, como se defende nesta Tese, com o objectivo de essas provas ilícitas demonstrarem a veracidade dos factos que fundamentam a sua pretensão, a pretensão das partes litigantes.

Aliás o fim primário do processo, como refere Muñoz Sabate, é a busca da verdade "a justiça deve velar pela hostilidade dos meios, mas isso não significa que não possa aproveitar-se do resultado produzido por certos meios ilícitos", daí a defesa da Tese de admissibilidade, prova ilícita no processo civil pátrio, neste trabalho investigativo.

Em defesa da Tese de admissibilidade da prova ilícita em processo civil, como se faz nesta pesquisa, têm sido apontados autores consagrados, tais como SCHÖNKE que sustenta que a admissibilidade da prova ilícita em processo civil encontra resposta em determinados princípios fundamentais, nomeadamente, no princípio de descoberta da verdade como ficou apontado acima.

Havendo confronto entre o princípio da investigação da verdade que permite a apresentação da prova ilícita no processo civil e o princípio de protecção contra a obtenção ilegal de provas, sendo ambos princípios de interesses públicos, deve prevalecer a verdade material.

Deve prevalecer a verdade material porque a questão do princípio de protecção contra a obtenção ilegal de provas pode ser sancionado de outro modo por meio de sanções civis, criminais a aplicar ao lesante.

Como acima ficou apontado e se defende neste trabalho, as Constituições de Estados de Direito e Democráticos, como é o caso de Moçambique, contemplam ou têm ínsito vários princípios de direito. Mas tais princípios de direito estão hierarquizados, havendo uns que cedem perante outros, em certas situações de resolução de litígios cíveis.

<sup>329</sup> FOSTER, João Paulo K, *A (Re) valorização de prova em segunda instância: Uma visão a partir do Direito Fundamental à Prova*. In *Justiça, Cidadania e Direitos Humanos-Homenagem ao Ministro Humberto Martins*, 1ª Edição Editora, Paixão Editores, Lda. 2020, p. 296. Consultada a Internet no dia 25 de Fevereiro de 2024.

Outro argumento forte em defesa de admissibilidade da prova ilícita no processo civil e também no processo civil moçambicano está ligado ao princípio de autonomia entre as normas processuais civis e normas processuais penais, como também ficou referido. Trata-se de campos diferentes e autónomos entre o processo penal e o processo civil, não devendo haver fusão e confusão dos dois campos.

De mais a mais, o direito processual civil é que constitui o direito subsidiário do direito processual penal e não o contrário. Isto é, o processo penal não é o processo subsidiário do processo civil.

No processo penal é claramente proibido o uso da prova ilícita, ao passo que no processo civil, pelo menos seguindo o que está disposto no Código de Processo Civil de Moçambique, e também ao que se sabe, no Código de Processo Civil de Portugal não há indicação clara e expressa de proibição da prova ilícita no processo civil, muito pelo contrário, no caso de Moçambique, por aquilo que está disposto no artigo 519º do Código de Processo Civil pátrio, onde todas as pessoas são obrigadas a colaborar com o tribunal para entre outras coisas, a descoberta da verdade material.

Nesta tese defende-se a posição de que pela interpretação sistemática, gramatical e outros sentidos de interpretação, o Código de Processo Civil de Moçambique admite o uso de provas ilícitas no processo civil. Em defesa da admissibilidade da prova ilícita no processo civil está entre outros princípios jurídicos o princípio do carácter meta – jurídico da prova, como se referiu acima.

Refere Carlos Castelo Branco, a propósito de admissibilidade da prova ilícita em processo civil, que e aqui se reitera "Com este argumento quer salientar-se que os resultados da prova não se devem medir em termos de "moralidade, mas de verosimilhança. Se é verdade que a justiça deve velar pela honestidade dos meios isso não significa que não possa aproveitar-se do resultado produzido por certos meios que ela não procurou de propósito"<sup>330</sup>.

Acrescenta aquele autor "A ilicitude do acto não determina necessariamente a ilicitude de utilização da prova assim obtida"<sup>331</sup>. A finalidade da prova é a busca da verdade, não propriamente a verdade formal, mas primordialmente, a verdade material, ou seja, a busca

<sup>330</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Edições Almedina, Coimbra, 2019, p.108 a 134.

<sup>331</sup> Idem, p. 134.

principalmente daquela verdade formal acompanhada desta, a verdade material, pois assim se cumpre o direito de acesso à justiça ou aos tribunais, que comporta em si o direito à prova para alcance da justiça, como se aclarou acima.

Um outro argumento em defesa da Tese que se propugna neste trabalho investigativo, é que, quando se trata de único meio de prova do facto disponível não há porque proibir o uso de tal meio de prova, mesmo que seja um meio de prova ilícito, em face do alcance de justiça que se pretende num processo civil como em qualquer processo judicial.

Justifica-se também a admissibilidade da prova ilícita no processo civil por causa, muitas vezes, da irrelevância processual da ilicitude material. Partindo de uma ideia de autonomia do direito processual, instrumental ou adjectivo, face ao direito material ou substantivo, a prova ilícita deverá ser considerada admissível no processo civil.

Muitas vezes a ilicitude é tão ínfima que a justiça sairia prejudicada se não se alcançasse por se atender ou por se dar relevância ou muita relevância a eventual ilicitude na obtenção da prova.

Se a ilicitude ocorreu, por hipótese, aquando das provas - pré-constituídas, a sua eficácia e valor probatório manter-se-ão, dado que sanções de cariz penal poderão acarretar o efeito dissuasório pretendido com a proibição de provas ilícitas, não sendo necessário que sejam nulas ou declaradas nulas tais provas.

O critério de admissibilidade da prova ilícita no processo civil deve ser aferido de regras processuais, ao invés de serem invocados princípios constitucionais para sustentar a existência de proibição de provas pois na Constituição da República de Moçambique estão outros princípios, não sendo aquele princípio da proibição de uso de provas ilícitas, o único princípio constitucional existente.

Na constituição da República de Moçambique existem ou estão consagrados vários princípios constitucionais. Embora tenham todos esses referidos princípios consagração e dignidade constitucional, defende-se nesta tese, que os princípios estão hierarquizados. Em algumas situações ou circunstâncias, uns princípios cedem perante outros princípios.

Em defesa da admissibilidade da prova ilícita no processo civil está também o princípio da celeridade processual, pois a discussão entre as partes acerca de que prova deve ingressar ou não no processo, nomeadamente de que não pode ingressar no processo civil,

a prova ilícita faz perder tempo de percurso do processo, faz perder tempo do juiz civil para boa decisão da causa.

Tal discussão entre as partes, acerca de que prova deve ingressar ou não no processo, nomeadamente, que não pode ingressar no processo civil uma prova ilícita, tal discussão tem implicação na falta de celeridade processual e conseqüentemente impacta na exigência constitucional do direito de tutela jurisdicional efectiva, pelo que se deve optar por admissibilidade de provas ilícitas em processo civil.

Como o Código de Processo Civil moçambicano em nenhum de seus dispositivos impede a utilização de provas ilícitas, muito pelo contrário, como se defende neste trabalho: no conjunto de interpretação sistemática, gramatical, declarativa, autêntica, real, correctiva, actualista, tendo em conta a tendência a nível internacional, em suma, interpretação holística, então a conclusão lógica a se tirar é no sentido de admissibilidade da prova ilícita no nosso direito processual civil moçambicano, com o fundamento que também vem da própria lei processual.

Acompanhando os defensores consagrados desta Tese de admissibilidade da prova ilícita no processo civil, como refere Carlos Castelo Branco "Uma tese defende a admissibilidade da prova ilícita quando não haja impedimento na lei processual"<sup>332</sup>. É exactamente a situação do Código de Processo Civil moçambicano que não proíbe o uso de provas ilícitas no processo civil.

A prova deve revelar em si mesmo, pela sua finalidade, que é precisamente a prova dos factos, a de se pretender efectuar prova do que efectivamente aconteceu, independentemente da ilicitude ou não do modo de obtenção da mesma prova.

Quando se faz um ajuizamento ou julgamento se pretende buscar a verdade material. A busca da verdade material é o fim número um do processo civil, ou a busca da prova real daquilo que realmente aconteceu, independentemente do modo de obtenção da tal prova, é o fim número um, ou o fim primordial do processo civil.

Nesse sentido, como no ordenamento jurídico processual civil moçambicano, não está proibido o uso de provas ilícitas, pelo contrário, a prova ainda que ilícita por violação

<sup>332</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Edições Almedina, Coimbra, 2019, p.108 a 128.

de normas substantivas ou de direito material pode ser usada, será defensável no processo civil pátrio, a Tese de admissibilidade da prova ilícita.

A haver ilicitude na obtenção da prova será a tal ilicitude punida nos termos da correspondente responsabilidade, conforme seja civil, penal, administrativa, disciplinar ou outra qualquer responsabilidade.

A título de direito comparado referente a esta questão de admissibilidade da prova ilícita no processo civil, até nos Estados Unidos da América, onde, como se viu noutro ponto deste trabalho, prospera o princípio de "o fruto de árvore envenenada, também considera-se envenenado", os tribunais daquele País que propugnam de que não se aceita a prova ilícita no processo no sentido de que não se aceita a prova obtida por meios ilícitos, essa proibição se restringe apenas às provas que provêm das autoridades policiais e não às provas que advenham da acção dos particulares. A conclusão que se retira é que também no sistema jurídico norte-americano vigora a admissibilidade da prova ilícita no processo civil.

Vejam-se então os argumentos da tese contrária, a defendida neste trabalho investigativo, a de não admissibilidade da prova ilícita no processo civil:

A segunda tese, a que não admite a prova ilícita no processo civil sustenta a posição contrária a apontada supra, com argumentos que embora não convincentes, se apontam.

São argumentos quais sejam: o fim da descoberta da verdade não pode justificar tudo, os fins não justificam os meios; o princípio da unidade jurídica manda dizer que se a prova ilícita for proibida no Direito constitucional<sup>333</sup> e no Direito processual penal<sup>334</sup>, não pode ser admitida no Direito processual civil; o princípio do carácter meta – jurídico da prova, isto é, a busca da meta da prova não justifica tudo; o princípio de que o dolo não aproveita ao seu autor; dissuasão de comportamentos ilícitos.

Embora não se defenda neste trabalho, a tese de inadmissibilidade da prova ilícita no processo civil, não se deixa de trazer neste trabalho investigativo os argumentos que os defensores da referida tese costumam a apontar mesmo porque em vista a Tese que se defende neste trabalho, a de admissibilidade de prova ilícita em processo civil, importa rebater tais argumentos não convincentes, como acima se demonstrará.

<sup>333</sup> Cfr. Artigos 4, n.º 3 do artigo 65 e artigo 71, todos da CRM.

<sup>334</sup> Cfr. Artigos 4, 155 e 156, todos do CPP.

Os argumentos que usam os defensores da tese de não admissibilidade da prova ilícita no processo civil são essencialmente os mesmos que se trazem na tese que se defende neste trabalho. Simplesmente os defensores da tese de inadmissibilidade da prova ilícita no processo civil desvirtuam ou subvertem o fim que seria de alcançar. Trazem argumentos quais sejam: o interesse na descoberta da verdade; a unidade do sistema jurídico; o dolo não deve aproveitar o seu autor; dissuasão de comportamentos ilícitos, etc.

Relativamente ao argumento de interesse na descoberta da verdade: embora este argumento esteja associado à Tese de admissibilidade de prova ilícita em processo civil, que é onde melhor se enquadra, autores existem que usam tal argumento para concluir o contrário do que se defende neste trabalho, isto é, a inadmissibilidade de prova ilícita no processo civil.

Quanto à descoberta da verdade material: dizem os defensores desta tese contrária, de inadmissibilidade da prova ilícita no processo civil, que no interesse da descoberta da verdade material, analisando sob a óptica da credibilidade dos elementos probatórios que poderão relevar para apurar a verdade, questiona-se, se não é possível tal verdade a ser alcançada, com base numa prova ilícita que, tendo em conta a sua forma de obtenção, não possa ser fidedigna?

Concluindo então, os tais defensores da tese de inadmissibilidade da prova ilícita, que a verdade alcançada mediante a prova ilícita pode não ser fidedigna. Argumento que não cola, não vinga, como acima se referiu e mais adiante se demonstrará o contrário.

Este argumento acabado de referir acima não cola, não vinga porque não admitir provas ilícitas no processo civil é desprezar elementos essenciais para a convicção do juiz, o que impossibilita a obtenção de uma solução justa.

O direito à prova é consequência da vinculação do processo civil ao texto constitucional, sim, no âmbito dos princípios ínsitos nas constituições de Estados de Direito e Democrático, nomeadamente no Estado moçambicano, mas, já se disse acima que a Constituição da República de Moçambique comporta vários princípios que como se disse estão hierarquizados, uns cedendo perante outros consoante as situações e as circunstâncias de cada caso.

O direito à prova significa reforçar a existência do direito fundamental ao processo justo. Assim "O direito fundamental à prova independente, portanto, de "regra

explícita que assegure a sua aplicabilidade" e assegura às partes a possibilidade de "empregar todas as provas que dispõem, com o objectivo de demonstrar a veracidade dos fatos que fundam sua pretensão"<sup>335</sup>.

Os argumentos da desta tese, que ora se contesta, são insustentáveis pois defensores da tese de inadmissibilidade da prova ilícita no processo civil que referem ser a ausência de espontaneidade em determinados meios de prova, como seja a obtenção de confissão sob tortura, a narcoanálise ou coação, poderia dar azo à ideia de que o seu conteúdo não corresponder à verdade, visto que o sujeito, sob pressão, pode mentir para obviar o seu sofrimento, não tem base sólida, senão se atente ao que a seguir se aponta.

Tal argumento, embora seja verdadeiro em parte, não tem sustentação defensável porque não se deve obscurar o facto de todos os meios de prova poderem oferecer este perigo apontado pelos defensores da tese de inadmissibilidade da prova ilícita no processo civil, o seu conteúdo não corresponder à verdade, mesmo nas provas havidas como lícitas.

Também este argumento de estar excluída a credibilidade por causa da suposta ausência de espontaneidade em determinados meios de prova, como seja a obtenção de confissão sob tortura, a narcoanálise ou coação, e que poderia dar azo à ideia de que o seu conteúdo não corresponderá à verdade, visto que o sujeito sob pressão pode mentir para obviar o seu sofrimento, não cola e não vinga.

O argumento não cola e não vinga porque, por exemplo, naqueles meios de prova que captam e reproduzem situações reais, por exemplo, gravações sonoras ou vídeos, ou vídeos câmaras, feitos sem o consentimento da pessoa gravada, apesar de poder ser falsificada, deixando de lado essa questão de poder ser falsificada, todos esses meios de prova oferecem o perigo de serem falsificados.

Em suma, todos os meios de prova correm potencialmente o risco de serem falsificados mesmo os meios de prova considerados lícitos.

Outrossim, cabe ao tribunal, salvo se a lei dispor em contrário, analisar a credibilidade das provas pois no ordenamento jurídico moçambicano, como aliás acontece em

<sup>335</sup> FOSTER, João Paulo K, *A (Re) valorização de prova em segunda instância: Uma visão a partir do Direito Fundamental à Prova. In Justiça, Cidadania e Direitos Humanos-Homenagem ao Ministro Humberto Martins*, 1ª Edição Editora, Paixão Editores, Lda. 2020, p. 296. Consultada a Internet no dia 25 de Fevereiro de 2024.

vários ordenamento jurídicos de matriz romano-germânico, como é o caso de Portugal e não somente, orientam-se por princípio de livre apreciação da prova, ou princípio de prova livre, e não se orientam com base no princípio da prova tabelada pois tal entendimento passou à história.

Outro argumento que deita fora a pretensa não admissibilidade da prova ilícita no processo civil, ou a tese de inadmissibilidade da prova ilícita, por alegadamente o sujeito sob pressão poder mentir para obviar o seu sofrimento, não vinga.

Por exemplo, no caso de prova testemunhal por ser meio de prova admissível, pode haver o perigo de falsos depoimentos, mesmo assim, o fundamento de exclusão de uma prova ilícita não pode residir na sua falta de credibilidade, embora a prova testemunhal em si não ser prova ilícita no processo civil.

Quanto ao argumento de não admissibilidade da prova ilícita no processo civil porque alegadamente deve haver a unidade do sistema (entre o processo civil e o processo penal), os defensores da tese de inadmissibilidade dizem que "o sistema jurídico deve ser visto e interpretado de forma única e sólida, ao invés de ser considerado de forma fragmentada e isolada"<sup>336</sup>. Já acima se referiu que o processo civil é diferente do processo penal. O processo civil é que é subsidiário ao processo penal, não o contrário.

Ora, a unidade do sistema jurídico não pode impor que da ilicitude de uma conduta se retire a impossibilidade processual dessa conduta pois não é seguro que a admissibilidade da prova ilícita signifique (por exemplo, quando ela é obtida extrajudicialmente) uma contradição à valoração feita pelo direito material.

Se não se admitir uma prova por violar o direito material, sem considerar o caso concreto, olvida-se o facto de no mesmo ordenamento jurídico existirem outros direitos materiais violados.

Os defensores da tese de inadmissibilidade da prova ilícita no processo civil invocam o argumento da unicidade do sistema jurídico e por causa da alegada ofensa à Constituição.

Rebate-se aqui esse argumento falacioso, nos seguintes termos: se por um lado, rejeitar-se determinada prova por ter sido obtida mediante ofensa à integridade física e tortura,

<sup>336</sup> COSTA, Susana, H, *Os Poderes do Juiz na Admissibilidade das Provas ilícitas*, 2006, p. 8.

por outro lado, está-se a negar o direito à prova que também está constitucionalmente consagrado no mesmo ordenamento jurídico onde então se diz que deve imperar a unicidade do sistema.

Logo é um argumento a desfavor de inadmissibilidade da prova ilícita no processo civil pelo contrário é um argumento a favor de admissibilidade da prova ilícita no processo civil.

Quanto ao argumento dos defensores de inadmissibilidade da prova ilícita no processo civil com base na ideia de que o dolo não deve aproveitar o seu autor, defendida por Carnelutti, por exemplo, numa época em que o direito de propriedade era considerado elemento indissociável da dignidade humana<sup>337</sup>, dizia o caso famoso Vigo contra Formenti, que "o ordenamento jurídico, em regra, não concede o direito de exibição de documento àquele que o obteve ilicitamente, por não ser seu proprietário ou coproprietário"<sup>338</sup>. Acrescenta "tal exibição, a ser feita, deve ser considerada ineficaz perante quem age de forma ilícita, é desprovida de sentido"<sup>339</sup>.

Não é de acolher este argumento para não admitir a prova ilícita no processo civil por causa do princípio de aquisição processual que exaustivamente foi desenvolvido noutro ponto deste trabalho investigativo, porque por vezes, a prova, ainda que ilicitamente obtida e apresente elementos desfavoráveis a quem a pretende levar a juízo, por causa do princípio de aquisição processual passará a constituir prova adquirida no processo.

Até chegar o momento da produção da prova, o seu conteúdo e as suas vantagens ainda não são processualmente conhecidos, daí que não seja possível saber se a parte que apresentou a prova vai aproveitar o dolo cometido.

Já acima ficou dito, a propósito da desmontagem de outro argumento dos defensores de inadmissibilidade da prova ilícita no processo civil, como bem defendeu Kodek "a existência de sanções (processuais), a par das previstas na lei civil e/ou penal, uma vez que se pode entender que estas são suficientes para castigar a conduta da parte que obteve o meio

<sup>337</sup> Por essa razão a posição de Carnelutti foi criticada por Trocher, Capelleti e Vigoroti, como refere ALEXANDRE, Isabel, p. 199 e 200.

<sup>338</sup> CAMPOS, Sara Raquel Rodrigues, *(In) admissibilidade de provas ilícitas*, p. 46.

<sup>339</sup> Idem, p. 46.

de prova"<sup>340</sup>. Quer dizer, a função de castigar esse comportamento cabe a lei substantiva e não a lei processual.

Defendem os que não admitem a prova ilícita no processo civil, a sua tese, também com o argumento de que se deve dissuadir comportamentos ilícitos. Tal argumento não colhe nos Estados Unidos da América, por exemplo, existe acolhimento dessa tese de inadmissibilidade da prova ilícita, mas somente relativamente ao processo penal, mas pelo contrário, o mesmo argumento conduziu ao reconhecimento das excepções da mesma tese, isto é, excepcionalmente, admite-se a prova ilícita no processo nos casos de boa-fé.

Assim, a prova ilícita também não será excluída quando tenha sido obtida pelos agentes de polícia no decurso de operações realizadas de boa-fé, e com base numa convicção razoável, embora errónea, de que dispunham de autorização para produzir as mesmas provas.

A terceira tese ou a tese Mista: Para além das duas teses principais e diametralmente opostas, surgiu a terceira tese.

A terceira tese, a eclética ou mista defendida por exemplo pelos tribunais australianos, alemães e italianos<sup>341</sup>, busca as vantagens de cada uma das duas teses anteriores, mas principalmente quando haja conflito de interesses, analisadas as circunstâncias concretas de cada caso e dos valores em jogo, priorizando-se os interesses maiores.

Assim, a obtenção de um meio de prova através de violação de direitos fundamentais impedirá a sua relevância se tal prova for obtida através de meios ilícitos, mas de forma a não afectar interesses ou direitos superiores.

Mas também, a terceira tese ou a tese eclética, ou intermediária ou ainda, como alguns chamam, a tese mista baseia-se no princípio de boa-fé.

Com base no princípio de boa-fé, defendem alguns, há que distinguir as provas ilícitas que violam preceitos constitucionais (por exemplo gravações secretas) e as provas ilícitas que violam a lei infraconstitucional, só existindo no segundo caso a necessidade de recorrer à boa-fé para admitir as provas ilícitas no processo civil.

<sup>340</sup> CAMPOS, Sara Raquel Rodrigues, *(In) admissibilidade de provas ilícitas*, p. 46.

<sup>341</sup> ABRANTES, José João, *Prova Ilícita*, p. 9; BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Edições Almedina, Coimbra, 2019, p.137.

Quer dizer, para os que assim pensam, por um lado, o princípio de boa-fé é invocado para rejeitar a admissibilidade de prova ilícita no processo civil, por outro, poderá conduzir ao ingresso das mesmas provas em processo civil.

Pelo que acima se explanou, resta então tomar posição sobre admissibilidade da prova ilícita no direito civil moçambicano. Nos termos do n.º 3 do artigo 519º do Código de Processo Civil moçambicano, todas as pessoas têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade sob pena de multa e outros meios coercivos, se for o caso (...) e "A recusa é, porém, legítima, se a obediência importar violação do sigilo profissional ou causar grave dano à honra e consideração da própria pessoa, violação ou intromissão na sua vida privada ou familiar"<sup>342</sup>.

Mas deste artigo não se retira que não sejam inadmissíveis provas ilícitas no processo civil pátrio, pelo contrário, porque impõe-se a colaboração de todas as pessoas com o tribunal, então infere-se a admissibilidade da prova ilícita no processo civil.

Alguns autores dizem haver omissão legal sobre a admissibilidade ou inadmissibilidade da prova ilícita no direito civil moçambicano, partindo do dispositivo constitucional que estatui "São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na sua vida privada e familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações"<sup>343</sup>. E que no Código de Processo Civil moçambicano não vem expresso a admissibilidade ou inadmissibilidade de provas ilícitas no processo civil.

Assim, confrontado este dispositivo constitucional, com o dever de cooperação ou colaboração referido pelo artigo 519º do Código de Processo Civil, sendo a norma constitucional em causa, uma norma geral e não excepcional<sup>344</sup> também seria por analogia aplicável ao processo civil.

Não se partilha nesta tese inteiramente dessa posição pois a Constituição moçambicana no caso faz uma enunciação geral, cada área dum determinado direito específico também tem suas especificidades. E mais, não se podem pegar as regras do direito processual penal para analogicamente serem aplicadas no direito processual civil.

<sup>342</sup> Cfr. Artigo 519º, n.º 3 do CPC.

<sup>343</sup> Cfr. Artigo 65º, n.º 3 da CRM.

<sup>344</sup> Cfr. Artigo 11º do CC.

Nos termos do artigo 12 do Código de Processo Penal "Nos casos omissos, quando as disposições deste Código não puderem aplicar-se por analogia, observam-se as normas do processo civil que se harmonizem com o processo penal e, na falta delas, aplicam-se os princípios gerais do processo penal"<sup>345</sup>. O direito e processual civil é que é subsidiário ao direito penal e processual penal, não o contrário.

Mesmo que não fosse caso de analogia "Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema"<sup>346</sup>.

Assim sendo, advoga-se a admissibilidade da prova ilícita no direito processual civil moçambicano quando seja um meio fundamental ou único para a descoberta da verdade como admite um autor moçambicano<sup>347</sup>.

Não obstante, entende-se que a Constituição garante ao cidadão a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, mas em tese geral. É a partir desse entendimento geral ou da tese geral da interpretação constitucional que se busca um significado para o conceito de (in) admissibilidade da prova ilícita no processo civil.

A legislação infraconstitucional, como é o Código de Processo Civil, densifica ou não o conceito, pesando com outros valores e princípios constitucionais.

Esta terceira tese que também é designada por posição mitigada de admissibilidade e inadmissibilidade da prova ilícita baseia-se muito no princípio de boa-fé, como acima ficou referido.

Os defensores desta tese mista partem da ideia de unicidade ou unidade do sistema jurídico, o princípio da boa-fé. Daí estabelecem em regra a inadmissibilidade de provas ilícitas subtraídas da parte contrária. A razão disso defendem os adeptos da tese mista, seria porque as partes litigantes estão vinculadas ao dever de lealdade.

Assim, os defensores da terceira tese, designada por posição mitigada de admissibilidade e inadmissibilidade da prova ilícita, distinguem entre provas ilícitas aquelas que violam os ditames constitucionais, dando o exemplo de gravações secretas, daquelas outras provas ilícitas que violam a lei infraconstitucional.

<sup>345</sup> Cfr. Artigo 12 do CPP, aprovado pela Lei 25/2019, de 20 de Dezembro.

<sup>346</sup> Cfr. Artigo 10º, n.º 3 do CC.

<sup>347</sup> FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, Braga, 2022, p. 117 a 125.

Nesta segunda situação, aquelas provas ilícitas que violam a lei infraconstitucional, é que existiria a necessidade de recorrer ao princípio de boa-fé. Na primeira situação, provas ilícitas, que violam os ditames constitucionais, o exemplo de gravações secretas, as provas ilícitas seriam de rejeitar pela simples interpretação da Constituição<sup>348</sup>.

Refere por exemplo, Sara Raquel Rodrigues Campos, dizendo, para Baumgärtel, "se a obtenção ilícita da prova contrariar o direito material, atendendo ao âmbito de protecção da norma violada, deverá proceder-se a uma ponderação dos interesses das partes, orientada pelo princípio de proporcionalidade"<sup>349</sup>.

Continua a mesma autora dizendo que "...para se indagar da admissão e valoração do elemento probatório: caso a resposta seja negativa, a prova será proibida por considerar-se que contraria o princípio de boa-fé"<sup>350</sup>.

Segundo esta tese ou terceira via conforme o entendimento dos autores citados, "a prova obtida ilicitamente apenas poderá, eventualmente, ser admitida quando violar direitos não fundamentais, uma vez que se a violação incidir sobre preceitos relativos a direitos fundamentais, a solução passará pela sua inadmissibilidade"<sup>351</sup>.

A posição que se toma nesta investigação, acompanhando em parte, alguns autores, é a de que "...a mera concretização de preceitos constitucionais pela lei processual, não decorrem, automaticamente, proibições de prova da Constituição, tal só sucede quando a lei ordinária não faz qualquer referência à admissibilidade de provas ilícitas ou quando há uma regulação incompleta da matéria"<sup>352</sup>.

Diz-se, "em parte", porque se entende neste trabalho que, para o caso moçambicano é bastante o disposto do artigo 519º do Código de Processo Civil, ao contrário do entendimento de Alfredo Faife que defende existir omissão legislativa quanto à questão de admissibilidade ou inadmissibilidade da prova ilícita no processo civil moçambicano.

<sup>348</sup> ALEXANDRE, Isabel, p. 218.

<sup>349</sup> CAMPOS, Sara Raquel Rodrigues, *(In) admissibilidade de provas ilícitas*, p. 48.

<sup>350</sup> Idem, p. 48.

<sup>351</sup> Ibidem, p. 48.

<sup>352</sup> CAMPOS, Sara Raquel Rodrigues, *(In) admissibilidade de provas ilícitas*, p. 49.

Para tal refere o autor citado "Doravante, o legislador moçambicano apenas usa dos fundamentos do artigo 519º do CPC"<sup>353</sup>.

Relativamente ao aludido dispositivo do Código de Processo Civil, o mesmo reza que:

1. Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os actos que forem determinados. 2. Aqueles que recusarem a colaboração devida, serão condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercivos que forem possíveis; se o recusante for parte, o tribunal apreciará livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ónus da prova nos termos do nº 2 do artigo 344º do Código Civil. 3. A recusa, é porém, legítima, se a obediência importar violação do sigilo profissional ou causar grave dano à honra e consideração da própria pessoa, violação ou intromissão na sua vida privada ou familiar. 4. Fica salvo o disposto quanto à exibição judicial, por inteiro, dos livros de escrituração comercial e dos documentos a ela relativos. 5. Deduzida escusa com fundamento na quebra de sigilo profissional, é aplicável o disposto no processo penal acerca da verificação da legitimidade da escusa e da dispensa do dever de sigilo invocado<sup>354</sup>.

Defende-se neste trabalho que não existe propriamente uma omissão legislativa, ou admitindo que exista a tal omissão, como defendido por Alfredo Faife, o mais importante a destacar não é a omissão legislativa, mas sim, o mais importante é referir que é bastante o disposto do artigo 519º do Código de Processo Civil para concluir pela admissibilidade da prova ilícita no processo civil pátrio.

Outrossim, "...a admissibilidade processual dos elementos probatórios obtidos de forma ilícita não está condicionada por direitos fundamentais, caso contrário tais normas seriam desnecessários"<sup>355</sup>.

A acrescentar argumentos desta Tese de admissibilidade da prova ilícita no processo civil e também no processo civil moçambicano, já se referiu noutra parte desta tese, que os direitos fundamentais nunca poderão ser considerados absolutos, mas sim relativos.

Alguns direitos fundamentais podem ser sacrificados em prol doutros, em prol da verdade material, em prol daquilo que verdadeiramente aconteceu.

No caso de todos os direitos em conflito serem direitos fundamentais, por exemplo, o direito fundamental à prova se encontrar em conflito com o direito fundamental à

<sup>353</sup> FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, Braga, 2022, p. 34.

<sup>354</sup> Cfr. Artigo 519º do CPC.

<sup>355</sup> CAMPOS, Sara Raquel Rodrigues, *(In) admissibilidade de provas ilícitas*, p. 49.

reserva da vida privada, após ser realizada a devida ponderação de interesses, um deles irá prevalecer, outro não irá prevalecer, daí a defesa de admissibilidade da prova ilícita em processo civil pátrio.

O direito à prova é concretização do direito fundamental ao processo justo. A origem do direito fundamental ao processo justo tem raízes em quase todas constituições modernas.

O direito ao direito fundamental ao processo justo também encontra base no artigo 10 da Declaração Universal do Direitos Humanos<sup>356</sup>.

Não faria sentido estar consagrado na Constituição de Moçambique que "1. O Estado garante o acesso dos cidadãos aos tribunais e garante aos arguidos o direito de defesa e o direito à assistência jurídica e patrocínio judiciário"<sup>357</sup>, que é o mesmo que dizer que o Estado moçambicano, constitucionalmente consagra a todas pessoas jurídicas, o acesso aos tribunais ou o acesso à justiça, se não estabelecesse o direito à prova, o direito à todo o tipo de provas, incluindo provas ilícitas, a bem da composição justa de litígios.

O direito à prova é pois a concretização do direito fundamental aos tribunais e consequentemente ao direito fundamental ao processo justo. O direito à prova significa o direito a toda espécie de prova, seja ela lícita ou ilícita.

Um dos desdobramentos do Princípio de Acesso à Justiça ou acesso aos tribunais é o direito à prova. Para os Estados assim chamados (Estados de Direito e Democráticos), como é o Estado moçambicano, constitui uma garantia constitucional e um direito fundamental ter direito à prova.

Ter direito à prova é ter direito ao contraditório ou é consequência de ter direito a contradizer os factos alegados pela parte contrária na acção, podendo juntar ou produzir toda espécie de prova, seja ela lícita ou ilícita.

Ora "Dos mais variados direitos fundamentais das partes no processo que se podem extrair do processo justo, há de se examinar aquele relacionado à prova, com breve

<sup>356</sup> Cfr. Artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que reza "Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele". Disponível em <<http://dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/dudh.pdf>>

<sup>357</sup> Cfr. Artigo 62º, n.º 1 da CRM.

cotejo entre o direito ao contraditório (...) "<sup>358</sup>. Em suma, ter direito à prova é ter direito à acção e à defesa.

Dizia Savigny que a acção é imanente ao direito material controvertido no sentido de que a acção é o próprio direito material violado, mas como reacção. Sendo mais concreto: ter direito à acção é ter direito a responder contra o direito material violado. Consequentemente, a prova é a demonstração do direito violado para permitir que o referido do direito violado seja repostos. Tal implica a admissibilidade de provas ilícitas no processo civil.

A título de exemplo, a Jurisprudência constitucional portuguesa até chegou a fixar por Acórdão 86/88, Diário da República II, série de 22 de Agosto de 1988 que "...é corolário do direito de acção, o direito de cada uma das partes oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e discutir sobre o valor de uma e de outras"<sup>359</sup>. Tal significa a admissibilidade de provas ilícitas no processo civil.

Sabe-se que "As provas têm por função a demonstração da realidade dos factos"<sup>360</sup>. Assim sendo, as partes litigantes, tanto o autor quando intenta acção, introduzindo a petição inicial, como nos eventuais articulados subsequentes, bem assim o réu quando contesta a petição inicial ou responde a um outro articulado do autor, em suma, no decurso de processo, têm direito a utilizarem a prova que tenham em seu benefício com o intuito de convencerem o tribunal da veracidade das suas afirmações e pretensões.

Daí a tese que se defende neste trabalho de admissibilidade de todas as provas que estejam ao dispor das partes litigantes, e em certos casos a admissibilidade e utilização da prova ilícita em processo civil.

Referiu-se acima que um dos desdobramentos do Princípio de Acesso à Justiça ou acesso aos tribunais é o direito à prova, pois não é o único, é um dos demais pois refere Scarance<sup>361</sup>, como desdobramento do direito à prova os seguintes: o direito de requerer a prova; o direito a que o juiz decida sobre o pedido de produção da prova; o direito a que

<sup>358</sup> FOSTER, João Paulo K, *A (Re) valorização de prova em segunda instância: Uma visão a partir do Direito Fundamental à Prova. In Justiça, Cidadania e Direitos Humanos-Homenagem ao Ministro Humberto Martins*, 1ª Edição Editora, Paixão Editores, Lda. 2020, p. 296. Consultada a Internet no dia 25 de Fevereiro de 2024.

<sup>359</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional (Portugal) n° 86/88, Diário da República II, série de 22 de Agosto de 1988.

<sup>360</sup> Cfr. Artigo 341° do CC.

<sup>361</sup> SCARANCE, António Fernandes, *Processo Penal Constitucional*, p. 73 a 74.

deferida a prova, seja realizada, tomando-se todas as providências necessárias para a produção; o direito a participar da produção da prova; o direito a que a produção da prova seja feita, respeitando-se o princípio do contraditório; o direito a que a prova seja feita com a participação do juiz; o direito a que realizada aprova possa manifestar-se a seu respeito ou seja direito a que a prova seja objecto de avaliação pelo julgador.

Pelos considerandos acima, reputa-se que no caso de todos os direitos em conflito serem direitos fundamentais, por exemplo, o direito fundamental à prova encontrar-se em conflito com o direito fundamental à reserva da vida privada, após ser realizada a devida ponderação de interesses, um deles irá prevalecer, outro não irá prevalecer, daí justificar-se a defesa da Tese de admissibilidade da prova ilícita em processo civil pátrio.

Perante um conflito entre dois direitos fundamentais constitucionalmente consagrados e protegidos, por exemplo, o direito fundamental à integridade física e o direito à honra, deverá o julgador fazer uma ponderação de interesses de forma racional e de uma maneira clara com a finalidade de perceber qual dos dois direitos fundamentais em conflito deve prevalecer em relação ao outro.

Segundo W. A. Steinmetz "os bens jurídicos constitucionalmente protegidos devem ser coordenados de tal modo que na solução do problema, todos eles conservem a sua identidade (...) a fixação de limites deve responder em cada caso concreto ao princípio de proporcionalidade"<sup>362</sup>.

Bem explica António Meneses Cordeiro relativamente a colisão de direitos que "haverá colisão de direitos quando um direito subjectivo, na sua configuração ou no seu exercício, deva ser harmonizado com outro ou outros direitos"<sup>363</sup>.

Acrescenta aquele autor que "num sentido estrito, à colisão ocorre sempre que dois ou mais direitos subjectivos assegurem, aos seus titulares, permissões incompatíveis entre si"<sup>364</sup>.

É a situação que ocorre quando o exercício do direito à prova, no processo civil, constitucionalmente consagrado se conflitua com os direitos fundamentais, também constitucionalmente consagrados.

<sup>362</sup> STEINMETZ, W. A. *Colisão de direitos fundamentais e princípio de proporcionalidade*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2001, p. 371.

<sup>363</sup> CORDEIRO, António Menezes, *Da colisão de direitos*, In *O direito*, Lisboa, 2005, A. 137, nº1, p. 37 a 55, 38.

<sup>364</sup> Idem, p. 37 a 55, 38.

A colisão do direito à prova, no processo civil, constitucionalmente consagrado conflitua-se com os direitos fundamentais, também constitucionalmente consagrados, é mais evidente ou pertinente naqueles ordenamentos onde nem a lei substantiva ou material (Código Civil), nem a lei instrumental, adjectiva ou processual (Código de Processo Civil) provêm normas para dirigir o conflito, como segundo Alfredo Faife entende, seria o caso do ordenamento jurídico moçambicano.

Se assim acontece, então impõe-se que a rejeição da prova ilícita deva ser bem fundamentada. Acompanhando Menezes Cordeiro, "a verdadeira" colisão ocorre quando nada – nem no regime dos direitos em presença, nem a nível de normas exteriores de compatibilização – permita num momento prévio fixar o âmbito relativo das posições conflituantes"<sup>365</sup>.

A solução acima referida relativamente à colisão de direitos decorre da lei, pois, nos termos do artigo 335º do CC "1. Havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes. 2. Se os direitos forem desiguais ou de espécies diferentes, prevalece o que deva considera-se superior"<sup>366</sup>.

Para Menezes Cordeiro "são direitos iguais, aqueles que derivam das mesmas normas"<sup>367</sup>. Segundo o mesmo autor, são direitos da mesma espécie "os direitos provenientes de normas que contemplam o mesmo tipo de bens"<sup>368</sup>. Seriam de espécie diferente por exemplo, o caso de colisão de direito pessoal com o direito patrimonial"<sup>369</sup>. Ou colisão de direito pessoal com o estado de necessidade.

<sup>365</sup> CORDEIRO, António Menezes, *Da colisão de direitos*, In *O direito*, Lisboa, 2005, A. 137, n.º 1, p. 37 a 55, 38.

<sup>366</sup> Cfr, Artigo 335º do CC.

<sup>367</sup> CORDEIRO, António Menezes, *Da colisão de direitos*, In *O direito*, Lisboa, 2005, A. 137, n.º 1, p. 46.

<sup>368</sup> Idem, p. 46.

<sup>369</sup> Ibidem, p. 46.

### 5.1.2. A classificação das provas

Para melhor compreensão do tema central desta tese, que é a admissibilidade da prova ilícita no processo civil moçambicano, também é necessário atender a diversos critérios de classificação de provas.

Há diversos critérios adoptados para classificar as provas: quanto à natureza do meio da prova ou da origem, existem provas pessoais e provas reais:

Sendo provas pessoais, aquelas nas quais o meio de prova é desempenhado por pessoas (pelas partes, pela confissão, pela perícia, pelos depoimento das partes, pela caligrafia feita por certa pessoa, pelas amostras de ADN de certa pessoa, pela amostra de sangue, pela prova feita por terceiras pessoas no processo).

Contrariamente, a prova real é aquela prova em que o elemento enunciador da verdade é uma coisa, em sentido jurídico, um documento, um objecto, um local inspenionado. A prova real, de certo modo, remete a ideia que se tem dos direitos reais ou direito das coisas.

Outra classificação seria entre as provas apreciadas livremente pelo julgador, que se abordou noutra ponto desta tese em contraposição com a prova legal, cujo valor força ou extensão é determinado pela lei.

Quanto às relações que se estabelecem entre o sujeito e o objecto, as provas classificam-se em directas e indirectas.

Quanto à força probatória face ao julgador, a prova pode ser prova plena e prova semi-plena;

Quanto ao momento da constituição da prova, pode ser pré-constituída ou constituenda (a constituir).

Sem pretensão de ser exaustivo nesse ponto, até para não se desviar do ponto central da tese, importa para finalizar referir que também existe a dicotomia entre prova plena e prova pleníssima<sup>370</sup>; - Prova directa<sup>371</sup> em contraposição com a prova indirecta, conforme o juiz tenha ou não contacto com os factos que ela visa provar; - Prova constituenda em contraposição com a prova constituída, isto é, prova a constituir, em contraposição com a prova já constituída.

<sup>370</sup> Cfr. Artigos 346º, 347º, 350º, 358º, 371, todos do CC.

<sup>371</sup> Cfr. Artigo 390º do CC.

Existe prova documental, prova testemunhal, prova pericial, etc. No caso de prova documental é de interesse, referir por exemplo, o Acórdão da Relação de Lourenço Marques (hoje Maputo) do tempo colonial, relativo à prova por documento não impugnado onde se apura a culpa.

No Processo n.º 17.374, Acórdão proferido a 23 de Junho de 1972, cujo Relator foi José Joaquim Martins da Fonseca, e Adjuntos, Henrique Cordeiro Pires Pardal e Valadas Preto, decidiu-se "I-O documento não impugnado tem de considerar-se verdadeiro nos termos do artigo 374º do Código Civil e os factos compreendidos na declaração consideram-se provados na medida em que forem contrários aos interesses do declarante (artigo 394º n.º 1, do Código Civil). II-A culpa é noção de direito que terá de derivar dos factos articulados e quesitados"<sup>372</sup>.

Outra classificação prende-se com os graus da prova. Sabido que no sistema jurídico moçambicano, tal como no sistema jurídico português, no que diz respeito ao direito processual civil impera o princípio da prova livre ou da liberdade da prova, nos termos do artigo 655º, n.º 1 do CPC, onde se estabelece que "1. O tribunal colectivo aprecia livremente as provas e responde segundo a convicção que tenha formado acerca de cada facto quesitado"<sup>373</sup>. Existem então, seguintes graus de prova legal, segundo a classificação tripartida feita por Manuel de Andrade<sup>374</sup>:

A prova bastante é aquela prova que cede perante a contraprova. Quer dizer, na ausência de qualquer dúvida em contrário, a lei permite como fundamento da convicção do julgador, mas cede perante a contraprova<sup>375</sup>.

A noção de contraprova é dada pela própria lei "Salvo o disposto no artigo seguinte, a prova que for produzida pela parte sobre quem recai o ónus probatório pode a parte contrária opor contraprova a respeito dos mesmos factos, destinada a torná-los duvidosos; se conseguir, é a questão decidida contra a parte onerada com a prova"<sup>376</sup>.

A prova plena somente cede perante provado contrário pois "A prova legal plena só pode ser contrariada por meio de prova que mostre não ser verdadeiro o facto que

<sup>372</sup> REPÚBLICA PORTUGUESA – PROVÍNCIA DE MOÇAMBIQUE, Acórdãos da Relação de Lourenço Marques, Volume XXXVII, Ano de 1972 – Imprensa Nacional de Moçambique, 1974, Volume Organizado pelo Desembargador Rui Fernandes – Anotações do Juiz de Direito Avelino Correia da Costa, p.294 a 297.

<sup>373</sup> Cfr. Artigo 655º, n.º 1 do CC.

<sup>374</sup> ANDRADE, Manuel, *Noções*, p. 74 e ss, 211 e ss.

<sup>375</sup> REIS, Alberto dos, p. 246.

<sup>376</sup> Cfr. Artigo 346º do CC.

dela for objecto, sem prejuízo de outras restrições especialmente determinadas na lei". É o caso por exemplo de presunção legal ou *tantum juris*<sup>377</sup>.

A prova pleníssima é aquela que não admite prova do contrário. É o caso da presunção *juris et de jure*, porém, a prova pleníssima admite impugnação dos pressupostos dessa mesma prova. O exemplo que tem sido dado é o relatado por Castro Mendes: se do facto x se presumir *juris et de jure*, o facto y, provado o facto x, a contraparte não pode tentar provar y, se não verificou. No entanto, não que dizer que em regra, contraprovar x, e que gerada a dúvida sobre ele, o tribunal não possa dar como provado nem x, nem y.

Existe uma outra classificação de provas, mas desta feita tem a ver com a eficácia das provas, nomeadamente: prova suficiente que é aquela que é susceptível de produzir a plena convicção do juiz; prova *prima facie* é a prova de primeira aparência que se funda nos ensinamentos da vida e na experiência da vida, do que acontece; simples justificação é a prova sumária que é superficial, não é profunda, somente se destina a produzir mero juízo de verosimilhança, por exemplo nas providências cautelares.

## CAPÍTULO VI

### 6.1.O ÓNUS DE PROVA NO DIREITO MOÇAMBICANO

Não se pode abordar a questão de prova, nem a questão de admissibilidade ou não admissibilidade da prova ilícita em processo civil sem se abordar a questão de ónus da prova. Todavia, será uma abordagem não muito exaustiva para não se fugir muito a questão principal da tese, a admissibilidade da prova ilícita no processo civil moçambicano.

Ora, por sua vez, a problemática de ónus de prova no sentido de se saber a quem cabe o ónus de provar os factos alegados está intimamente ligada com outra questão igualmente importante, o funcionamento do princípio do dispositivo no processo civil.

Assim sendo, necessário se torna de uma maneira mais ou menos desenvolvida, começar por abordar o princípio do dispositivo para depois terminar com a questão propriamente dita, de ónus de prova em processo civil pátrio.

<sup>377</sup> Cfr. Artigos 349º e 350º, ambos do CC.

O princípio do dispositivo reza que as partes dispõem do processo no sentido de que cabe às partes a iniciativa processual e a defesa no processo, cabendo ao juiz controlar a observância das normas processuais e naturalmente ao fim do processo, proferir a decisão da questão controvertida trazida ao tribunal.

A forma como era encarado o princípio do dispositivo no passado relativamente ao processo civil, difere da forma como é encarado actualmente, o mesmo princípio do dispositivo.

No passado, o juiz cível "somente dançava conforme tocava a música". O juiz cível era como que um autómato, não podia e não tinha muito poder investigativo ou inquisitório.

Hoje em dia, tendencialmente e em todos ou em maior parte dos sistemas jurídicos, os juízes cíveis temperam o princípio do inquisitório com o poder investigativo ou inquisitório, que necessariamente um juiz cível deve ter para um bom ajuizamento das questões em litígio, a fim de poder chegar a uma decisão justa, que é o fim último de processo civil.

No sistema jurídico português, por exemplo, que se traz a colação a este trabalho investigativo, somente em termos comparativos com o sistema jurídico moçambicano, conforme refere Jorge Augusto Pais de Amaral, relativamente às leis daquele País:

Pode dizer-se que as novas opções legislativas têm sido orientadas no sentido de dar prevalência a diferentes objectivos. É por isso que o princípio dispositivo tem actualmente certas limitações impostas pela necessidade de salvaguardar a verdade material, em detrimento da forma, e ainda como objectivo de imprimir maior celeridade e eficácia aos meios processuais. Equivale a dizer que o *princípio inquisitório* tem vindo a conquistar gradualmente terreno ao *princípio dispositivo*...<sup>378</sup>

O princípio do dispositivo é aquele que se afirma por oposição ao princípio do inquisitório. No princípio do dispositivo, são as partes quem determina o pedido de impulso inicial do processo<sup>379</sup>.

O princípio do dispositivo é aquele que se afirma por oposição ao princípio do inquisitório, pois que o princípio do dispositivo privilegia a vontade das partes em detrimento da vontade do juiz. Assim, as partes têm a disponibilidade do objecto do processo.

<sup>378</sup> AMARAL, Jorge Augusto de, *Direito Processual Civil*, 15ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 17.

<sup>379</sup> Cfr. Artigo 3º do CPC.

A ausência da causa de pedir, dado o princípio de dispositivo que impera no processo civil determina a ineptidão da petição inicial do autor, ou do réu (no caso em que há reconvenção, cumpridos que estejam, todos os requisitos de reconvenção, nos termos dos artigo 274º do Código de Processo Civil)<sup>380</sup>.

Autor ou o réu (no caso em que há reconvenção, cumpridos que estejam, todos os requisitos de reconvenção, nos termos dos artigo 274º do Código de Processo Civil), podem prevenir a decisão que determina a ineptidão da petição inicial por compromisso arbitral, desistência, confissão ou transação<sup>381</sup>.

Este princípio condiciona o desenvolvimento da instância, sendo limitadas as situações da sua alteração ou ampliação, tanto por acordo como sem acordo.

A disponibilidade do processo pelas partes manifesta-se em três vertentes nomeadamente a vertente do impulso processual - a iniciativa de intentar a acção e ir promovendo os termos subsequentes para o prosseguimento da mesma; - a vertente da definição do objecto do processo - é o autor porque iniciou ou deu o impulso processual quem deve definir o objecto do processo; - e por último a vertente da definição dos limites da sentença - o juiz civil não pode condenar *ultra petita*, isto é, o juiz civil não pode condenar para além do pedido, sob pena da nulidade da sentença, nos termos do artigo 668º, n.º 1, alínea d), última parte do Código de Processo Civil.

Relativamente à primeira vertente, a de impulso processual, fica claro que a acção cível decorre da iniciativa de uma das partes no caso do autor ou do réu (no caso em que há reconvenção, cumpridos que estejam todos os requisitos de reconvenção, nos termos dos artigo 274º do Código de Processo Civil)<sup>382</sup>.

A acção persiste enquanto o autor tiver essa vontade porque se não tiver essa vontade, ele pode pôr termo a referida acção através do compromisso arbitral, desistência, confissão ou transação, senão vejamos: Quanto ao compromisso arbitral, em qualquer fase do processo podem as partes litigantes (autor e réu, requerente e requerido, exequente e executado, embargante e embargado, recorrente e recorrido), celebrar um acordo no sentido de todo o litígio ou parte do litígio, seja cometida ou posta a um ou mais árbitros que as partes

<sup>380</sup> Cfr. Artigo 193º, n.º 2, alínea a) *in fine*, do CPC.

<sup>381</sup> Cfr. Artigo 300º do CPC.

<sup>382</sup> Cfr. Artigo 193º, n.º 2, alínea a) *in fine*, do CPC.

escolhem<sup>383</sup>. Deverá nestes casos ser cumprido que o que se encontra disposto da lei<sup>384</sup>; Quanto à desistência da instância, pode a parte que meteu a acção ou o recorrente (autor, requerente, exequente, embargante, recorrente) desistir da sua pretensão, que se divide entre desistência do pedido e conseqüente extinção do direito que pretendia ver composto ou então pode desistir da instância, fazendo cessar somente o processo que havia intentado<sup>385</sup>. Quanto à confissão e transação, em qualquer fase do processo podem as partes litigantes (autor e réu, requerente e requerido, exequente e executado, embargante e embargado, recorrente e recorrido) confessar e celebrar um acordo (transação) no sentido de modificarem o pedido ou fazerem cessar a causa nos precisos termos em que se efectue a confissão e ou transação<sup>386</sup>.

Relativamente à segunda vertente referente ao objecto do processo, cabe às partes trazerem ao processo os factos essenciais que fundamentam as suas pretensões, portanto é o *onus allegandi*.

Relativamente à terceira vertente, a de limites da sentença, ela, a sentença tem como baliza o pedido formulado pelo autor, pelo que está vedado ao juiz uma condenação em quantidade ou objecto diversos do pedido pelo autor.

Assim sendo, do que acima se referiu, conclui-se que compete às partes a iniciativa da prova dos factos que alegam, o chamado *onus probandi*. Neste particular, o juiz dará como certos os factos sobre os quais tenha havido acordo das partes, de forma expressa ou tácita.

Segundo João de Castro Mendes e Miguel Teixeira de Sousa "O princípio dispositivo determina que a vontade relevante e decisiva no processo é o das partes, cabendo a estas o *dominium litis* e não incumbindo ao tribunal qualquer iniciativa própria (*non procedat iudex ex officio*)<sup>387</sup>. Acrescenta "O princípio dispositivo é um princípio multifacetado que respeita tanto à disponibilidade sobre o processo, como à delimitação do objecto do processo"<sup>388</sup>.

<sup>383</sup> Cfr. Artigo 290º do CPC.

<sup>384</sup> Cfr. Artigo 290º, n.ºs 2 e 3 do CPC

<sup>385</sup> Cfr. Artigos 293º, 295º, 297º, 299º, 300º e 301º, todos do CPC.

<sup>386</sup> Cfr. Artigos. 293º, 294º, 297º, 298º, 299º, 300º, 301º, todos do CPC.

<sup>387</sup> MENDES, João de Castro; SOUSA, Miguel Teixeira de, *Manual de Processo Civil*, Volume I, AAFDL Editora, 2022, p. 84. Também Sobre as bases ideológicas do princípio dispositivo, cf. BÖHM, *Ius Commune* 7 (1978), 136 ss; LEIPOLD, JZ, 441 ss Apud MENDES, João de Castro; SOUSA, Miguel Teixeira de, *Manual de Processo Civil*, Volume I, AAFDL Editora, 2022, p. 84.

<sup>388</sup> MENDES, João de Castro; SOUSA, Miguel Teixeira de, *Manual de Processo Civil*, Volume I, AAFDL Editora, 2022, p. 84.

Referem ainda João de Castro Mendes e Miguel Teixeira de Sousa, relativamente ao princípio de dispositivo, mas reportado ao Código de Processo Civil de Portugal, que já não é o mesmo que o Código de Processo Civil moçambicano quanto à disposição dos artigos, dizendo os referidos autores:

Este princípio dispositivo impõe às partes importantes ónus na conformação do objecto do processo. Em geral, importa distinguir entre os seguintes ónus das partes relativos ao objecto do processo:

-O ónus de alegação (subjectivo): compete ao autor invocar os factos que integram a causa de pedir (art. 5º. nº. 1, e 552º, nº 1, al. d) e cabe ao réu alegar os factos em que se baseiem as excepções, dilatórias ou peremptórias (art. 5º, nº 1, e 571º, nº 1 e 2 2ª parte); um ónus de alegação objectivo faz recair sobre a parte que não alegou os factos que lhe são favoráveis os riscos inerentes a essa omissão;

- O ónus de impugnação (subjectivo): cabe ao réu impugnar os factos articulados pelo autor na petição inicial (art. 571º, nº1 e 2, 1ª parte); um ónus de impugnação objectivo implica que se consideram admitidos por acordo os factos que forem alegados por uma das partes e não forem impugnados pela contraparte (art. 574º, nº 2)<sup>389</sup>.

Actualmente o princípio do dispositivo deixa de poder ser entendido como um princípio constitutivo do processo e passa a ser concebido como um princípio operativo. Quer dizer, o processo passa a estar na disponibilidade das partes apenas na medida em que o interesse público não seja afectado pela disponibilidade dos titulares sobre o "se", o "quando" e o "como" da tutela das suas situações subjectivas. Significa que este princípio comporta algumas restrições.

No tribunal para onde foi recorrido o processo, seja no Tribunal Judicial de Província, seja no Tribunal Superior de Recurso, ou ainda no Tribunal Supremo, este princípio do dispositivo manda dizer que estes tribunais para onde foi interposto o recurso, não se ocupam da causa, sem que a parte que tenha sido condenada e insatisfeita, portanto com legitimidade vá e interponha o recurso. Mesmo que o processo ou recurso esteja em trâmite, o impulso subsequente do processo cabe às mesmas partes.

O princípio do dispositivo encontra-se consagrado no ordenamento jurídico Civil de Moçambique, nos artigos 342º do Código Civil e artigos 264º, 293º a 296º, 300º, 664º, todos do Código de Processo Civil.

<sup>389</sup>MENDES, João de Castro; SOUSA, Miguel Teixeira de, *Manual de Processo Civil*, Volume I, AAFDL Editora, 2022, p. 89.

Mas como em tudo na vida, também este princípio dispositivo sofre limitações, designadamente as constantes nos artigos 264º a 266º, 299º, 535º, 572º, 609º, n.º 1, 645º, n.º 1 e 650º, n.º 1, alínea f) todos do Código de Processo Civil.

Relativamente a este princípio dispositivo, é de interesse trazer neste trabalho o comentário que Jacinto Rodrigues Bastos faz nas Notas do Código de Processo Civil de Portugal, de então:

Só teoricamente se poderá conceber um ordenamento de processo dominado exclusivamente pela vontade das partes ou só pela livre iniciativa do juiz. A solução legislativa é sempre de compromisso entre esses dois extremos, predominando uma ou outra dessas características. Segundo o princípio dispositivo o processo civil é coisa das partes, e não do juiz, que se apresenta como árbitro do duelo judiciário, e por isso mesmo, neutro ou passivo. Pertence aos litigantes, nesta concepção, o exclusivo direito de iniciar a instância, de impulsionar o seu prosseguimento, e de lhe pôr fim. O princípio da oficialidade coloca-se no polo oposto ao anteriormente enunciado: a defesa do direito, mesmo que se trate de interesses particulares, não pode ficar dependente da iniciativa dos respectivos titulares, pois o fim em vista é, principalmente, manter o prestígio da lei, como emanação soberana (...). Na segunda parte do n.º 1 do artigo em análise (artigo 3 do Código de Processo Civil-o sublinhado é meu) consagra-se princípio do contraditório. Afirma este, a necessidade de ninguém dever ser julgado sem previamente ter sido ouvido, ou de lhe ter sido facultado a oportunidade de se defender<sup>390</sup>.

Falar de ónus de prova, tal abordagem tem necessariamente relação com a Tese aqui defendida, a de admissibilidade da prova ilícita no processo civil.

Tal como se referiu noutra ponto desta Tese, a matéria do ónus da prova e consequentemente, as regras que fixam a repartição de ónus da prova são matérias de suma importância, tanto para o direito, em geral, e para o direito processual civil, em particular, mais propriamente para o direito probatório.

Refere Hélder Leitão "a prova é o ponto central de todo o processo. No processo tudo depende de prova. A prova é a meia indispensável do julgamento"<sup>391</sup>.

Alfredo Faife refere "A prova é assim essencial na vida do direito, quase como o ar que respiramos para que cada um se possa defender de uma arbitrariedade, de uma ameaça ou de uma ofensa e obtenha a justa reparação e até a demonstração da sua capacidade, valor e idoneidade"<sup>392</sup>.

<sup>390</sup> BASTOS, Jacinto Rodrigues, *Notas ao Código de Processo Civil*, 1.º, 2ª edição, Lisboa, 1970, p. 65 e 67.

<sup>391</sup> LEITÃO, Hélder Martins, *A Prova no Código de Processo Civil*, p. 36.

<sup>392</sup> FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, Braga, 2022, p. 42.

Porque relativamente à prova, já se fez referência acima, importa agora abordar a questão de ónus da prova no direito moçambicano, mais propriamente no direito civil ou processual civil pátrio, mais propriamente para o direito probatório.

Pretende-se aqui abordar o significado, a importância do ónus da prova e indicar os critérios de repartição de ónus da prova no sentido de *iure constituto*<sup>393</sup> e de *iure condendo* ou *iure constituendi*<sup>394</sup>.

Seguidamente, ligada a questão de ónus da prova porque também muito importante será necessário abordar a questão da inversão do ónus da prova.

Antes de mais, importa indagar, o que será ónus?

Segundo Antunes Varela, ónus é "peça curiosíssima da joalharia conceitual jurídica que abunda desde há muito na vitrina do processo"<sup>395</sup>.

Para J. M. Gonçalves Sampaio, o ónus "traduz-se na imposição jurídica de uma pessoa proceder de certo modo para conseguir ou manter uma vantagem própria ou, pelo menos, de evitar uma desvantagem"<sup>396</sup>.

O que será então o ónus jurídico?

O ónus jurídico "consiste, na necessidade de observância de determinado comportamento com vista à obtenção de uma vantagem daquele a quem se impõe o ónus, ou com vista a evitar uma desvantagem"<sup>397</sup>.

O ónus é diferente do dever jurídico, pois este, o dever jurídico "consiste na necessidade, imposta pelo direito objectivo, de as pessoas observarem determinados comportamentos tendo em vista salvaguardar *interesses alheios*, o que faz com que a sua violação conduza à ilicitude dos respectivos comportamentos"<sup>398</sup>.

<sup>393</sup>"*Iure Constituto*" – pelo direito constituído. in OLIVEIRA, Fernando, *Glossário de Latim para juristas*, Reimpressão, 11ª edição, Escolar Editora, Angola - Lobito, 2014, p. 78.

<sup>394</sup>"*Iure Constituendi*" – pelo direito a constituir. in OLIVEIRA, Fernando, *Glossário de Latim para juristas*, Reimpressão, 11ª edição, Escolar Editora, Angola - Lobito, 2014, p. 78.

<sup>395</sup> VARELA, Antunes, RLJ, Ano 126º, p. 14.

<sup>396</sup> SAMPAIO, J. M. Gonçalves, *A Prova por documentos Particulares – Na Doutrina, na Lei e na Jurisprudência*, 3ª Edição actualizada e ampliada, Editora Almedina, Coimbra, 2010, p. 39.

<sup>397</sup> Idem. p. 39.

<sup>398</sup> COELHO, Baltazar, *Revista dos Tribunais*, Ano 92º, p. 393.

O que será então o ónus de prova?

A noção que correntemente se usa de ónus da prova ou ónus *probandi* está relacionada com o encargo que é atribuído a uma das partes de provar certo facto para que não venha a ver a sentença proferida contra a sua pretensão.

Como refere Rita Lynce de Faria, relativamente a ónus da prova "No entanto, este conceito depressa foi sendo substituído pela evolução processual num sentido tendencialmente mais marcado pelo *princípio do inquisitório*"<sup>399</sup>.

Segundo a mesma autora, assim foi, porque o processo, na sua fase instrutória, foi perdendo a feição dispositiva pura e foi dando lugar ao aparecimento de *nuances* de feição inquisitória.

Deste modo, segundo a referida autora, Rita Lynce de Faria "...o conceito corrente de ónus da prova começou a ser visto numa perspectiva ligeiramente diferente..."<sup>400</sup>.

Assim "...o ónus *probandi* adquire um significado específico conforme seja analisado no âmbito de regras processuais em que apenas às partes compete carrear para o processo as provas necessárias para criar no juiz – que adota uma atitude meramente passiva"<sup>401</sup>. Ou "...conforme seja estudado no âmbito de um processo em que o juiz possui – em medida maior ou menor - a liberdade de intervir na fase instrutória requerendo, perante a inércia das partes, as provas que considere relevantes para a descoberta da verdade (*princípio de inquisitório*)"<sup>402</sup>.

Nota-se, como se referiu, quão importante é a prova no processo civil e concomitantemente o ónus da prova no processo civil. O ónus da prova é a coluna vertebral do processo civil, pois "é no momento da decisão do juiz que se mostra a importância das regras sobre ónus de prova"<sup>403</sup>.

O ónus da prova tem ou vai adquirindo um significado específico, conforme seja analisado no âmbito de regras processuais onde apenas às partes compete trazer para o processo as provas para convencer o juiz da sua pretensão, sendo o juiz uma entidade meramente passiva (princípio dispositivo), por um lado, ou, por outro, onde o juiz possui, em

<sup>399</sup> FARIA, Rita Lynce de, *A Inversão do ónus da Prova no Direito Civil Português*, 2ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2021, p.9.

<sup>400</sup> Idem, p. 9.

<sup>401</sup> Ibidem, p. 9.

<sup>402</sup> FARIA, Rita Lynce de, *A Inversão do ónus da Prova no Direito Civil Português*, 2ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2021, p.10.

<sup>403</sup> SERRA, Vaz, *Provas (direito probatório material)*, p. 116

maior ou menor medida a liberdade de intervir durante a instrução do processo, e que perante a inércia das partes litigantes, pode ordenar a junção das provas que considere relevantes, com a finalidade última da descoberta da verdade (princípio de inquisitório).

Conforme J. M. Gonçalves Sampaio "As regras relativas ao ónus probatório visam definir o sujeito processual sobre o qual impende a necessidade de demonstrar determinados factos, com vista à procedência da tese por si apresentada em juízo"<sup>404</sup>.

Entretanto, segundo Rita Lynce de Faria "A repartição do ónus da prova constitui das matérias mais importantes no domínio do ónus da prova"<sup>405</sup>. É dos problemas mais difíceis e debatido da teoria do processo.

A máxima romana refere "*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*"<sup>406</sup>. Quer dizer, a prova incumbe àquele que afirma e não àquele que nega.

As regras sobre o ónus da prova têm como objectivo estabelecer critérios de decisão para os casos em que o julgador está perante uma dúvida insanável sobre os factos trazidos ao processo pelas partes.

Assim, o ónus da prova dirá qual das partes no processo contra quem deve ser proferida a decisão, nos casos em que há falta de prova sobre determinado facto controvertido.

A importância do ónus da prova pode ser dividida sob duas perspectivas, nomeadamente na perspectiva das partes processuais e na perspectiva do julgador.

Na perspectiva das partes, as regras sobre o ónus da prova pode depender o vencimento ou a sucumbência na acção (o chamado ónus subjectivo). Na perspectiva do juiz, estas normas lhe conferem um critério de decisão jurídica, numa situação em que os factos não o permitiriam (o chamado ónus objectivo).

A probabilidade de atingir-se uma decisão justa aumenta em relação directa do rendimento dos mecanismos de prova, nesse sentido, refere Rita Lynce de Faria:

<sup>404</sup> SAMPAIO, J. M. Gonçalves, *A Prova por documentos Particulares – Na Doutrina, na Lei e na Jurisprudência*, 3ª Edição actualizada e ampliada, Editora Almedina, Coimbra, 2010, p. 39.

<sup>405</sup> FARIA, Rita Lynce de, *A Inversão do ónus da Prova no Direito Civil Português*, 2ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2021, p.26.

<sup>406</sup>"*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*" – a prova incumbe àquele que afirma e não àquele que nega. In OLIVEIRA, Fernando, *Glossário de Latim para juristas*, Reimpressão, 11ª edição, Escolar Editora, Angola - Lobito, 2014, p. 55.

...facilmente, seremos levados, a concluir que, quanto mais apuradas e perfeitas forem as regras de repartição de ónus da prova, mais justa será a decisão. Aquelas regras, na falta de meios de prova, constituem, de certa forma, um sucedâneo dos mecanismos probatórios. As regras de distribuição de ónus da prova pretendem, segundo um juízo de probabilidade, determinar com rigor qual das partes, uma vez que falte a prova de determinado facto, é justo que deva decair na ação, na medida em que poderia ter apresentado esse meio de prova e não o fez<sup>407</sup>.

A prova é muito relevante para o julgamento da matéria de facto e consequentemente do direito para culminar com uma decisão que se pretende não somente legal, mas principalmente justa.

É a prova trazida aos autos que vai definir o sucesso ou insucesso da lide, de maneiras que sem a adequada realização da prova não pode ser alcançado o desiderato de adequada composição do litígio.

Assim, ao longo do processo cada uma das partes tem o ónus de prova consoante as circunstâncias referidas pela lei, doutrina e jurisprudência.

O ónus da prova distingue-se de obrigação: o ónus da prova consiste na actividade ou comportamento desenvolvido por um sujeito, neste caso, pela parte processual, como necessários à obtenção de certo efeito favorável que está subjacente na sua pretensão, deixando à sua inteira liberdade a escolha ou não desse comportamento<sup>408</sup>.

O ónus da prova visa assegurar os efeitos práticos resultantes das pretensões apresentadas pelas partes, possibilitando ao juiz, por intermediário da subsunção do facto à norma aplicar o direito<sup>409</sup>. É um instituto que funciona como válvula de escape e de segurança do sistema probatório<sup>410</sup>.

Contrariamente, o dever jurídico ou obrigação jurídica consiste na necessidade imposta pelo direito objectivo, de as pessoas observarem determinados comportamentos para salvaguardarem interesses alheios, sendo a sua violação, uma ilicitude.

O ónus da prova resulta da circunstância de a lei ter de admitir, quanto aos factos (e também, excepcionalmente, quanto ao direito<sup>411</sup>) que se chegue a um resultado de

<sup>407</sup> FARIA, Rita Lynce de, *A Inversão do ónus da Prova no Direito Civil Português*, 2ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2021, p.21.

<sup>408</sup> RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p. 91.

<sup>409</sup> Idem, p. 91.

<sup>410</sup> Ibidem, p. 91.

<sup>411</sup> Cfr. Art. 348º CC.

dúvida irreduzível ou insanável, quanto aos factos trazidos pelos litigantes ao processo que são diametralmente opostos.

O juiz, esgotados os meios de investigação e prova, não sabe qual dos dois litigantes fala a verdade. No direito Romano que se manteve durante a época das *ordines iudicarii*<sup>412</sup>, numa situação dessas, era permitido ao juiz que não julgasse o caso, é a situação de *non liquet*, ou seja, não está claro; diz-se quando um tribunal ou qualquer outra entidade que procede à aplicação ou interpretação do direito não decide ou não toma posição porque o assunto não está claro, por obscuridade dos factos ou do direito, ou *non liquet mihi*.

Quer dizer, "não está claro; diz-se quando o tribunal ou qualquer outra entidade que procede à aplicação do direito não decide ou não toma posição porque o assunto não está claro, por obscuridade dos factos ou do direito"<sup>413</sup>.

O ónus de prova, já se referiu, tem duas acepções diferentes: sentido subjectivo e sentido objectivo. O sentido subjectivo é que, segundo João de Castro Mendes e Miguel Teixeira de Sousa:

...o sistema aparece da seguinte forma: a lei impõe a cada uma das partes o ónus de provar um certo número de factos, dos necessários à decisão da causa (*Beweisführungslast; burden of production*) impõe-lhe também, se não conseguir convencer o tribunal da veracidade do facto, a desvantagem de ver o juiz fundar a sua decisão no facto contrário (*burden of persuasion*). Assim, se o autor afirma "emprestei" e o réu o nega, como, neste caso, o ónus da prova incide sobre o autor (art. 342º n.º 1. CC), se este não conseguir convencer o tribunal de que emprestou, o tribunal toma como certo que não fez e absolve o réu: *actore non probate, re absolvitur*<sup>414</sup>.

O ónus da prova em sentido objectivo, contrariamente ao sentido anterior, em que se considera imposto a cada parte um ónus de provar certo número de factos, sem o que ela verá tomar como base da decisão os factos contrários não provados, dizia, no ónus objectivo, numa questão de facto de que dependa o julgamento, a lei dá sempre a um dos factos o carácter privilegiado de ser tomado como base da decisão em dois casos: se for provado e em situação de dúvida irreduzível.

Alertam os autores acima citados que "O facto contrário só será tomado em conta se for provado. Assim, numa acção de condenação, na questão "emprestei/não

<sup>412</sup> GIULIANI, EncD 37 (1988), 533, Apud MENDES, João de Castro; SOUSA, *Teixeira de, Manual de Processo Civil*, Vol. I, AAFDL Editora, Lisboa, 2022, p. 486 a 487.

<sup>413</sup> "Non liquet" in OLIVEIRA, *Glossário de Latim para Juristas*, 11ª Edição, Escolar Editora, Lobito, Angola, 2014, p.100.

<sup>414</sup> MENDES, João de Castro; SOUSA, *Teixeira de, Manual de Processo Civil*, Vol. I, AAFDL Editora, Lisboa, 2022, p. 486 a 487.

emprestou"o primeiro facto só é tomado em conta se for provado seja por quem for, Art.413"<sup>415</sup>.

Acrescentam "...o segundo é tomado em conta se for provado e ainda no caso de dúvida irredutível. Daí que se possa concluir que, em rigor, esta matéria não pertence já ao domínio da prova mas ao da construção da sentença e da fundamentação".<sup>416</sup> Mas esta é outra discussão, que não interessa entrar, por não ser questão que interessa a este tema, mas o ónus da prova incide apenas sobre os factos controvertidos.

Os factos não impugnados consideram-se admitidos por acordo. Consideram-se confessados os factos articulados pelo autor da acção, conforme a Lei Processual de Moçambique<sup>417</sup>. Nesta situação, em que o réu não contesta, os factos articulados pelo autor não necessitam de ser provados, e também não admitem prova do contrário.

### **6.1.1. O Ónus da Prova e as Presunções, Caso Julgado, Confissão**

O ónus da prova tem ligação com as presunções. O ónus da prova tem ligação com o caso julgado. O ónus da prova tem ligação com a confissão (reconhecimento e revelia). Assim também, com a jurisprudência, como adiante se desenvolverá.

Comece-se por abordar neste particular, a inversão de ónus da prova nas situações de presunções, seguindo depois, com outros casos, ou outras situações apontadas no título acima.

A inversão de ónus da prova ocorre nos seguintes casos<sup>418</sup>: Presunções legais; Dispensa ou libertação do ónus da prova; Dispensa ou libertação do ónus da prova em especial nas acções de simples apreciação negativa; Contratos probatórios; Impossibilidade de produção de prova por culpa de contraparte; Determinação legal.

Relativamente à inversão de ónus da prova derivada de presunções legais, há a referir que, nos termos do artigo 344º do CC, existe inversão do ónus da prova quando haja presunção legal.

<sup>415</sup> Idem, p. 487.

<sup>416</sup> MENDES, João de Castro; SOUSA, Teixeira de, *Manual de Processo Civil*, Vol. I, AAFDL Editora, Lisboa, 2022, p. 487.

<sup>417</sup> Cfr. Artigo 484º do CPC.

<sup>418</sup> Cfr. Artigo 344º do CC.

Já acima se referiu que nos termos do artigo 349º do CC, presunções são "as ilações que a lei ou julgador tira de um facto conhecido, a chamada base de presunção, para formar um facto desconhecido, o facto presumido"<sup>419</sup>.

Segundo Giuseppe Chiovenda, "Podem caracterizar-se as presunções como uma prova lógica ou indirecta"<sup>420</sup>. No mesmo sentido, se refere Rita Lynce de Faria, que "Na base das presunções encontra-se uma situação de *probabilidade e verosimilhança* que deixa antever a sucessão de certos eventos"<sup>421</sup>.

Existem dois tipos de presunções, nomeadamente, presunções legais ou de direito, as também chamadas de *praesumptiones juris*, que são aquelas que são estabelecidas pela lei, e presunções judiciais, simples, naturais ou de facto, as também designadas *praesumptiones facti ou hominis*, cuja fonte é a convicção e experiência do julgador, resultando da observação empírica dos factos e das leis da vida.

As presunções legais são as ilações que a lei tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido<sup>422</sup>. Qualquer presunção pressupõe a incerteza sobre um facto ou um direito. A presunção assenta numa relação de inferência entre um facto (base de presunção, facto probatório ou facto instrumental) e outro facto ou direito presumido.

As presunções legais são em regra iludíveis (*iuris tantum*) que são as que admitem a prova do contrário do facto presumido, em que a parte para a qual o facto presumido é desfavorável pode procurar provar que esse facto não é verdadeiro<sup>423</sup>. Quer dizer, a regra geral é que as presunções legais são afastáveis ou iludíveis.

Mas existem as presunções inilidíveis (*iuris et de iure*), que são aquelas presunções que não admitem a prova do contrário do facto presumido. Aqui não se admite que a parte para a qual o facto presumido é desfavorável possa tentar provar que esse facto não é verdadeiro<sup>424</sup>. Por outras palavras, as presunções inilidíveis são aquelas que não podem ser afastadas.

Quanto à inversão de ónus da prova derivada da dispensa ou libertação do ónus da prova: importa referir que existe dispensa ou libertação do ónus da prova, nos casos em

<sup>419</sup> Cfr. Artigo 349º do CC.

<sup>420</sup> CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, vol. III, P. 209.

<sup>421</sup> FARIA, Rita Lynce de, *A Inversão do ónus da Prova no Direito Civil Português*, 2ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2021, p.38.

<sup>422</sup> Cfr. Artigo 349º do CC.

<sup>423</sup> Cfr. Artigo 350º, n.º 2 do CC.

<sup>424</sup> Cfr. Artigos 243º, n.º 3 e 1260º, n.º 3 do CC.

que a lei admite, à partida, um facto como certo, daí impõe por consequência à contraparte o ónus de provar o contrário.

Relativamente à inversão de ónus da prova derivada da dispensa ou libertação do ónus da prova funciona nos seguintes termos "Aquele que, segundo as regras gerais de repartição do ónus da prova, deveria provar tal facto fica pela lei desvinculado do respectivo ónus, passando a ser a outra parte a suportá-lo"<sup>425</sup>.

As situações de exoneração do ónus da prova distinguem-se, no entanto, das presunções iludíveis ou afastáveis, porque nestas, nas presunções afastáveis, as provas são afastáveis. Nestas, a lei exige ao beneficiário da presunção, a prova da base de presunção para se dar como certo o facto presumido. Nas situações de exoneração do ónus da prova, a lei considera como certo determinado facto independentemente de qualquer outro facto que a parte tenha de provar.

Quanto à dispensa ou libertação do ónus da prova, em especial, nas acções de simples apreciação negativa: importa antes de mais, recordar que são acções de simples apreciação negativa aquelas que têm como finalidade obter a declaração da inexistência de um direito ou de um facto.

Segundo Rita Lynce de Fria, são "Exemplos deste tipo de acções negatórias de servidão ou acções negatórias de vícios de um negócio jurídico"<sup>426</sup>. São também acções de simples apreciação negativa, as acções negatórias de um contrato de arrendamento.

Neste tipo de acções, os factos constitutivos do direito do autor são habitualmente qualificáveis, em abstracto, como factos impeditivos, modificativos ou extintivos, por contraposição à qualificação como constitutivos daqueles que o réu tem de provar.

Esse é o entendimento que existe e que também é da autora acima citada, "o autor no aspecto formal ou processual é realmente réu no aspecto substancial e vice-versa"<sup>427</sup>. Por exemplo, na acção de simples apreciação negativa ou de inexistência de um contrato de arrendamento, o autor procurará provar que o contrato já se extinguiu por resolução ou por

<sup>425</sup> FARIA, Rita Lynce de, *A Inversão do ónus da Prova no Direito Civil Português*, 2ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2021, p. 45.

<sup>426</sup> Idem, p. 49.

<sup>427</sup> Ibidem, p.49.

caducidade, ao passo que o réu pretende demonstrar a manutenção eficaz do contrato, como bem elucida o Código Civil<sup>428</sup>.

Seguindo o princípio e regra geral de repartição de ónus da prova, com rigor, deveria ser neste tipo de acções, o autor onerado a provar a inexistência do direito ou do facto em causa.

Se o juiz não ficasse convencido da inexistência do direito ou do facto, consideraria o pedido do autor não procedente, mas na verdade, o facto constitutivo aqui do direito do autor inclui, necessariamente, a prova dos factos negativos, o que seria um fardo elevado para autor por isso ter-se introduzido o artigo 343º, n.º 1 do CC, para obviar tal fardo, tendo que ser do réu, o ónus da prova.

Refere Antunes Varela<sup>429</sup>, que nesta situação trata-se de uma verdadeira *provocatioines ad agendum*, onde o réu é provocado a agir para fazer valer o seu direito.

Quanto à inversão de ónus da prova por causa de contratos probatórios: define Manuel de Andrade, contratos probatórios como sendo "estipulações relativas às provas, autorizando ou interdizendo certos meios de prova (incluídas as presunções), taxando-lhes o valor, alterando o formalismo processual aplicável, invertendo ou atenuando o ónus probatório"<sup>430</sup>.

Assim, se se considerar que as regras de distribuição de ónus da prova possuem uma natureza supletiva e não imperativa, será lícito às partes afastá-las e alterá-las de acordo com a sua vontade, como aliás considerou o Código Civil, no artigo 345º.

Quanto à inversão de ónus da prova, por impossibilidade de produção de prova por culpa da contraparte, nos termos do n.º 2 do artigo 344º do Código Civil, justifica-se, por um lado, porque a regra de experiência manda dizer que aquele que destruiu culposamente uma prova é porque receia o seu resultado.

Quanto à inversão de ónus da prova por determinação legal, o artigo 344º do Código Civil faz uma enumeração meramente exemplificativa e não taxativa das situações de inversão de ónus da prova.

<sup>428</sup> Cfr. Artigo 342º do CC.

<sup>429</sup> VARELA, Antunes, Bezerra, J. Miguel e Nora Sampaio E, *Manual de Processo Civil*, 2ª edição (Reimpressão), Coimbra Editora, 2004, p. 461; Também, LIMA, Pires de; VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, p. 307.

<sup>430</sup> ANDRADE, Manuel, *Noções elementares de processo civil*, p. 212.

Téssia Matias Correia aponta uma situação, embora não tenha sido apontado inicialmente, mas que também existe um desvio à regra do ónus da prova, no caso por exemplo de "responsabilidade civil extra-contratual, contando com uma regra própria, baseada na culpa, regime previsto no artigo 483º, n.º 1 do CC.

Nessa medida, a regra geral do artigo 483º do CC aponta para o artigo 487º do CC, segundo o qual cabe ao lesado provar a culpa do autor da lesão (vide art. 342º do CC) <sup>431</sup>.

No caso de certas situações especiais previstas no artigo 343º do Código Civil, a lei moçambicana, à semelhança do que acontece na lei portuguesa e alemã, regula de forma expressa a distribuição de ónus da prova devido a questões duvidosas que eventualmente possam surgir, dado à sua complexidade.

No caso das acções de simples apreciação ou declaração negativa, onde compete ao réu a prova dos factos constitutivos do direito que se arroga, a lei de forma directa determinou a inversão do ónus da prova.

Nos casos de situações das 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, a não ser que a lei, ela própria, consigne outra solução <sup>432</sup>.

Os casos apontados no parágrafo anterior referente ao (artigo 343º, n.º 2 do CC), este dispositivo legal aplica-se nos exemplos seguintes: acções de preferência referidas no artigo 1410º do Código Civil; acções de anulação de negócios jurídicos referidos no artigo 287º do Código Civil; acções litigiosas de divórcio, referidas nos artigos 198, 2ª parte, 199, 200, n.º 1, 2ª parte, 5, todos da Lei n.º 22/2019, de 11 de Dezembro, Lei da Família; acções de despejo <sup>433</sup>.

Nos casos em que o direito invocado pelo autor estar sujeito a condição suspensiva ou termo inicial, cabe ao autor provar que a condição se verificou ou o termo se

<sup>431</sup> CORREIA, Téssia Matias, *A Prova no Processo Civil – Reflexões sobre o problema da (in) admissibilidade da prova ilícita...*, Coimbra, 2015, p. 48.

<sup>432</sup> Cfr. Artigo 342º, n.º 2 do CC.

<sup>433</sup> Cfr. Assento do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, de 22 de Março de 1946, referente a acção de despejo por sublocação ou aplicação do prédio a fins ilícitos. Este Assento foi publicado na Revista de legislação e jurisprudência, ano 78, 1945-46, pp 407 a 416. Este assento estabelece que nas acções de despejo fundadas em sublocação ou alicação do prédio a fins ilícitos, compete ao réu provar que a acção foi intentada fora do prazo, uma vez que esta circunstância constituía facto extintivo do direito do autor.

venceu. Se o direito estiver sujeito a condição resolutiva ou a termo final, cabe ao réu provar a verificação da condição ou que o prazo venceu<sup>434</sup>.

### 6.1.2. O Ónus da Prova e as Presunções Jurídicas

Afirma Rui Manuel de Freitas Rangel que "No direito romano as presunções representavam juízos de probabilidade, fundadas em máximas de experiência, incluindo-se na classe das provas *artificialis*"<sup>435</sup>.

Este autor destaca que as provas *artificialis* ou provas artificiais, eram diferentes de provas *inartificialis*, ou não artificiais, porque aquelas, as *artificialis* ou artificiais não davam conhecimento descritivo da realidade, mas sim por inferência ou argumento provável, contrariamente às provas não artificiais.

As presunções eram então havidas como provas retiradas através da retórica ou poder argumentativo eram as provas do verossímil ou do provável. Com o andar do tempo, já no período justiniano, foi suprimida a ideia de probabilidade na definição de presunção, com o aparecimento de presunções legais.

A noção de presunção, já se disse, é fornecida pela própria lei "Presunções são as ilações que a lei ou o julgador, tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido"<sup>436</sup>.

Mas, segundo o autor acima referido, Rui Manuel de Freitas Rangel, actualmente "a definição das presunções como normas de repartição da prova conduziu à desvalorização, da função do julgador, uma vez que é atribuído a essas normas um valor probatório deixando de vigorar o princípio do livre apreciação das provas"<sup>437</sup>.

Foi no período justiniano que foi desenvolvida a distinção entre as presunções legais e as presunções judiciais, as também designadas presunções *iuris* as primeiras e *hominis* as últimas.

O curso de desenvolvimento das ideias ditou por sua vez, a distinção das presunções em função da fonte da sua eficácia, isto é, se a fonte era o juiz ou o legislador.

<sup>434</sup> Cfr. Artigo 342º, n.º 3 do CC.

<sup>435</sup> RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p. 225.

<sup>436</sup> Cfr. Artigo 349º do CC.

<sup>437</sup> RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p. 225.

Posteriormente foram abolidas as presunções judiciais porque se abandonou a ideia de que o juiz pode julgar por inferências e não apenas por dedução.

A noção de presunção pode ser demonstrada claramente pelo seguinte exemplo "o detentor de uma coisa não consegue em juízo provar que, quando a adquiriu, desconhecia que estava a lesar o direito de outrem...o detentor consegue demonstrar que a sua posse é titulada através de apresentação de documento que prove o modo legítimo da sua aquisição"<sup>438</sup>. Como a lei refere que "A posse titulada presume-se de boa-fé, e a não titulada, de má-fé"<sup>439</sup>. Então, o detentor desta forma prova e demonstra a sua boa-fé por meio de presunção.

No exemplo acabado de citar, Antunes Varela, conforme dito por Rui Rangel, não chamaria de presunção ao facto que serve de premissa à conclusão sobre outro facto a provar, mas sim diria que no exemplo citado seria a existência de justo título<sup>440</sup>.

Recorde-se que as presunções distinguem-se entre legais, por um lado, e por outro, presunções de direito, onde o princípio de livre apreciação da prova ou a liberdade do julgador fica de certo modo comprometido, pois "1. Quem tem a seu favor a presunção legal escusa de provar o facto a que ela conduz. 2. As presunções legais podem, todavia, ser ilididas mediante prova em contrário, excepto nos casos em que a lei o proibir"<sup>441</sup>.

As presunções naturais, judiciais ou de facto (simples ou *hominis*) fundamentam-se nas regras práticas da experiência, nos ensinamentos por via de observação empírica dos factos, permitindo ao juiz tirar ilações na apreciação de situações. Assim "As presunções judiciais só são admitidas nos casos e termos em que é admitida a prova testemunhal"<sup>442</sup>.

### 6.1.3. O Ónus da Prova e o Caso Julgado

A sentença faz caso julgado quando a decisão nela inserida não é susceptível de ser alterada ou modificada, mas sabe-se que em caso extremo a decisão ou sentença transitado em julgado pode vir a ser modificada por meio de recurso extraordinário.

<sup>438</sup> RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p. 227.

<sup>439</sup> Cfr. Artigo 1260º, n.º 2 do CC.

<sup>440</sup> RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p. 228.

<sup>441</sup> Cfr. Artigo 350º do CC.

<sup>442</sup> Cfr. Artigo 351º do CC.

O caso julgado formal é o que acontece quando tem força obrigatória apenas dentro do processo, onde o juiz não pode alterar a decisão, mas a mesma questão processual concreta pode vir a ser decidida em termos diferentes pelo mesmo tribunal ou outro.

Diferentemente do caso julgado material porque tem força obrigatória dentro e fora do próprio processo, impede que o mesmo ou outro tribunal ou qualquer outra autoridade possa decidir o direito concreto da relação material litigada.

Fácil será então estabelecer a relação que pode haver entre o ónus da prova e um determinado caso já julgado.

## **6.2. A INVERSÃO DO ÓNUS DA PROVA NO DIREITO CIVIL MOÇAMBICANO**

Abordou-se a inversão do ónus da prova de forma inicial, acima de modo geral. Este é o momento e o lugar para abordar com mais propriedade esta questão da inversão de ónus da prova no direito processual moçambicano.

Antes de se fazer referência á inversão de ónus da prova, necessário se tornou, de forma sumária, e recordando, abordar a noção de *onus probandi*, ou ónus da prova, que é "o encargo que é atribuído a uma das partes de provar certo facto, sob pena de ver a sentença proferida contra a sua pretensão"<sup>443</sup>.

Às vezes confunde-se o ónus da prova com certas situações. Recorde-se que Antunes Varela já chamou de ónus da prova "peça curiosíssima, da joalharia conceitual jurídica que abunda desde há muito na vitrina do processo"<sup>444</sup>.

Assim, ónus seria a imposição jurídica de uma pessoa proceder de certo modo para conseguir, ou manter, uma vantagem própria ou pelo menos, de evitar uma desvantagem.

Tomás Timbana, autor e processualista civil moçambicano, refere "Um princípio essencial do direito probatório é o do ónus da prova, no sentido de que o ónus da prova incumbe a quem alega um facto"<sup>445</sup>.

<sup>443</sup> FARIA, Rita Lynce de, *A Inversão do ónus da Prova no Direito Civil Português*, 2ª edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2021, p.9.

<sup>444</sup> VARELA, Antunes, *RLJ*, Ano 126º p. 14.

Acrescenta o referido autor ou processualista civil moçambicano que "tal é parte essencial das garantias de protecção judicial dos direitos e do direito de defesa, uma vez que a oportunidade de provar os factos que sustentam as pretensões das partes é condição necessária para a efectividade de tais garantias"<sup>446</sup>.

Daqui se retira que a questão de ónus da prova e inversão de ónus da prova está relacionado com a questão de admissibilidade da prova ilícita no processo civil pátrio, pois, se é parte essencial das garantias de protecção judicial dos direitos e do direito de defesa, uma vez que a oportunidade de provar os factos que sustentam as pretensões das partes é condição necessária para a efectividade de tais garantias, é porque deve ser admitido todo o tipo de provas, em certas circunstâncias, até as provas ilícitas devem ser admitidas em processo civil.

Ficou clarificado noutro ponto desta Tese que o ónus não se confunde com dever jurídico, este último, dever jurídico, consiste na necessidade imposta pelo direito objectivo, de as pessoas observarem determinados comportamentos para salvaguardarem interesses alheios, sendo a sua violação, uma ilicitude. O ónus é uma opção para agir ou não agir de certa forma.

O ónus da prova também não se confunde com o ónus de alegação, que é o encargo cometido às partes de, no processo, delimitarem a situação factual que se deu e que desejam ver apreciada e julgada.

Tomás Timbane, enfatiza "Mas, mais do que o ónus da prova, as partes têm o *ónus da alegação*, pois, para que possa provar um certo facto, as partes têm de o alegar em juízo"<sup>447</sup>.

Quanto ao ónus da prova, se a política processual tem sentido tendencialmente marcado pelo princípio inquisitório, o ónus da prova adquire uma certa feição onde o juiz não adopta uma atitude meramente passiva.

Pelo contrário, se o processo tem sentido tendencialmente marcadamente inclinado pelo princípio dispositivo, o ónus da prova adquire outra feição onde o juiz adopta uma atitude meramente passiva como que um autómato.

<sup>445</sup> TIMBANE, Tomás, *Lições de Processo Civil I*, 2ª Edição Revista e Actualizada, Editora Escolar, Maputo, 2020, p. 443.

<sup>446</sup> TIMBANE, Tomás, *Lições de Processo Civil I*, 2ª Edição Revista e Actualizada, Editora Escolar, Maputo, 2020, p. 444.

<sup>447</sup> Idem, p. 443.

A regra é que cabe às partes alegar e provar os factos que servem de fundamento à sua pretensão, sejam a procedência ou improcedência da acção, pois *judex judicare debet secundum allegata et probata*, isto é, o juiz deve julgar de acordo com o que foi alegado e provado pelas partes.

Aliás, é de lei, que "O tribunal não pode resolver o conflito de interesse que a acção pressupõe sem que a resolução lhe seja pedida por uma das partes e a outra seja devidamente chamada para deduzir oposição"<sup>448</sup>.

Não basta que as partes aleguem os factos que suportam as suas pretensões, tornando-se ainda necessário que façam prova dos mesmos."1. Àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado. 2. A prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita. 3. Em caso de dúvida, os factos devem ser considerados como constitutivos do direito"<sup>449</sup>.

Há casos especiais, como se desenvolveu acima, sobre o ónus da prova, por exemplo nas acções de simples apreciação ou declaração negativa em que compete ao réu a prova dos factos constitutivos do direito que se arroga.

Nas acções que devem ser propostas dentro de certo prazo, cabe ao réu a prova do prazo ter transcorrido, salvo se a lei solucionar de modo diverso.

Nos termos do artigo 344º do Código Civil, as regras acima enunciadas invertem-se quando haja presunção legal, dispensa ou liberação do ónus da prova, ou convenção válida, ou em termos gerais, quando a lei determine como ficou bem desenvolvido noutro ponto acima desta Tese.

Igualmente há inversão de ónus da prova quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado, sem prejuízo das sanções que a lei processual assim aplicar, quanto à desobediência ou às falsas declarações.

<sup>448</sup> Cfr. Artigo 3º, n.º 1 do CPC.

<sup>449</sup> Cfr. Artigo 342º, n.º 1 do CC.

Ensina Antunes Varela, relativamente a ónus da prova "estamos perante uma verdadeira *proocationes ad agendum*, onde o réu é realmente provocado a agir para fazer valer o seu eventual direito..."<sup>450</sup>.

Em resumo, como ficou clarificado, há três situações em que há inversão de ónus da prova, nomeadamente: *a)* quando haja presunção legal<sup>451</sup>; *b)* quando haja dispensa ou liberação e *c)* quando haja convenção nesse sentido. Há também inversão de ónus de prova quando haja impossibilidade de produção de prova por culpa da contraparte<sup>452</sup>.

Quanto à inversão de ónus da prova por causa de presunção legal, há que referir que se dá a inversão legal do ónus da prova quando existe presunção nos termos do artigo 344º, n.º 1, primeira parte do CC. A parte que tem a seu favor uma presunção legal escusa de provar o facto a que ela conduz, nos termos do artigo 350º, n.º 1 do CC.

Sabe-se que nos termos do artigo 349º do CC, as presunções legais são as ilações que a lei tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido. Em outras palavras, as presunções legais são regras de inferências entre um facto conhecido (facto probatório) e um facto desconhecido (facto probando).

Dentre as presunções legais existem as presunções de facto e as presunções de direito. Essas mesmas presunções legais também subdividem-se entre presunções iludíveis (presunções afastáveis) e presunções iniludíveis (presunções inafastáveis).

Regra geral, nos termos do artigo 350º, n.º 2 do CC, as presunções são iludíveis ou afastáveis. Mas essas excepções existem para conformar as regras. As presunções iludíveis ou afastáveis são também designadas presunções *iuris tantum*, que são aquelas que admitem a prova do contrário do facto presumido. Assim, a parte para a qual o facto presumido é desfavorável pode provar que esse facto não é verdadeiro.

As presunções iniludíveis ou inafastáveis que também são designadas presunções *iuris et de iure*, são aquelas que não admitem a prova do contrário do facto presumido. Quer dizer, não se admite que para a qual, o facto presumido é desfavorável, possa tentar provar que esse facto não é verdadeiro.

<sup>450</sup> VARELA, Antunes; BEZERRA, Miguel; NORA, Sampaio, apud CORREIA; Têssia Matias, *A Prova no Processo Civil: Reflexões sobre o problema da (in) admissibilidade da prova ilícita*, p. 47

<sup>451</sup> Cfr. Artigo 344º n.º 1, 350º, 488º, n.º1 do artigo 799º, n.º 2 do artigo 952º, n.º 1 do artigo 1254º, n.º 1 do artigo 1358º, n.º 2 do artigo 1359º, n.º 1 do artigo 1371º, 1371º, todos do CC.

<sup>452</sup> Cfr. Artigo 344º, n.º 2 do CC.

Quanto à inversão baseada na dispensa ou liberação do ónus da prova, nos casos em que a lei admite, à partida, um facto como certo, impondo conseqüentemente à contraparte o ónus de provar o contrário, refere Rita Lynce de Faria que "Aquele que, segundo as regras gerais de repartição do ónus da prova, deveria provar tal facto fica pela lei desvinculado do respectivo ónus, passando a ser a outra parte a suportá-lo"<sup>453</sup>.

Quanto à inversão por causa da convenção, acordo ou como contratos probatórios, na linguagem de João de Castro Mendes e Miguel Teixeira de Sousa "são negócios processuais pelos quais as partes regulam os factos carecidos de prova ou a repartição do ónus da prova de um determinado facto ou indicam os meios de prova admissíveis para a prova de um certo facto"<sup>454</sup>.

Podem ser celebrados contratos probatórios, acordos probatórios ou convenções probatórias sobre o objecto de prova, nomeadamente certos factos a provar sobre o ónus da prova; nomeadamente qual a parte que tem o ónus de provar certo facto sobre os meios de prova; nomeadamente quais os meios de prova admissíveis.

Mas como ensinam os autores acima referidos, "Excluídos estão os contratos sobre a medida e sobre a apreciação da prova"<sup>455</sup>.

Somente são admitidos contratos probatórios que versam situações jurídicas disponíveis, ou se quiser, sobre direitos disponíveis, nos termos do Código Civil "1. É nula a convenção que inverta o ónus da prova, quando se trate de direito indisponível ou inversão torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito. 2. É nula, nas mesmas condições, a convenção que excluir algum meio legal de prova ou admitir algum meio de prova diverso dos legais..."<sup>456</sup>.

Outro ponto a ter em conta é que os contratos probatórios, acordos probatórios ou convenções probatórias sobre o ónus da prova e os meios de prova não podem agravar demasiadamente posição probatória das partes, nos termos do artigo 345º do CC.

<sup>453</sup> FARIA, Rita Lynce de, *A Inversão do Ónus da Prova no Direito Civil Português*, Editora Universidade Católica, Lisboa, 2021, p. 45.

<sup>454</sup> MENDES, João de Castro; SOUSA, Manuel Teixeira de, *Manual de Processo Civil*, Volume I, Editora AAFDL, Lisboa, 2022, p. 504.

<sup>455</sup> Idem, p. 504.

<sup>456</sup> Cfr. Artigo 345º, n.ºs 1 e 2, 1ª parte do CC.

Em outras palavras, significa que a parte que tem o ónus de apresentar a prova não pode ser excessivamente dificultada a provar os factos, o que seria negar a essa parte o direito a apresentar a prova e dificuldade ou negação de tutela de situação subjectiva.

O efeito dos contratos probatórios, acordos probatórios ou convenções probatórias é que são vinculativos para as partes contratantes e para o tribunal onde está a correr a acção.

Relativamente ao tribunal onde está a correr a acção, esses contratos ou convenções probatórias não retiram, ao referido tribunal, os poderes inquisitórios ou investigativos em matéria probatória.

O funcionamento de ónus de prova assenta na repartição de encargo entre os litigantes, de oferecer a prova, assim se determinando qual destas partes sofrerá os efeitos ou consequências, em caso da falta de prova. "O encargo de oferecer a prova gera a incerteza e a dúvida mas tem como finalidade última a procura da veracidade e da certeza possíveis dos factos alegados pelas partes em juízo"<sup>457</sup>. O ónus da prova sendo uma regra de decisão é uma regra de decisão das questões irredutivelmente incertas.

Muitas vezes acontece a parte contrária, dificultar a prova, nessas situações justifica-se a inversão de ónus da prova. O ónus da prova pode ser invertido nessas circunstâncias.

Como refere Rui Rangel, "a inversão de ónus da prova somente se dará quando o meio probatório, tornado impossível pela contraparte, era o único possível para se alcançar a prova"<sup>458</sup>.

Tanto o ónus da prova como inversão do ónus da prova no Direito Civil moçambicano funciona tal como acontece em Portugal, e nos termos referidos pelos autores citados, aliás ainda não houve alteração legislativa substancial nessa matéria, no Moçambique independente, porque está bem, tirando os casos talvez de branqueamento de capitais e combate ao terrorismo, que não é matéria deste artigo, mas que talvez se justifique outros critérios de prova e ónus da prova e inversão de ónus da prova, tal como se justifica a admissibilidade de provas ilícitas no processo civil e até no processo penal.

<sup>457</sup> RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p. 91.

<sup>458</sup> RANGEL, Rui Manuel de Freitas, apud CORREIA; Têssia Matias, *A prova no Processo Civil: Reflexões sobre o problema de (in) admissibilidade da prova ilícita*, pp 48 a 49.

De passagem, importa referir que o entendimento que o autor tem, em face do terrorismo que desgraa a Província de Cabo Delgado, não obstante ser matéria criminal, talvez está a justificação de admissibilidade da prova ilícita também no processo penal, nessa questão de processos crimes relacionados ao combate do terrorismo e branqueamento de capitais em Moçambique.

### **6.3. O ÓNUS DE PROVA VERSO REGRAS SOBRE INTERPRETAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS**

Interpretar um negócio jurídico é apreender o sentido e conteúdo do referido negócio jurídico. Interpretar é uma actividade que permite ao intérprete ou ao aplicador do direito, a partir da fonte que se vai interpretar, chegar à regra que ela, a fonte contenha. É o próprio Código Civil que estabelece:

1.A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstruir 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. 2.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 exprimido. 3.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<sup>459</sup>.

Relativamente à interpretação jurídica, ela "...visa também, através duma exteriorização, apurar um sentido. Há de característico a exteriorização de que se parte ser uma fonte e o resultado que se procura atingir representar a norma"<sup>460</sup>.

Na interpretação há que ter em conta o sentido amplo, que é a busca, dentro do ordenamento, da regra aplicável a uma situação concreta onde o intérprete terá de analisar as fontes até chegar as que contenham regra que directamente contemple o caso, e é assim que devem ser interpretados os princípios, incluindo o princípio de pretensa inadmissibilidade de provas ilícitas no processo civil.

Oliveira de Ascensão dizia:

1.A interpretação parte dum elemento determinado-duma fonte-e procura exprimir a regra que daquela é conteúdo. Mas isto não nos pode fazer esquecer que a interpretação é necessariamente uma tarefa de conjunto: pano de fundo da

<sup>459</sup> Cfr. Artigo 9º do CC.

<sup>460</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira, *O Direito – Introdução e Teoria Geral-Uma perspectiva Luso-Brasileira*, 7ª Edição Revista, Livraria Almedina, Coimbra, 1993, p. 364.

interpretação é sempre o ordenamento em globo. O sentido de cada fonte está em necessária conexão com o de todas as outras, pelo que será adulterado se o pretendermos tomar isoladamente. Por isso pôde dizer Santi Romano que "o que vulgarmente se chama interpretação da lei (...) é sempre interpretação, não de uma lei ou norma singular, mas de uma lei ou norma que se examina atendendo à posição que ocupa no ordenamento jurídico em globo: o que quer dizer que o que efectivamente se interpreta é esse ordenamento e, como consequência, a norma singular"<sup>461</sup>.

Existem duas teorias principais e divergentes sobre a interpretação dos negócios jurídicos, teoria subjectiva e teoria objectiva. Existe uma terceira teoria que faz mescla das duas teorias, a que se designa teoria mista.

A teoria subjectivista ou voluntarista, sustentada por Savigny, defende que interpretar um negócio jurídico equivale a determinar com exactidão e rigor a vontade real das partes contratantes no referido negócio.

A teoria objectivista defende que uma declaração negocial pode valer com um sentido diverso do querido pelas partes, tendo como consequência a evolução para a teoria da impressão do destinatário da declaração, que se denota na redacção do artigo 236º do CC<sup>462</sup>.

Oliveira de Ascensão entendia, relativamente ao referido artigo 236º do CC que "Nas outras situações é de pensar que prevalece em princípio a vontade real do declarante, desde que seja provada"<sup>463</sup>.

Galvão Telles entende que "a lei recorrendo a uma figura abstracta (a do declaratório normal) faz corresponder esta figura a uma pessoa tipo, isto é, a uma pessoa de normal diligência, instrução e inteligência, uma pessoa média"<sup>464</sup>.

Não obstante o critério geral enunciado no artigo 236º do CC, existindo situação de dúvida sobre o sentido do negócio, a solução encontra-se consagrada no artigo 237º do CC<sup>465</sup>.

<sup>461</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira, *O Direito – Introdução e Teoria Geral-Uma perspectiva Luso-Brasileira*, 7ª Edição Revista, Livraria Almedina, Coimbra, 1993, p. 364.

<sup>462</sup> Cfr. Artigo 236º, n.º 1 do CC "1. A declaração negocial vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele". No mesmo sentido Cfr. Ac. R.C. de 27.4.1977, in C.J., 2º -308; R.L.J, 110º 40 e 42; Acs. Do STJ de 21.1.1972, in BMJ 213º - 211; DE 10.7.1973, in BMJ 229º - 114; de 3.12.1974, in BMJ 242º - 279; de 7.2.1975, in BMJ 244º - 248; de 12.12.1975, in BMJ 252º - 244; de 12.4.1977, in BMJ 266º - 128; de 6.12.1978, in BMJ 282º - 160; e de 22.11.1984, in BMJ 341º - 373 citado por RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p. 214.

<sup>463</sup> ASCENSÃO, Oliveira de, ob. Cit.p. 315, citado por RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p. 214.

<sup>464</sup> TELLES, Galvão, *Manual dos Contratos em Geral*, Lisboa, 1965, p. 356, citado por RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p. 214.

O espírito que inspira esta interpretação do sentido de negócios duvidosos é o mesmo, quanto ao entendimento que se perfilha, ao que se aplica nos artigos 279º, 506º, n.º 2, 566º, n.º 3, 1565º, n.º 2, todos do CC.

Segundo a teoria da impressão, o sentido decisivo do negócio corresponde àquele que uma pessoa média, um declaratório normal, colocado na posição do destinatário real entenderia.

A teoria ecléctica ou mista entende que não são admissíveis as conclusões alcançadas por meio subjectivistas e nem por objectivistas.

Para Rui Manuel de Freitas Rangel:

Relativamente ao disposto no artigo 236º n.º 1 do C. Civil verifica-se, da regra aí contida, que o tribunal deverá apurar o sentido do negócio, através do critério objectivo já mencionado baseando-se na figura do declaratório normal. Para este efeito, o tribunal não necessita de socorrer-se da prova, produzida pelas partes, não havendo qualquer situação de ónus da prova que transporte para uma das partes esse encargo.

Embora o tribunal ao decidir sobre o sentido da declaração não necessite da colaboração das partes por se tratar de um acto genuinamente intelectual, o seu contributo é decisivo pois, aquele só realiza este acto, esta actividade, depois de ponderada pelas partes a prova acerca da existência e conteúdo do negócio, isto é, o sentido da declaração só é percebido se for produzida prova sobre outros elementos essenciais e circunstanciais do negócio<sup>466</sup>.

## 6.4. O ÓNUS DA PROVA E AS PRESUNÇÕES JURÍDICAS

Já muito se referiu sobre este subtema, mas nada melhor que relembrar, ora: fazendo um percurso histórico muito rápido, sobre o tema de prova e as presunções jurídicas, mais concretamente sobre a noção doutrinária e enquadramento legal da prova e das presunções legais, constatamos que no direito romano, as presunções representavam juízos de probabilidade.

As presunções fundavam-se em máximas de experiência. As presunções incluíam-se na classe das provas artificiais.

As provas artificiais eram, portanto, diferentes das provas não artificiais visto que as provas artificiais não davam um conhecimento descritivo da realidade.

<sup>465</sup> Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p. 215. Cfr. Artigo "Em caso de dúvida sobre o sentido da declaração negocial, prevalece, nos negócios gratuitos, o menos gravoso para o disponente e, nos negócios onerosos, o que conduzir ao maior equilíbrio".

<sup>466</sup> Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p. 220.

As provas artificiais operavam por inferência, tendo em conta o argumento de provável. É provável que os factos tenham ocorrido de certa forma e determinada forma.

Por aquilo que se retira do entendimento dos romanos, pode-se afirmar que as presunções eram provas extraídas do domínio da retórica, ou seja, aquilo que a opinião comum entendia ser verosímil ou provável.

Mais tarde, já na época justiniana, a ideia de probabilidade acima referida na definição do conceito de presunção é suprimida pois apareceram e foram impostas as presunções legais. As presunções legais impunham a substituição de *factispecies*<sup>467</sup>.

As falsas presunções tinham como finalidade alargar a previsão normativa, dispensavam ou diminuíaam a importância da prova e do julgador.

No campo do direito moderno prevalece a tendência de definir as presunções como normas de repartição do ónus da prova. Esta tendência conduziu a desvalorização da função do julgador visto que é atribuído a essas normas um valor probatório, deixando de vigorar o princípio da livre apreciação das provas.

Conclui-se neste ponto que "...o conceito de presunção judicial inicialmente equivalia a um silogismo retórico, isto é, a uma forma particular de persuadir argumentando com o provável"<sup>468</sup>.

Quem permitiu a distinção entre presunções legais e presunções judiciais ou *iuris e hominis*, foi o direito romano no período justiniano. As presunções *iuris* se estabeleceram em normas jurídicas, assim deixam de ser concebidas como *id quod plerunque accidit*.

Evolutivamente, em termos históricos houve distinção entre as presunções em função da fonte da sua eficácia (o juiz ou legislador), terminando com a abolição das presunções judiciais.

Abandonou-se a ideia de que o juiz pode julgar por inferências e não apenas por dedução ou com a redução do seu valor probatório, o que acontece no caso de prova testemunhal. Há ocultação da distinção das provas em artificiais e provas não artificiais, passando as presunções judiciais a ceder face à contraprova.

<sup>467</sup> Que significa previsão (elemento da norma jurídica); em italiano *fattispecie*.

<sup>468</sup> RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p. 225 a 226.

O direito saxónico é que trouxe o renascimento de uma nova concepção de prova por presunções ou se se quiser, a argumentação do provável. O direito saxónico desenvolveu um sistema probatório semelhante ao que existia ou havia sido concebido pela filosofia greco-romana.

Já se passava a questionar até quando se deveria aceitar que o juiz possa inferir ou passar do conhecido ao equiparado sem que houvesse uma norma jurídica para tal que o ajudasse.

Foi o princípio da verdade que veio impor a aceitação das presunções naturais como meio de prova.

Passou-se a reconhecer que o juiz devia ser autorizado a descobrir a verdade material sem se encontrar limitado e condicionado ao princípio dispositivo e às regras de repartição do ónus da prova.

Sabe-se que a prova por presunção é "a que parte de determinado facto, chegando por mera dedução lógica à demonstração da realidade de um ou outro facto"<sup>469</sup>. O próprio Código Civil apresenta a noção de presunções, dizendo que "Presunções, são as ilações, que a lei ou o julgador, tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido"<sup>470</sup>.

Esta noção legal de presunções inspirou-se no artigo 25516º do Código de Seabra, que reproduzia a noção do artigo 1349º de Código de Napoleão, que antecedeu o artigo 2727º do Código Civil Italiano de 1942.

É a mesma noção que consta do artigo 66º do Código Civil da Colômbia, artigo 1421º do Código Civil da Venezuela também vai no mesmo sentido, bem assim o artigo 939º do Código Civil da Bolívia e o artigo 47º do Código Civil do Chile, entre outros países.

Rui Manuel de Freitas Rangel refere:

A noção de presunção que avançamos pode ser demonstrada com o seguinte exemplo: o detentor de uma coisa não consegue em juízo provar que, quando adquiriu, desconhecia que estava a lesar o direito de outrem, isto é, a sua boa-fé; todavia, apesar deste facto, o detentor consegue demonstrar que a sua posse é

<sup>469</sup> VARELA, Antunes e outros, *Manual...* ob. cit. p. 500 e segs; ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Noções...*, ob cit. 1976; MENDES, João de Castro Mendes, *Direito Processual Civil*, vol. III, AAFDL, p. 216 e 234 e seguintes; LIMA, A. Pires de; VARELA, João M. Antunes, *Código Civil*, 2ª ed. Anotado, 1956, p. 799, citados por RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006. p. 226.

<sup>470</sup> Cfr. Artigo 349º do CC.

titulada através da apresentação de documento que prove o modo legítimo da sua aquisição. Com fundamento no artigo 1260º n.º 2 do C.Civil, que enuncia que se presume que a posse titulada é de boa-fé, poder-se-á afirmar com segurança que o detentor, desta forma, provou e demonstrou a sua boa-fé por meio de presunção. Consequentemente pode dizer-se que a presunção não é mais do que uma dedução, uma inferência do raciocínio lógico, por meio do qual se parte de um facto certo, provado ou conhecido e se chega a um facto desconhecido<sup>471</sup>.

Presunções absolutas, ou presunções, *iuris et de iure* são aquelas que se estatuem sem possibilidade de prova em contrário, diferentes das presunções *iuris tantum*. A lei estabelece que "Considera-se sempre de má-fé o terceiro que adquiriu o direito posteriormente ao registo da acção de simulação, quando a este haja lugar"<sup>472</sup>.

Trata-se aqui de presunção *iuris et de iure*, pois o terceiro, mesmo que esteja de boa-fé está inibido de o provar, pois a lei presume a má-fé sem possibilidade de prova em contrário.

## 6.5. JURISPRUDÊNCIA SOBRE ÓNUS DA PROVA

Chegado aqui, vai-se atentar sobre a jurisprudência sobre ónus da prova. Percorrendo alguma jurisprudência sobre ónus da prova no direito civil português, surpreendem-se algumas semelhanças com a jurisprudência do sistema jurídico pátrio.

Passa-se assim, a indicar alguma jurisprudência daquele País do sistema ou matriz - romano-germânico, que inspirou a jurisprudência de Moçambique:

O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, de 9 de Junho de 1993, por exemplo, sobre Acção de Investigação da Paternidade (Proc. n.º 83.740, 2ª Secção do Tribunal de Oeiras) entendeu não ser aceitável a tese da prova directa da procriação biológica através de meio de prova admissível e idóneo, defendida pelo autor da acção naquele processo.

Dizia o autor da acção referida naquele processo, que não lhe cabia o ónus da prova da fidelidade da mãe ao pretense pai, no período legal da concepção, estando a procedência da acção apenas dependente da prova da existência de relações de sexo entre estes naquele período.

<sup>471</sup> RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p. 227. No mesmo sentido Ac. do STJ de 5.7.1984, in BMJ 339º, P. 364.

<sup>472</sup> Cfr. Artigo 243º, n.º 3 do CC.

Baseava o autor daquela acção a sua tese, no Assento 4/83, de 21.6, em interpretação actualista e das regras sobre a repartição do ónus da prova, constante dos n.ºs 1 e 2 do artigo 342º do CC.

O fundamento do referido Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, de 9 de Junho de 1993, sobre Acção de Investigação da Paternidade (Proc. n.º 83.740, 2ª Secção do Tribunal de Oeiras), era que muito embora o Assento n.º 4/83 sustente que uma investigação, mesmo que não esteja provada a dita exclusividade de relações, no mesmo sentido do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22.7.1989, *in* BMJ 388º - 452, essa interpretação, só é permitida, em circunstâncias muito especiais que não colocam dúvidas sobre as fortes probabilidades que existem de a mãe do menor ter engravidado em virtude de concepção, como se tivesse mantido relações com outro homem notoriamente incapaz por deficiência orgânica de gerar.

Um outro caso, ainda em Portugal, foi o recurso interposto pela autora no Proc. 7845, da 2ª Secção do Tribunal Judicial da Comarca das Caldas da Rainha, alegando que o tribunal *a quo* considerou indispensável a realização do exame hematológico do réu e, em vez de ordenar tal exame, limitou-se a perguntar ao réu se aceitaria submeter-se ao mesmo.

O tribunal *a quo* considerou já, por diversas vezes, injustificada a recusa do réu em submeter-se a tal exame, deve por isso aplicar-se a regra da inversão do ónus da prova nos termos do artigo 344º, n.º 2 do CC ou então ordenar-se obrigatória submissão do réu a exame hematológico.

Pelo acórdão da Relação de Lisboa, de 9 de Dezembro de 1993 diz-se "quando em julgamento é perguntado ao réu se deseja ou não sujeitar-se a exame hematológico, já a prova sido ouvida; a mãe do menor, o réu e as três testemunhas deste. As testemunhas arroladas pela autora não compareceram, nem foi pela autora pedida a expedição de deprecadas".

Assim, o acórdão colocou em questão sobre se poderia ter sido aplicado o n.º 2 do artigo 344º do CC. Entendeu também que na prova da filiação de paternidade não existe qualquer disposição legal que inverta o ónus da prova, para eventual aplicação do n.º 1 do artigo 344º do CC.

Num outro caso A e B, marido e mulher, para conseguirem a entrega de umas lojas, onde alegavam ser proprietários e o réu alegava ser arrendatário. Mas segundo os autores da acção, as lojas tinham-lhe sido entregues por empréstimo que já tinha cessado. Mesmo que se considerasse arrendamento, tal era inexistente, porque tendo natureza comercial, devia ter sido celebrado por escritura pública, o que não aconteceu.

O réu naquele caso alegou que a culpa foi do senhorio, tendo a primeira instância decidido que fora provado o arrendamento verbal e que a culpa de falta de escritura pública sobre o arrendamento era do senhorio.

O juiz entendeu que o arrendamento era o primeiro contrato que ocorrera e improcedeu a acção. "O Tribunal da Relação de Coimbra...confirmou a sentença, com outros argumentos...O Supremo Tribunal de Justiça dá a sua adesão à tese exposta na Relação"<sup>473</sup>.

Outro caso, também em Portugal, foi de uma acção de despejo, cuja causa de pedir era ter sido dado o imóvel em arrendamento ao pai do réu, e que por morte deste, passou para sua mãe, que também veio a falecer, não tendo o réu habitado nele junto com a mãe durante seis meses. Na contestação o réu referiu ter vivido com sua mãe durante mais de seis meses naquela casa arrendada, embora fosse a Setúbal prestar serviço. Como o tribunal de 1ª instância tinha que apurar a versão verdadeira das duas partes litigantes, coloca-se o problema do ónus da prova.

Se o ónus da prova do facto negativo incumbisse ao autor, a acção teria que improceder; se incumbisse ao réu o ónus da prova do facto positivo, a acção procedia.

A 1ª instância disse que o ónus da prova incumbia ao réu, julgando procedente a acção. O Tribunal da Relação e o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal entenderam o contrário, o ónus da prova cabia ao autor, julgando assim improcedente a acção<sup>474</sup>.

<sup>473</sup> Acórdão da Relação de Coimbra, de 9 de Janeiro de 1951, BMJ, 27º - 293; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de Março de 1952, BMJ 33º - 279 citados por Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p. 314 a 315.

<sup>474</sup> Acórdão do STJ, de 2 de Novembro de 1947, publicado no BMJ 4º-143, Re. Dir e de Estudos Sociais, Ano 3º, pág. 227 e RT, Ano 66º-20, estabeleceram a seguinte doutrina, "*proposta a acção de despejo com fundamento na caducidade do arrendamento, em consequência da morte do arrendatário, é ao autor que incumbe fazer a prova de que o réu não habitou com o arrendatário durante mais de seis meses, anteriores ao falecimento*", Apud RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006, p. 317 a 318.

No entender do autor deste trabalho investigativo, acompanhando o autor citado que trouxe esses casos, tinha razão a primeira instância e não o Tribunal da Relação e o Supremo Tribunal daquele País.

Uma outra situação é a reportada em Portugal, no Processo 744/12.4TVPR.P1.S1, 2ª Secção, de 12 de Abril de 2018:

Inscribe-se no âmbito do recurso de revista a apreciação do modo como as instâncias interpretaram e aplicaram a norma de direito probatório material previsto no artigo 344º n.º 2 do CC, na medida em que a inversão do ónus da prova é susceptível de influir no conteúdo da decisão do tribunal que aprecia as provas. II- A inversão do ónus da prova, nos termos do artigo 344º n.º 2 do CC e artigo 417º n.º 2 do CPC apresenta-se como uma sanção civil à violação do princípio de cooperação das partes para a descoberta da verdade material, consagrado no n.º 1 do citado artigo 417º, quando essa falta de colaboração vai ao ponto de tornar impossível ou particularmente difícil a produção da prova ao sujeito processual onerado com ónus da prova nos termos gerais e seja culposa, no sentido de que a parte recusante podia e devia agir de outro modo. III-A circunstância da recusa da contraparte tornar culposamente a prova impossível ou tornar particularmente difícil a prova, não importa, sem mais, que o facto controvertido se tenha por verdadeiro, mas tão só que passou a caber à parte recusante a prova da falta de realidade desse facto, não estando, por isso, as instâncias dispensadas de valorar essa recusa para efeitos da formação da sua convicção com vista a dar, como provado, ou não, o facto em causa. IV-Tendo em conta as consequências decisivas da inversão do ónus da prova para a decisão da causa, impõe-se que a notificação efectuada à parte para proceder à junção de documento seja acompanhada da advertência de que a sua recusa injustificada implica a inversão do ónus da prova, nos termos do artigo 344º n.º 2 do CC. V-Tendo a parte recusante sido notificada com esta advertência, inexistente fundamento para dar à mesma a possibilidade de indicar e produzir novos meios de prova com vista a fazer com que, em face da sua recusa ilícita de cooperação com o processo, passaria a ser onerada<sup>475</sup>.

Note-se que o artigo 417º, n.º 1 do Código de Processo Civil de Portugal corresponde ao artigo 519º, n.º 1 do Código de Processo Civil de Moçambique, ambos referem-se ao dever de colaboração ou dever de cooperação.

Outro caso ou jurisprudência desta feita, no âmbito de distribuição de ónus da prova, é o que se decidiu na Relação de Guimarães, no Processo n.º 310/10.9TBVCT.G1, de 30 de Junho de 2011. Aquele Tribunal de Relação de Guimarães decidiu nos seguintes termos:

I- Ao fazer a distribuição do ónus de prova pelas partes intervenientes num litígio, o CC não está a proibir que a prova seja feita pela parte a quem a mesma não incumbe. II-Com efeito, o ónus da prova em relação a determinados factos traduz-se, para a parte a quem compete, no dever de fornecer a prova desses factos, sob pena de

<sup>475</sup>Cfr. [dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6adgdd8b980256b5f003fa814/9b32a5b3043e41a680258710056ebc2?OpenDocument](https://dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6adgdd8b980256b5f003fa814/9b32a5b3043e41a680258710056ebc2?OpenDocument), consultado no dia 12 de Julho de 2022.

sofrer as consequências desvantajosas da sua falta e não na proibição da prova pela parte contrária<sup>476</sup>.

Importa trazer outro caso de jurisprudência no âmbito também de ónus da prova, mas ocorrido na então província ultramarina de Moçambique, relativo a alimentos definitivos, em caso de separação de facto e ou divórcio onde se apurou a culpa na separação.

O caso foi decidido pela Relação de Lourenço Marques, no Processo n.º 17.490, de 12 de Dezembro de 1972, e decidiu nos seguintes termos "I. Só o cônjuge não culpado da separação tem direito a alimentos. II. É o requerente dos alimentos que tem o ónus de provar que não teve culpa na separação"<sup>477</sup>;

Um outro caso de jurisprudência no âmbito de ónus da prova também ocorrido na então província ultramarina de Moçambique, decidido pelo então tribunal da Relação de Lourenço Marques (hoje Maputo), portanto no tempo colonial, mas já relacionado ao regime da prova em matéria de embargos, foi o Processo n.º 17.311.

O acórdão proferido a 30 de Maio de 1972, cujo Relator foi João Semedo, e Adjuntos, José Martins da Fonseca e Manuel Fernandes Mota (que votou vencido pois daria provimento ao recurso por virtude das razões expendidas pelo apelante) decidiu nos seguintes termos:

I-O ónus da prova em matéria de embargos não se afasta dos princípios gerais em relação àquele que invoca o direito. II-Ao embargante cumpre provar ou que propôs os embargos dentro dos vinte dias seguintes à penhora ou dentro de vinte dias a seguir ao conhecimento da penhora. III-Por sua vez o embargado tem interesse em provar que aquele prazo, a partir de qualquer dos momentos indicados, já decorreu e em consequência se extinguiu o direito do embargante<sup>478</sup>.

Mais outro caso de ónus da prova decidido pelo então tribunal da Relação de Lourenço Marques (hoje Maputo), portanto no tempo colonial, mas já relacionado ao Direito de Trabalho no âmbito da Lei então em vigor, no Processo n.º 14.998. O acórdão proferido a 10 de Novembro de 1967, cujo Relator foi A. Valadares, e Adjuntos José de Albuquerque Sousa e Abrantes Amaral (que votou a conclusão) decidiu nos seguintes termos:

I-Compete ao autor, que alega a existência de contrato de trabalho, negado pelo réu, fazer a prova do acordo ou mútuo consenso. II-Para que a prestação efectiva de serviços tenha significado declarativo negocial, em ordem à constituição de um

<sup>476</sup> Cfr. <https://jurisprudencia.pt/acórdão/4476>, consultado no dia 12 de Julho de 2022.

<sup>477</sup> REPÚBLICA PORTUGUESA – PROVÍNCIA DE MOÇAMBIQUE, Acórdãos da Relação de Lourenço Marques, Volume XXXVII, Ano de 1972 – Imprensa Nacional de Moçambique, 1974, Volume Organizado pelo Desembargador Rui Fernandes – Anotações do Juiz de Direito Avelino Correia da Costa, p.368 a 374.

<sup>478</sup> REPÚBLICA PORTUGUESA – PROVÍNCIA DE MOÇAMBIQUE, Acórdãos da Relação de Lourenço Marques, Volume XXXVII, Ano de 1972 – Imprensa Nacional de Moçambique, 1974, Volume Organizado pelo Desembargador Rui Fernandes – Anotações do Juiz de Direito Avelino Correia da Costa, p.212 a 215.

contrato de trabalho, é necessário que se dirijam directamente à entidade patronal e traduzem a vontade de lhe prestar sob a sua direcção uma actividade profissional. III- (...). IV- (...). V (...).-VI (...)<sup>479</sup>.

Mais um outro caso da jurisprudência portuguesa é relativo a um litígio sobre cessão de quotas de sociedade comercial por quotas, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça daquele País, no Processo 758/06.TBCBR-B.P1.S1, em que pelo relato dos factos ocorridos, fora celebrado um contrato promessa entre A (sócio cessante ou que cedeu) e B (sócio cessionário) onde com a celebração e assinatura do contrato-promessa, o sócio cessionário assinou várias letras sacadas pelo sócio cessante.

No mesmo dia as duas partes contratantes celebraram, por escritura pública, o contrato definitivo. As letras foram apresentadas na data de vencimento que a excepção da primeira letra não pagou as restantes.

O sócio cessante intentou uma acção executiva para obter o pagamento das obrigações, tendo o sócio cessionário deduzida oposição alegando que as letras tinham sido aceites em branco e que somente eram para garantir o cumprimento da obrigação do contrato definitivo e que não havia qualquer acordo quanto ao preenchimento das letras.

Pelo contrário, o sócio cessante alegava que as letras já se encontravam devidamente preenchidas em todos os seus campos.

No recurso, o acórdão fixou a força probatória da escritura pública, que faz a prova plena, quanto aos actos praticados pelo documentador dos factos que nele são atestados com base nas suas percepções, nos termos do artigo 372º do CC.

No caso, a declaração de que o sócio cessante já recebeu a totalidade do preço faz prova plena de que ele, sócio cessante emitiu efectivamente essa declaração perante o notário, mas não prova que tal corresponde a verdade.

O Supremo Tribunal de Justiça daquele País (Portugal), relativamente a este caso concluiu que se está perante uma simples afirmação ou declaração de um facto, diferente da confissão, que não se aplicam os preceitos 358º, n.º 2 e 393º, n.º 2, ambos do CC.

Pode parecer que não era necessário grande elaboração sobre a jurisprudência, num trabalho que tem como o ponto principal a questão de admissibilidade ou não de provas

<sup>479</sup> REPÚBLICA PORTUGUESA – PROVÍNCIA DE MOÇAMBIQUE, Coleção de Acórdãos da Relação de Loorenço Marques dos anos de 1966 e 1967, Coleção Organizada pelo Desembargador A. Valadas Preto, p.604 a 610.

ilícitas em processo civil e onde se toma a posição de ser admissível a prova ilícita no processo civil.

Mas tal foi necessário para melhor compreensão de toda a extensão desta questão de admissibilidade de provas ilícitas no processo civil, pois ao fim ao cabo, quem admite ou não admite a prova ilícita no processo civil é o juiz do caso.

A jurisprudência é exactamente a criação do direito pelos juízes, os juízes criam o direito<sup>480</sup>, chamando-se essa criação por jurisprudência, como se prova pela indicação neste trabalho científico, de várias decisões jurídicas, tanto no âmbito do *Common Law*, como no âmbito do *Civil Law* (Direito romano-germânico).

<sup>480</sup>CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre Derecho y language*, 2ª edição. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1979, p. 105 e ss.

## CAPÍTULO VII

### 7.1. A PROVA ILÍCITA

Antes de entrar com profundidade na questão do conceito da prova ilícita, é importante referir e recordar que a função primordial, senão única dos tribunais: é a decisão dos litígios que as partes apresentam, com o fim de obterem uma decisão justa para que se estabeleça a paz jurídica na sociedade em questão.

Para que o magistrado judicial possa decidir o litígio é necessário que siga regras ou procedimentos previamente estabelecidos. Por outras palavras, até chegar a proferir uma decisão judicial, o magistrado judicial tem que seguir um procedimento encadeado e sequenciado, o que seria então a coordenação de vários actos processuais.

Não pode haver uma decisão sem que tenha sido seguido o devido processo legal. Se quiser, em outra linguagem, "...a justiça não se consegue sem ordem e sem regra, na realidade, nem sempre os fins justificam os meios utilizados para se conseguirem aqueles"<sup>481</sup>. Nem sempre os fins justificam os meios utilizados para se conseguirem aqueles objectivos, mas às vezes a justiça se consegue usando provas ilícitas.

O problema de prova ilícita é multidisciplinar, cruza o direito processual penal, nomeadamente as garantias do processo criminal com dignidade constitucional<sup>482</sup>, direito civil, nomeadamente no que se refere aos direitos de personalidade<sup>483</sup>, e mais concretamente ao seu regime<sup>484</sup>, direito constitucional, referente por exemplo aos direitos de personalidade<sup>485</sup>, nomeadamente, o direito à vida, onde a Constituição da República de Moçambique tutela a concessão ao direito a integridade física e moral, não devendo a pessoa

<sup>481</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova Ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 12.

<sup>482</sup> Artigos 54 a 72 da CRM.

<sup>483</sup> Artigo 70º, n.º 1 do CC.

<sup>484</sup> Art. 60º e ss do CC.

<sup>485</sup> Artigos 40 e 41 da CRM.

ser sujeita à tortura ou tratamentos cruéis ou desumanos, o direito à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, inclusa as telecomunicações.

Depois de abordagem feita numa forma breve, em outro local desta tese, sobre a evolução histórica da prova onde se referiu dividir-se historicamente a evolução histórica da prova em períodos, nomeadamente, o período ou mundo clássico, onde inevitavelmente falou-se do mundo grego-romano; o período moderno, fazendo-se destaque aos séculos XX e XXI e o conceito da Prova, eis chegado o momento e o lugar para se abordar o conceito ligado à Tese que se defende, a Prova ilícita no processo civil, e a sua admissibilidade.

Assim "O tema de admissibilidade e valoração das provas ilícitas, desde logo pela ausência de específica regulamentação legal envolve uma compreensão multidisciplinar, que invoca recorrentemente, a consideração do direito constitucional"<sup>486</sup>.

Nesse sentido, para os defensores da posição de proibição absoluta de uso da prova ilícita, como se pensa ser o caso de Isabel Alexandre, e também de certo modo, Carlos Castelo Branco "a ilícita obtenção de um meio de prova (e até, a utilização do mesmo), consubstancia não raro uma violação de direitos fundamentais"<sup>487</sup>.

É uma posição que não se defende e por isso não se aceita na totalidade neste trabalho investigativo, olhando com *grano salis*, pois tudo na vida é relativo.

Para Isabel Alexandre, no conceito de prova ilícita apenas se deverá incluir "a prova cujo modo de obtenção o direito reprova, quer essa ilicitude se verifique dentro ou fora da órbita processual"<sup>488</sup>.

Segundo Lebre de Freitas, e também Carlos Castelo Branco, na linha dum processo equitativo, "Em sede de prova, o direito ao processo equitativo implica a inadmissibilidade de meios de prova ilícitos, quer o sejam por violarem direitos fundamentais, quer porque se formaram ou obtiveram por processos ilícitos"<sup>489</sup>.

Mas tal entendimento desses autores, em sede de tese geral, ou em sede de princípios que moram no direito e naturalmente no direito processual civil e probatório, é de

<sup>486</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade*, Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 26.

<sup>487</sup> ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas em Processo Civil*, p. 14, Apud BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade*, Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 26.

<sup>488</sup> Idem, p. 26.

<sup>489</sup> FREITAS, Lebre de, *Introdução ao Processo Civil – Conceitos e Princípios Gerais à Luz do Código Revisto*, pp 107 a 108 Apud BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade*, Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 86.

entender, embora não aceites, todavia, existem outros princípios de direito probatório como exaustivamente acima foram indicados e desenvolvidos para além de alegadamente o direito ao processo equitativo implicar a inadmissibilidade de meios de prova ilícitos.

Existem vários outros princípios que fundamentam o direito e o direito processual civil, não sendo o princípio, de eventual inadmissibilidade de prova ilícita, o único princípio constitucional como bem se desenvolveu noutro ponto desta Tese e mais se desenvolverá adiante.

A prova ilícita, para os defensores da tese de inadmissibilidade da mesma em processo civil, é tida como traduzindo um desvalor na formação e obtenção dessa mesma prova.

A prova ilícita seria a prova que mesmo sem afectar a sua natureza extrínseca ou a finalidade probatória foi produzida fora do respectivo processo, ou foi trazida ao processo com recurso a meios ilícitos ou ilegais que vão contra valores e direitos protegidos até pela constituição, contra os princípios fundamentais ou normas de direito material.

Nesse sentido, a prova somente poderia ser considerada válida e lícita se fosse constituída por meio idóneo, moralmente ético, lícito. Em suma, desde que não contrariasse as previsões do ordenamento jurídico. Se uma dessas situações ocorresse, então a prova seria ilícita.

Os que defendem a inadmissibilidade da prova ilícita diriam que o postulado de um processo equitativo determina que apenas devam ser admitidas provas obtidas ou constituídas por meios legais e leais.

Mas tais autores apontam um esclarecimento acerca desse aspecto: Assim "Em sede de prova, o direito ao processo equitativo implica a inadmissibilidade de meios de prova ilícitos, que o sejam por violar direitos fundamentais, quer porque se formaram ou obtiveram por processos ilícitos"<sup>490</sup>.

Assim, seriam por exemplo, casos de provas ilícitas conforme aponta exaustivamente Carlos Castelo Branco<sup>491</sup>, quando nomeadamente haja:

<sup>490</sup> FREITAS, Lebre de, *Introdução ao Processo Civil – Conceito e Princípios Gerais à Luz do Código Revisto*, pp. 107 a 108.

<sup>491</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 87 a 92.

Violação do direito à integridade seja física ou mental das pessoas como seja: provocação de *stress* ou tortura (manutenção em pé para além do razoável, encapuçamento, sujeição a ruídos ou a luz intensa, provocação de sono, etc); coação ou ameaça de um mal; administração de substâncias desinibidoras ou narcóticos; uso de hipnose; utilização de polígrafo e de outras provas neurológicas.

Violação de reserva na intimidade da vida privada, como seja: a fotografia de uma cena da vida íntima; a gravação de uma conversa telefónica; a intromissão em casa alheia para testemunhar ofensas dos membros deste agregado familiar com o consentimento de um deles e o desconhecimento do outro; o furto de documento alheio; a obtenção – mediante pagamento – de dados bancários referentes a cidadãos que fugiram ao fisco.

Violação do domicílio, como seja: intromissão em casa alheia para obtenção de prova (prova sonegada).

Violação do direito à imagem, como seja: fotos apresentadas em juízo e cuja obtenção não foi consentida pelo retratado.

Violação do direito à inviolabilidade da correspondência, como seja: a abertura da carta dirigida a outrem.

Violação do direito à palavra, como seja: a gravação não consentida de conversa entre terceiros.

Para o entendimento disso tudo, já se explanou de forma clara acima, que tem que se partir da noção de ilicitude pois os actos ilícitos são os actos contrários de actos lícitos.

Actos lícitos são os actos que "estão de acordo com a ordem jurídica, que os aprovas consente. Os actos ilícitos são os actos contrários à ordem jurídica, antagónicos com ela, por ela reprovados"<sup>492</sup>.

Segundo Carnelutti "os actos processuais são ilícitos (contrários ao direito) quando resultam do incumprimento de um dever, porém quando o acto corresponde a um ónus, é sempre lícito, haja ou não incumprimento"<sup>493</sup>.

<sup>492</sup> ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, p. 2.

<sup>493</sup> CARNELUTTI, F. *Istituzioni del processo civile Italiano*, I, 1956, p. 270, Apud CORREIA, Tércia Matias, *A Prova no Processo Civil – Reflexões sobre o problema de (in) admissibilidade da prova ilícita*, Dissertação de Mestrado em Direito, na Área de Especialização de Ciências Jurídico Civilística, Apresentada à Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2015, p. 76.

A prova ilícita "traduz um desvalor na formação da prova, a qual, sem afectar a sua natureza extrínseca ou a finalidade probatória da mesma, foi produzida (extra processualmente) ou ingressou no processo (...) violando ou postergando princípios fundamentais ou normas de direito material"<sup>494</sup>.

A expressão prova ilícita tem tido várias denominações. Uns preferem denominar a prova ilícita por prova proibida, como é o caso de Lopez Barja de Quiroca<sup>495</sup>, por entender ser mais abrangente.

Outros preferem denominar a prova ilícita por prova ilegal. Outros ainda preferem chamar a prova ilícita por prova ilegalmente obtida. Há quem designe a prova ilícita por prova injusta<sup>496</sup>.

Vários autores apresentam conceitos de prova ilícita que numa linguagem simples todos os conceitos convergem em que a prova ilícita seria aquela prova que não é lícita. A propósito disso apresentam-se alguns conceitos.

Para João de Castro Mendes e Miguel Teixeira de Sousa "As prova ilícitas são aquelas cuja obtenção ou produção constitui um ilícito (nomeadamente, mas não exclusivamente, por violação de regras constitucionais)"<sup>497</sup>.

Desta definição, retira-se que existem proibições de obtenção da prova que seriam proibições de métodos probatórios, por um lado, por outro, haveria proibições de produção da prova que seriam proibições de meios de prova.

Para Carlos Castelo Branco e também Remédio Marques, não obstante não definirem o conceito de provas ilícitas "considera no âmbito das provas ilícitas as provas cujo método de obtenção ou forma de produção são ilícitos, dando como exemplos da primeira situação, as provas que sejam obtidas através dos métodos...que implique a violação do segredo profissional..."<sup>498</sup>.

<sup>494</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 87.

<sup>495</sup> QUIROCA, Lopez Barja de, *Las Escuchas Telefónicas*, p. 82 a 83.

<sup>496</sup> BARNABÉ, Augusto Ngongo, *Direito Probatório, Dissertação de Mestrado Científico em Ciências Jurídico – Civilísticas, Menção Direito Processual Civil* – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 106. <https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/35121>, Consulta na Internet, no dia 6 de Março de 2024, pelas 21 horas e 18 minutos.

<sup>497</sup> MENDES, João de Castro; SOUSA, Miguel Teixeira, *Manual de Processo Civil I*, Volume I editora AAFDL, 2022, p. 481.

<sup>498</sup> MARQUES, Remédio, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 2ª ed, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 545, Apud BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade*, Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 102.

Para Isabel Alexandre, no conceito de prova ilícita apenas se deverá incluir "a prova cujo modo de obtenção o direito reprova, quer essa ilicitude se verifique dentro ou fora da órbita processual"<sup>499</sup>.

Salazar Casanova entende "...prova ilícita...aquela que é obtida ou produzida com ofensa de direitos fundamentais; distingue-se da prova ilegal, porque esta ocorre quando se desrespeitam normas de outra natureza"<sup>500</sup>.

Retira-se deste entendimento que a prova ilícita é aquela que é obtida e ou produzida mediante violação de normas de direito material ou substantivo, que protegem direitos fundamentais, que normalmente constam da constituição.

Remata este autor acima citado que "De uma forma geral reserva-se a expressão – prova – ilícita – para aquela que é obtida ou produzida com ofensa do direitos fundamentais; distinguindo-se da prova ilegal – porque esta ocorre quando se desrespeitam normas de outra natureza".<sup>501</sup>

Duma maneira muito simples, Paula Magalhães dos Santos, traz a ideia de que "a prova ilícita é a que viola o ordenamento jurídico, na medida em que são ilícitas as provas que decorrem de um acto ilícito"<sup>502</sup>.

Sara Ferreira de Oliveira, indica que "a prova ilícita é a prova cujo modo de obtenção o direito material reprova ou cuja produção em juízo consubstancia violação de direito material"<sup>503</sup>. Aqui distingue-se a ilicitude na obtenção da prova e a ilicitude na produção de prova, portanto distingue-se a ilicitude substantiva ou material da ilicitude processual ou formal.

Assim "A prova ilícita é a prova que foi formada fora do processo ou entrou para o processo com o uso de meios ilegais ou ilegítimos, com métodos penalmente ilícitos ou

<sup>499</sup> ISABEL, Alexandre, *Provas ilícitas em Processo Civil*, p. 21, Apud BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 103.

<sup>500</sup> CASANOVA, Salazar, *Provas ilícitas em Processo Civil. Sobre a admissibilidade e valorização de meios de prova obtidos pelos particulares*, p. 101, Apud BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 104.

<sup>501</sup> Idem, p. 104.

<sup>502</sup> SANTOS, Paula Magalhães dos, *Da Problemática da Prova Ilícita no Processo Civil*, FDUC, Coimbra, 2011, p. 33, Apud BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p.105.

<sup>503</sup> OLIVEIRA, Sara Ferreira de, *Admissibilidade da prova ilícita em processo civil*, FDUL, Lisboa, 2014, p. 19, Apud BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p.105.

com actos que comportam uma violação dos direitos subjectivos constitucionalmente protegidos"<sup>504</sup>. Parece remontar a ilicitude substantiva ou material.

No mesmo sentido Miguel Teixeira de Sousa, para quem "Provas ilícitas, aquelas cujo método de obtenção ou forma de produção é um acto materialmente ilícito"<sup>505</sup>. Assim também José João Abrantes "Chama-se prova ilícita à que se encontra afectada por ilicitude no que respeita ao modo da sua obtenção"<sup>506</sup>.

Para Isabel Branco e também Alfredo Faife "a prova ilícita é aquela que se encontra afectada por ilicitude em relação ao seu modo de obtenção, e portanto, contrária à ordem jurídica"<sup>507</sup>.

Por sua vez Magalhães dos Santos, mas também Alfredo Faife, a prova ilícita "é aquela em que viola o ordenamento jurídico, na medida em que as define como "*provas decorrentes de um ilícito*"<sup>508</sup>.

Existe quem defenda que não se podem violar garantias fundamentais em busca da verdade material. Assim, "...a prova ilícita é aquela que ofende direitos regulados pelo direito material, em geral, os direitos de personalidade, constitucionalmente consagrados, mas também a que viola outros direito, entre eles, v. g., os direitos de propriedade e os direitos humanos"<sup>509</sup>.

<sup>504</sup> TARUFFO, Michelle, *La Prova nel processo civil*, Giuffrè, Milão, 2012, p. 76. Apud BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p.87.

<sup>505</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de, *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*, Lisboa, Lex, 1995, p. 23, Apud BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 92.

<sup>506</sup> ABRANTES, José João, *Prova ilícitain* Revista jurídica n<sup>o</sup>7, Julho – Setembro, 1986, AAFDL, p. 12, Apud BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p.92.

<sup>507</sup> BRANCO, Isabel Maria Fernandes, *As gravações e fotografias ilícitas como prova a valorar no âmbito do processo penal e civil (tendências jurisprudenciais)*, p. 14. Apud, FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano – Da Problemática da Colisão de Direitos Fundamentais, Editora Nova Causa – Edições Jurídicas*, p. 118.

<sup>508</sup> MORGADO, Pedro Trigo, Op. Cit.,p.81 Apud, FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano – Da Problemática da Colisão de Direitos Fundamentais, Editora Nova Causa – Edições Jurídicas*, p. 118.

<sup>509</sup> CORREIA, Têssia Matias, *A Prova no Processo Civil – Reflexões sobre o problema de (in) admissibilidade da prova ilícita*, Dissertação de Mestardo em Direito, na Área de Especialização de Ciências Jurídico Civilística, Apresentada à Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2015, p. 77.

Mas neste trabalho defende-se a posição contrária. É que as garantias fundamentais estão consagradas na Constituição da República de Moçambique. A mesma Constituição da República de Moçambique que consagra entre outros princípios, o princípio de acesso aos tribunais, que se consubstancia no acesso à justiça, e que por sua vez desemboca no direito das partes litigantes apresentarem as provas que tenham em defesa das suas pretensões ou situações jurídicas, o que faz com que possam apresentar todo o tipo de provas, incluindo provas ilícitas, em busca da verdade material, para o alcance de justiça.

Para Barbosa Moreira "a prova ilícita é anti-jurídica, pois, por um lado, não segue o nosso senso jurídico comum, e por outro lado, há um interesse público de que aquela prova seja tomada em consideração"<sup>510</sup>.

Grinover "refere-se à prova ilegal, quando haja violação de normas legais ou princípios gerais, seja de natureza processual ou material, a prova ilegítima quando a proibição for colocada por uma regra processual e por último, a prova ilícita quando a proibição for de natureza material"<sup>511</sup>.

É este o sentido também encontrado na doutrina italiana que reserva a designação da prova ilegítima às provas que são obtidas ou produzidas com violação de regras processuais, e a prova ilícita para tratar as provas que violam os direitos materiais, portanto, violação de natureza substantiva.

No caso de Moçambique, pensa o autor desta Tese, ter sido Alfredo Faife, senão o primeiro a reflectir sobre a prova ilícita no Processo Civil Moçambicano, pelo menos, parece ser o primeiro autor, a transmitir em Livro, o seu pensamento sobre a Prova Ilícita no Processo Civil moçambicano, focando a Problemática da Colisão de Direitos Fundamentais.

Este autor acabado de citar, entende que "é prova ilícita, aquela cujo modo de obtenção a mesma fere com os direitos civis e fundamentais inerentes à pessoa humana e com regras procedimentais da sua produção"<sup>512</sup>.

Para o autor moçambicano acima citado, contrariamente a certos autores que entendem que a prova ilícita contempla a ilicitude material "Este conceito contempla a

<sup>510</sup> CORREIA, Téssia Matias, *A Prova no Processo Civil – Reflexões sobre o problema de (in) admissibilidade da prova ilícita*, Dissertação de Mestrado em Direito, na Área de Especialização de Ciências Jurídico Civilística, Apresentada à Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2015, p. 77.

<sup>511</sup> Idem, p. 77.

<sup>512</sup> FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano – Da Problemática da Colisão de Direitos Fundamentais, Editora Nova Causa* – Edições Jurídicas, p. 119.

ilicitude material (inerente à obtenção do conteúdo probatório) e a ilicitude formal (inerente a regras e modos de produção das provas em processo civil) "<sup>513</sup>.

Alyne de Lima Gama Fernandes Oliveira refere quanto à questão da prova e também da prova ilícita que "Não há como afirmar com absoluta certeza que o produto encontrado corresponde aos factos efectivamente ocorridos. A verdade que se alcança no processo nada mais é que a verdade possível"<sup>514</sup>.

Apesar de continuar-se a defender neste trabalho ou tese, em parte, que o juiz cível dança conforme toca a música, o actual juiz cível deve ser activo e colaborante, dentro do que hoje em dia se entende ser, direito processual civil constitucional:

Trata-se, em síntese, da necessidade de se interpretar as regras processuais com os olhos da constituição, vez que o processo existe para implementar os direitos fundamentais e, neste mister, não pode obviamente, deixar-se de atender às garantias indispensáveis a um processo justo. Vê-se, destarte, uma mudança de paradigma, decorrente da progressiva superação do positivismo, que implica no (i) reconhecimento de força normativa à Constituição, na (ii) expansão da jurisdição constitucional e no (iii) desenvolvimento da interpretação constitucional. Vem daí o surgimento de uma nova teoria, multiforme e de contornos de difícil delimitação, corriqueiramente chamada de neoconstitucionalismo, da qual são características básicas, em maior ou menor intensidade, segundo Humberto Ávila: (.) Princípios, em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata; Poder judiciário em vez dos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da lei) (...) esses novos ares também foram, ainda que com considerável atraso, inspirados pelos processualistas, que passaram a advogar, em certa medida, uma releitura da trilogia básica "jurisdição – acção - processo", a fim de que surgisse um "modelo constitucional de processo". Trata-se aí aquilo que Eduardo Cambi (Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo, *in* FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo:RT, 2006, p. 662 – 683) nomeou de neoprocessualismo, movimento esse que teria como elementos: i) inserção do direito processual na perspectiva constitucional; ii) aplicação dos princípios constitucionais processuais independentemente da existência de previsão legal; iii) utilização da reserva de consistência (e não simplesmente a reserva do possível) para justificar eventual escolha do exegeta; iv) fundamentação analítica (e não meramente sintética); v) democratização do processo (preocupação com as formas de intervenção popular; vi) visão publicista do processo; vii) implementação concreta dos princípios da colaboração e da cooperação; viii) aumento dos poderes do juiz no curso do processo. Se antigamente se dizia que a função da jurisdição era aplicar a vontade concreta da lei (Giuseppe Chiovenda) ou, até mesmo, solucionar os conflitos concretos proporcionando a justa composição da lide (Francesco Carnelutti), hoje se verifica que ela visa à "tutela dos interesses particulares juridicamente relevantes", a fim de que o processo possa "ser um instrumento preocupado com a protecção dos direitos, na medida em que o juiz, no Estado

<sup>513</sup> Idem, p.119.

<sup>514</sup> OLIVEIRA, Alyne de Lima Gama Fernandes, *A busca pela verdade possível e a admissibilidade das provas ilícitas no processo civil*, p. 383, Apud BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p.19.

constitucional, além de atribuir significado ao caso concreto, compreende a lei na dimensão dos direitos fundamentais<sup>515</sup>.

A problemática da prova ilícita enquadra-se no âmbito do exercício dos direitos probatórios. Surge em contraponto com o exercício do direito à prova e como limite a este direito.

O que se deve fazer hoje em dia é a releitura dos princípios de processo civil, tendo em conta a constituição da República de Moçambique que não tem ou não defende somente um princípio de direito mas sim vários princípios de direitos, que quanto ao entendimento do autor desta Tese estão hierarquizados.

A proibição de provas ilícitas é mais acutilante no processo penal do que no processo civil, por isso refere Carlos Castelo Branco, reportando-se ao caso do direito português "Como facilmente se constata pela leitura dos Códigos que, no nosso ordenamento jurídico, regulava o processo civil e o processo penal, a importância dada pelo legislador ao problema da admissibilidade e valoração das provas ilícitas foi manifestamente maior neste último ramo do direito"<sup>516</sup>. Assim também acontece em Moçambique.

Segundo o autor acima referido, mas também Isabel Alexandre avançam uma possível explicação para esta disparidade de tratamento relacionada com a maior intervenção das autoridades públicas na fase da recolha das provas no processo penal, leva o legislador a considerar ser o campo de direito penal e processual penal mais vulnerável a abusos comparativamente ao direito civil e processual civil<sup>517</sup>.

Assim as coisas acontecem no processo civil diferentemente do que no processo penal, porque no processo civil as partes encontram-se em igualdade de armas probatórias, e o juiz civil *dança conforme toca a música*, diferentemente do processo penal onde o juiz tem mais poder investigativo (princípio de inquisitório), demandando maior tutela neste último (processo penal).

Trata-se de fazer uma opção e as opções fazem a vida, como defende Carlos Castelo Branco:

E, assim, duas lógicas se defrontam: de um lado, liberdade da prova e da procura de manifestação da verdade mais eficaz para que a decisão se aproxime da verdade

<sup>515</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 22.

<sup>516</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 25.

<sup>517</sup> ISABEL, Alexandre, *Provas ilícitas em Processo Civil*, p. 13, Apud BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 25.

material, sem que esta se torne numa injusta sanção contra uma das partes, em caso de erro de apreciação probatória; de outro lado, a escolha de uma visão mais global e de respeito pela lealdade na obtenção dos meios probatórios, ainda que a mesma possa comportar restrição à liberdade probatória<sup>518</sup>.

No mais, a questão que se levanta em volta de admissibilidade ou não admissibilidade de prova ilícita no direito processual, em geral, e no direito processo civil, em particular, é também uma questão ou problema político ou de opção política.

A solução será diversificada consoante as tendências que opcionalmente forem seguidas, se tendências mais humanistas de determinado ordenamento jurídico onde se dará mais preferência ao direito fundamental violado, na obtenção da prova, ou pelo contrário, se consideram mais prioritárias as exigências da verdade material.

As provas ilícitas definidas nos termos acima expostos podem manifestar-se em diversas configurações, como a seguir se procurará apontar:

As situações de provas ilícitas pré-constituídas. Isto é, provas ilícitas que acontecem porque ilicitamente obtidas pela parte que pretende usar as mesmas no futuro, mediante a violação de determinada lei.

Podem-se apontar os exemplos de roubo da prova para posteriormente apresentar a mesma em acção a intentar, filmagens sem consentimento do filmado, com vista a apresentar como prova em acção a intentar.

Outra situação de provas ilícitas é aquela em que a prova é ilícita em si mesma, mas que em tese geral, a aplicação da referida prova no processo viola os direitos fundamentais constitucionalmente consagrados.

Apontam-se exemplos desse tipo de provas ilícitas: o caso de violação da intimidade de certa pessoa; a violação da vida privada de certa pessoa; a violação do direito ao bom nome de certa pessoa; a violação de direito à imagem; a escuta telefónica sem autorização judicial, esta última situação como referida por Manuel Monteiro Guedes Valente<sup>519</sup>.

Uma outra perspectiva prende-se com os casos de ilicitude na formação da prova, como entende G. F. Ricci<sup>520</sup>. O caso paradigmático de uso de violência, uso de tortura,

<sup>518</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 27.

<sup>519</sup> VALENTE, *Manuel Monteiro Guedes*, Escutas Telefónicas, 2ª Edição, Editora Almedina.

<sup>520</sup> Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, in *Le prove Illicite nel Processo Civile*, p. 71-79.

uso de coacção, uso de violação da privacidade de uma pessoa com o fim de se obter a verdade.

### 7.1.1. Figuras afins

Assim dizia Manuel de Andrade, quanto à ilicitude de que os actos lícitos "Estão de acordo com a ordem jurídica, que os aprova e consente. Os ilícitos são contrários à ordem jurídica, antagónicos com ela, por ela reprovados"<sup>521</sup>.

Neste sentido, não se confunde a prova ilícita e a prova inadmissível. A prova inadmissível refere-se a meio de prova que, por um motivo ou outro, não pode ser admitido a ingressar no processo por razões ligadas à lei substantiva<sup>522</sup>, ou da lei adjectiva<sup>523</sup>.

É de interesse trazer o trecho onde estão patentes algumas considerações, quanto à prova obtida por meios ilícitos que se considera uma leitura restritiva da garantia constitucional instituída no artigo 5º, inciso LVI da CF/88, p. 17, no âmbito do Direito Brasileiro. Expressa essa inconsistência terminológica nos seguintes termos em que uma das grandes dificuldades na compreensão do tema decorre da absoluta ausência de uniformidade na terminologia dos fenómenos, como refere Guilherme Botelho de Oliveira:

("Algumas considerações quanto à prova obtida por meios ilícitos: Uma leitura restritiva da garantia constitucional instituída no artigo 5º, inciso LVI da CF/88", p. 17) expressa essa inconsistência terminológica nos seguintes termos: "Uma das grandes dificuldades na compreensão do tema decorre da absoluta ausência de uniformidade na terminologia dos fenómenos. Não é incomum ver a doutrina usar os termos provas ilegítimas, provas proibidas, vedadas, ilegais, inadmissíveis, irregulares e, até mesmo, proibições probatórias, às vezes como géneros e espécies, sempre com algumas variações terá toológicas. Prova vedada ou inadmissível é a prova obtida mediante meio ou comportamentos ilegais, ou seja, prova obtida por intermédio de atitude reprovada pelo ordenamento jurídico, seja de que natureza for essa norma. As doutrinas italianas, portuguesa e brasileira têm preferido a utilização do termo ilegítima especificamente para denominar as provas obtidas mediante violação de norma processual; (...). De outra banda, ilícita será "a prova cujo modo de obtenção o direito material reprovava, quer essa ilicitude se verifique dentro ou fora da órbita processual" (...) Serão exemplos de prova ilícita fora de órbita processual: a escuta telefónica sem autorização judicial ou a obtenção delituosa de informações

<sup>521</sup> ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, p. 32 Apud, BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 86.

<sup>522</sup> Cfr. Artigos 393º, 394º e 395º, todos do CC.

<sup>523</sup> Cfr. Artigos 522º nº 1, 2ª parte, 632º e 633º, todos do CPC português.

que chegam aos autos por meio de prova testemunhal. Exemplo de prova ilícita dentro do processo é a inquirição de testemunha sob coação. Sendo assim, prova vedada ou inadmissível é género dos quais são espécies a ilegítima e a ilícita<sup>524</sup>.

Portanto, a prova inadmissível é aquela que, por uma ou outra razão, não pode ser aceite no processo, sendo assim, essa prova não vincula ao subjectivismo do juiz, pelo contrário, a sua não admissibilidade é determinada por elementos que não dependem da participação do juiz, como, por exemplo, uma proibição expressa legalmente ou um requerimento apresentado fora do prazo. Alguns consideram a prova inadmissível como uma subespécie da prova ilegal porque não permite a livre apreciação do juiz.

Por sua vez, não se confunde a prova inadmissível da prova irrelevante ou desnecessária pois esta pode ser válida e lícita, mas não pertinente para o ajuizamento do litígio.

A prova desnecessária como o nome indica, não tem qualquer necessidade para estar no processo pois não tem qualquer relação com o objecto do litígio ou causa em ajuizamento.

Existe diferenciação entre a prova ilícita e a prova invalidamente constituída porque esta, a sua invalidade afecta os actos processuais de admissão ou de produção de prova, contrariamente ao que acontece na prova ilícita porque na prova ilícita por regra, não tem qualquer problema de admissão processual no que tange a normas processuais, mas a ilicitude afecta a prova em si mesma.

São exemplos de prova invalidamente constituída: a violação do princípio da audiência contraditória das provas ou do princípio da imediação, por exemplo, a circunstância do juiz colher para o processo um meio de prova que não comunica às partes.

A prova é inválida sem a presença das partes; é o que os alemães chamam de *Parteiöffentlichkeit*, pois, se o magistrado, mesmo de ofício, colher a prova e não comunicar às partes em prazo hábil, essa prova está manchada, isto é, inválida para produzir efeitos objectivos sobre a sentença, por exemplo, a inspecção judicial.

Diferencia-se a prova ilícita da prova imoral, tal como o direito se diferencia da moral. Costuma-se a dar o exemplo de caso que se deu na Alemanha, da esposa comprada. "Tratou-se de um caso em que a mulher do autor renunciou ao direito de não depor a troco da

<sup>524</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 108.

quantia de mil marcos alemães. O Advogado do réu que tomou conhecimento dessa situação arguiu a ilicitude da prova"<sup>525</sup>.

Outro exemplo que costuma ser dado, de prova imoral é o caso do "pai que grava uma suposta conversa sua com seu filho menor cuja probabilidade de indução (manipulação) é bastante considerável; e outro caso de prova imoral que costuma ser dado é o da testemunha que exige dinheiro para depor"<sup>526</sup>.

Continua o autor citado, Carlos Castelo Branco, relativamente à prova imoral, dizendo "É inquestionável que esses tipos de prova desrespeitam as premissas morais e, por isso, não devem ter espaço na seara jurídica, restando-lhes apenas a exclusão e inadmissão processual"<sup>527</sup>. A prova em si mesma não é ilícita, mas é imoral.

Não se confunde a prova ilícita com a prova viciada ou falsa. A prova ilícita tem o cunho que corresponde à realidade, pelo contrário a prova viciada é viciada ou falsa, pois o meio de prova encontra-se afectado por vício quanto ao seu conteúdo ou veracidade, visto que não corresponde à verdade ou à realidade objectiva.

Outra distinção é entre a prova ilícita e a prova impertinente ou irrelevante. A prova impertinente, em regra, não colide com quaisquer direitos fundamentais no modo de obtenção, por e simplesmente ser uma prova não necessária.

A prova ilícita é diferente da prova inútil, sendo que esta em nenhum caso pode contribuir para o esclarecimento dos factos trazidos pelas partes no processo, contrariamente, aquela, a prova ilícita "...mantém, apesar da sua ofensa material, utilidade para o esclarecimento dos factos em discussão, muito embora, em virtude do vício que nela se contém não possa ter efeito útil para a demonstração ou indemonstração probatória"<sup>528</sup>.

Mas o entendimento perfilhado neste trabalho investigativo é que a apesar da prova ilícita, apesar da sua ofensa material, a mesma prova tem utilidade para o esclarecimento dos factos em discussão, muito embora, em virtude do vício que nela se contém. A prova pode ter efeito útil para a demonstração probatória.

<sup>525</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 111.

<sup>526</sup> ROCHA, Maria Luiza do Vale, *A prova ilícita no processo civil português*, Combra, 2014, p. 41.

<sup>527</sup> Idem, p. 42.

<sup>528</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 114.

A prova ilícita também não se confunde com a prova atípica ou inominada, que é aquela que não vem tipificada ou nominada no ordenamento jurídico.

A prova ilícita é diferente da prova ilegítima pois esta ofende regras de direito processual, no caso, ofende regras de direito processual civil, mas podia ser também regras do processo penal, disciplinar ou outro tipo de processo, concorrendo intra-processualmente, ao passo que a prova ilícita ofenderia normas de direito material, no caso direito civil.

Os primeiros estudos sobre prova ilícita e ilegítima foram realizados por Nuvolone, que entendia que o elemento determinante para a diferenciação não tinha como base o diploma em que estavam previstas, como por exemplo, o Código Civil ou Código Processual Civil, mas a sua natureza íntima.

Desta feita, uma proibição tem natureza processual quando sua causa estiver relacionada com os interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo, pelo contrário terá natureza material, quando estabelecida essencialmente, em função dos direitos individuais, mesmo que seja em face de uma possível relação com os interesses processuais.

Refere Carlos Castelo Branco, mas também Alfredo Faife, relativamente a tradicional classificação de Pietro Nuvolone adotada, dentre outras, pelas obras de Ada Pellegrini Grinover e Luiz Francisco Torquato que distingue, dentro do género provas vedadas, as espécies ilícita e ilegítima, referentes, respectivamente, aos meios de prova colhidos com violação a normas de direito processual e de direito material, o seguinte:

A tradicional classificação de Pietro Nuvolone adotada, dentre outras, pelas obras de Ada Pellegrini Grinover e Luiz Francisco Torquato distingue, dentro do género provas vedadas, as espécies ilícita e ilegítima, referentes, respectivamente, aos meios de prova colhidos com violação a normas de direito processual e de direito material. Desta divisão emerge a concepção tradicional de que as provas ilícitas têm sua produção em uma seara pré ou extraprocessual, ao passo em que as ilegítimas são, necessariamente, endoprocessuais, posto como produzidas, com violação, no âmbito do processo<sup>529</sup>.

As sanções para as provas ilegítimas estariam previstas no ordenamento processual, ao passo que as sanções ou consequências das provas ilícitas estão previstas especificamente nas normas de direito material violado.

<sup>529</sup> CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CARVALHO, Frederico Ivens Miná Arruda de, *A Admissibilidade dos meios de prova ilícitos no processo civil: uma análise a partir da conformação contemporânea dos poderes instrutórios do juiz e da técnica de ponderação do art. 489, § 1º do CPC/2015*, in Revista de Direito Brasileira, Florianópolis, SC/v.25/n. 10/p. 366 -384/Jan./Abr. 2020.

Todavia, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, mas também Trícia Navarro Xavier Cabral e Frederico Ivens Miná Arruda de Cabral sobre a questão entendem que "o critério temporal para a fixação de ilicitude da prova não se justifica, pois, mal grado ocorrida fora do ambiente processual, eis que a lesão à regra de direito material tanto pode ocorrer antes, quanto durante o trâmite do processo, como por exemplo na hipótese de coação de uma testemunha para prestar depoimento em juízo"<sup>530</sup>.

A prova ilícita é diferente da prova nula, porquanto esta última traduz o vício que afecta as regras de admissão no processo de uma determinada prova ou os termos em que a mesma deve ser admitida.

Deste modo "A prova nula é a prova que foi admitida mediante a violação de normas processuais, que regulam sobre a admissão probatória ou sobre os termos processuais em que a mesma deve ser admitida no processo e a tal violação aplica-se o regime das nulidades processuais"<sup>531</sup>.

Finalmente, a prova ilícita é diferente da prova ilegal. A prova ilegal é aquela que foi constituída contra a lei, *contra legem*, ao passo que a prova ilícita é a que foi produzida ou obtida mediante a ofensa da ordem jurídica, no que respeita aos princípios constitucionais fundamentais ou direito material.

Se retirarem-se algumas conclusões do que acima foi exposto, então pode-se dizer por exemplo, que a circunstância de a prova implicar a utilização de dados protegidos, ou algo parecido, não a torna, apenas por essa circunstância, uma prova ilícita.

Pois "não constitui uma prova ilícita a fotografia, obtida acidentalmente por um dos cônjuges, que mostra o outro cônjuge numa cena amorosa com um terceiro"<sup>532</sup>; "não é ilícita a prova de uma testemunha que ouviu acidentalmente uma chamada telefónica"<sup>533</sup>; "não

<sup>530</sup> CABRAL, Trícia Navarro Xavier; CARVALHO, Frederico Ivens Miná Arruda de, *A Admissibilidade dos meios de prova ilícitos no processo civil: uma análise a partir da conformação contemporânea dos poderes instrutórios do juiz e da técnica de ponderação do art. 489, § 1º do CPC/2015*, in Revista de Direito Brasileira, Florianópolis, SC/v.25/n. 10/p. 366 -384/Jan./Abr. 2020; MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz, *Prova e convicção*, 4ª ed. São Paulo: Revist dos Tribunais, 2018, p. 292.

<sup>531</sup> OLIVEIRA, Sara Ferreira de, *Admissibilidade da Prova ilícita em Processo Civil*, 2014, p. 18, Apud BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 125.

<sup>532</sup> MEMDES, João de Castro; SOUSA, Miguel Teixeira de, *Manual de Processo Civil*, Volume I, Editora, AAFDL, Lisboa, 2022, p. 482, in Tribunal Constitucional, Processo 263/97, Acórdão de 19 de Março de 1997.

<sup>533</sup> Idem, p. 482, in Stein/Jonas/Thole (2018) § 286, 67.

é ilícita a exibição de um SMS pelo destinatário"<sup>534</sup>; "não é ilícita a gravação, quando autorizada, da proposta de aceitação de um contrato de seguro feita pelo telefone"<sup>535</sup>.

### 7.1.2. Enquadramento doutrinário da questão da prova ilícita

Como refere Carlos Castelo Branco, a prova ilícita coloca várias questões perante uma multiplicidade de interesses em conflito e importa trazer à tona. Refere o autor "Assim, se por um lado, conduta que dá lugar ao aparecimento do meio de prova é uma conduta ilícita, porque reprovada pela lei, por outro lado, a prova assim obtida é susceptível de tornar conhecidos factos relevantes - e, por regra, correspondentes à realidade - para que o Tribunal possa formar a sua convicção"<sup>536</sup>.

Refere o autor citado que em vários ordenamentos jurídicos não existe regulamentação específica quanto à admissibilidade ou não admissibilidade da prova ilícita em processo civil.

O mesmo entendimento é seguido por exemplo, por Isabel Alexandre que refere "por este motivo, quase nunca é possível afirmar qual a via seguida por determinado país, no tocante à admissibilidade ou inadmissibilidade das provas ilícitas, face a opiniões profundamente divergentes, no seio da própria doutrina e jurisprudência (é o caso da Alemanha ou a Itália)"<sup>537</sup>.

O enquadramento doutrinário da questão da prova ilícita no processo civil resume-se em duas teses principais, e cada uma delas tendo ramificações que as principais teses assentam nos seguintes princípios:

O princípio da investigação da verdade para defender a tese favorável à admissão sem restrições da prova ilícita;

O princípio da unidade do ordenamento jurídico para fundamentar a tese oposta.

<sup>534</sup> MEMDES, João de Castro; SOUSA, Miguel Teixeira de, *Manual de Processo Civil*, Volume I, Editora, AAFDL, Lisboa, 2022, p. 482, in Tribunal Constitucional, Processo 263/97, Acórdão de 19 de Março de 1997, in Acórdão da Relação de Porto, de 20 de Maio de 2013, do Processo (74/07.3PASTS. P1).

<sup>535</sup> MEMDES, João de Castro; SOUSA, Miguel Teixeira de, *Manual de Processo Civil*, Volume I, Editora, AAFDL, Lisboa, 2022, p. 482, in Acórdão da Relação de Lisboa, de 24 de Outubro de 2013, do Processo (102197/12.1YIPRT-A.L1-2).

<sup>536</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova Ilícita Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 126.

<sup>537</sup> ALEXANDRE, Isabel, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, pp. 160-161, In BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova Ilícita Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 127.

Relativamente a estes dois pontos de vista sobre a mesma questão de admissibilidade ou inadmissibilidade da prova ilícita no processo civil, a questão se levanta sobre se: uma parte processual que tenha obtido prova de forma ilícita sobre determinado facto, e o tal facto prova-se ser verdadeiro. Sabendo-se que a parte infringiu o seu direito e está agindo de forma contrária à lei, mas o único meio que se tem para provar o facto é recorrendo a prova obtida de forma ilícita, vem à tona o velho adágio: cometa dois erros mas faça um bem?<sup>538</sup>

## CAPÍTULO VIII

### 8.1. (IN) ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL

A admissibilidade ou inadmissibilidade da prova ilícita no processo está intimamente ligada à questão do direito de acesso à justiça ou acesso aos tribunais.

Quanto ao direito de acesso à justiça que é o mesmo que dizer o direito de acesso aos tribunais, há que referir que este direito tem como corolário, entre outros, o direito à produção de prova quaisquer que sejam as provas sem limitação, e o direito à cooperação na obtenção das mesmas provas.

Ter ou exercer o direito à prova implica: em primeiro lugar, ter direito de alegar factos ou por outras palavras, implica ter direito a dispor sobre os mesmos factos; em segundo lugar, implica ter direito de provar os factos, direito de provar serem exactos ou inexactos os factos alegados, para isso é preciso entender a pertinência de admissibilidade de provas ilícitas no processo civil; em terceiro lugar, implica ter direito a participar na produção da prova.

Ter direito à prova é consequência de ter direito à acção, como entende Manuel de Andrade<sup>539</sup> e também Carlos Castelo Branco<sup>540</sup>. Era necessário não confundir estas duas

<sup>538</sup> VOS, Andre, *In Evidence Unlawfully Obtained* - disponível em <http://www.deneysreitz.co.za/index/.php/news/evidence> - obtained/ por referência ao sistema Sul - Africano: "The question arises whether one may, despite the unlawful means by which such information has been gained, rely upon it in evidence. What can be particularly irksome is knowing that someone has infringed your rights and acting unlawfully, but the only way you can prove it is by evidence which has been gathered unlawfully. The old adage comes to mind: do two wrongs make a right?" apud BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova Ilícita Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 127.

<sup>539</sup> ANRDADE, Manuel de, *Noções Elementares de Processo Civil*, p.364.

<sup>540</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova Ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 32.

coisas, nomeadamente, por um lado, acção para demandar o que pede, e por outro, o direito ao pedido.

O direito à acção é apenas encarado de baixo do ponto de vista subjectivo. Assim, o autor tem direito à acção para demandar o que pede desde que pela lei, pode pedir o que pede.

O direito à acção nada absolutamente tem que ver com a prova desse direito. Uma coisa é ter direito a acção, outra coisa bem diferente é ter direito a provar os factos alegados, o ter direito a fazer a contra-prova.

É precisamente por se ter direito à prova ou direito à contraprova, que a Tese que se propugna nesta investigação é defensável, quer dizer, é admissível a prova ilícita no processo civil.

O não ter direito à acção ou o não ter direito a intentar uma acção produz a ilegitimidade. O não ter prova do direito, ou não provar os factos e ou o direito que se alega produz improcedência da acção.

O autor pode ter direito à acção para demandar o réu, mas não ter qualidade jurídica para demandar o réu ou este não ter qualidade jurídica para poder ser demandado<sup>541</sup>.

Para Professor Alberto dos Reis, o direito de acção ou o direito a accionar o réu é um direito inerente à personalidade humana, como é o direito de existência e o direito de liberdade. Qualquer homem, no sentido de ser humano, pelo simples facto de o ser, tem o direito de propor acções em juízo; o que pode suceder, e muitas vezes acontece, é que essa acção não tenha êxito, ou porque o juiz não chega a conhecer do pedido ou porque o julga improcedente o pedido.

E o juiz pode julgar a acção improcedente, ou por uma razão de direito, isto é, por a pretensão não ter fundamento legal, ou por uma razão de facto, isto é, por se não ter feito a prova bastante, dos requisitos e circunstâncias necessárias à viabilidade da pretensão. O direito à acção de que refere por exemplo, o juiz Oliveira Guimarães, vem afinal a corresponder ao direito ao pedido.

Ter direito ao que se pede é condição de procedência da acção e não é uma condição de legitimidade. Quando o juiz se mantém a analisar a legitimidade, não cuida de

<sup>541</sup> COSTA, Ary de Almeida Elias da, *A legitimidade das partes na Doutrina e na Jurisprudência*, p. 9 a 10.

saber se o autor tem ou não direito a pedir o que pede, procura averiguar somente se o autor é pessoa idónea para meter o caso em juízo.

A crítica acima foi feita por Alberto dos Reis. Este aspecto da crítica do Professor Alberto dos Reis, de que o direito à acção corresponde afinal ao direito ao pedido, como adiante se constatará, muitas vezes, entende-se não proceder inteiramente pois na tese defendida por juiz Oliveira Guimarães, outro autor que desenvolveu esta questão, os dois conceitos, nomeadamente direito à acção, por um lado, e legitimidade, por outro, achavam-se demasiado diferenciados para que pudessem confundir-se.

Direito a demandar o que se pede e direito àquilo mesmo que se pede são coisas inteiramente diferentes, como diferentes são o direito de acção, em geral, e o direito de accionar, em particular, por este ou por aquele fundamento.

O direito a demandar é o direito a propor uma acção judicial que está salvaguardado pela Constituição da República de Moçambique que se integra na questão de acesso à justiça ou acesso aos tribunais.

Com efeito, não há dúvida de que o homem, no sentido de ser humano, tem o direito de recorrer aos tribunais, direito que, como o de liberdade ou de existência, são inerentes à própria personalidade humana.

Mas, por vezes, há condicionalismos, por exemplo, só o casado pode vir por ventura a tribunal para pedir a dissolução do vínculo matrimonial, divórcio, e outro exemplo, só o filho pode, por ventura, pedir a investigação, judicialmente da sua paternidade.

Entre a idoneidade para submeter à apreciação do tribunal o caso controvertido - formulação usada por Professor Alberto dos Reis - e o direito de demandar o que se pede - tradução do pensamento do juiz Oliveira Guimarães - existe identidade de pensamento dos dois, embora com formulações algo díspares.

A propósito de direito à acção, que tem como consequência o direito a apresentar todo o tipo de provas, sem restrições, incluindo a admissibilidade de provas ilícitas no processo civil, tese que se defende neste trabalho investigativo, com bases bem fundamentadas, pode se trazer a colação, um Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal, com o n.º 86/88, publicado no Diário da República, II Série, de 22 de Agosto de 1988, que embora não vincule os tribunais moçambicanos, pois Moçambique é uma País soberano, mas porque se trata de direito da mesma matriz romano-germânico, tem interesse em citar:

...é, entre o mais, um direito a uma solução judicial dos conflitos, a que se deve chegar em prazo razoável e com observância de 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 descreitar sobre o valor e resultados de umas e outras."<sup>542</sup>.

Quer dizer, ter direito à prova é as partes litigantes terem direito a fazer a prova ou a trazerem todo e qualquer tipo de provas, mesmo as provas ilícitas. Por isso a tese que se defende neste trabalho, de admissibilidade da prova ilícita no processo civil.

Refere, a propósito, Jorge Augusto Pais de Amaral "Para formar a convicção do juiz, podem as partes, em princípio, servir-se de quaisquer meios de prova"<sup>543</sup>.

Nada mais esclarecedor do que este entendimento do Venerando Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, que vem em defesa da tese de admissibilidade de prova ilícita em processo civil.

A partir do entendimento dos autores acima citados e do Acórdão supra mencionado, conclui-se que são admissíveis provas ilícitas em processo civil,"...apenas se justificam normas restritivas em sede de direito probatório quando as mesmas se revelem proporcionais, tenham justificação racional ou procurem garantir equilíbrio face a outros direitos"<sup>544</sup>.

Relativamente ao princípio de acesso à justiça ou acesso aos tribunais, reportando-se a situação concreta de Moçambique, a Constituição da República de Moçambique estatui que "1. O Estado garante o acesso dos cidadãos aos tribunais e garante aos arguidos o direito de defesa e o direito à assistência jurídica e patrocínio judiciário"<sup>545</sup>.

Esta enunciação constitucional, de forma garantística, não tem validade por si só se não for acompanhada do direito a ter direito à acção judicial e defesa em processo judicial e o direito à assistência jurídica e patrocínio judiciário para quem não tem meios económicos para arcar com os custos da demanda judicial.

<sup>542</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal, com o n.º 86/88, publicado no Diário da República, II Série, de 22 de Agosto de 1988.

<sup>543</sup> AMARAL, Augusto Pais de, *Direito Processual Civil*, 15ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 296.

<sup>544</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal, com o n.º 209/95, relatado por Juiz Conselheiro Ribeiro Mendes, de 20 de Abril de 1995.

<sup>545</sup> Cfr. Artigo 62, n.º 1 da Constituição da República, revista em 2018.

Mais importante para o que interessa a este trabalho investigativo é ter direito a apresentar a prova ou a fazer a prova dos factos alegados, quaisquer que sejam as provas idóneas para sustentar os factos que se alegam.

Não se justifica por isso a inadmissibilidade de provas ilícitas no processo civil, como defende certa doutrina que aqui não se perfilha, pelo contrário, do acima exposto, conclui-se nitidamente a admissibilidade de provas ilícitas no processo civil em certas circunstâncias.

Está consagrado constitucionalmente no nosso País, quanto ao princípio de acesso à justiça ou acesso aos tribunais, de que "1. O Estado garante o acesso dos cidadãos aos tribunais e garante aos arguidos o direito de defesa e o direito à assistência jurídica e patrocínio judiciário"<sup>546</sup>.

Decorre também da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pois, "todas as pessoas têm direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, por um tribunal independente e imparcial, que decidirá sobre os seus direitos e obrigações"<sup>547</sup>.

Esta enunciação constitucional moçambicana e proveniente da Declaração Universal dos Direitos Humanos é a ampliação do *due process of law*, ou seja, do devido processo legal.

Professor Tomás Timbane refere a respeito de acesso aos tribunais, que "trata-se do princípio da tutela jurisdicional efectiva a todos os cidadãos, traduz-se não só na tutela de todos os direitos conferidos por lei, também na tutela efectiva, através de todas as espécies de acções, de mecanismos de defesa dos direitos e interesses colectivos e individuais"<sup>548</sup>. Quando se refere - através de todas as espécies de acções, de mecanismos de defesa dos direitos e interesses colectivos e individuais, entende o autor deste trabalho de investigação a admissibilidade de prova ilícita no processo civil pátrio.

Segundo o mesmo autor e também Cândido Rangel Dinamarco, a garantia constitucional *do due process of law* é em si mesma um sistema de tutela dos litigantes, enquanto tais e também para que o processo possa oferecer-lhes o efectivo acesso à ordem jurídica justa.

<sup>546</sup> Cfr. Artigo 62º, n.º 1 da Constituição da República, revista em 2018.

<sup>547</sup> Cfr. Artigo 10 da DUDH

<sup>548</sup> TIMBANE, Tomás, *Lições de Processo Civil*, Escolar Editora, 2010, p. 94.

No Código de Processo Civil Moçambicano estabelece-se que "1. A protecção jurídica através dos tribunais implica o direito de, em prazo razoável, obter ou fazer executar uma decisão judicial com força de caso julgado"<sup>549</sup>. Dentro deste enunciado está também o princípio de celeridade processual.

No mesmo sentido defendem José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, relativamente ao direito de acesso aos tribunais e de que a defesa dos direitos através dos tribunais seja efectiva que "o princípio da efectividade articula-se, assim como uma compreensão unitária da relação entre direitos materiais e direitos processuais, entre direitos fundamentais e organização e processo de protecção e garantia"<sup>550</sup>.

O direito à prova é corolário ou consequência do princípio de acesso à justiça, consagrado nos artigos 62<sup>551</sup> e 70<sup>552</sup> da CRM. Mas para se poder ter o acesso à justiça com efectividade tem que haver disponibilidade de provas porque sem a prova não se realiza a justiça.

Mas não basta somente a prova formal, é necessária a prova material, a prova factual do que aconteceu, nos termos do artigo 342º do CC<sup>553</sup>, daí defender-se a admissibilidade da prova ilícita no direito processual civil moçambicano.

Para defesa desse entendimento, contrariamente ao que entende Alfredo Faife, de que seja questionável a existência de omissão ou lacuna, quanto à admissibilidade da prova ilícita no Processo Civil Moçambicano, entende-se que a questão de fundo e existencial em termos de interpretação sistemática das leis é que é admissível a prova ilícita no processo civil pátrio tal como acontece em Portugal.

Não tem muita importância a questão de omissão ou não de dispositivo processual civil que expressamente admita ou não admita a prova ilícita no processo civil, conclui-se nitidamente que é admissível a prova ilícita no processo civil. Assim sendo, não é

<sup>549</sup> Cfr. Artigo 2º, n.º 1 do CPC.

<sup>550</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Vol. I, 4ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 414.

<sup>551</sup> Cfr. Artigo 62 da CRM "1. O Estado garante o acesso dos cidadãos aos tribunais e garante aos arguidos o direito de defesa e o direito à assistência jurídica e patrocínio judiciário; 2. O arguido tem o direito de escolher livremente o seu defensor para o assistir em todos os actos do processo, devendo ao arguido que por razões económicas não possa constituir advogado ser assegurada à adequada assistência jurídica e patrocínio judicial".

<sup>552</sup> Cfr. Artigo 70 da CRM "O cidadão tem o direito de recorrer aos tribunais contra os actos que violem os seus direitos e interesses reconhecidos pela Constituição e pela Lei".

<sup>553</sup> Cfr. Artigo 342º do CC, cujo epígrafe é, – Ónus da prova - "1. Àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado; 2. A prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita; 3. Em caso de dúvida, os factos devem ser considerados como constitutivos do direito".

decisivo por desnecessário e dispensável a analogia do disposto no n.º 3 do artigo 65 da CRM para o processo civil pátrio.

O direito probatório é um conjunto de normas que regulam as provas. O direito probatório encontra-se dividido entre o direito probatório material e o direito probatório formal.

Segundo Manuel A. Domingues de Andrade "No direito probatório material encontramos as normas que regulam o objecto da prova, o ónus da prova e sua distribuição, a admissibilidade de vários meios probatórios, a sua força ou valor e critérios de apreciação"<sup>554</sup>.

Pelo contrário no direito probatório formal enquadram-se as normas que regulam a forma como são produzidas as provas em tribunal. O direito probatório formal delimita a forma de solicitação, produção, assunção ou valoração das provas pelo tribunal.

Quanto à questão concreta deste ponto, nomeadamente o direito à prova, há que referir que o direito à prova é a concretização do direito fundamental ao processo justo.

A origem do direito fundamental ao processo justo tem raízes ou está implantado em quase todas constituições modernas. O direito ao direito fundamental ao processo justo também encontra base no artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>555</sup>.

Não faria sentido estar consagrado na Constituição de Moçambique que "1. O Estado garante o acesso dos cidadãos aos tribunais e garante aos arguidos o direito de defesa e o direito à assistência jurídica e patrocínio judiciário"<sup>556</sup>, se não se estabelecesse o direito à prova.

É o mesmo que dizer não faria sentido estar consagrado na Constituição de Moçambique "1. O Estado garante o acesso dos cidadãos aos tribunais e garante aos arguidos o direito de defesa e o direito à assistência jurídica e patrocínio judiciário"<sup>557</sup>, sendo que o

<sup>554</sup> ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Noções elementos de processo civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1979, p. 193.

<sup>555</sup> Cfr. Artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que reza "Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele". Disponível em <<http://dudh.org.br/wpcontent/uploads/2014/dudh.pdf>, também in [https://sigarra.up.pt/fdup/pt/web\\_gessi\\_docs.download\\_file?p\\_name=F-120942143/ebook\\_DH.pdf](https://sigarra.up.pt/fdup/pt/web_gessi_docs.download_file?p_name=F-120942143/ebook_DH.pdf), consultada no dia 20 de Março, de 2024.

<sup>556</sup> Cfr. Artigo 62, n.º 1 da CRM.

<sup>557</sup> Cfr. Artigo 62, n.º 1 da CRM.

Estado moçambicano, constitucionalmente, consagra a todas pessoas jurídicas o acesso aos tribunais ou o acesso à justiça se não estabelecesse o direito à prova.

O direito à prova é pois a concretização do direito fundamental de acesso aos tribunais e conseqüentemente ao direito fundamental ao processo justo.

Já acima demonstrou-se que um dos desdobramentos do princípio de acesso à justiça ou acesso aos tribunais é o direito à prova.

Para os Estados assim chamados (Estado de Direito) constitui uma garantia constitucional e um direito fundamental ter direito à prova. Ter direito à prova é ter direito ao contraditório ou é consequência de ter direito a contradizer os factos alegados pela parte contrária na acção.

Ter direito à prova é ter direito a todo o tipo de provas que as partes litigantes possam ou consigam trazer ou produzir no processo civil. Tal justifica a admissibilidade de provas ilícitas no processo civil.

Refere João Paulo K Foster "Dos mais variados direitos fundamentais das partes no processo que se podem extrair do processo justo, há de se examinar aquele relacionado à prova, com breve cotejo entre o direito ao contraditório (...)"<sup>558</sup>. Em suma, ter direito à prova é ter direito à acção e à defesa através de produção e apresentação de todo o tipo de provas, incluindo provas ilícitas que dependendo das circunstâncias e de ponderação devida devem ser aceites.

Aliás já dizia Savigny que a acção é imanente ao direito material controvertido no sentido de que a acção é o próprio direito material violado, mas como reacção. Sendo mais concreto, ter direito à acção é ter direito a responder contra o direito material violado. Conseqüentemente, a prova é a demonstração do direito violado para permitir que o referido direito violado seja repostos.

A título de exemplo, a jurisprudência constitucional portuguesa até chegou a fixar por Acórdão 86/88, Diário da República, II Série, de 22 de Agosto de 1988 que "...é corolário do direito de acção, o direito de cada uma das partes oferecer as suas provas,

<sup>558</sup> FOSTER, João Paulo K, *A (Re) valorização de prova em segunda instância: Uma visão a partir do Direito Fundamental à Prova. In Justiça, Cidadania e Direitos Humanos-Homenagem ao Ministro Humberto Martins*, 1ª Edição Editora, Paixão Editores, Lda. 2020, p. 296. Consultada a Internet no dia 25 de Fevereiro de 2024.

controlar as provas do adversário e discutir sobre o valor de uma e de outras"<sup>559</sup>. Isso significa a admissibilidade da prova ilícita no processo civil.

Sabe-se que "As provas têm por função a demonstração da realidade dos factos"<sup>560</sup>. Assim sendo as partes litigantes, tanto o autor quando intenta acção, introduzindo a petição inicial, como nos eventuais articulados como a contestação, a resposta à contestação e ou reconvenção, quando haja lugar, articulados subsequentes, bem como se disse, o réu quando contesta a petição inicial ou responde a um outro articulado do autor, em suma, no decurso do processo, as partes processuais que litigam têm direito a utilizar a prova que tenham em seu benefício com o intuito de convencerem o tribunal da veracidade das suas afirmações e pretensões.

Daí a Tese que se defende neste trabalho de admissibilidade de todas as provas que estejam ao dispor das partes litigantes e em certos casos a admissibilidade de utilização de prova ilícita em processo civil.

Referiu-se acima que um dos desdobramentos do princípio de acesso à justiça ou acesso aos tribunais é o direito à prova, pois não é o único, é um dos demais pois refere Scarance<sup>561</sup> como desdobramento do direito à prova os seguintes: o direito de requerer a prova; o direito a que o juiz decida sobre o pedido de produção da prova; o direito a que deferida a prova seja realizada, tomando-se todas as providências necessárias para a produção; o direito a participar da produção da prova; o direito a que a produção da prova seja feita, respeitando-se o princípio do contraditório; o direito a que a prova seja feita com a participação do juiz; o direito a que realizada aprova possa manifestar-se a seu respeito, ou seja, direito a que a prova seja objecto de avaliação pelo julgador.

No entanto, o direito à prova percorreu ao longo dos tempos várias vicissitudes, o direito à prova vem sofrendo profundas modificações ao longo do tempo, hodirenamente, nas Constituições de Estados Democráticos de Direito, em função de "comandos não só sintonizados com as novas orientações em termos de pensamento lógico,

<sup>559</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional (Portugal) n.º 86/88, Diário da República II, série de 22 de Agosto de 1988

<sup>560</sup> Cfr. Artigo 341º do CC.

<sup>561</sup> SCARANCE, António Fernandes, *Processo Penal Constitucional*, p. 73 a 74.

mas também concebidos com vista à produção de valores constitucionais"<sup>562</sup>, impõe-se, hoje em dia, um tratamento de direito à prova consentânea com os novos tempos.

O direito à prova é consequência da vinculação do processo civil ao texto constitucional. O direito à prova significa reforçar a existência do direito fundamental ao processo justo.

Assim "O direito fundamental à prova independente, portanto, de "regra explícita que assegure a sua aplicabilidade" e assegura às partes a possibilidade de "empregar todas as provas que dispõem, com o objectivo de demonstrar a veracidade dos fatos que fundam sua pretensão"<sup>563</sup>. Mais uma vez, este é um argumento em defesa da Tese aqui defendida, isto significa, a admissibilidade da prova ilícita no processo civil.

Por assim ser, é direito fundamental consagrado constitucionalmente que a as partes em processo civil pátrio tenham a possibilidade de empregarem todas as provas que dispõem, incluindo as provas ilícitas, como se defende nesta Tese, com o objectivo de demonstrarem a veracidade dos factos que fundamentam a sua pretensão.

A propósito, refere Jorge Augusto Pais de Amaral "Para formar a convicção do juiz pode as partes, em princípio, servir-se de quaisquer meios de prova"<sup>564</sup>. Este entendimento do Venerando Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, já se referiu, vem em defesa da Tese de admissibilidade da prova ilícita em processo civil.

Concorda-se em certo modo com Carlos Castelo Branco, quando refere "Contudo, o direito à prova não é ilimitado ou absoluto"<sup>565</sup>. Mas daí não se retira que seja inadmissível a prova ilícita no processo civil, muito pelo contrário, a interpretação correcta a fazer é no sentido de admissibilidade da prova ilícita no processo civil.

Tem que haver uma justificação plausível para haver limitação do direito à prova. O direito à prova somente implicará a previsão de certas limitações aos meios de prova utilizáveis, desde que essas limitações se mostrem materialmente justificados em face do princípio de proporcionalidade.

<sup>562</sup> FOSTER, João Paulo K, *A (Re) valorização de prova em segunda instância: Uma visão a partir do Direito Fundamental à Prova. In Justiça, Cidadania e Direitos Humanos-Homenagem ao Ministro Humberto Martins*, 1ª Edição Editora, Paixão Editores, Lda. 2020, p. 297. Consultada a Internet no dia 25 de Fevereiro de 2024.

<sup>563</sup> Idem.

<sup>564</sup> AMARAL, Augusto Pais de, *Direito Processual Civil*, 15ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 296.

<sup>565</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *Aprova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p.80.

Para formar a convicção do juiz podem as partes, em princípio, servir-se de quaisquer meios de prova<sup>566</sup>, como entende o Venerando Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, que vem em defesa da Tese aqui defendida, a tese defendida neste trabalho, a de admissibilidade da prova ilícita no processo civil.

No entanto, o direito de acesso aos tribunais ou acesso à justiça não se esgota na concretização do direito à prova, vai até o direito à adequada valoração da prova pelo juiz, seja ele civil, criminal, laboral, administrativo ou outro.

Como refere ainda João Paulo K Foster "...o direito à prova não se esgota no direito subjetivo de provar, que consiste, para Echandía, em extensão do direito subjectivo de ação, caracterizado como "direito subjectivo de provar (...)"<sup>567</sup>.

Por defender que o direito de acesso aos tribunais ou acesso à justiça não se esgota na concretização do direito à prova, vai até o direito à adequada valoração da prova pelo juiz, "...Essa actividade não se apresenta apenas com o encerramento da actividade cognitiva em primeira instância. Com a natural possibilidade da apresentação de recurso, em particular o de apelação, remete-se ao segundo grau, tudo aquilo, objecto da apelação (*tantum devolutum quantum appellatum*)<sup>568</sup>.

Assim, a questão do direito à prova não se põe somente na primeira instância, mais concretamente nos tribunais judiciais de distrito, mas também nos tribunais judiciais de província quando julgam em segunda instância, nos tribunais superiores de recurso e no Tribunal Supremo.

É verdade que a julgadora de primeira instância detém posição privilegiada por ter contacto directo com os meios de prova para valoração da prova, mas há quem defenda que toda a matéria impugnada seja posta em novo julgamento em segunda instância, "isso faz com que a actividade valorativa do magistrado singular possa ser revista em sua integridade na decisão colegiada"<sup>569</sup>.

A conclusão a que chega o autor acima citado faz sentido e adopta-se nesta Tese, pois "O direito fundamental à prova assegura às partes, portanto, um direito à adequada

<sup>566</sup> AMARAL, Augusto Pais de, *Direito Processual Civil*, 15ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 296.

<sup>567</sup> Idem, p. 299.

<sup>568</sup> Ibidem, p.300.

<sup>569</sup> FOSTER, João Paulo K, *A (Re) valorização de prova em segunda instância: Uma visão a partir do Direito Fundamental à Prova. In Justiça, Cidadania e Direitos Humanos-Homenagem ao Ministro Humberto Martins*, 1ª Edição Editora, Paixão Editores, Lda. 2020, p. 300. Consultada a Internet no dia 25 de Fevereiro de 2024.

valoração da prova não apenas no primeiro grau de jurisdição, mas em toda e qualquer instância na qual se valore prova<sup>570</sup>.

Entende-se nesta Tese que no Direito Processual Civil moçambicano admite-se que toda a matéria impugnada seja posta em novo julgamento em segunda instância porque o direito fundamental à prova assegura às partes um direito à adequada valoração da prova não apenas no primeiro grau de jurisdição, mas em toda e qualquer instância na qual se valore prova, nomeadamente em segunda instância.

O Código de Processo Civil de Moçambique admite a imodificabilidade das decisões de facto em segunda instância:

1. A decisão do tribunal de 1ª instância sobre a matéria de facto, pode ser alterada pelo tribunal superior: a) Se do processo constarem todos os elementos de prova que serviram de base à decisão sobre os pontos da matéria de facto em causa ou se, tendo ocorrido gravação dos depoimentos prestados, tiver sido impugnada a decisão com base neles proferidos; b) Se os elementos fornecidos pelo processo impuserem decisão diversa, insusceptível de ser destruída por quaisquer outras provas; c) Se o recorrente apresentar documento novo superveniente e que, por si só, seja suficiente para destruir a prova em que a decisão assentou. 2. Pode o tribunal superior anular, porém, a decisão do tribunal da primeira instância, mesmo officiosamente, quando repute deficientes, obscuras ou contraditórias as decisões sobre determinados pontos da matéria de facto ou quando considere indispensável a ampliação desta, nos termos da alínea f) do artigo 650º. 3. Se alguma das decisões sobre a matéria de facto contiver, como fundamentação, a menção pelo menos dos meios concretos de prova em que se haja fundado a convicção dos julgadores e a resposta for essencial para a decisão da causa, o tribunal superior pode, a requerimento do interessado e nos termos aplicáveis do artigo 708º, mandar que o tribunal, fundamente a resposta, repetindo, quando necessário, a produção dos meios de prova que interessam à fundamentação; se esta for já impossível de obter com os mesmos juizes ou se for impossível a repetição dos meios de prova necessários, o juiz da causa limitar-se-á justificar a razão da impossibilidade.<sup>571</sup>

Sendo verdade que na visão tradicional a instância de recurso não se presta à produção de provas, ou seja, não serve para se produzirem as provas dos factos que as partes litigantes alegam pelo simples motivo de que o segundo grau não foi projectado para tal actividade, verdade é que o tema probatório ganha maior dinamicidade em segunda instância, em ambos os aspectos, nomeadamente: na produção da prova e na adequada valoração da prova produzida.

<sup>570</sup> FOSTER, João Paulo K, *A (Re) valorização de prova em segunda instância: Uma visão a partir do Direito Fundamental à Prova*. In *Justiça, Cidadania e Direitos Humanos-Homenagem ao Ministro Humberto Martins*, 1ª Edição Editora, Paixão Editores, Lda. 2020, p. 300. Consultada a Internet no dia 25 de Fevereiro de 2024, p. 301.

<sup>571</sup> Cfr. Artigo 712º do CPC.

Ora, o direito à prova remete ao estudo e tratamento de princípios processuais cíveis que estão relacionados ao direito probatório, como adiantes se desenvolverá.

A admissibilidade ou não admissibilidade da prova ilícita no processo civil é o ponto fulcral ou a questão fundamental desta Tese.

Como se referiu na introdução deste trabalho, e citando Carlos Castelo Branco, trata-se de responder positivo ou negativamente a pergunta inicial sobre se é ou não admissível a prova ilícita no processo civil.

Mais concretamente, se é ou não admissível a prova ilícita no processo civil moçambicano, tendo em conta o que dispõe o Código de Processo Civil de Moçambique.

Nada melhor para dar uma melhor resposta ou uma resposta fundamentada ao questionamento, senão começar por mostrar o posicionamento dos referidos autores, Carlos Castelo Branco, e Alfredo Faife:

A prova ilícita em geral coloca várias questões perante uma multiplicidade de interesses conflituantes. Assim, se por um lado, a conduta que dá lugar ao aparecimento do meio de prova é uma conduta ilícita, porque reprovada pela lei, por outro lado, a prova assim obtida é susceptível de tornar conhecidos factos relevantes – e, por regra, correspondentes à realidade – para que o Tribunal possa formar a sua convicção<sup>572</sup>.

Para aqueles que defendem que sim, tal como defendido nesta Tese, que é admissível a prova ilícita no processo civil, partem do princípio de que a verdade deve triunfar. Para tal devem ser condenados os verdadeiros culpados e absolvidos os verdadeiros inocentes.

Para aqueles outros, que pelo contrário, defendem a tese contrária a defendida neste trabalho, de que não é admissível a prova ilícita no processo civil, têm como base a afirmação da defesa da lealdade probatória que seria o corolário de um processo equitativo, devendo evitar-se ou considerar-se proscritos todos os actos, meios desleais e ilegais, onde estão inclusas as provas ilícitas no ajuizamento ou decisão de casos em tribunal.

Defende-se neste trabalho investigativo de que é admissível a prova ilícita no processo civil. De certa forma, pensa-se também ser esse o entendimento de Alfredo Faife, embora haja certa divergência de pensamento, quando refere:

<sup>572</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 126; FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano – Da Problemática da Colisão de Direitos Fundamentais*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, p. 126.

A prova ilícita é aproveitável e possui uma finalidade para descoberta da verdade, apesar do vício que ela enferma, ela pode ser utilizada para se chegar a verdade material em sede do processo, visto que, sem prova não teríamos como chegar a verdade dos factos. Sobre a prova ilícita, a questão de fundo sempre foi "ela é ou não admissível em sede do processo civil"<sup>573</sup>.

O ponto é que neste trabalho investigativo defende-se a posição de admissibilidade da prova ilícita no processo civil, em geral, e no processo civil pátrio, em particular.

Para Carlos Castelo Branco, o enquadramento doutrinário sobre a admissibilidade da prova ilícita em processo civil é uma questão complexa porque "Tal sucede, quer pela inexistência de regulamentação específica quanto a esta matéria na maioria dos ordenamentos jurídicos"<sup>574</sup>.

Entende o mesmo, Isabel Alexandre "por este motivo, quase nunca é possível afirmar qual a via seguida por determinado país, no tocante à admissibilidade ou inadmissibilidade das provas ilícitas, face a opiniões profundamente divergentes, no seio da própria doutrina e jurisprudência (é o caso da Alemanha ou da Itália)"<sup>575</sup>.

Como referido em notas de roda-pé de que não obstante a diferença dos sistemas romano-germânico e *Common Law*, por exemplo, na República da África do Sul, André Vos também questiona.

Eis o questionamento "*The question arise whetha one may despite the anlawful means by wich such information gained, rely upon it in evidence. What can be particulary irksome is knowing that someone has infringed your rights and is acting unlawfully, but the only way you can prove it is by evidence has been gathered unlawfully. The old adage comes to mind: do two wrongs make a right?*"<sup>576</sup>

Segundo o referido autor, traduzindo de forma livre, pode-se dizer "Coloca-se a questão de saber se alguém pode, apesar dos meios ilegais pelos quais tais informações foram obtidas, basear-se nelas como prova. O que pode ser particularmente irritante é saber que alguém violou os seus direitos e está agindo ilegalmente, mas a única maneira de provar isso é

<sup>573</sup> FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano – Da Problemática da Colisão de Direitos Fundamentais*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, p. 119.

<sup>574</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 127.

<sup>575</sup> ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas em Processo Civil*, pp. 160 a 161.

<sup>576</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 127, in <http://www.deneysreitz.co.za/index.php/news/evidence-unlawfully-obtained/>. Consultado no dia 4 de Março de 2024, as 20 e 20.

através de provas recolhidas ilegalmente. O velho ditado vem à mente: dois erros fazem um acerto?"<sup>577</sup>. Neste trabalho responde-se positivamente pois tudo depende das circunstâncias de cada caso.

Há muitos argumentos para admissão de provas ilícitas no processo civil até no processo penal, como refere por exemplo Nicola Laver, e outros autores, embora não seja tema desta Tese<sup>578</sup>.

<sup>577</sup> Idem, p. 127.

<sup>578</sup> LAVER, Nicola, *Illegally or improperly obtained evidence* - Consulta na Internet no dia 4 de Março de 2021, as 20 horas. "Illegally or improperly obtained evidence is evidence obtained in violation of a person's human rights or obtained in breach of the law or procedure – and it would be unfair or unjust to use it. It is a fundamental principle of English law, and a right under the European Convention of Human Rights that in a criminal trial, the prosecution bears the burden of proving the defendant's guilt. The issue of admissibility of evidence is whether the evidence is relevant to a fact that is in issue in the case. Illegally or improperly obtained evidence may be in breach of the individual's right to respect for private life under Article 8 of the European Convention of Human Rights (ECHR), or in violation of the prohibition on torture, inhuman or degrading treatment or punishment guaranteed by Article 3 ECHR. What constitutes illegally or improperly obtained evidence? To successfully secure a conviction, the prosecution, must obtain evidence that proves the defendant's guilt beyond doubt. However, the prosecution may be tempted to resort to improper means to gather evidence in support of their position, especially if obtaining evidence in conventional ways proves unfruitful. It is for the trial judge to rule on matters of admissibility of the evidence (in the jury's absence). Illegally obtained evidence is evidence obtained during an illegal search or seizure of goods, or entrapment. Evidence obtained improperly may, for instance, be evidence obtained in breach of the Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE) or where information is surreptitiously downloaded from a computer. Is all evidence admissible? In criminal proceedings, all relevant evidence presented is prima facie admissible – The UK courts have adopted an inclusionary approach towards evidence in order to favour the victim and ensure a fair trial. The rationale behind this approach is that the court considers the primary aim of the justice system to be the discovery of the truth and is a priority above the protection of the accused's right to private life. Nevertheless, the courts have a discretion under section 78 of PACE to exclude prosecution evidence which lacks relevance and which may otherwise endanger the fairness of a trial. Exclusion under s78 typically relates to the way in which the evidence was obtained. Real and confessional evidence - The fairness of a trial, could be endangered, by the admission of unreliable evidence. English case law distinguishes between illegally obtained real and confessional evidence. Improperly obtained confession evidence, such as confessions obtained under torture contrary to Article 3 ECHR, can be seen, as inherently unreliable. On the other hand, real evidence – even if improperly obtained – such as evidence obtained through searches or covert listening devices without a warrant, will remain reliable. When will evidence obtained illegally or improperly be excluded? The general rule is that real evidence is generally included, unless its admission would adversely affect trial fairness. The judge will exercise discretion to exclude evidence under s78 PACE, where the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the trial that it ought not to be admitted. The fact that there has been a breach of PACE or other police codes of practice will not, of itself, mean the evidence will be automatically excluded. Although the accused cannot usually prove that the admission of improperly obtained evidence would endanger the fairness of their trial and thus prevent its admissibility – it may be possible to claim compensation for breach of convention rights. When real evidence has been excluded, this is usually a result of a breach of a suspect's right against self-incrimination, or due to gross and deliberate police misconduct. **Confession evidence:** On the other hand, confession evidence will generally be excluded under the Police and Evidence Act 1984 as it is unreliable and likely to affect the fairness of the proceedings. Where confessions, are at issue, a confession, must be excluded under PACE if it is represented to the court that the confession was obtained by oppression, or as a result of 'anything said or done' which was likely in the 'circumstances existing at the time' to render the confession unreliable; or the court of its own motion requires proof that the confession was not so obtained. The prosecution does not need to prove the admissibility of a confession unless the defence represents to the court that it is inadmissible under s76 PACE (ie. because it would be unfair to adduce it). **The Human Rights Act 1998,** Real evidence obtained in breach of an accused's right to private life under Article 8 ECHR, for instance, through covertly obtained video or audio recordings, remain admissible in criminal proceedings and does not

Mas é de interesse trazer estes argumentos em defesa da Tese defendida neste trabalho. No essencial, esses autores, referindo-se ao Direito Processual do Reino Unido e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, concluem com os argumentos acima referidos e que a seguir se explanam em certas circunstância, as provas ilícitas são admissíveis em processo penal. Se assim for, então são admissíveis em processo civil.

Ora se as provas ilícitas são admissíveis em processo penal onde a prova deve ser tratada com mais equidade, então, não repugna, muito pelo contrário, até é recomendável a admissibilidade da prova ilícita no processo civil, logo é admissível a prova ilícita no processo civil pátrio (Moçambique).

As provas obtidas ilegalmente ou indevidamente são provas obtidas em violação dos direitos humanos de uma pessoa ou obtidas em violação da lei ou procedimento, e seria justo ou injusto utilizá-las, defendem certos autores.

É um princípio fundamental da lei inglesa, por exemplo, e um direito ao abrigo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem que, num julgamento criminal cabe à acusação o ónus de provar a culpa do arguido.

A questão da admissibilidade da prova é se a prova é relevante para um facto que está em causa em julgamento. As provas obtidas de forma ilegal ou indevida podem constituir uma violação do direito do indivíduo, ao respeito pela vida privada, nos termos do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, ou uma violação da proibição da tortura, de tratamentos ou penas desumanos ou degradantes garantidos pelo artigo 3 da mesma convenção.

*violate the accused's right to a fair trial under Article 6 ECHR: the European Court of Human Rights has held that the right to private life is not an absolute right. However, the courts decide cases in a way that is compatible with the Article 3 prohibition of torture, by maintaining a strict exclusionary stance to confession evidence obtained through torture, regardless of the reliability of the evidence. This reflects, the fact that the Article 3 prohibition of torture is an absolute right, and ensures conformity with the accused's fundamental right against self-incrimination. It also serves as a means of deterrence, to ensure torturers, are not rewarded for their conduct. Section 8 of the Human Rights Act provides a right for defendants to claim damages for police breaches of the law or of rules which breach their Convention rights".*

Questiona-se sobre o que constitui prova obtida ilegalmente ou indevidamente.

Em resposta, existe quem diga que para garantir uma condenação com sucesso, a acusação deve obter provas que comprovem a culpa do arguido sem qualquer dúvida. Contudo, a acusação pode ser tentada a recorrer a meios impróprios para recolher provas em apoio da sua posição, especialmente se a obtenção de provas por meios convencionais se revelar infrutífera.

Cabe ao juiz de primeira instância decidir sobre questões de admissibilidade das provas (na ausência do júri). Provas obtidas ilegalmente são provas obtidas durante uma busca ou apreensão ilegal de mercadorias, ou uma armadilha. Mas tal é tendo em conta aquele direito da Europa e no caso também, o Direito Britânico.

As provas obtidas indevidamente podem, por exemplo, ser provas obtidas em violação da Lei de Provas Policiais e Criminais de 1984 daquele País (Reino Unido) ou quando as informações são baixadas clandestinamente de um computador.

A pergunta a fazer é: todas as provas são admissíveis naquele sistema jurídico?

Nos processos penais no Reino Unido, por exemplo, todas as provas relevantes apresentadas são *prima facie* admissíveis. Os tribunais do Reino Unido adoptaram uma abordagem inclusiva em relação às provas a fim de favorecer a vítima e garantir um julgamento justo.

A lógica subjacente a esta abordagem é que o tribunal considera que o objectivo principal do sistema de justiça é a descoberta da verdade e é uma prioridade acima da protecção do direito do arguido à vida privada.

No entanto, os tribunais do Reino Unido têm o poder discricionário ao abrigo dum dispositivo legal daquele Estado (secção 78 do PACE - *Police and Criminal Evidence Act 1984* ou Lei policial e criminal de provas, de 1984) para excluir provas de acusação que não sejam relevantes e que possam, de outra forma, pôr em perigo a imparcialidade de um julgamento.

A exclusão ao abrigo do referido dispositivo legal (artigo 78 do PACE - *Police and Criminal Evidence Act 1984* ou Lei policial e criminal de provas, de 1984) refere-se normalmente à forma como as provas foram obtidas. Provas reais (provas por documentos ou prova por apresentação de coisas) e confessionais. A justiça de um julgamento pode ser posta em perigo pela admissão de provas não fiáveis.

A jurisprudência inglesa distingue entre provas reais (provas por documentos ou prova por apresentação de coisas) e confessionais obtidas ilegalmente. As provas de confissão obtidas indevidamente, como as confissões obtidas sob tortura, contrárias ao artigo 3.º da Convenção Europeia de Direitos do Homem, podem ser consideradas inerentemente pouco fiáveis.

Por outro lado, as provas reais (provas por documentos ou prova por apresentação de coisas) – mesmo que obtidas indevidamente – tais como as provas obtidas através de buscas ou de dispositivos de escuta secretos sem mandado, permanecerão fiáveis.

Assim sendo, questiona-se quando serão excluídas as provas obtidas de forma ilegal ou indevida naquele sistema jurídico?

A regra geral é que naquele País ou naquele sistema jurídico, as provas reais (provas por documentos ou prova por apresentação de coisas) são geralmente incluídas, a menos que a sua admissão possa afectar negativamente a imparcialidade do julgamento.

O juiz exercerá o poder discricionário para excluir provas ao abrigo dum dispositivo legal daquele País (artigo 78 do PACE - *Police and Criminal Evidence Act 1984* ou Lei policial e criminal de provas, de 1984), quando as provas possam ter um efeito tão adverso sobre a imparcialidade do julgamento que não devam ser admitidas.

O facto de ter havido uma violação da lei (PACE - *Police and Criminal Evidence Act 1984* ou Lei policial e criminal de provas, de 1984) ou de outros códigos de prática policial não significa, por si só, que as provas serão automaticamente excluídas.

Embora o arguido não consiga normalmente provar que a admissão de provas obtidas indevidamente poria em perigo a imparcialidade do seu julgamento e, assim, impediria a sua admissibilidade – pode ser possível reclamar uma indemnização por violação dos direitos da convenção.

Quando são excluídas provas reais (provas por documentos ou prova por apresentação de coisas), isso resulta geralmente de uma violação do direito do suspeito contra a auto incriminação ou de uma má conduta policial grave e deliberada.

Por outro lado, as provas de confissão serão geralmente excluídas ao abrigo da Lei de Polícia e Provas no Reino Unido (Lei de 1984), uma vez que não são fiáveis e são susceptíveis de afectar a justiça do processo.

Quando estão em causa confissões, uma confissão deve ser excluída ao abrigo da tal Lei (PACE - *Police and Criminal Evidence Act 1984* ou Lei policial e criminal de provas, de 1984) se for declarado ao tribunal que a confissão foi obtida por opressão, ou como resultado de (qualquer coisa dita ou feita) que era provável nas (circunstâncias existentes na altura), para tornar a confissão não confiável; ou o tribunal, por sua própria iniciativa, exige prova de que a confissão não foi obtida dessa forma.

A acusação não precisa de provar a admissibilidade de uma confissão, a menos que a defesa declare ao tribunal que esta é inadmissível ao abrigo do dispositivo legal daquele País, que temos estado a referir (artigo 76 PACE - *Police and Criminal Evidence Act 1984* ou Lei policial e criminal de provas, de 1984) ou seja, porque seria injusto apresentá-la.

Relativamente à Lei dos Direitos Humanos de 1998: as provas reais obtidas em violação do direito do arguido à vida privada nos termos do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, por exemplo, através de gravações de vídeo ou áudio obtidos secretamente, permanecem admissíveis em processo penal e não violam o direito do arguido a um julgamento justo nos termos do artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem: O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos considerou que o direito à vida privada não é um direito absoluto.

No entanto, os tribunais decidem os casos de uma forma compatível com a proibição da tortura do artigo 3.º, mantendo uma postura estritamente excludente relativamente às provas de confissão obtidas através de tortura, independentemente da fiabilidade das provas.

Isto reflecte o facto de a proibição da tortura prevista no artigo 3.º ser um direito absoluto e garante a conformidade com o direito fundamental do arguido contra a auto incriminação. Serve também como meio de dissuasão para garantir que os torturadores não sejam recompensados pela sua conduta.

A Secção 8 da Lei dos Direitos Humanos prevê o direito dos réus de reivindicar indemnização por violações policiais da lei ou de regras que violem os seus direitos da Convenção.

Tudo o que se referiu acima foi no sentido de trazer os entendimentos doutros sistemas jurídicos, nomeadamente o sistema do Reino Unido.

Voltando ao entendimento de Carlos Castelo Branco, a inexistência de regulamentação específica quanto à admissibilidade ou não da prova ilícita no processo civil, na maioria dos ordenamentos jurídicos, quer pela multiplicidade de fundamentos teóricos, onde se pretende basear, bem como pela incapacidade de se adoptarem regras estritas e uniformes sobre a admissibilidade ou não de provas ilícitas em processo civil, torna complexo o enquadramento doutrinário da admissibilidade ou não da prova ilícita no processo civil.

Mas "Não obstante tais dificuldades, as diferentes teses acabam por se agrupar em torno de dois argumentos principais que foram, depois, desenvolvidos de diferentes formas e com diversas ramificações, com maior ou menor complexidade conceptual"<sup>579</sup>.

Carlos Castelo Branco elenca os tais dois argumentos como sendo: o argumento ligado ao princípio da investigação da verdade para os que defendem sem restrições a tese de admissibilidade da prova ilícita no processo civil; e o argumento ligado ao princípio da unidade do ordenamento jurídico para fundamentar a tese de inadmissibilidade da prova ilícita no processo civil, alegadamente por ser corolário da adopção de um processo justo em todos os sentidos.

Com o prosseguimento da defesa dessas duas teses contrárias, no andar de tempo, foram-se desenvolvendo teses intermédias ou mistas que captaram de cada uma das duas teses anteriores, o que havia de bom.

Antes da apresentação com bases fundamentais ou fundamentadas da Tese que se defende neste trabalho, a de admissibilidade da prova ilícita no processo civil, traz-se também ao conhecimento a tese contrária, a de não admissibilidade da prova ilícita no processo civil, mostrando os fundamentos que aduzem, mas quanto ao entendimento que se tem nesta investigação, são argumentos não convincentes.

### **8.1.1. Inadmissibilidade da Prova Ilícita, sem restrições no Processo Civil**

Os radicais defensores da tese de inadmissibilidade da prova ilícita no processo civil, tal como Pietro Nuvolone, Ada Pellegrini Grinover, Walther Habscheid, principalmente

<sup>579</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 127.

este último"...toda a prova ilícita deve ser descartada do processo, quer este tenha natureza penal, administrativa ou civil"<sup>580</sup>.

Tais radicais advogam que o conceito de ilicitude, enquanto causa de invalidade, por exemplo do negócio jurídico, é o mesmo em todo o ordenamento jurídico, sendo que no processo civil a consequência seria a mesma que ocorre noutros ramos do Direito, que é precisamente a nulidade da prova obtida por meio ilícito<sup>581</sup>.

Segundo o entendimento que têm os autores Carlos Castelo Branco e Alfredo Faife sobre os defensores desta tese de inadmissibilidade da prova ilícita no processo civil, é que "Por outro lado, entendem que o poder de livre apreciação do juiz encontra como limite inultrapassável o respeito pela lei, pelo que, não poderá valorar provas ilícitas que não deverão nunca aproveitar ao autor da lesão"<sup>582</sup>.

É alegadamente em homenagem à ideia de protecção de certos direitos fundamentais que os autores acima citados referem que este é o sistema norte-americano, no âmbito do processo penal e apenas referentes a provas obtidas por autoridades públicas, fundado na supremacia dos valores constitucionais, não abrangendo as provas obtidas por particulares, entendendo-se que apenas os poderes públicos podem violar a Constituição nos Estados Unidos da América.

Entendem, Carlos Castelo Branco e Alfredo Faife, que "A inadmissibilidade da prova ilicitamente obtida é, ainda, sufragada pelos tribunais franceses, espanhóis e brasileiros (quer no processo penal, quer no processo civil, em homenagem à ideia de protecção de certos direitos fundamentais)"<sup>583</sup>.

Para sustentarem esta tese, os defensores da mesma aduzem essencialmente quatro princípios que acima se apontaram, mas que se desenvolvem a seguir:

<sup>580</sup> NUVOLONE, Pietro, *Le Prove nel processo penale nei paesi di diritto latino*, in *Rivista di diritto processuale*, Padova, Vol. XXI, II Série, 1966, p. 474, Vd, também, GRINOVER, Ada Pellegrini, *Liberdades públicas e processo penal*, 2ª Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982, p. 109 e HABSCHEID Walther *Beweisverbot bei illegal, insbesondere unter Verletzung des Persönlichkeitrechts, beschafften Beweismitteln*, in *revue Suisse de jurisprudence*, 89, 1993, p. 185). Apud BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 135.

<sup>581</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 135; FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano – Da Problemática da Colisão de Direitos Fundamentais*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, p. 127.

<sup>582</sup> FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano – Da Problemática da Colisão de Direitos Fundamentais*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas.

<sup>583</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 135 e 136; FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano – Da Problemática da Colisão de Direitos Fundamentais*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, p. 128.

O princípio da unidade do sistema jurídico: Dizem que "A prova obtida irregularmente deve ser considerada uma prova processualmente ineficaz e a livre apreciação do juiz deve limitar-se às provas adquiridas em pleno respeito da legalidade e não àquelas que jamais seriam adquiridas no processo se a lei fosse devidamente observada"<sup>584</sup>.

Mas o entendimento que se defende neste trabalho é no sentido de que a prova obtida irregularmente ou ilegalmente deve ser considerada uma prova processualmente eficaz e a livre apreciação do juiz não deve se limitar às provas adquiridas em pleno respeito da legalidade, mas também àquelas que jamais seriam adquiridas no processo se a lei fosse devidamente observada, a bem da descoberta da verdade material e o alcance da justiça, dependendo de caso a caso.

Com base na alegada unidade do sistema jurídico, dizem os defensores da tese contrária, se a conduta é desvaliosa no âmbito do direito substantivo ou material, não pode ser valiosa no âmbito do direito instrumentar, adjectivo ou processual.

O ordenamento jurídico, segundo eles, não é formado por divisões hermeticamente fechadas dos diversos ramos do direito, havendo intercomunicabilidade entre o direito substantivo ou material com o direito instrumental ou adjectivo como é o direito processual.

O princípio trazido pelos defensores da tese de inadmissibilidade da prova ilícita no processo civil, que advoga de que o dolo não aproveita ao seu autor, ou *nemo ex delicto contionem suam meliorem facere potest* não colhe. Este princípio é no sentido de que o dolo não aproveita ao seu autor.

É a utilização processual da *exceptio doli*, "...se for manifesta a vantagem de quem viola algum preceito de direito material para obter um meio de prova, a partir do momento em que se demonstre a ilicitude da sua obtenção, a prova assim obtida será nula, devendo tal nulidade ser declarada pelo juiz"<sup>585</sup>. Não pode ser acolhido este argumento, como adiante noutro ponto se demonstrará.

<sup>584</sup>Idem, p. 129.

<sup>585</sup>BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 136; FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano – Da Problemática da Colisão de Direitos Fundamentais*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, p. 130.

Princípio de efeito dissuasório que assegura a eficácia da norma violada. Assim, a utilização processual da prova ilícita traduzir-se-ia num estímulo a condutas ilícitas, servindo, dessa feita, as proibições da prova ilícita como dissuasor de tais condutas.

Refere Alfredo Faife a propósito desta situação "Consideramos este efeito em linhas gerais, como sendo aquele que pretende convencer ao violador da norma jurídica sobre a ilegalidade da sua conduta. Pois, com o mesmo efeito é capaz de dissuadir, de fazer com que alguém mude de ideia, abandone uma decisão já tomada"<sup>586</sup>;

O princípio, ou melhor a regra *quod nullum est, nullum producit efectum*. "Este argumento baseia-se nas regras de responsabilidade civil e de acordo com o mesmo, a exclusão da prova é a única forma de reconstruir a situação em que o lesado se encontra, se não tiver ocorrido a lesão (art. 562º do Código Civil) "<sup>587</sup>. Segundo esta regra ou princípio, o que é nulo nenhum efeito produz.

### **8. 1.2. Admissibilidade da Prova Ilícita sem restrições no Processo Civil**

A Tese que defende a admissibilidade da prova ilícita sem restrições advoga que tal prova ilícita é admissível em processo civil quando não haja impedimento na lei processual civil.

De certa forma seria o entendimento seguido por Carlos Castelo Branco e Alfredo Faife, como tem sido dito acima e ainda se dirá a seguir.

A prova deve relevar em si mesmo, pela sua finalidade, que é precisamente de provar os factos tal como aconteceram, independentemente de a mesma prova haver sido obtida por meios lícitos ou ilícitos.

O ponto da questão encontra-se na busca da verdade material, ou como preferem alguns tratadistas, a busca da verdade judiciária<sup>588</sup>, verso valores individuais para a prossecução dessa verdade e a consequente protecção dos direitos fundamentais.

<sup>586</sup> FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano – Da Problemática da Colisão de Direitos Fundamentais*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, p. 131.

<sup>587</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 137; FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano – Da Problemática da Colisão de Direitos Fundamentais*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, p. 131.

<sup>588</sup>"De facto a verdade judiciária difere da verdade história e da verdade científica,..a verdade judiciária move-se na esfera de compreensão de determinados comportamentos ou eventos reportados a um quadro normativamente signficante, portanto de pendor perspectivo e condicionado, desde logo, pela forma como as partes equacionam o caso e pela relevância e eficácia dos meios de prova que a lei admite e parametriza", Cfr. GOMES, Manuel Tomé Soares, *Um olhar sobre a prova.*, p. 131, Apud CORREIA, Têssia Matias, *A Prova no Processo Civil –*

Para os defensores desta tese, de admissibilidade da prova ilícita sem restrições, "A busca da verdade constitui o fim primário do processo e, por isso, a prova - qualquer que seja o modo pelo qual ela seja obtida – interessa e deve ser admitida no processo"<sup>589</sup>.

Argumentam os defensores desta tese que havendo violação da norma do direito substantivo ou material, nomeadamente direito civil (Código Civil) não há porque recorrer a sanções do direito processual civil, que é o direito instrumental ou adjectivo, nomeadamente, normas do processo civil (Código de Processo Civil).

Nesse sentido, somente se justificaria a inadmissibilidade da prova ilícita no processo civil se o impedimento fosse prevenido pelo Código de Processo Civil.

Como refere Franco Cordero "*male captum, bene retentum*", isto é "mal colhido no direito material, bem conservado no direito processual"<sup>590</sup>. Até porque, como se referiu noutro ponto desta Tese, o ilícito não ficaria sem punição, podendo ser punido nos termos da responsabilidade civil, criminal, administrativa, disciplinar, conforme fosse o caso.

A Tese de admissibilidade da prova ilícita em processo civil sem restrições vigora em países como do sistema de *Common law*, nomeadamente: Inglaterra<sup>591</sup>, Canadá, Índia<sup>592</sup>, África do Sul<sup>593</sup>. Mas também vigora noutros países do direito do sistema romano - germânico, nomeadamente, na Finlândia, Dinamarca e Argentina<sup>594</sup>.

**Reflexões sobre o problema de (in) admissibilidade da prova ilícita**, Dissertação de Mestardo em Direito, na Área de Especialização de Ciências Jurídico Civilística, Apresentada à Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra, 2015, p. 107.

<sup>589</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 128.

<sup>590</sup> CORDERO, Franco, *Tre studi sulle prove penali*, p. 147 a 171.

<sup>591</sup> MCKAY, Hugh; SHOW, Nicola, *Whatever Means Necessary* - "English law is firmly on the admissibility of evidence obtained illegally or as result of illegal search. This view seems to arise because the administration of justice will be obstructed where otherwise relevant evidence would not be admissible (...) relevant evidence, even if illegally obtained is admissible".

<sup>592</sup> Segundo S.N. Jain "AT TIMES the functionaries of the state may indulge in illegal methods for obtaining evidence in their zeal to bring the culprits to book. The evidence may be reliable, yet it rises the question of admissibility because it is tainted with illegality. The Indian Evidence Act does not give an answer to this question, except that section 27 of the Act provide from a person accused of any offence, in the custody of police officer, so much information as relates distinctly to the fact thereby discovered may be prove. It is obvious that section 27 will apply even though the information may have been obtained by the police through means not fair. Apart from this statutory contenance of unfair means in obtaining evidence, should as matter of policy illegally obtained evidence be allowed to be admitted in evidence? There are several methods by which evidence may be illegally obtained, e. g, by eavesdropping, illegal search, violating the body of person and other methods which shock the human conscience. The general approach of the judiciary has not to exclude the illegally obtained evidence on the ground that method of collection adopted by the authorities does not affect its reliability and hence it is admissible on account of its relevance at the trial, with a few exceptions (...)"

Na Índia, que também é um país do *Common law*, por vezes, os funcionários do Estado, ligados à polícia de investigação, podem recorrer a métodos ilegais para obter provas no seu zelo de levar os culpados à justiça.

A prova assim obtida pode ser fiável, mas levanta a questão da admissibilidade porque está contaminada por ilegalidade, dizem certos autores.

A Lei de Provas, de instrução de processos, na Índia, não dá uma resposta a esta questão, excepto que a secção 27 da referida lei estabelece que uma pessoa acusada de qualquer crime sob custódia de um oficial de polícia, tendo a mesma polícia tantas informações contra o acusado que se relacionem distintamente com o facto assim descoberto que podem ser usadas as tais provas ou podem ser consideradas como provadas tais informações.

É óbvio que a secção 27 da indicada lei indiana será aplicável mesmo que a informação possa ter sido obtida pela polícia através de meios não justos.

Além desta aceitação legal de meios injustos na obtenção de provas, questiona-se se deveria, como questão de política, as provas obtidas ilegalmente serem admitidas como prova?

A resposta a esta questão é que existem vários métodos pelos quais as provas podem ser obtidas ilegalmente, por exemplo, por escuta clandestina, busca ilegal, violação do corpo humano e outros métodos que chocam a consciência humana.

A abordagem geral do judiciário naquele País (Índia) vai no sentido de que não se deve excluir a prova obtida ilegalmente com o fundamento de que o método de colecta adoptado pelas autoridades não afecta a sua confiabilidade e, portanto, é admissível a prova ilícita devido à sua relevância no julgamento, com algumas excepções.

A admissibilidade da prova ilícita visa fundamentar a necessidade de valoração das provas ilícitas em sede do processo, como forma de garantir um processo justo e

<sup>593</sup> Acórdão R. v. Schaub-Kuffer, 1969 (2), SA 40 (RA) at 50 (...). Na África do Sul, regra geral, a prova ilícita é admissível, desde que seja relevante, a não ser que haja uma outra regra de prova que exclua essa prova ilícita.

<sup>594</sup> BRONDINO, César Lorenzón, *La Prueba Ilícita y su efecto en el Razonamiento de Juzgador*, p. 7 "*cremos (...) que aunque no exista regulacion o norma expresa la tutela de las garantias individuales constitucionalmente reconocidas exige quecualquier dato probatorio que se obtenga en violacion de ellas sea considerado ilegal y, por ende, sea excluido como elemento válido para fundar la conviccion del juez (...). Ensuma, pro lo expuest, se deduce que aderimos a la Teoria Unitaria del Proceso y, por dicha razon, entendemos que las teorias "penales" enunciadas son enteramente aplicables al resto de los "procesos"*"

equitativo. Até que no *Common Law* prevalece a regra de admissibilidade da prova ilícita no processo penal, em certa medida.

No direito francês, a Constituição não consagra nenhuma disposição constitucional a respeito das garantias das partes no processo.

Mas no *Common Law*, particularmente no caso dos Estados Unidos da América, segundo Stephan A. Scott, há admissibilidade de provas ilícitas ou obtidas ilegalmente em casos processos não criminais (nomeadamente em processos civis).

Tanto em processos criminais como em processos não criminais, nomeadamente em processos cíveis, as provas são frequentemente obtidas através do emprego de métodos que são ofensivos ao *fair play*, moralmente. Para certos doutrinadores esse facto é repreensível e, em muitos casos, ilegal.

No entanto, sob o regime comum da lei processual civil, tais provas são admissíveis se as mesmas forem relevantes e se forem apresentadas em apoio ou com base ou fundamento dos factos em questão e de outra forma competente.

No direito de *Common Law*, esta regra de admissibilidade da prova ilícita no processo civil vem também do direito consuetudinário, no sentido de que esta regra de admissibilidade da prova ilícita no processo civil só poderá ser contornada se a admissão das provas violar a liberdade constitucionalmente garantida da pessoa contra quem é requerida a prova a ser utilizada, ou se a prova tiver sido obtida em violação de uma proibição legal.

No sistema de *Common Law*, nomeadamente no País que tem estado a ser referenciado neste ponto (Estados Unidos da América), a exclusão de provas lógicas e juridicamente relevantes pode, portanto, ser justificada apenas por alguma política pública primordial, expressa na constituição dos Estados Unidos da América ou em decretos legais daquele País.

Nos Estados Unidos da América, vários problemas relacionados com a admissibilidade de provas obtidas ilegalmente, ou seja, provas ilícitas, surgiram.

Embora o tratamento uniforme de tais provas ilícitas em processos penais esteja doutrina e jurisprudencialmente estabelecido, no entanto a sua aceitabilidade e admissibilidade em processos não penais, nomeadamente em processos civis, varia entre jurisdições (Estados Federados) e entre cada tipo de processo envolvido.

Relativamente aos desenvolvimentos posteriores da regra de exclusão em matéria penal nos Estados Unidos da América, há que referir que antes do caso Mapp contra o Estado Ohio prevaleciam regras conflitantes em várias jurisdições<sup>595</sup>.

No caso Nardone contra os Estados Unidos da América, várias decisões do Supremo Tribunal daquele País fixaram que as decisões que tratam da exclusão de provas obtidas ilegalmente não implicam, em parte alguma, que a solução da parte prejudicada estende-se à proibição total da acção<sup>596</sup>.

O termo “prova obtida ilegalmente”, ou prova ilícita, conforme utilizado na nota de citação acima, refere-se apenas àquelas provas obtidas por meio de busca ou apreensão ilegal ou injustificada dentro do significado da quarta emenda da Constituição dos Estados Unidos.

Problemas envolvendo apuração da inconstitucionalidade de determinada busca e apreensão são tratadas de outra forma<sup>597</sup>.

Relativamente às provas obtidas ilegalmente ou provas ilícitas naquele País (Estado Unidos da América), a admissibilidade das provas em julgamentos criminais foi afectada pelo facto de as provas terem sido obtidas através de busca ilegal.

Na Justiça Federal, a regra excludente da prova ilícita foi instituída principalmente a partir do caso de Weeks, verso Estados Unidos da América, que baseava a regra na proibição de buscas e apreensões injustificadas por causa da Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América e na garantia da Quinta Emenda da mesma Constituição dos Estados Unidos da América, contra o auto incriminação.

O tribunal então concluiu que o efeito da Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América é colocar os tribunais e funcionários dos Estados Unidos e Estados Federais no exercício de seu poder e autoridade, sob limitações e restrições quanto ao exercício de tal poder e autoridade e para proteger para sempre o povo, as pessoas, casas,

<sup>595</sup> 1. Olmstead contra Estados Unidos, 277 US 438 (1928); 2. Silverthorne Lumber Co. Estados Unidos, 251 US 385. Neste caso, o governo, depois de ter sido ordenado pelo tribunal a devolver ambos os originais e todas as fotocópias de registos comerciais que foram apreendidos ilegalmente, buscaram ter esses mesmos registos. O Tribunal sustentando que o governo não poderia utilizar a informação obtida para recorrer ao proprietário de uma forma mais regular para produzir os registos, indicou que isso reduziria a eficácia da quarta emenda constitucional dos EUA, e observou que: a essência de uma disposição que proíbe a obtenção de provas de uma determinada forma não é apenas que as provas assim obtidas não serão utilizadas perante o tribunal, mas que não serão usadas em tudo.

<sup>596</sup> Estados Unidos contra Azul, 384, EUA 251, 255 (1966).

<sup>597</sup> Mapp contra Estado de Ohio, 367 US 643 (1961); Semanas contra Estados Unidos, 232 US 383 (1914).

papéis (documentos) e pertences a pessoas ou entidades jurídicas contra todas as buscas e apreensões sob o pretexto da lei.

Esta protecção atinge todos igualmente, acusado de crime ou não, e o dever de lhe dar força e efeito é obrigatório para todos os encarregados de sistema federal americano com a aplicação das leis.

Os defensores da extensão da regra de exclusão a processos não penais apontam que a Suprema Corte dos Estados Unidos, ou Supremo Tribunal dos Estado Unidos da América pretendia incluir litigantes em ambas questões criminais e não criminais (civis) dentro da esfera protectora da quarta emenda constitucional.

Daqui se conclui que pretendem, os defensores da tese contrária, que naquele País não seja admissível a prova ilícita no processo civil, o que não constitui verdade.

Decisões posteriores do tribunal daquele País (Estados Unidos da América) basearam-se na teoria de que o governo federal estabelece a regra de exclusão de provas ilícitas, conforme anunciada na solução do caso Weeks, e que foi anunciada no exercício de poderes de supervisão do tribunal sobre a administração da justiça no âmbito federal.

Os tribunais e os Estados Federados eram livres para adoptar o regime de exclusão federal da regra ou seguir a regra de admissibilidade do direito consuetudinário<sup>598</sup>.

Até recentemente, sob a doutrina da "bandeja de prata", as provas obtidas por agentes estaduais nos Estados Unidos da América em busca e apreensão injustificadas eram admissíveis em um processo federal no julgamento de processo criminal, desde que nenhum agente federal tenha participado da proscrita conduta e os funcionários estaduais não tenham agido apenas em nome do governo federal.

<sup>598</sup> O caso Wolf contra Colorado, onde foi considerado que uma condenação em um tribunal estadual por um delito estadual não nega o "devido processo legal", exigido pela Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América, apenas porque foram admitidas provas obtidas em violação do disposto na Quarta Emenda Constitucional - proibição de buscas e apreensões injustificadas. Está bem estabelecido que, quando devidamente invocada, a Quinta Emenda protege todas pessoas, de incriminação pelo uso de provas obtidas através de busca ou apreensão, feitas em violação de seus direitos sob a quarta emenda (Gouled v. Estados Unidos, 255 EUA 298 (1921). 11. 282 US 88, 891-92 (1914) (ênfase adicionada). A Flórida foi um dos muitos estados que adotaram a regra federal de exclusão. De Lancy contra Miami, 48 So. 2d 856 (Flórida, 1950). Embora todos os juízes concordassem que a proibição da Quarta Emenda contra buscas e apreensões injustificadas era aplicável contra os estados até a Décima Quarta alteração, a maioria partiu da teoria de que tal proibição não exigia que seja executada excluindo as provas assim obtidas, devido a outros recursos disponíveis à parte lesada.

De acordo com esta doutrina, da "bandeja de prata", alguns Estados que adoptaram a regra de exclusão federal consideram que as provas obtidas em violação da quarta emenda, por agentes federais, sem participação de estados ou municípios era admissível em um tribunal estadual.

A doutrina da "bandeja de prata" foi anulada em 1960 por uma decisão no caso *Elkins contra Estados Unidos da América* em que se baseou mais uma vez no poder de supervisão do tribunal sobre a administração da justiça nos tribunais federais<sup>599</sup>.

A doutrina da "travessa de prata" ou "bandeja de prata", recebeu esse nome devido à racionalização de que uma vez que o governo recebeu as provas como um presente, sem procurar activamente a sua obtenção, elas chegaram em uma "bandeja ou travessa de prata".

A doutrina de "travessa de prata" ou "bandeja de prata" - não é mais usada para servir de provas em órgãos federais ou Tribunais Federais<sup>600</sup>.

Como a quarta emenda ou alteração, agora, oferece protecção contra audições indesejadas, declarações, se ouvidas ilegalmente, e seus frutos também estão sujeitos a supressão<sup>601</sup>.

Não está especificamente declarado no caso *Mapp* verso Estado de Ohio, citado acima, que os Estados devem descartar a doutrina de "bandeja de prata"<sup>602</sup>.

As questões relativas à utilização de provas obtidas ilegalmente relatadas acima, tendo em conta o sistema jurídico dos Estados Unidos da América, não se limitam a casos criminais e nenhuma distinção ampla ou geral foi feita entre a utilização de tais provas em processos penais e não penais.

<sup>599</sup> Cfr.o caso *Wolf* contra o Estado de Colorado, foi anulado em outra decisão por 5-4 por *Mapp* x Ohio, que considerou que, por uma questão de devido processo legal, as provas obtidas por meio de uma busca e apreensão injustificada em violação da quarta emenda era tão inadmissível em um tribunal estadual quanto em um tribunal federal. Isso exigia que todos os estados seguissem a regra de exclusão, sujeita a procedimentos processuais estaduais. Requisitos que regem a forma de declarações colaterais em processos criminais.

<sup>600</sup> U. FLA. L. Ray. 311, 321-22 (1960). 20. 367 EUA 643 (1961).

<sup>601</sup> Cfr.caso *Katz* contra Estados Unidos, 389 US 347, 352 (1967); Cfr. Caso *Silverman*, contra os Estados Unidos, 365 US 505, 512 (1961).

<sup>602</sup> Cfr. Caso *Katz* contra os Estados Unidos, 389 US 347, 352 (1967); Cfr. p caso *Silverman* contra os Estados Unidos, 365 US 505, 512 (1961).

A questão prende-se em saber se a regra de exclusão de provas ilícitas pode também ser aplicada contra provas em matéria não criminal, nomeadamente no processo civil, naquele sistema jurídico?

Assim, conclui o autor deste trabalho científico (Tese), de que também, nos Estados Unidos da América são admissíveis as provas ilícitas no processo civil.

Várias jurisdições distinguem entre provas obtidas através de uma busca irracional e apreensão por agentes governamentais e as mesmas provas obtidas por alguém que não é um agente do governo. Isto é, provas admitidas se não obtidas por agentes governamentais daquele País (Estado Unidos da América).

Casos decididos antes e depois do caso Mapp referidos acima têm considerado que as provas ilícitas, obtidas por meio de busca e apreensão ilegais, por pessoas que não são do governo ou agentes dos Estados Unidos da América são admissíveis nos processos civis.

O Tribunal de Apelações de Nova York considerou que a prova do adultério da esposa era admissível num processo de divórcio, não obstante a sua obtenção através de uma entrada forçada e ilegal na casa da esposa efectuada pelo marido e vários investigadores particulares. O tribunal argumentou que não havia nenhuma lei constitucional, estatutária, ou autoridade competente que pudesse rejeitar esta prova válida.

Ao interpretar os casos acima referidos (Mapp) e outros que têm estado a ser citados, como a proibição de provas ilícitas, não abrangendo processos civis, o tribunal fundamentou a sua afirmação com base nas raízes históricas da Quarta Emenda, que aparentemente foi limitado a "actos e procedimentos oficiais ou dos officios do governo Norteamericano, e invasões por parte do governo e seus funcionários sobre a santidade do lar de um homem e privacidades da vida.

Um recente caso de negligência no Estado de Florida (Estados Unidos da América) considerou admissível uma amostra de sangue colhida para um teste de álcool no sangue de uma pessoa envolvida em um acidente automobilístico, independentemente de o consentimento dessa pessoa ter sido validamente obtido.

O Tribunal Superior da Pensilvânia (Estados Unidos da América) aceitou provas da esposa, com comportamento adúltero, obtido pelo marido por meio de entrada ilegal no seu apartamento.

O referido tribunal declarou especificamente que não conhecia nenhuma autoridade pelo qual as provas obtidas por cidadãos privados estão sujeitas às mesmas limitações constitucionais impostas aos funcionários do governo. (Provas admitidas se obtidas por agentes governamentais).

Embora não sejam numerosos, existem alguns casos que sustentam que as provas obtidas, até mesmo por agentes governamentais dos Estados Unidos da América, por meio de buscas e apreensões ilegais, podem ser admitidas em processos civis, com o fundamento de que a proibição constitucional contra buscas e apreensões injustificadas se aplica apenas em processos criminais.

Mais um argumento em defesa da Tese defendida neste trabalho, de admissibilidade da prova ilícita no processo civil, tanto, nos países de *Common law* acima referidos e nos Estados Unidos da América, como em alguns ou muitos países do sistema do direito romano-germânico, nomeadamente, Portugal, Itália, Brasil, Espanha, etc, e também em Moçambique.

A regra geral existente nos Estados Unidos da América segundo a qual as provas obtidas através de uma busca e a apreensão ilícita ou ilegal é inadmissível contra a pessoa de quem foi ilegalmente retirada integralmente, não se estende a uma situação em que tais provas tenham sido admitidas para fins de *impeachment* quando ele voluntariamente testemunha.

Aquele que voluntariamente testemunha e admite posse ou propriedade dos bens apreendidos pelo sistema jurídico norte-americano é considerado como tendo renunciado às suas garantias constitucionais, já não pode se opor à sua introdução em provas no terreno de apreensão ilegal ou ilícita.

Uma vez dada essa renúncia, as provas obtidas ilegalmente são admissíveis não apenas no processo em que há renúncia à garantia, mas em todos os processos subsequentes em que possa ser relevante.

É necessário para um indivíduo que deseja que prova obtida ilícita e ilegalmente seja excluída, deva fazer uma objecção oportuna à sua introdução; caso contrário, o direito a fazê-lo será perdido.

Na maioria das jurisdições, tais objecções são oportunas apenas se forem feitas por meio de uma moção pré-julgamento para devolver a propriedade ou suprimir a prova.

Isto é, para evitar a necessidade de parar durante o curso de um julgamento para determinar a questão colateral da legalidade dos meios por qual a prova foi obtida.

A Constituição de Moçambique reconhece as garantias das partes no processo, todavia, a tese que se defende neste trabalho investigativo vai no sentido de somente defender-se a admissibilidade da prova ilícita no processo civil.

Mas certa doutrina e jurisprudência estrangeira vai mais longe ao ponto de admitir a prova ilícita no processo penal, o que não é, todavia, foco deste trabalho.

Da violação de uma norma protectora de direito material não há razão lógica para aplicar sanção de natureza processual, como à inadmissibilidade da prova, como refere Carlos Castelo Branco "Da violação de uma norma protectora de direito material não há, nesta perspectiva, razão lógica para aplicar sanção de natureza processual, como a atinente à inadmissibilidade da prova"<sup>603</sup>.

Acrescenta o referido autor, Carlos Castelo Branco "A prova só seria inadmissível se o impedimento estivesse contido na lei processual, caso contrário, a prova ainda que ilícita – por violação de normas substantivas – seria de admitir no processo"<sup>604</sup>.

Se tivesse que perfilhar o entendimento do autor citado, também se chegaria a conclusão defendida neste trabalho científico de que em Moçambique é admissível a prova ilícita no processo civil pois há quem pense que o Código de Processo Civil de Moçambique, tal como o Código de Processo Civil de Portugal não proíbem de forma expressa o uso de provas ilícitas no processo civil, o que interpretando, pode-se chegar a conclusão de que o que não é proibida a prova ilícita no processo civil, pelo contrário, é admissível a prova ilícita no processo civil moçambicano.

Mesmo nos casos de admissibilidade sem restrições de prova ilícita no processo civil, não quer dizer que o ilícito ficaria impune, pode ser punido nos termos da correspondente respirabilidade, seja ela civil, penal, administrativa, disciplinar, conforme o caso<sup>605</sup>.

<sup>603</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 128.

<sup>604</sup> Idem, p. 128.

<sup>605</sup> ABRANTES, José João, *Prova ilícita*, in Revista Jurídica, n.º 7, Julho – Set. 1986, AAFDL, 99. 7ss Apud BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 129.

A Tese da admissibilidade da prova ilícita sem restrições vigora em alguns países do sistema de *Common Law*, não somente nos Estados Unidos da América, como exaustivamente ficou acima demonstrado, como também vigora, por exemplo na Inglaterra<sup>606</sup>.

Neste País há um regime concretizado para o processo penal onde releva o sistema da admissibilidade da prova ilícita, ainda que de forma indirecta, quer no processo penal, quer no processo civil:

English law is on side of the admissibility of evidence obtained illegally, or as a result of a illegal search. This view seems to arise because the administration of justice will be obstructed where otherwise relevant evidence would not be admissible (...) relevant evidence, even if illegally obtained is admissible<sup>607</sup>.

O mesmo acontece para o caso do Canadá, Índia, África do Sul, quer dizer, nesses países há um regime concretizado para o processo penal onde releva o sistema da admissibilidade da prova ilícita, ainda que de forma indirecta, quer no processo penal, quer no processo civil:

Neste País a regra geral é a de que, desde que a prova seja relevante, a mesma é admissível, a não ser que haja outra regra de prova que a exclua (princípio afirmado no Acórdão. R. Verso Schaubé – Kuffer, 1969 (2), SA 40 (RA) at 50 e positivado, pela negativa, no *Civil Proceedings Evidence Act* de 1965, Section 2, prevendo que nenhuma prova, relativamente a nenhum facto, assunto ou coisa que seja irrelevante ou imaterial deve ser admissível. Como refere Andre Vos, ("*Evidence Unlawfully Obtained*): "The general rule of evidence is that as long as evidence is relevant it is admissible, unless there is some other rule of evidence wich excludes it. De todo o modo, os tribunais têm vindo a "suavizar" a a aplicação estrita deste princípio, reconhecendo – se em certas circunstâncias a inadmissibilidade da prova (cfr. Shell SA (Pty) Ltd verso. Chairman, Towns Council of the Orange Free State 1992 (1) SA 906 (O); Lenco Holdings verso. Ekstein and Others 1996 (2) SA 693 (NPD); Protea Technology Ltd. And Another v. Wainer and Others 1997 (9) BCLR 1225 (W); Lotter v. Arlow and Another 2002 (6) SA 60 (TPD)<sup>608</sup>.

Nos Estados Unidos da América, como se viu acima, também é o mesmo modelo que tem sido seguido nos tribunais civis, "sendo que, a não-aceitação de provas obtidas por meios ilícitos, quais frutos de uma árvore envenenada – se restringem, neste ordenamento, às provas que provêm das autoridades policiais e não às que advenham da acção dos particulares"<sup>609</sup>.

<sup>606</sup> MCKAY, Hugh; SHAW, Nicola, *Whatever Means Necessary*, Apud BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 129.

<sup>607</sup> Idem, p. 129.

<sup>608</sup> MCKAY, Hugh; SHAW, Nicola, *Whatever Means Necessary*, Apud BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 129.

<sup>609</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 129 a 130.

Nos Estados Unidos da América, porém, apresentam-se especificidades quanto à instrução do processo, não obstante a tradição consuetudinária, diferentemente da Inglaterra.

Os Estados Unidos da América têm, desde sua origem, uma constituição escrita onde há consagração de direitos fundamentais através do *bill of rights*, sendo a questão de admissibilidade das provas ilícitas uma questão constitucional. A Inglaterra não tem uma constituição escrita.

Na Alemanha, bastante influenciada pelos Estados Unidos da América, quanto ao regime da prova ilícita, as vedações (*Beweisverbote*), nomeadamente no processo penal apresenta semelhança com as "*exclusionary rules*", previstas no ordenamento americano, podendo ser observados pontos de contacto entre os dois sistemas: os destinatários da proibição de prova são os órgãos públicos; a legitimação quanto à produção da prova ilícita é relativa, por via de regra, por competir ao sujeito passivo do acto ilícito e não a parte processualmente prejudicada com a produção das provas.

Todavia, na Alemanha não se aceita a teoria do *fruit of the poisonous tree*, como se aceita nos Estados Unidos da América.

A Tese que se defende neste trabalho investigativo é a de admissibilidade da prova ilícita no processo civil pois entende-se que todos os meios legais, bem como moralmente legítimos são hábeis para provar a verdade dos factos.

Esse entendimento baseia-se nos princípios que abaixo se indicam e de forma breve se desenvolvem:

O princípio da verdade que manda dizer que a finalidade da prova é a descoberta da verdade. Sendo assim, todos os meios que conduzam a descoberta da verdade processual civil (ou outra verdade processual) são de admitir.

Como refere Muñoz Sabaté, como também José João Abrantes "A prova visa trazer factos à presença do juiz, é um trabalho (...) cujos resultados se medem em termos de verdade e não de moralidade"<sup>610</sup>.

Referem Carlos Castelo Branco e Alfredo Faife que "A inutilização da prova verdadeira, para comprovar facto verdadeiro, premiaria o infractor, que veria a sua mentira protegida pela proibição e a verdade ficaria atraindo, com isso se prejudicando a justiça"<sup>611</sup>;

<sup>610</sup> SABATÉ Muñoz, Apud, ABRANTES, José João, *Prova ilícita*, p. 14, citado por BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 133.

O princípio da autonomia das normas processuais adjectivas ou instrumentais, em relação às normas materiais ou substantivas. O direito processual rege-se por princípios autónomos em relação ao direito material (no caso o direito civil).

Assim, dada a autonomia em caso de o meio de prova (processual) haver sido obtido de forma ilícita, o meio conserva na sua integridade o valor probatório. Como ainda referem Carlos Castelo Branco e Alfredo Faife "A lei não se interessa sobre a forma – legal ou ilegal – pela qual as provas são introduzidas no processo (embora, sem prejuízo das eventuais sanções penais ou civis aplicáveis ao sujeito que dessa prova indevidamente se apossou"<sup>612</sup>.

Joan Picó y Junoy refere a respeito da mesma questão de admissibilidade da prova ilícita no processo civil:

A incorporação no processo das fontes probatórias é independente da forma legal ou ilegal pela qual elas são obtidas devendo apenas ser afastadas pelo julgador a prova alcançada quando se infringem normas processuais. Esta autonomia do ordenamento processual pressupõe que da ilicitude material do acto de aquisição de um elemento probatório não pode fazer-se derivar a inadmissibilidade do acto processual que admite a dita prova<sup>613</sup>.

Outro fundamento usado pelos defensores desta tese é o carácter metafísico da prova. "Com esse argumento quer salientar-se que os resultados da prova não se devem medir em termo de "moralidade, mas de verosimilhança. Se é verdade que a justiça deve velar pela honestidade dos meios isso não significa que não possa aproveitar-se do resultado produzido por certos meios ilícitos que ela não procurou de propósito"<sup>614</sup>.

A este propósito Carlos Castelo Branco e Alfredo Faife trazem o exemplo citado por Salazar Casanova, onde não se discute a verdade da prova que deve ser admitida, apesar de ilicitamente obtida:

Pense-se, por exemplo, no caso da mulher com filho do casal a seu cargo e a quem o marido, dela separada, nega o pagamento de alimentos alegando que está desempregado; a mãe vem a tomar conhecimento de um contrato e dos respectivos pagamentos ao descobrir num cofre onde estava correspondência, fotocópias dos documentos que o próprio filho, numa das visitas, trouxera de casa do pai. Proibir-se a utilização de um tal meio de prova em tribunal ou, numa perspectiva minimalista,

<sup>611</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 133; FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano – Da Problemática da Colisão de Direitos Fundamentais*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, p. 134 e 135.

<sup>612</sup> Idem, p. 135.

<sup>613</sup> PICÓ, Joan y Junoy, *El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil*, 1ª ed, p. 292 Apud BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 133 a 134.

<sup>614</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 134.

aceita-se a discussão sobre a admissibilidade desse meio de prova com base na alegação de que o filho "rouba, como um reles ladrão, a mando da mãe" deixaria sempre na penumbra, para se utilizar expressão tão emocionalmente violenta, que "não menos reles é o comportamento de quem, ganhando milhares, deixa o filho na miséria mentindo ao Tribunal"<sup>615</sup>;

Outro argumento em defesa da Tese de admissibilidade da prova ilícita no processo civil é o argumento *non bis in idem* ou não duas vezes na mesma coisa. Melhor - não a punição duplicada pelos mesmos ilícitos: ninguém pode ser condenado duas vezes pela mesma coisa ou pelos mesmos factos praticados.

Deste argumento se retira que a inadmissibilidade da prova ilícita em processo civil criaria situações violadoras deste princípio, porquanto de um mesmo acto derivariam várias sanções (penal, disciplinar, processual), dada a natureza plural dos interesses protegidos.

O mesmo acto originaria uma rede de impedimentos da valoração da prova que seria longa, corolário do princípio que vigora nos Estados Unidos da América (*the fruit of the poisonous tree*), no sentido de que o fruto da árvore contaminada ou envenenada, também seria fruto contaminado ou envenenado. Tal entendimento não é perfilhado neste trabalho pelas razões exaustivamente explanadas acima e que mais uma vez virão a ser retomadas adiante.

O princípio *factum infecti fieri nequit*, o tribunal não pode considerar não feito o que foi feito. A partir do momento em que se produza prova em tribunal mesmo que a produção seja irregular, não pode essa prova deixar de ser valorada, sendo o único meio de provar o facto. Daí a Tese defendida neste trabalho investigativo, de admissibilidade da prova ilícita no processo civil.

Por consideração de necessidade da violação do ordenamento jurídico para garantir a prova do facto constitutivo do direito ou excepção. Se o meio ilícito para obtenção da prova era o único não há porque não ser utilizado e valorada a prova.

Alfredo Faife traz como exemplo os seguintes casos hipotéticos, que se pensa estão em defesa de admissibilidade da prova ilícita em processo civil no ordenamento jurídico moçambicano:

No primeiro caso, um casal que vive um matrimónio de constantes violações por parte de um dos cônjuges, neste caso o Esposo que constantemente procede com

<sup>615</sup> Idem, p. 134.

adultério no seu próprio lar (violando os deveres conjugais e como fundamento para divórcio litigioso), e a Esposa pede um acordo de divórcio, mas, este recusa. A esposa vê-se obrigada a inserir clandestinamente uma câmara de vigilância na casa, para poder registar este facto, com intuito de usar como prova na acção de divórcio litigioso. No segundo caso similar: Um casal que vive há sensivelmente 20 anos, sendo que este matrimónio possui constantes violações por parte de um dos cônjuges, neste caso a Esposa que constantemente procede com adultério no seu próprio lar (violando os deveres conjugais), e o Esposo pede um acordo do divórcio, mas, este recusa. O Esposo vê-se obrigado a "clonar" o seu telemóvel precisamente o Whatsapp, onde possa ter informações inerentes à infidelidade e constantes violações dos deveres conjugais pelasua esposa.<sup>616</sup>

A questão que se coloca é, se "são nulas, todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão da vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações" que vem da Constituição da República de Moçambique, pode ser interpretado extensivamente ao artigo 619º do CPC.

Já se sabe que o processo penal pátrio claramente não admite provas ilícitas<sup>617</sup>, mas no processo civil moçambicano, para certos autores, há uma lacuna legal quanto à admissibilidade da prova ilícita.

Mas independentemente de se entender haver ou não lacuna quanto à questão de admissibilidade ou inadmissibilidade da prova ilícita no processo civil moçambicano, defende-se neste trabalho que entre vários argumentos, o artigo 619º do CPC, é permissivo, quanto à admissibilidade de provas ilícitas no processo civil pátrio.

Refere Alfredo Faife "...Diferentemente do processo civil, que possui uma lacuna legal em torno da matéria inerente à admissibilidade e admissibilidade da Prova ilícita..."<sup>618</sup>.

Defende-se neste trabalho, tal como refere Trigo Morgado, a rejeição da aplicação analógica do n.º 3 do artigo 65 da Constituição da República de Moçambique, ao processo civil, por entender-se, também, como o referido autor diz, que "O legislador constitucional terá querido, pura e simplesmente, garantir que, independentemente do curso político que estivessem sempre garantidos aqueles direitos básicos no processo penal, por uma questão de protecção do arguido no âmbito do processo penal"<sup>619</sup>.

<sup>616</sup> FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano – Da Problemática da Colisão de Direitos Fundamentais*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, p. 137.

<sup>617</sup> Cfr. Artigos 4º, 155º, 156, todos do CPP. Aprovado pela Lei n.º 25/2019, de 24 de Dezembro.

<sup>618</sup> FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano – Da Problemática da Colisão de Direitos Fundamentais*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, p. 159.

<sup>619</sup> MORGADO, Pedro Trigo, *Admissibilidade da Prova ilícita em Processo Civil*, Petrony Editora, Coimbra, 2016.

Acrescenta o referido autor "Não parece (...) que esta escolha legislativa se fique a dever a um mero esquecimento do processo civil"<sup>620</sup>.

Trazem neste trabalho os seguintes argumentos em defesa da tese de admissibilidade da prova ilícita no processo civil moçambicano:

No ordenamento jurídico moçambicano consagra-se constitucionalmente o direito à prova e a lei estabelece como regra na instrução de processos, segundo também refere Morgado, que "o tribunal deve tomar em consideração todas as provas produzidas. O que faz crer que, tendencialmente, o juiz se deve basear em qualquer meio idóneo à produção da convicção necessária à resolução de litígio"<sup>621</sup>.

Deve-se considerar a irrelevância processual da ilicitude material, tal como defende Cordeiro<sup>622</sup>. Atenha-se valoração da prova para decidir sobre a sua admissibilidade no processo, deixando de fora a forma e o modo como a prova foi colhida.

Recci destaca "se o momento em que se verificou a ilicitude foi anterior ao desenvolvimento do processo, a respectiva ilicitude é irrelevante, logo a prova conserva o seu valor probatório, podendo ser inserida nos autos, sem prejuízo das eventuais sanções civis ou penais, aplicáveis a quem indevidamente fez uso das provas"<sup>623</sup>.

A doutrina Alemã, Goedschmid<sup>624</sup> e Niese<sup>625</sup>, defendem que a "inadmissibilidade de um acto processual não pode ser deduzida da ilicitude material de certa conduta", o direito processual é autónomo perante o direito material, com valores e princípios próprios.

<sup>620</sup> Idem.

<sup>621</sup> Ibidem.

<sup>622</sup> CORDEIRO, *Prove ilicite nel processo penale*, in Revista it. Dir. E proc- pen. 1961, p. 53 e ss Apud GRINOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas...* op cit. p. 144 – 145, citado por CORREIA, Têssia Matias Correia, *A prova no Processo Civil – Reflexões sobre o problema da (in) admissibilidade da prova ilícita*, Coimbra, 2015, p. 114.

<sup>623</sup> RICCI, G. F. *Le prove illicite...* op. cit., p.70 apud ALENDRE, Isabel, *Provas ilícitas...* op. cit., p. 172 173, citado da CORREIA, Têssia Matias Correia, *A prova no Processo Civil – Reflexões sobre o problema da (in)admissibilidade da prova ilícita*, Coimbra, 2015, p.114.

<sup>624</sup> COLDSCHMDT, J. *Der Prozess als Rechtslage*, Springer, Berlin, p. 294 e ss Apud Aleandre, Isabel, *Provas ilícitas...* op., cit, p. 172, citado por CORREIA, Têssia Matias Correia, *A prova no Processo Civil – Reflexões sobre o problema da (in) admissibilidade da prova ilícita*, Coimbra, 2015, p.114.

<sup>625</sup> NIESE, W., *Narkoanalyse als doppeifunktionelle Prozesshanlung*, ZStW, 1951, p. 216 -217 apud ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...* op, it, p. 172 citado por CORREIA, Têssia Matias Correia, *A prova no Processo Civil – Reflexões sobre o problema da (in) admissibilidade da prova ilícita*, Coimbra, 2015, p.114.

Ora, não há como não aceitar a admissibilidade de provas ilícitas no processo civil hoje em dia dada a crescente valorização do princípio da verdade real ou verdade material, ou verdade verdadeira.

Durante muitos séculos, o processo civil era tratado como um jogo em que as partes eram os únicos protagonistas e o juiz era um mero espectador.

Assim vistas as coisas, somente teria ganho na causa, segundo a observação do juiz, a parte que tivesse a melhor prova, deixando de lado, por exemplo, uma prova verdadeira, que porém, foi obtida de forma ilícita.

Embora hoje em dia, em parte, as coisas continuem nesse sentido, a diferença é que no passado a qualificação dos valores atribuídos aos meios de prova era totalmente aleatória e preconceituosa.

No passado, o juiz civil não se preocupava em pesquisar a verdade propriamente dita, preocupava-se em apurar qual o litigante conseguia se sair melhor nos complicados jogos processuais, mas sabendo que o outro litigante tem a prova verdadeira do que aconteceu, mas obteve de forma ilícita.

Assim agindo, o resultado não podia ser outro senão o estabelecimento da verdade puramente formal, o que logicamente impregnava, muitas vezes, o julgamento de muita injustiça.

Actualmente, a verdade formal sucedeu a verdade real ou material. Hoje em dia, a tendência é a abolição de provas tarifadas passando o conceito jurídico de prova a ser o de elemento de convicção do julgador.

Se o juiz não se convence diante do meio da prova apresentado, então não houve prova, isso tudo leva a ideia de admissibilidade da prova ilícita no processo civil.

## **8. 2. AS PROVAS ILÍCITAS E O DIREITO À VIDA E À INTEGRIDADE FÍSICA OU MORAL NO DIREITO COMPARADO**

No sistema jurídico do Reino Unido, por exemplo, admitem-se em certos casos o uso das provas ilícitas no processo civil obtidas em violação do direito à vida e à integridade

física, (por exemplo, mediante tortura) ou integridade moral, (por exemplo mediante coação), como acima ficou exaustivamente demonstrado.

Naquele sistema jurídico admite-se portanto, em certos casos, aquelas provas cuja obtenção implica infringir intencionalmente dor ou sofrimento sobre determinada pessoa, com a finalidade de extrair dela uma informação ou confissão.

Ora, nos termos do artigo 1º da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adoptada pela Resolução 39/46, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de Dezembro de 1984:

O termo “tortura” designa “qualquer acto pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infringidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissão; de castigá-lo por acto que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infringidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.”<sup>626</sup>.

Também o artigo 55 da Carta das Nações Unidas proclama que cabe aos Estados membros, em virtude da mesma carta, promover o respeito universal e observância dos direitos do homem e das liberdades fundamentais.

O artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos do Homem proclama que "ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes".<sup>627</sup>.

O artigo 7º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos especifica que "(...) é interdito submeter uma pessoa a uma experiência médica ou científica sem o seu livre consentimento"<sup>628</sup>.

Não obstante todos esses dispositivos do Direito Internacional, alguns países admitem o uso de prova ilícita dessa envergadura em processo não criminal, nomeadamente

<sup>626</sup> Cfr. Artigo 1º da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adoptada pela Resolução 39/46, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de Dezembro de 1984.

<sup>627</sup> Cfr. Artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

<sup>628</sup> Cfr. Artigo 7º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.

em processo civil, em nome, por exemplo, do combate ao terrorismo, no caso do Reino Unido<sup>629</sup>.

### **8. 3. AS PROVAS ILÍCITAS E A ABUSIVA INTROMISSÃO NA VIDA PRIVADA OU FAMILIAR, NO DOMICÍLIO, NA CORRESPONDÊNCIA OU NAS TELECOMUNICAÇÕES**

O direito à privacidade é consagrado no artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos de Homem. Para além disso, existe outras leis internacionais que consagram esse direito. Pode-se citar por exemplo, para o caso da União Europeia, o artigo 8 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que foi aplicado para o caso de P. G. y J. H, contra o Reino Unido, de 25 de Dezembro de 2001<sup>630</sup>.

<sup>629</sup> Cfr, detalhando este ponto, no Caso de Reino Unido, Eric Metcalfe; Secret evidence.

<sup>630</sup> [htt://hudoc.echr.coe.int/eng =001 559665](http://hudoc.echr.coe.int/eng=001_559665), consultado no dia 18 de Março de 2024 e que se cita "THIRD SECTION-CASE OF P.G. AND J.H. v. THE UNITED KINGDOM: (Application no. 44787/98) – JUDGMENT – STRASBOURG, 25 September 2001 – FINAL - 25/12/2001 - In the case of P.G. and J.H. v. the United Kingdom, The European Court of Human Rights (Third Section), sitting as a Chamber composed of: Mr J.-P. Costa, President, Mr W. Fuhrmann, Mr P. Kūris, Mrs F. Tulkens, Mr K. Jungwiert, Sir Nicolas Bratza, Mr K. Traja, judges, and Mrs S. Dollé, Section Registrar, Having deliberated in private on 24 October 2000 and 4 September 2001, Delivers the following judgment, which was adopted on the last-mentioned date: PROCEDURE 1. The case originated in an application (no. 44787/98) against the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland lodged with the European Commission of Human Rights ("the Commission") under former Article 25 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("the Convention") by two United Kingdom nationals, P.G. and J.H. ("the applicants"), on 7 May 1997. 2. The applicants, who had been granted legal aid, were represented before the Court by Bindmans Solicitors, London. The United Kingdom Government ("the Government") were represented by their Agent, Mr C. Whomersley, of the Foreign and Commonwealth Office. The President of the Chamber acceded to the applicants' request not to have their names disclosed (Rule 47 § 3 of the Rules of Court). 3. The applicants complained that covert listening devices had been used to record their conversations at a flat and while they were detained in a police station, that information had been obtained by the police concerning the use of a telephone, that part of a police report had not been disclosed to the defence at their trial and that the judge had heard evidence from the police officer concerned in the absence of the defence and that the taped evidence had been used in evidence at their trial. They relied on Articles 6, 8 and 13 of the Convention. 4. The application was transmitted to the Court on 1 November 1998, when Protocol No. 11 to the Convention came into force (Article 5 § 2 of Protocol No. 11). The application was allocated to the Third Section of the Court (Rule 52 § 1 of the Rules of Court). Within that Section, the Chamber that would consider the case (Article 27 § 1 of the Convention) was constituted as provided in Rule 26 § 1. 5. By a decision of 24 October 2000 the Chamber declared the application admissible. 6. The applicants and the Government each filed observations on the merits (Rule 59 § 1). 7. The Chamber decided, after consulting the parties, that no hearing on the merits was required (Rule 59 § 2 in fine). THE FACTS - I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE- 8. On 28 February 1995 Detective Inspector Mann (D.I. Mann), received information that an armed robbery of a Securicor Ltd cash-collection van was going to be committed on or around 2 March 1995 by the first applicant and B. at one of several possible locations. The police knew where B. lived and began visual surveillance of those same premises the same day. D.I. Mann learnt that B. was suspected of being a drug dealer and that surveillance operations mounted against B. in the past had proved unsuccessful because they had been compromised. It was therefore concluded that B. was "surveillance-conscious". B. was suspected of being responsible for the shooting of a police officer with a shotgun in the course of a robbery. This was something that all the officers, and particularly the Chief Constable, were aware

of when the police operation was being planned. 9. No robbery took place on 2 March 1995. By 3 March 1995, however, the police had received further information that the robbery was to take place “somewhere” on 9 March 1995. Further information as to the location or target of the proposed robbery could not be obtained on 3 March 1995. In order to obtain further details about the proposed robbery, D.I. Mann prepared a report for the Chief Constable in support of an application for authorisation to install a covert listening device in B.’s flat. Some of the contents of this report were the subject of a successful application for non-disclosure by the Crown on the ground that serious damage would be caused to the public interest were they to be made public. 10. The use of covert listening devices was governed by the “Guidelines on the Use of Equipment in Police Surveillance Operations” issued by the Home Office in 1984 (“the Guidelines”). On 3 March 1995 the Chief Constable decided that the use of such a device was justified under the Guidelines but would not authorise its use until he was satisfied that its installation was feasible. Reconnaissance during the night of 3/4 March established that it was feasible. 11. On 4 March 1995 the Chief Constable gave oral authorisation to proceed with its use. However, he did not provide written confirmation as required by the Guidelines because he was on annual leave, so he gave the authority by telephone from home. The Chief Constable stated that the use of the device was to be reviewed on a daily basis. He said that he had asked the Deputy Chief Constable to look after the written formalities and to ensure, inter alia, that there was written confirmation of the message that the installation of the device was feasible. He did not receive this confirmation until 8 March. On 8 March 1995 the Deputy Chief Constable gave “retrospective” written authorisation for use of the listening device. 12. On 4 March a covert listening device was therefore installed in a sofa in B.’s flat before the Deputy Chief Constable had confirmed the authorisation in writing. Conversations between B. and others in B.’s living room were monitored and recorded until 15 March 1995. 13. On 14 March 1995 the police made a request to BT (British Telecommunications PLC) for itemised billing in relation to the telephone number of B. at his flat for the period from 1 January 1995 to the date of the request. The data-protection form was countersigned by a police superintendent in line with BT’s requirements, stating that the information was necessary to assist in the identification of members of a team of suspected armed robbers. While the request was originally made in an effort to identify the unknown third person in the conspiracy (now known to have been the second applicant), the data was also used later in court to corroborate the times and dates recorded by the officers in respect of the covert listening device in the flat. 14. On 15 March 1995 B. and others who were with him in his home discovered the listening device and abandoned the premises. The robbery did not take place. The police had been continuing their visual surveillance of the premises, taking photographs and video footage whilst the audio surveillance was in progress. The applicants were identified by various officers going in and out of the flat and observed on some occasions to be carrying various hold-alls. The police had also been keeping watch on a cache in a rural location and observed the first applicant collecting an item from this location on the evening of 15 March 1995. An officer had earlier inspected the hidden item, which he stated he could tell through the plastic bag was a revolver. It appeared that the vehicle which the first applicant used for transport that evening was a stolen vehicle in which he was subsequently arrested. 15. On 16 March 1995 the applicants were arrested in the stolen Vauxhall car. In the boot of the vehicle were found two hold-alls containing, inter alia, two black balaclavas, five black plastic cable ties, two pairs of leather gloves and two army kitbags. Following legal advice, the applicants declined to comment during interview and refused to provide speech samples to the police. The police obtained a search warrant for the flat and searched it. Fingerprints of the applicants were found, as well as items such as a pair of overalls and a third balaclava. Three vehicles were recovered and examined. The items retained included balaclavas, hold-alls, overalls and a broken petrol cap. 16. As they wished to obtain speech samples to compare with the tapes, the police applied for authorisation to install covert listening devices in the cells being used by the applicants and to attach covert listening devices to the police officers who were to be present when the applicants were charged and when their antecedents were examined. Written authorisation was given by the Chief Constable in accordance with the Home Office Guidelines. Samples of the applicants’ speech were recorded without their knowledge or permission. In the case of the second applicant, the conversations that were recorded included, on one occasion, the second applicant taking advice from his solicitor. The Government state that, when the police officer realised what the conversation was about, it was not listened to. That recording was not adduced in evidence at trial. 17. The voice samples of the applicants were sent to an expert who compared them with the voices on the taped recordings of conversations held in B.’s home between 4 and 15 March. The expert concluded that it was “likely” that the first applicant’s voice featured on the taped recordings and that it was “very likely” that the second applicant’s voice featured on them. 18. B. and the applicants were charged with conspiracy to rob Securicor Ltd of monies. B. pleaded guilty in view of the House of Lords decision in *R. v. Khan* ([1996] 3 All England Law Reports 289). The House of Lords held in that case that relevant evidence was admissible notwithstanding that it had been obtained by unlawful means (for example, trespass). The applicants, however, challenged the admissibility of the evidence derived from the use of the covert listening devices at B.’s home on two grounds. (a) The Chief Constable should not have authorised the use of a covert listening device at B.’s premises because other forms of investigation had not been tried and

*failed as required by paragraph 4 (b) of the Guidelines, with the result that it would be unfair to admit evidence which ought never to have been obtained.*

*(b) The covert listening device had been installed and used before written confirmation of the Chief Constable's authorisation had been received and there was no specific permission for the recordings obtained from the device to be used in evidence. Before the jury was sworn in at the trial, Judge Brodrick heard evidence by means of a voir dire (submissions on a point of law in the absence of the jury) on matters relating to the admissibility of the challenged evidence. The prosecution conceded that the relevant evidence had been obtained by unlawful means, namely trespass. During this procedure the prosecution claimed that the public interest was likely to be damaged if certain disclosures were made and certain evidence given, in other words claiming public interest immunity. The prosecution argued that the test of admissibility was relevance. The defence argued that the judge had the discretion to exclude the evidence under section 78 of the Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE), and that he should do so because the Chief Constable had failed to abide by the Guidelines. 19. Judge Brodrick decided that some documents, including D.I. Mann's report, which led to the Chief Constable's decision to authorise the use and installation of a covert listening device in B.'s flat, were to be withheld from the applicants and their lawyers. The judge kept under review the non-disclosure during the proceedings and at one point some disclosure was made, although not D.I. Mann's report in its entirety. D.I. Mann also declined to answer questions put to him in cross-examination by defence counsel on the ground that it might reveal sensitive material. Judge Brodrick asked defence counsel whether they wanted him to put the unanswered questions to D.I. Mann under oath, in chambers, and they agreed. The judge proceeded to put the questions to D.I. Mann in private in the absence of the applicants and their lawyers. He heard evidence from D.I. Mann concerning the ability of the police to "control" B. in order to install the device in the flat, which the defence asserted indicated that normal methods of surveillance would have been possible. He also heard D.I. Mann concerning the arrangements made and put into effect for this period. The answers to those questions were not divulged, the judge indicating in open court that the benefit to the defence from the answers given was slight, if any at all, while the damage to the public interest if the answers were made public would be great. Accordingly, he held that D.I. Mann was entitled on public immunity grounds to refuse to answer those questions. 20. Judge Brodrick rejected the applicants' challenge to the admissibility of the evidence derived from the covert listening devices in B's flat. In reaching his decision, Judge Brodrick stated: "61. It follows that I must apply the test set out in section 78 on the basis that this was a properly authorised decision to install the device and that the police were justified in continuing to use it up to the moment when it was discovered. At most there were one or possibly two breaches of procedure, but neither, in my judgment, could be described as either significant or substantial. It is conceded by the Crown that the installation of the device amounted to a civil trespass. In addition it was a serious invasion of privacy in circumstances in which those concerned would have expected their conversations to be private. 62. I was invited to take into account, and I do, that the installation of the device may well amount to an invasion of the general right to privacy under Article 8 [of the Convention]. It is not for me to determine whether there has, in fact, been a breach of Article 8, but in weighing this point I must bear in mind that it is at least arguable that the interference in the present case could be justified on one or more of the grounds set out in Article 8 § 2. In those circumstances I cannot see any reason for concluding that the possible breach of Article 8 was either substantial or significant. 63. I was also invited to consider whether the admission of this evidence and the difficulties faced by the Defence in seeking to test the validity of the Chief Constable's decision breached Article 6 of the Convention ... I am satisfied beyond reasonable doubt that to the extent that there has been a breach of Article 6 it has not in fact deprived these Defendants of the right to a fair trial." 21. The applicants also challenged the admissibility of evidence derived from the use of covert listening devices attached to the officers charging them and dealing with their antecedents. Judge Brodrick stated: "75. ... it does not seem to me to be right to attach great weight to the unfair way in which the control tapes were obtained. The fact that they provide relevant evidence, in the sense that they are a reliable sample of speech, which can be clearly attributed to each of these Defendants, weighs more heavily in my judgment. On balance therefore I am satisfied that the admission of the control tapes would not have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that I ought to exclude them." 22. The police submitted statements from those officers who had conducted the audio and visual surveillance of the flat, and the searches of the flat and the recovered vehicles. There was also evidence from officers who had been keeping watch on a cache. One officer stated that the item hidden under a tree was in fact a revolver. The first applicant was seen collecting this item on the evening of 15 March 1995. 23. On 9 August 1996 the applicants were convicted of conspiracy to commit armed robbery and were sentenced to fifteen years' imprisonment. They applied to the Court of Appeal for leave to appeal on grounds relating to the judge's rulings to admit taped evidence. They did not challenge the judge's decisions with respect to non-disclosure of certain evidence on public interest immunity grounds. Their applications were refused on 12 November 1996, a single judge finding that the judge's exercise of his discretion to admit evidence did not give rise to an arguable ground of appeal. Notification of the refusal was sent to them on 10 and 20 December 1996 respectively. It does not appear that the applicants made any complaints to the Police Complaints Authority in*

respect of the covert listening devices. II. RELEVANT DOMESTIC LAW AND PRACTICE - A. The Home Office Guidelines - 24. At the relevant time, guidelines on the use of equipment in police surveillance operations (The Home Office Guidelines of 1984) provided that only chief constables or assistant chief constables were entitled to give authority for the use of such devices. The Guidelines were available in the library of the House of Commons and were disclosed by the Home Office on application. They provided, inter alia: "4. In each case, the authorising officer should satisfy himself that the following criteria are met: (a) the investigation concerns serious crime; (b) normal methods of investigation must have been tried and failed, or must from the nature of things, be unlikely to succeed if tried; (c) there must be good reason to think that use of the equipment would be likely to lead to an arrest and a conviction, or where appropriate, to the prevention of acts of terrorism; (d) use of equipment must be operationally feasible." 5. In judging how far the seriousness of the crime under investigation justifies the use of a particular surveillance technique, authorising officers should satisfy themselves that the degree of intrusion into the privacy of those affected is commensurate with the seriousness of the offence." 25. The Guidelines also stated that there might be circumstances in which material so obtained could appropriately be used in evidence at subsequent court proceedings. B. The Police Complaints Authority- 26. The Police Complaints Authority was created by section 89 of the Police and Criminal Evidence Act 1984. It is an independent body empowered to receive complaints as to the conduct of police officers. It has powers to refer charges of criminal offences to the Director of Public Prosecutions and itself to bring disciplinary charges. C. The Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE) - 27. Section 78(1) of this Act provides as follows: "In any proceedings the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it." - D. The Police Act 1997 - 28. The 1997 Act provides for a statutory basis for the authorisation of police surveillance operations involving interference with property or wireless telegraphy. The relevant sections relating to the authorisation of surveillance operations, including the procedures to be adopted in the authorisation process, entered into force on 22 February 1999 - 29. Since 25 September 2000, these controls have been augmented by Part II of the Regulation of Investigatory Powers Act 2000 (RIPA). In particular, covert surveillance in a police cell is now governed by sections 26(3) and 48(1) of RIPA. RIPA also establishes a statutory Investigatory Powers Tribunal to deal with complaints about intrusive surveillance and the use of informants by the police. - E. Disclosure of evidence to the defence - 30. At common law, the prosecution has a duty to disclose any earlier written or oral statement of a prosecution witness which is inconsistent with evidence given by that witness at the trial. The duty also extends to statements of any witnesses potentially favourable to the defence - 31. The case of *R. v. Ward* ([1993] 1 Weekly Law Reports 619) dealt with the question of what duties the prosecution has to disclose evidence to the defence. It laid down the proper procedure to be followed when the prosecution claims that certain material is the subject of public interest immunity. The Court of Appeal held that it was the court, and not the prosecution, who would undertake the balancing exercise between the interests of public interest immunity and fairness to the party claiming disclosure: "In our judgment the exclusion of the evidence without an opportunity of testing its relevance and importance amounted to a material irregularity. When public interest immunity is claimed for a document, it is for the court to rule whether the claim should be upheld or not. To do that involves a balancing exercise. The exercise can only be performed by the judge himself examining or viewing the evidence, so as to have the facts of what it contains in mind. Only then can he be in a position to balance the competing interests of public interest immunity and fairness to the party claiming disclosure." This judgment also clarified that, where an accused appeals to the Court of Appeal on the grounds that material has been wrongly withheld, the Court of Appeal will itself view the material *ex parte*. - F. Disclosure of personal data- 32. Section 45 of the Telecommunications Act 1984 prohibits the disclosure by a person engaged in a telecommunications system of any information concerning the use made of the telecommunications services provided for any other person by means of that system- 33. However, pursuant to section 28(3) of the Data Protection Act 1984: "Personal data are exempt from non-disclosure provisions in any case in which - (a) the disclosure is for any of the purposes mentioned in subsection 1 above; and (b) the application of those provisions in relation to the disclosure would be likely to prejudice any of the matters mentioned in that subsection." - Subsection 1 refers to data held for the purpose of: "(a) the prevention or detection of crime; (b) the apprehension or prosecution of offenders; or (c) the assessment or collection of any tax or duty." - THE LAW - I. ALLEGED VIOLATIONS OF ARTICLE 8 OF THE CONVENTION - 34. The applicants complained that covert listening devices were used by the police to monitor and record their conversations at a flat, that information was obtained by the police concerning the use of a telephone at the flat and that listening devices were used while they were at the police station to obtain voice samples. They relied on Article 8 of the Convention, the relevant parts of which provide as follows: "1. Everyone has the right to respect for his private ... life ... and his correspondence. 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of ... public safety ..., for the prevention of disorder or crime,

... or for the protection of the rights and freedoms of others.” - A. The use of a covert listening device at B.’s flat - 1. The parties’ submissions - 35. The applicants submitted that the use of a covert listening device at B.’s flat to monitor and record conversations was an interference with their rights under Article 8 § 1 of the Convention which was not justified under the second paragraph of that provision. At the time of the events in their case there existed no statutory system to regulate the use of covert listening devices, although the Police Act 1997 now provides such a statutory framework. The Home Office Guidelines which provided the relevant instructions to the police were neither legally binding nor directly publicly accessible. The interference with their right to respect for their private life was therefore not “in accordance with the law” and there had been a violation of Article 8 in that respect” - 36. The Government acknowledged that the use of this device interfered with the applicants’ right to respect for their private life. They submitted that it was justifiable under the second paragraph of Article 8 as being necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the prevention of crime and/or for the protection of the rights of others. They referred, inter alia, to the serious nature of the crime under investigation, the fact that B. was regarded as being surveillance-conscious, rendering conventional forms of surveillance insufficient, and that the conversations proved that an armed robbery was being planned. They recalled, however, that in *Khan v. the United Kingdom* (no. 35394/97, §§ 26-28, ECHR 2000-V), the Court found that the Home Office Guidelines governing such devices did not satisfy the requirement of “in accordance with the law” and recognised that the Court was liable to reach the same conclusion in the present case- 2. The Court’s assessment - 37. The Court notes that it is not disputed that the surveillance carried out by the police at B.’s flat amounted to an interference with the right of the applicants to respect for their private life. As regards conformity with the requirements of the second paragraph of Article 8 – that any such interference be “in accordance with the law” and “necessary in a democratic society” for one or more of the specified aims – it is conceded by the Government that the interference was not “in accordance with the law” as at the time of the events there existed no statutory system to regulate the use of covert listening devices. Such measures were governed by the Home Office Guidelines, which were neither legally binding nor directly publicly accessible. - 38. As there was no domestic law regulating the use of covert listening devices at the relevant time (see *Khan*, cited above, §§ 26-28), the interference in this case was not “in accordance with the law” as required by Article 8 § 2 of the Convention, and there has therefore been a violation of Article 8 in this regard. In the light of this conclusion, the Court is not required to determine whether the interference was, at the same time, “necessary in a democratic society” for one of the aims enumerated in paragraph 2 of Article 8. - B. Concerning information obtained about the use of B.’s telephone - 1. The parties’ submissions - 39. The applicants submitted that the telephone metering of the telephone in B.’s flat constituted an interference with their rights under Article 8 of the Convention, referring to *Malone v. the United Kingdom* (judgment of 2 August 1984, Series A no. 82, pp. 30-31, § 64). They conceded that the information was disclosed in accordance with the applicable domestic law (namely section 45 of the Telecommunications Act 1984 and section 28(3) of the Data Protection Act 1984). However, neither, of these legislative provisions, nor any common-law rule, provided the safeguards envisaged in the Court’s case-law (see *Khan*, cited above, §§ 26-28; *Halford v. the United Kingdom*, judgment of 25 June 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-III, p. 1017, §§ 49-51; and *Huvig v. France*, judgment of 24 April 1990, Series A no. 176-B, pp. 55-57, §§ 32-35), in particular as regards the use to which the material could be put, the conditions under which it would be stored, provision for its destruction, etc. They argued that section 45 of the 1984 Act merely exempted telephone operatives from prosecution if they disclosed information in connection with a criminal offence. Equally, the Data Protection Act rendered personal data liable to disclosure for the purpose of preventing or detecting crime. Neither Act stipulated any of the restraints on abuse which, for instance, are to be found in the Police Act 1997 in relation to covert recordings. Accordingly, the interference with the applicants’ rights under Article 8 was effected otherwise than “in accordance with the law”. - 40. The Government acknowledged that those who used the telephone had an expectation of privacy in respect of the numbers which they dialled and that obtaining detailed billing information concerning that telephone constituted an interference with the applicants’ rights under Article 8. The obtaining of the information was, however, necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the prevention of crime and/or the protection of the rights of others, as the investigation concerned a very serious crime, the applicants had guns for use in the intended robbery and, as B. was surveillance-conscious, conventional surveillance would not suffice. The only use of the information was to corroborate the times recorded by police officers in respect of the covert listening device in the flat. - 41. In the Government’s view, the interference was also “in accordance with the law” as there was a statutory prohibition in the Telecommunications Act 1984 against disclosure of such information, save where a specific exception was satisfied. Similarly under the Data Protection Act 1984 which governed the storage, processing and disclosure of “personal data”, there was a strict regime which, however, permitted disclosure for the purposes of the apprehension or prosecution of offenders. Accordingly, the disclosure to, and use by, the police of the itemised telephone bill was made in accordance with domestic law. Material not covered by the Data Protection Act would have been stored or destroyed according to the policy of the police force in question. In this case, under

*the Dorset Police Policy and Procedure Guideline System, the billing records concerning serious crime would have been retained in paper form for six years or longer at the discretion of a detective inspector. - 2. The Court's assessment -42-. It is not in dispute that the obtaining by the police of information relating to the numbers called on the telephone in B.'s flat interfered with the private lives or correspondence (in the sense of telephone communications) of the applicants who made use of the telephone in the flat or were telephoned from the flat. The Court notes, however, that metering, which does not per se offend against Article 8 if, for example, done by the telephone company for billing purposes, is by its very nature to be distinguished from the interception of communications which may be undesirable and illegitimate in a democratic society unless justified (see Malone, cited above, pp. 37-38, §§ 83-84) - 43. The Court has examined whether the interference in the present case was justified under Article 8 § 2, notably whether it was "in accordance with the law" and "necessary in a democratic society" for one or more of the purposes enumerated in that paragraph. - (a) "In accordance with the law" --44. The expression "in accordance with the law" requires, firstly, that the impugned measure should have some basis in domestic law; secondly, it refers to the quality of the law in question, requiring that it should be accessible to the person concerned, who must moreover be able to foresee its consequences for him, and that it is compatible with the rule of law (see, amongst other authorities, Kopp v. Switzerland, judgment of 25 March 1998, Reports 1998-II, p. 540, § 55).- 45. Both parties agreed that the obtaining of the billing information was based on statutory authority, in particular, section 45 of the Telecommunications Act 1984 and section 28(3) of the Data Protection Act 1984. The first requirement therefore poses no difficulty. The applicants argued that the second requirement was not fulfilled in their case, as there were insufficient safeguards in place concerning the use, storage and destruction of the records. - 46. The Court observes that the quality of law criterion in this context refers essentially to considerations of foreseeability and lack of arbitrariness (see Kopp, cited above, p. 541, § 64). What is required by way of safeguard will depend, to some extent at least, on the nature and extent of the interference in question. In this case, the information obtained concerned the telephone numbers called from B.'s flat between two specific dates. It did not include any information about the contents of those calls, or who made or received them. The data obtained, and the use that could be made of them, were therefore strictly limited. - 47. While it does not appear that there are any specific statutory provisions (as opposed to internal policy guidelines) governing storage and destruction of such information, the Court is not persuaded that the lack of such detailed formal regulation raises any risk of arbitrariness or misuse. Nor is it apparent that there was any lack of foreseeability. Disclosure to the police was permitted under the relevant statutory framework where necessary for the purposes of the detection and prevention of crime, and the material was used at the applicants' trial on criminal charges to corroborate other evidence relevant to the timing of telephone calls. It is not apparent that the applicants did not have an adequate indication as to the circumstances in, and conditions on, which the public authorities were empowered to resort to such a measure. -48. The Court concludes that the measure in question was "in accordance with the law" - (b) "Necessary in a democratic society" - 49. The Court notes that the applicants have not sought to argue that the measure was not in fact justified, as submitted by the Government, as necessary for the protection of public safety, the prevention of crime and the protection of the rights of others. - 50. The information was obtained and used in the context of an investigation into, and trial of, a suspected conspiracy to commit armed robberies. No issues of proportionality have been identified. The measure was accordingly justified under Article 8 § 2 as "necessary in a democratic society" for the purposes identified above. - 51. The Court concludes that there has been no violation of Article 8 of the Convention in respect of the applicants' complaints about the metering of the telephone in this case. -C.Concerning the use of listening devices in the police station -1.The parties' submissions - 52. The applicants complained that their voices were recorded secretly when they were being charged at the police station and while they were being held in their cells. They submitted that what was said, which ranged from the giving of personal details to a conversation about football instigated by a police officer, was irrelevant. They considered that it was the circumstances in which the words were spoken which was significant and that there was a breach of privacy if the speaker believed that he was only speaking to the person addressed and had no reason to believe that the conversation was being broadcast or recorded. The key issue in their view was whether the speaker knew or had any reason to suspect that the conversation was being recorded. In the present case, the police knew that the applicants had refused to provide voice samples voluntarily and sought to trick them into speaking in an underhand procedure which was wholly unregulated, arbitrary and attended by bad faith. It was also irrelevant that the recording was used for forensic purposes rather than to obtain information about the speaker, as it was the covert recording itself, not the use made of it, which amounted to the breach of privacy. - 53. The applicants further submitted that the use of the covert listening devices was not "in accordance with the law" as there was no domestic law regulating the use of such devices and that there were no safeguards provided within the law to protect against abuse of such surveillance methods. They rejected any assertion that the police could rely on any general power to obtain and store evidence. - 54. The Government submitted that the use of the listening devices in the cells and when the applicants were being charged did not disclose any interference, as these recordings were not made to obtain*

any private or substantive information. The aural quality of the applicants' voices was not part of private life but was rather a public, external feature. In particular, the recordings made while they were being charged – a formal process of criminal justice, in the presence of at least one police officer – did not concern their private life. The applicants could have had no expectation of privacy in that context. In any event, to the extent that the Court might find that the recordings did engage Article 8, any interference was so negligible as not to amount to a violation of their rights under that provision. By analogy, if the obtaining of samples of breath, blood or urine would not raise problems under Article 6, the obtaining of voice samples would equally not offend Articles 6 or 8 (see *Saunders v. the United Kingdom*, judgment of 17 December 1996, Reports 1996-VI, pp. 2064-65, § 69). - 55. Assuming that there was an interference with any right under Article 8, the Government contended that it was justified under the second paragraph as necessary in a democratic society to protect public safety, prevent crime and/or protect the rights of others. They relied, inter alia, on the fact that the investigation concerned a very serious crime, that the applicants were known to have guns, that the voice samples were needed to establish fairly whether the voices recorded in the flat belonged to the applicants, and that the judge ruled at the trial that the voice samples represented relevant, reliable and probative evidence of the identity of those planning the robbery. The measure was proportionate as it did not involve any act of trespass, the use of the samples was limited to identification and the applicants had the opportunity at trial to challenge their admissibility. Any interference was also conducted "in accordance with the law" as the making of the recordings after arrest was an exercise by the police of their normal common-law powers to obtain and store evidence and had not been found by the trial judge to contravene any requirements regarding cautioning or interview codes. - 2. The Court's assessment - (a) The existence of an interference with private life - 56. Private life is a broad term not susceptible to exhaustive definition. The Court has already held that elements such as gender identification, name and sexual orientation and sexual life are important elements of the personal sphere protected by Article 8 (see, for example, *B. v. France*, judgment of 25 March 1992, Series A no. 232-C, pp. 53-54, § 63; *Burghartz v. Switzerland*, judgment of 22 February 1994, Series A no. 280-B, p. 28, § 24; *Dudgeon v. the United Kingdom*, judgment of 22 October 1981, Series A no. 45, pp. 18-19, § 41; and *Laskey, Jaggard and Brown v. the United Kingdom*, judgment of 19 February 1997, Reports 1997-I, p. 131, § 36). Article 8 also protects a right to identity and personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world (see, for example, *Burghartz*, cited above, opinion of the Commission, p. 37, § 47, and *Friedl v. Austria*, judgment of 31 January 1995, Series A no. 305-B, opinion of the Commission, p. 20, § 45). It may include activities of a professional or business nature (see *Niemietz v. Germany*, judgment of 16 December 1992, Series A no. 251-B, pp. 33-34, § 29, and *Halford*, cited above, p. 1016, § 44). There is therefore a zone of interaction of a person with others, even in a public context, which may fall within the scope of "private life". - 57. There are a number of elements relevant to a consideration of whether a person's private life is concerned by measures effected outside a person's home or private premises. Since there are occasions when people knowingly or intentionally involve themselves in activities which are or may be recorded or reported in a public manner, a person's reasonable expectations as to privacy may be a significant, although not necessarily conclusive, factor. A person who walks down the street will, inevitably, be visible to any member of the public who is also present. Monitoring by technological means of the same public scene (for example, a security guard viewing through closed-circuit television) is of a similar character. Private-life considerations may arise, however, once any systematic or permanent record comes into existence of such material from the public domain. It is for this reason that files gathered by security services on a particular individual fall within the scope of Article 8, even where the information has not been gathered by any intrusive or covert method (see *Rotaru v. Romania [GC]*, no. 28341/95, §§ 43-44, ECHR 2000-V). The Court has referred in this context to the Council of Europe's Convention of 28 January 1981 for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data, which came into force on 1 October 1985 and whose purpose is "to secure in the territory of each Party for every individual ... respect for his rights and fundamental freedoms, and in particular his right to privacy, with regard to automatic processing of personal data relating to him" (Article 1), such data being defined as "any information relating to an identified or identifiable individual" (Article 2) (see *Amann v. Switzerland [GC]*, no. 27798/95, §§ 65-67, ECHR 2000-II, where the storing of information about the applicant on a card in a file was found to be an interference with private life, even though it contained no sensitive information and had probably never been consulted). - 58. In the case of photographs, the Commission previously had regard, for the purpose of delimiting the scope of protection afforded by Article 8 against arbitrary interference by public authorities, to whether the taking of the photographs amounted to an intrusion into the individual's privacy, whether the photographs related to private matters or public incidents and whether the material obtained was envisaged for a limited use or was likely to be made available to the general public (see *Friedl*, cited above, opinion of the Commission, p. 21, §§ 49-52). Where photographs were taken of an applicant at a public demonstration in a public place and retained by the police in a file, the Commission found no interference with private life, giving weight to the fact that the photograph was taken and retained as a record of the demonstration and no action had been taken to identify the persons photographed on that occasion by means

of data processing (*ibid.*, §§ 51-52).- 59. The Court's case-law has, on numerous occasions, found that the covert taping of telephone conversations falls within the scope of Article 8 in both aspects of the right guaranteed, namely, respect for private life and correspondence. While it is generally the case that the recordings were made for the purpose of using the content of the conversations in some way, the Court is not persuaded that recordings taken for use as voice samples can be regarded as falling outside the scope of the protection afforded by Article 8. A permanent record has nonetheless been made of the person's voice and it is subject to a process of analysis directly relevant to identifying that person in the context of other personal data. Though it is true that when being charged the applicants answered formal questions in a place where police officers were listening to them, the recording and analysis of their voices on this occasion must still be regarded as concerning the processing of personal data about the applicants. - 60. The Court concludes therefore that the recording of the applicants' voices when being charged and when in their police cell discloses an interference with their right to respect for private life within the meaning of Article 8 § 1 of the Convention. - (b) Compliance with the requirements of the second paragraph of Article 8 - 61. The Court has examined, firstly, whether the interference was "in accordance with the law." As noted above, this criterion comprises two main requirements: that there be some basis in domestic law for the measure and that the quality of the law is such as to provide safeguards against arbitrariness (see paragraph 44). - 62. It recalls that the Government relied as the legal basis for the measure on the general powers of the police to store and gather evidence. While it may be permissible to rely on the implied powers of police officers to note evidence and collect and store exhibits for steps taken in the course of an investigation, it is trite law that specific statutory or other express legal authority is required for more invasive measures, whether searching private property or taking personal body samples. The Court has found that the lack of any express basis in law for the interception of telephone calls on public and private telephone systems and for using covert surveillance devices on private premises does not conform with the requirement of lawfulness (see *Malone, Halford and Khan*, all cited above). It considers that no material difference arises where the recording device is operated, without the knowledge or consent of the individual concerned, on police premises. The underlying principle that domestic law should provide protection against arbitrariness and abuse in the use of covert surveillance techniques applies equally in that situation. - 63. The Court notes that the Regulation of Investigatory Powers Act 2000 contains provisions concerning covert surveillance on police premises. However, at the relevant time, there existed no statutory system to regulate the use of covert listening devices by the police on their own premises. - The interference was not therefore "in accordance with the law" as required by the second paragraph of Article 8 and there has been a violation of this provision. In these circumstances, an examination of the necessity of the interference is no longer required. - II - ALLEGED VIOLATIONS OF ARTICLE 6 § 1 OF THE CONVENTION- 64. The applicants complained that part of the evidence relating to the authorisation of a listening device was not disclosed to the defence during the trial, that part of the police officer's oral evidence was heard by the judge alone and that the evidence obtained from the listening device at the flat and voice samples from the devices in the police station were used in evidence at their trial. They relied on Article 6 § 1 of the Convention, the relevant part of which provides: "In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law." - A.Non-disclosure of evidence during the trial -I.The parties' submissions - 65. The applicants complained that the non-disclosure of evidence in this case deprived them of a fair trial. It went beyond the mere withholding of documents from the defence since it also concerned the judge taking and recording evidence in the absence of the defence. This was not fair or capable of providing an adequate substitute for cross-examination. The witness in question was a key officer in the investigation and, since the defence did not hear the evidence, they could not put forward any meaningful arguments. While they did not dispute the accuracy of the description of the *voir dire*, it could not be suggested that defence counsel had "consented" to the manner in which the witness D.I. Mann was heard in private – he had a choice between the judge putting the questions and possibly deciding to reveal the answers, on the one hand, and the questions not being put at all, on the other. In any event, such a clandestine procedure cried out for review at the appeal stage, but since the defence did not know the content of the testimony there was no prospect of appeal on grounds of an error of law. Though they had not appealed on this point as the trial judge's approach to the matter had complied with domestic law, there should, in their view, have been an automatic review by the Court of Appeal of the undisclosed material, otherwise errors of law or excesses of jurisdiction would go unchallenged. - 66.The Government, relying on *Jasper and Fitt (Jasper v. the United Kingdom [GC], no. 27052/95, §§ 51-58, 16 February 2000, unreported, and Fitt v. the United Kingdom [GC], no. 29777/96, §§ 44-50, ECHR 2000-II)*, submit that in this case the prosecution did not decide what evidence should or should not be disclosed to the defence but properly submitted the documentary material to the trial judge. The procedure adopted concerning the non-disclosure of part of D.I. Mann's report complied with the requirements of Article 6 § 1, as the trial judge reviewed the material and was in the best position to balance the interests of the accused and the sensitivity of the material. The material was not disclosed to the jury and was extremely limited. It played no part in the conviction, being

relevant only to ancillary questions of compliance with the Home Office Guidelines and having no bearing on guilt or innocence. They also pointed out that defence counsel agreed to the judge's proposal that he question D.I. Mann with defence counsels' questions in private and therefore that this part of the procedure took place with the consent of the defence. The need for non-disclosure was kept constantly under review by the judge, and the effectiveness of this safeguard was shown by his revisiting non-disclosure as the trial progressed and ordering disclosure of certain evidence. - 2. The Court's assessment - 67. It is a fundamental aspect of the right to a fair trial that criminal proceedings, including the elements of such proceedings which relate to procedure, should be adversarial and that there should be equality of arms between the prosecution and defence. The right to an adversarial trial means, in a criminal case, that both prosecution and defence must be given the opportunity to have knowledge of and comment on the observations filed and the evidence adduced by the other party (see *Brandstetter v. Austria*, judgment of 28 August 1991, Series A no. 211, pp. 27-28, §§ 66-67). In addition, Article 6 § 1 requires, as indeed does English law (see paragraph 30 above), that the prosecution authorities should disclose to the defence all material evidence in their possession for or against the accused (see *Edwards v. the United Kingdom*, judgment of 16 December 1992, Series A no. 247-B, p. 35, § 36). - 68. However, the entitlement to disclosure of relevant evidence is not an absolute right. In any criminal proceedings there may be competing interests, such as national security or the need to protect witnesses at risk of reprisals or keep secret police methods of criminal investigation, which must be weighed against the rights of the accused (see, for example, *Doorson v. the Netherlands*, judgment of 26 March 1996, Reports 1996-II, p. 470, § 70). In some cases it may be necessary to withhold certain evidence from the defence so as to preserve the fundamental rights of another individual or to safeguard an important public interest. However, as a general principle, only such measures restricting the rights of the defence which are strictly necessary are permissible under Article 6 § 1 (see *Van Mechelen and Others v. the Netherlands*, judgment of 23 April 1997, Reports 1997-III, p. 712, § 58). Moreover, in order to ensure that the accused receives a fair trial, any difficulties caused to the defence by a limitation on its rights must be sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities (see *Doorson*, cited above, p. 471, § 72, and *Van Mechelen and Others*, cited above, p. 712, § 54). - 69. In cases where evidence has been withheld from the defence on public interest grounds, however, it is not the role of this Court to decide whether or not such non-disclosure was strictly necessary since, as a general rule, it is for the national courts to assess the evidence before them (see *Edwards*, cited above, pp. 34-35, § 34). Instead, the Court's task is to ascertain whether the decision-making procedure applied in each case complied, as far as possible, with the requirements of adversarial proceedings and equality of arms and incorporated adequate safeguards to protect the interests of the accused (see *Rowe and Davis v. the United Kingdom [GC]*, no. 28901/95, § 62, ECHR 2000-II). - 70. In this case, the prosecution did not disclose to the defence part of a report issued by D.I. Mann relating to the surveillance measures and instead submitted it to the judge. When D.I. Mann gave evidence and refused to answer certain questions put in cross-examination by defence counsel which related to the background to the surveillance, the judge put those questions to the witness in chambers and took the decision, weighing the harm to public interests against the slight benefit to the defence, that part of the report and the oral answers should not be disclosed. - 71. The Court is satisfied, as in *Jasper and Fitt* (both cited above, §§ 55-58 and §§ 48-50 respectively) that the defence were kept informed and were permitted to make submissions and participate in the above decision-making process as far as was possible without revealing to them the material which the prosecution sought to keep secret on public interest grounds. The questions which defence counsel had wished to put to the witness D.I. Mann were asked by the judge in chambers. The Court also notes that the material which was not disclosed in the present case formed no part of the prosecution case whatever, and was never put to the jury. The fact that the need for disclosure was at all times under assessment by the trial judge provided a further, important safeguard in that it was his duty to monitor throughout the trial the fairness or otherwise of the evidence being withheld. It has not been suggested that the judge was not independent and impartial within the meaning of Article 6 § 1. He was fully versed in all the evidence and issues in the case and in a position to monitor the relevance to the defence of the withheld information both before and during the trial. - 72. The Court finds that no point of distinction arises, as argued by the applicants, due to the fact that in this case the non-disclosure included oral evidence as well as documentary evidence. While this application does differ from *Jasper and Fitt* as in the latter there was an additional level of safeguard when the Court of Appeal reviewed the undisclosed material and the decision of the trial judge on non-disclosure, the Court notes that the present applicants did not include any ground of appeal on this issue in the proceedings before the Court of Appeal and that they concede that the judge exercised his balancing role correctly in domestic-law terms. If, however, they had wished the Court of Appeal to review this matter, it would have been open to them to raise it, as was done in *Jasper and Fitt*. The Court is not persuaded that there is any basis for holding that there should be an automatic appeal review of such matters, where the defendants themselves do not make complaint. - 73. In *Jasper and Fitt* (§§ 56 and 49 respectively), the Court was satisfied that, according to the jurisprudence of the English Court of Appeal, the assessment which the trial judge was required to make fulfilled the conditions which, according to the Court's case-law, are essential for ensuring a fair trial in

instances of non-disclosure of prosecution material (see paragraphs 67-68 above). The domestic trial court in the present case thus applied standards which were in conformity with the relevant principles of a fair hearing embodied in Article 6 § 1 of the Convention. - In conclusion, therefore, the Court finds that, as far as possible, the decision-making procedure complied with the requirements of adversarial proceedings and equality of arms and incorporated adequate safeguards to protect the interests of the accused. It follows that there has been no violation of Article 6 § 1 in this regard. - B. Use at trial of taped evidence obtained by covert surveillance devices - 1. The parties' submissions - 74. The applicants submitted that the fairness of their trial was undermined by the use of the taped materials. Their case could be distinguished from Khan, cited above. They pointed out that in Khan the Court referred to the fact that the evidence had been obtained in accordance with the Guidelines, whereas in their case there had been a clear breach of those Guidelines. It had not been shown that the police had made any significant efforts to obtain the evidence by other means (a precondition of permission to use such methods) and the Chief Constable had not given prior written confirmation of his authorisation, such only being effected retrospectively. While the applicant in Khan had obtained a review of his case on appeal, the applicants had been refused leave to appeal against the judge's ruling. The Court in Khan had also given weight to the fact that the evidence obtained in breach of Article 8 had been strong and cogent. In their case, the evidence in relation to at least the first applicant was not particularly strong in that the forensic expert was only able to conclude that it was "likely" that his voice featured in the tape recordings. Finally, the applicants referred to the underhand manner in which police officers had obtained samples of their voices for comparison, in a procedure which was unregulated, arbitrary and attended by bad faith. It also violated their right not to incriminate themselves, as they had already expressly refused to give samples and these were in the event taken against their will. - 75. The Government submitted that the use of the taped materials did not infringe the overall fairness of the applicants' trial, referring to the Court's judgment in Khan, cited above. The applicants had the opportunity, which they made use of, to challenge the admissibility of the recordings under section 78 of PACE. Their admissibility was judged by the most suitable tribunal, namely, the trial judge, by reference to the test of fairness. They were also able to appeal against the judge's ruling to the Court of Appeal. The recordings had been obtained in accordance with the applicable code of practice. Furthermore, there was almost no dispute about the authenticity of the written transcript of the tapes, and the expert evidence on voice identification was corroborated by the visual observations of the surveillance team and by their video and photographic evidence. The applicants did not call any expert evidence to challenge the tapes. Accordingly, there was no reasonable doubt that it was their voices on the tapes, or about the reliability of the tapes as evidence. The content of the taped conversations was highly incriminating and those conversations had been entirely voluntary. The tapes were not in any event the only evidence against the applicants. The prosecution called forty-five witnesses, and incriminating evidence was found in B.'s flat and in the car which the applicants were driving. - 2. The Court's assessment - 76. The Court reiterates that its duty, according to Article 19 of the Convention, is to ensure the observance of the engagements undertaken by the Contracting States to the Convention. In particular, it is not its function to deal with errors of fact or of law allegedly committed by a national court unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention. While Article 6 guarantees the right to a fair hearing, it does not lay down any rules on the admissibility of evidence as such, which is therefore primarily a matter for regulation under national law (see *Schenk v. Switzerland*, judgment of 12 July 1988, Series A no. 140, p. 29, §§ 45-46, and, for a more recent example in a different context, *Teixeira de Castro v. Portugal*, judgment of 9 June 1998, Reports 1998-IV, p. 1462, § 34). It is not the role of the Court to determine, as a matter of principle, whether particular types of evidence – for example, unlawfully obtained evidence – may be admissible or, indeed, whether the applicant was guilty or not. The question which must be answered is whether the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, were fair. This involves an examination of the alleged "unlawfulness" in question and, where violation of another Convention right is concerned, the nature of the violation found. - 77. In *Schenk*, cited above, in concluding that the use of the unlawfully obtained recording in evidence did not deprive the applicant of a fair trial, the Court noted, first, that the rights of the defence had not been disregarded: the applicant had been given the opportunity, which he took, of challenging the authenticity of the recording and opposing its use, as well as the opportunity of examining Mr Pauty and summoning the police inspector responsible for instigating the recording. The Court further "attache[d] weight to the fact that the recording of the telephone conversation was not the only evidence on which the conviction was based" (*ibid.*, pp. 29-30, § 48). More recently, the Court has applied these principles in *Khan* (cited above, §§ 34-40) and found that the use at trial of recordings of the applicant's conversations was not contrary to the requirements of Article 6 § 1 notwithstanding that they were obtained in circumstances where the Court had found, under Article 8 of the Convention, that the surveillance measures had not been "in accordance with the law". - 78. This case presents strong similarities with *Khan*. As in *Khan*, the fixing of the listening device and the recording of the applicants' conversation were not unlawful in the sense of being contrary to domestic criminal law. Under English law there is in general nothing unlawful about a breach of privacy. There is no indication that the admissions made by the

applicants during conversations in B.'s flat were made involuntarily, there being no entrapment and the applicants being under no inducement to make such admissions. Though the applicants asserted that in this case, unlike Khan, the police had not operated in conformity with the Home Office Guidelines, the Court notes that it is not argued that this rendered the police actions unlawful. While the Chief Constable gave written confirmation of authorisation retrospectively, there is no suggestion that he had not in fact been informed and given his oral permission. It is not established that any substantive precondition for the police exercising their surveillance powers was not in fact complied with. The "unlawfulness" in the present case therefore relates exclusively to the fact that there was no statutory authority for the interference with the applicants' right to respect for private life and that, accordingly, such interference was not "in accordance with the law", as that phrase has been interpreted in Article 8 § 2 of the Convention. - 79. The use of the taped evidence at the trial differs from Khan more significantly in that this material was not the only evidence against the applicants. Furthermore, as in Schenk and Khan, the present applicants had ample opportunity to challenge both the authenticity and the use of the recordings. They did not challenge their authenticity, but challenged their use at the *voir dire* at which the trial judge assessed the effect of admitting the evidence on the fairness of the trial by reference to section 78 of PACE. Though the applicants were unsuccessful in their arguments and did not obtain leave to appeal, it is clear that, had the domestic courts been of the view that the admission of the evidence would have given rise to substantive unfairness, they would have had a discretion to exclude it. The applicants have argued that the evidence identifying in particular the first applicant's voice on the tape was weak as it was only shown that it was "likely" to have been his voice. However, the Government have pointed out that there was other evidence corroborating the involvement of the applicants in the events. The Court considers that there was no unfairness in leaving it to the jury, on the basis of a thorough summing-up by the judge, to decide where the weight of the evidence lay. - 80. In so far as the applicants complained of the underhand way in which the voice samples for comparison were obtained and that this infringed their privilege against self-incrimination, the Court considers that the voice samples, which did not include any incriminating statements, may be regarded as akin to blood, hair or other physical or objective specimens used in forensic analysis and to which privilege against self-incrimination does not apply (see Saunders, cited above, pp. 2064-65, § 69).- 81. In these circumstances, the Court finds that the use at the applicants' trial of the secretly taped material did not conflict with the requirements of fairness guaranteed by Article 6 § 1 of the Convention. - III. ALLEGED VIOLATIONS OF ARTICLE 13 OF THE CONVENTION - 82. The applicants complained that they had no effective remedy in respect of the violations of their rights, relying on Article 13 of the Convention, which provides: "Everyone whose rights and freedoms as set forth in [the] Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity."- 83. The applicants submitted that there was no material distinction between their case and the judgment in Khan, and relied on the Court's observations in that case with regard to the effectiveness of PACE and the Police Complaints Authority and the lack of any sufficient protection against the abuse of authority. - 84. The Government accepted that in the light of the judgment in Khan, the Court would be likely to find that no effective remedy was available to the applicants in respect of any breach of their rights under Article 8 of the Convention, since the Court had already ruled that the operation of section 78 of PACE and the availability of the procedures before the Police Complaints Authority did not provide an adequate remedy in similar circumstances.- 85. The Court has found above that there has been a violation of the applicants' rights to respect for their private life in that the use of covert recording devices at B.'s flat and in the police station were not "in accordance with the law". Article 13 guarantees the availability of a remedy at the national level to enforce the substance of Convention rights and freedoms in whatever form they may happen to be secured in the domestic legal order. Thus, its effect is to require the provision of a domestic remedy allowing the competent national authority both to deal with the substance of the relevant Convention complaint and to grant appropriate relief, without, however, requiring incorporation of the Convention (see Smith and Grady v. the United Kingdom, nos. 33985/96 and 33986/96, § 135, ECHR 1999-VI). - 86. In the present case, the domestic courts were not capable of providing a remedy because, although they could consider questions of fairness in admitting the evidence in the criminal proceedings, it was not open to them to deal with the substance of the Convention complaint that the interference with the applicants' right to respect for their private lives was not "in accordance with the law"; still less was it open to them to grant appropriate relief in connection with the complaint.- 87. As regards the various other avenues open to the applicants in respect of their Article 8 complaint, grievances only have to be referred to the Police Complaints Authority in circumstances where they contain allegations that the relevant conduct resulted in death or serious injury or where the complaint is of a type specified by the Secretary of State. In other circumstances the Chief Constable of the area will decide whether or not he is the appropriate authority to decide the case. If he concludes that he is the correct authority, then the standard procedure is to appoint a member of his own force to carry out the investigation. Although the Police Complaints Authority can require a complaint to be submitted to it for consideration under section 87 of PACE, the extent to which the Police Complaints Authority oversees the decision-making process undertaken by

the Chief Constable in determining if he is the appropriate authority is unclear. The Court has also previously noted the important role played by the Secretary of State in appointing, remunerating and, in certain circumstances, dismissing members of the Police Complaints Authority. In particular, under section 105(4) of PACE the Police Complaints Authority is to have regard to any guidance given to it by the Secretary of State with respect to the withdrawal or preferring of disciplinary charges and criminal proceedings (see Khan, cited above, §§ 45-46). - 88. Accordingly, the Court finds that the system of investigation of complaints does not meet the requisite standards of independence needed to constitute sufficient protection against the abuse of authority and thus provide an effective remedy within the meaning of Article 13. There has therefore been a violation of Article 13 of the Convention. - IV. APPLICATION OF ARTICLE 41 OF THE CONVENTION - 89. Article 41 of the Convention provides: - "If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party." - A.Damage - 90. The applicants made no claim for pecuniary damage. However, they wished the Court to consider making an award for non-pecuniary damage in respect of injury to their feelings brought about by an abiding sense of injustice due to the methods employed by the police in securing their convictions. They noted that an award of 1,000 pounds sterling (GBP) had been made in the similar case of *Govell v. the United Kingdom* (no. 27237/95, Commission's report of 14 January 1998, unreported). - 91. The Government considered that the finding of a violation constituted in itself sufficient just satisfaction for any damage which the applicants might have suffered. - 92. The Court recalls that the applicants' right to respect for private life was violated in several aspects and that they had no effective remedy under domestic law. It considers that the applicants must thereby have suffered some feelings of frustration and invasion of privacy which is not sufficiently compensated by a finding of violation. It therefore awards each applicant GBP 1,000. - B.Costs and expenses - 93. The applicants claimed a total of GBP 16,510.51 for costs and expenses, inclusive of value-added tax. This included counsel's fees of GBP 7,700. - 94. The Government submitted that sums claimed for counsel gave no indication of the numbers of hours worked or the fee rate claimed and that the sum seemed excessive for a junior member of the Bar. The claim made for the work of two solicitors also did not seem reasonable in the circumstances of this case. They considered a sum of GBP 9,000 to be reasonable. - 95. Making an assessment on an equitable basis and having regard to similar cases, the Court makes an award of GBP 12,000. - C. Default interest - 96. According to the information available to the Court, the statutory rate of interest applicable in the United Kingdom at the date of adoption of the present judgment is 7.5% per annum - FOR THESE REASONS, THE COURT - 1. Holds unanimously that there has been a violation of Article 8 of the Convention in respect of the use of a covert listening device at B.'s flat; - 2. Holds unanimously that there has been no violation of Article 8 of the Convention in respect of the obtaining of information about the use of the telephone at B.'s flat; - 3. Holds unanimously that there has been a violation of Article 8 of the Convention in respect of the use of covert listening devices at the police station; - 4. Holds unanimously that there has been no violation of Article 6 § 1 of the Convention in respect of the non-disclosure of part of a report to the applicants at trial or the hearing of evidence from Detective Inspector Mann in the absence of the applicants or their lawyers; - 5. Holds by six votes to one that there has been no violation of Article 6 § 1 of the Convention in respect of the use at trial of the materials obtained by the covert listening devices; - 6. Holds unanimously that there has been a violation of Article 13 of the Convention in respect of the use of covert listening devices; - 7. Holds unanimously - (a) that the respondent State is to pay the applicants, within three months from the date on which the judgment becomes final according to Article 44 § 2 of the Convention; (i) GBP 1,000 (one thousand pounds sterling) each in respect of non-pecuniary damage; (ii) GBP 12,000 (twelve thousand pounds sterling) in respect of costs and expenses; (b) that simple interest at an annual rate of 7.5% shall be payable from the expiry of the above-mentioned three months until settlement; - 8. Dismisses unanimously the remainder of the applicants' claims for just satisfaction. - Done in English, and notified in writing on 25 September 2001, pursuant to Rule 77 §§ 2 and 3 of the Rules of Court. S. Dollé J.-P. Costa - Registrar President In accordance with Article 45 § 2 of the Convention and Rule 74 § 2 of the Rules of Court, the partly dissenting opinion of Mrs Tulkens is annexed to this judgment. J.-P.C.

S.D. - PARTLY DISSENTING OPINION OF JUDGE TULKENS (Translation)- The Court has – unanimously – acknowledged that the use of a listening device, both at B.'s flat and at the police station, infringed Article 8 of the Convention because such an interference with their right to respect for their private life was not in accordance with the law. - However, the majority considered that the use of that evidence at the applicants' trial did not conflict with the requirement of a fair hearing guaranteed by Article 6. I cannot share that view for a number of reasons. - 1. I do not think that a trial can be described as "fair" where evidence obtained in breach of a fundamental right guaranteed by the Convention has been admitted during that trial. As the Court has already had occasion to stress, the Convention must be interpreted as a coherent whole (see *Klass and Others v. Germany*, judgment of 6 September 1978, Series A no. 28, pp. 30-31, §§ 68-69). - In that respect I share the partly dissenting opinion of Judge Loucaides annexed to *Khan v. the United Kingdom* (no. 35394/97, ECHR

Também o artigo 17º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, bem assim o artigo 17 da Convenção de Nova Iorque, de 1990, sobre os direitos da criança vão no mesmo sentido, de reserva da intimidade da vida privada.

Fazendo uma pequena incursão no direito processual civil comparado de matriz romano-germânico, desde já do direito processual civil que está mais próximo ao direito processual civil moçambicano, nomeadamente, o Direito Processual Civil Português, o Tribunal Constitucional daquele País, quanto à reserva da intimidade da vida privada há que referir traduzir-se:

*2000-V): “It is my opinion that the term ‘fairness’, when examined in the context of the European Convention on Human Rights, implies observance of the rule of law and for that matter it presupposes respect of the human rights set out in the Convention. I do not think one can speak of a ‘fair’ trial if it is conducted in breach of the law.” - In the instant case the violation which the Court found of Article 8 of the Convention was constituted, indeed exclusively constituted, by the unlawfulness of the impugned evidence (see paragraphs 63 and 78 in fine of the judgment). The fairness referred to in Article 6 of the Convention also includes a requirement of lawfulness (see Coëme and Others v. Belgium, nos. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96, § 102, ECHR 2000-VII). Fairness presupposes compliance with the law and thus also, a fortiori, respect for the rights guaranteed by the Convention, which it is the Court’s very task to scrutinise. 2. With regard to the nature and scope of the Court’s scrutiny, the Court rightly reiterates that “its duty, according to Article 19 of the Convention, is to ensure the observance of the engagements undertaken by the Contracting States to the Convention” (see paragraph 76 of the judgment). Accordingly, and I firmly share this observation, “it is not its function to deal with errors of fact or of law allegedly committed by a national court unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention”. Similarly, although it is not “the role of the Court to determine, as a matter of principle, whether particular types of evidence – for example, unlawfully obtained evidence – may be admissible”, the position is different, however, where, as in this case, the evidence has been obtained in breach of a right guaranteed by the Convention because it is the Court’s very duty, where the taking of evidence is concerned, to ensure that the commitments entered into under the Convention are honoured by the Contracting States. 3. The majority refer in their reasoning to Schenk v. Switzerland, (judgment of 12 July 1988, Series A no. 140), and consider that Khan (cited above) applied those principles, from which they deduce that, owing to similarities between the facts of that judgment and those of the present case, they have an obligation to follow precedent (see paragraphs 77 and 78 of the judgment). I do not believe that to be the case, not least because in Schenk the evidence had been held to be unlawful under domestic law and not under the Convention. Furthermore, certain considerations in Khan (cited above, §§ 37 and 38), suggest that it could even be seen as a “re-reading” of the Schenk judgment and therefore interpreted as a departure from the precedent established in Schenk. The present judgment could have removed the doubts arising from the Court’s case-law on the subject and reiterated clearly that what is forbidden under one provision (Article 8) cannot be permitted under another provision (Article 6). 4. In concluding that there has not been a violation of Article 6, the Court renders Article 8 completely ineffective. The rights enshrined in the Convention cannot remain purely theoretical or virtual because “the Convention must be interpreted and applied in such a way as to guarantee rights that are practical and effective” (see Comingersoll S.A. v. Portugal [GC], no. 35382/97, § 35, ECHR 2000-IV; Beer and Regan v. Germany [GC], no. 28934/95, § 57, 18 February 1999, unreported; and García Manibardo v. Spain, no. 38695/97, § 43, ECHR 2000-II). 5. Lastly, the majority’s point of view appears to me to harbour a real danger, which has already been pointed out by Judge Loucaides: “If violating Article 8 can be accepted as ‘fair’ then I cannot see how the police can be effectively deterred from repeating their impermissible conduct” (see the dissenting opinion in Khan, cited above). The Court has itself stressed “the need to ensure that the police exercise their powers to control and prevent crime in a manner which fully respects the due process and other guarantees which legitimately place restraints on the scope of their action ... including the guarantees contained in Articles 5 and 8 of the Convention” (see Osman v. the United Kingdom, judgment of 28 October 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-VIII, pp. 3159-60, § 116). Will there come a point at which the majority’s reasoning will be applied where the evidence has been obtained in breach of other provisions of the Convention, such as Article 3, for example? Where and how should the line be drawn? According to which hierarchy in the guaranteed rights? Ultimately, the very notion of fairness in a trial might have a tendency to decline or become subject to shifting goalposts. TERMINATOR*

Direito de cada um a ver protegido o espaço interior ou familiar da pessoa ou do seu lar contra intromissões alheias. É a *privacy* do direito Anglo - saxónico. (...) Este direito à intimidade ou à vida privada, este direito a uma esfera própria e inviolável, onde ninguém deve poder penetrar sem autorização do respectivo titular compreende: a) a autonomia, ou seja, o direito a ser o próprio a regular, livre de ingerências estatais e sociais, essa esfera de intimidade; b) o direito a não ver difundido o que é próprio dessa esfera de intimidade, a não ser mediante autorização do interessado a ilicitude material não implica, sem mais, a inadmissibilidade processual, torna-se necessário concretizar tal princípio num ângulo processual, concretização essa que se torna possível através da consideração da função do processo civil. Basicamente, aquilo que importa averiguar é se a admissibilidade do meio de prova ilicitamente obtido contraria o direito material, averiguação essa que pressupõe atender ao âmbito de protecção da norma violada através do acto de ilícita obtenção da prova. Se a resposta for afirmativa (isto é, se através da consideração do âmbito de protecção da norma violada, se concluir no sentido da proibição de valoração do meio de prova), haverá que proceder a uma ponderação dos interesses das partes, opostos entre si (ponderação essa que se deverá orientar pelo princípio da proporcionalidade), por forma a verificar se, apesar de tudo, a valoração é de aceitar. Caso não seja (porque, por exemplo, a lesão ocasionada aquando da obtenção da prova foi grave, e o litígio diz respeito a um bem de valor pouco significativo), o requerimento de prova é inadmissível, já que contraria o princípio de boa-fé, e a valoração do meio de prova é proibida.<sup>631</sup>.

## 8. 4. AS PROVAS ILÍCITAS E O SEGREDO DE ESTADO

Antes de abordar o tratamento que se dá a provas ilícitas que violam o segredo de Estado, importa trazer a noção de segredo que não se confunde com mentira, como refere Stefano Rodatá<sup>632</sup>.

Segredo significa coisa que não deve ser sabida por outra pessoa. Segredo é algo que se diz a uma pessoa, mas que essa pessoa a quem foi dita a coisa não pode dar a conhecer a terceira pessoa. Em outras palavras, o segredo é a descrição, a reserva, a contenção. Por outras palavras o segredo é o meio não divulgado ou pouco divulgado de fazer uma coisa.

Em termos jurídicos, o significado de segredo não foge muito das noções acima apontadas, segredo seria "Facto ou informação cuja divulgação é restrita"<sup>633</sup>.

<sup>631</sup> Ac. do T.C. n.º 128/92, publicado no D. R. II Série, de 24 de Julho de 1972, citada por . BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 237.

<sup>632</sup> RODATÁ, Stefano, *O direito à verdade*, in civilistica. Co, a. 2. N. 3. 2013, pp. 14-15 citada por . BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 248."Segredo e mentira não se referem à mesma coisa. Segredo, dizem os dicionários, é o "fato, realidade, notícia que não se quer ou não se deve revelar a ninguém". Mentira é "afirmação contrária àquilo que é ou se crê correspondente à verdade, pronunciada com intenção de enganar". Assim as coisas parecem claras: o segredo é não dizer, que é coisa muito diversa de enganar. Mas quando os arcana imperii, os segredos que envolvem a ação do soberano ou também dos governantes democráticos cobrem muitas matérias ou questões essenciais para a vida pública, a distinção entre o não saber e o ser enganado pode tornar-se sutilíssima. Não sabendo, os cidadãos não são capazes de analisar as escolhas dos governantes, tatendo no escuro. Oconhecimento torna-se privilégio de um grupo restrito, e a forma de governo pode transformar-se de democracia em oligarquia".

O que será então Segredo de Estado. Podíamos dar variadíssimas definições, dependendo da ordem jurídica que estivessemos a referenciar. Mas esta questão numa maneira muito rápida, resolve-se no âmbito do disposto do artigo 619º do CPC.

## **8. 5. AS PROVAS ILÍCITAS E O SIGILO PROFISSIONAL OU O SEGREDO DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS**

Em relação ao tratamento a dar as provas ilícitas que violam o sigilo profissional ou o segredo de funcionários públicos, no essencial, valem as mesmas considerações feitas em relação ao tratamento a dar a provas ilícitas que violam o segredo de Estado, abordado acima.

Autores portugueses e também o moçambicano Alfredo Faife, já se disse, mostram existir omissão legislativa quanto à questão de admissibilidade ou inadmissibilidade da prova ilícita no processo civil tanto português, quanto moçambicano.

O legislador moçambicano apenas usa dos fundamentos do artigo 519º do CPC, quanto ao entendimento que se defende nesta Tese, dispositivo legal que admite a prova ilícita no processo civil pátrio, diz ele.

Conforme o dispositivo legal acima referido, todas as pessoas, sejam, ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os actos que forem determinados.

Os que recusarem a colaboração devida serão condenados em multa sem prejuízo dos meios coercivos que forem possíveis; se o recusante for parte, o tribunal apreciará livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ónus da prova nos termos do n.º 2 do artigo 344º do Código Civil.

A recusa é, porém, legítima se a obediência importar violação do sigilo profissional ou causar grave dano à honra e consideração da própria pessoa, violação ou intromissão na sua vida privada ou familiar.

<sup>633</sup>"Segredo" in PRATA, Ana, et al, *Dicionário Jurídico*, Volume II, 2ª Edição, p. 458.

Então o tratamento a dar às provas ilícitas que violam o sigilo profissional ou o segredo de funcionários públicos, a parte sobre quem é feita a solicitação pode recusar a dar tal prova, seja ela lícita ou ilícita, pois a recusa é legítima quando importar violação do sigilo profissional.

Fica salvo o disposto quanto à exibição judicial por inteiro, dos livros de escrituração comercial e dos documentos a ela relativos. Deduzida escusa com fundamento na quebra de sigilo profissional é aplicável o disposto no processo penal acerca da verificação da legitimidade da escusa e da dispensa do dever de sigilo invocado.

## **8.6. AS PROVAS (IN) ADMISSÍVEIS NO DIREITO CIVIL MOÇAMBICANO**

Para compreender-se o alcance de provas inadmissíveis no direito moçambicano é necessário compreender, primeiro, o fim do fundamento das proibições desse tipo de provas.

A proibição tem duas finalidades "Assegurar a inviolabilidade do núcleo irreduzível dos direitos fundamentais dos cidadãos; Preservar a estrutura fundamental do próprio modelo processual"<sup>634</sup>.

Trata-se de distinguir entre provas proibidas ou proibíveis no processo e provas ilícitas. Aquelas são as obtidas ou produzidas em violação de normas processuais e estas são as que o método de obtenção ou forma de produção é um acto materialmente ilícito.

Ao abordar este ponto, naturalmente tem que se abordar a questão de admissibilidade ou não das provas ilícitas no processo civil.

Mas o que será uma prova ilícita? Como refere Lebre de Freitas "Em sede de prova, o direito ao processo equitativo implica a inadmissibilidade de meios de prova ilícitos, quer o sejam por violar direitos fundamentais, quer porque se formaram ou obtiveram por processos ilícitos"<sup>635</sup>.

<sup>634</sup> ANDRADE, Costa, apud CORREIA, Tércia Matias, *a Prova no Processo Civil: Reflexões sobre o problema da (in) admissibilidade da prova ilícita* p. 86; FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, Braga, 2022, p. 74.

<sup>635</sup> FREITAS, Lebre de, *Introdução ao Processo Civil – Conceito e Princípios Gerais à luz do Código Revisto*, pp. 107 a 108.

Terá de se fazer recurso ao conceito dado por Manuel de Andrade, quando aborda a questão de actos jurídicos que podem ser lícitos ou ilícitos, sendo aqueles os que "estão de acordo com a ordem jurídica, que os aprova e consente.

Os ilícitos são contrários à ordem jurídica, antagónicos com ela, por ela reprovados"<sup>636</sup>. A prova ilícita é aquela que traduz o desvalor na sua formação.

Embora não afecte a sua natureza exterior ou à finalidade da mesma que é provar factos ou o direito, ela foi produzida fora do processo ou foi trazida ao processo através de meios ilegais ou ilegítimos, indo contra valores e direitos protegidos constitucionalmente<sup>637</sup>.

Para Michelle Taruffo, a prova ilícita é "a prova que foi formada fora do processo ou entrou para o processo com o uso de meios ilegais ou ilegítimos, com métodos penalmente ilícitos ou com actos que comportam uma violação de direitos subjectivos constitucionalmente protegidos"<sup>638</sup>.

Carlos Castelo Branco<sup>639</sup> faz uma feliz distinção entre prova ilícita e prova inadmissível, a prova invalidamente constituída, a prova imoral, a prova viciada, a prova impertinente ou irrelevante, a prova inútil, a prova atípica, a prova ilegítima, a prova nula, a prova ilegal.

A mesma distinção faz o autor moçambicano, Alfredo Faife<sup>640</sup>, entre a prova lícita e figuras afins como sejam: a prova inadmissível, a prova imoral, a prova viciada e a prova atípica, sendo conceitos que não se confundem, mas que não cabe neste artigo abordar as distinções.

Existem duas teses principais sobre a admissibilidade ou não da prova ilícita no processo civil e uma terceira tese que podemos chamar de ecléctica ou mista. A primeira tese, que admite a prova ilícita no processo civil, sustenta a posição com argumentos quais sejam: o fim da descoberta da verdade; o princípio da autonomia entre as normas processuais civis e normas processuais penais.

<sup>636</sup> ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, p. 2.

<sup>637</sup> Cfr n.º 3 do artigo 65 e artigo 71, todos da CRM.

<sup>638</sup> TARUFFO, Michelle, *La Prova nel processo civil*, Giuffrè, Milão, 2012, p. 76.

<sup>639</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Edições Almedina, Coimbra, 2019, p.108 a 125.

<sup>640</sup> FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, Braga, 2022, p. 117 a 125.

No processo penal é claramente proibido<sup>641</sup>; o princípio do carácter meta – jurídico da prova, isto é, a busca da meta da prova; quando se trata de único meio de prova do facto disponível; quando estejam em jogo diferentes interesses, havendo que fazer a ponderação de interesses envolvidos no sentido de que se não se fira interesse maior.

Neste caso não há por que proibir a prova ilícita no processo civil; o princípio de boa-fé, nomeadamente, o dever de cooperação para a descoberta da verdade<sup>642</sup>; o princípio de proporcionalidade; o princípio da celeridade processual.

A segunda tese que não admite a prova ilícita no processo civil, sustenta a posição com argumentos quais sejam: o fim da descoberta da verdade não pode justificar tudo, os fins não justificam os meios; o princípio da unidade jurídica manda dizer que se a prova ilícita é proibida no Direito constitucional<sup>643</sup> e no Direito processual penal<sup>644</sup> não pode ser admitida no Direito processual civil; o princípio do carácter meta – jurídico da prova, isto é, a busca da meta da prova não justifica tudo; o princípio de que o dolo não aproveita ao seu autor.

A terceira tese a tese eclética ou mista, defendida pelos tribunais australianos, alemães e italianos<sup>645</sup> busca as vantagens de cada uma das duas teses anteriores, mas principalmente quando haja conflito de interesses analisadas as circunstâncias concretas de cada caso e dos valores em jogo, priorizando-se os interesses maiores.

Assim, a obtenção de um meio de prova através de violação de direitos fundamentais impedirá a sua relevância se tal prova for obtida através de meios ilícitos, mas de forma a não afectar interesses ou direitos superiores.

Resta então tomar posição sobre (*in*) admissibilidade da prova ilícita no direito civil moçambicano. Nos termos do n.º 3 do artigo 519º do CPC moçambicano, todas as pessoas têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, sob pena de multa e outros meios coercivos, se for o caso...e".

A recusa é, porém, legítima se a obediência importar violação do sigilo profissional ou causar grave dano à honra e consideração da própria pessoa, violação ou

<sup>641</sup> Cfr n.º 3 do artigo 65 e artigo 71, todos da CRM, artigos 4, 155 e 156, todos do CPP.

<sup>642</sup> Cfr. Artigo 519º do CPC.

<sup>643</sup> Cfr. Artigos 4, n.º 3 do artigo 65 e artigo 71, todos da CRM.

<sup>644</sup> Cfr. Artigos 4, 155 e 156, todos do CPP.

<sup>645</sup> Cfr. ABRANTES, José João Abrantes, **Prova Ilícita**, p. 9; BRANCO, Carlos Castelo, **A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?** Edições Almedina, Coimbra, 2019, p.137.

intromissão na sua vida privada ou familiar"<sup>646</sup>. Mas deste artigo não se retira que não sejam inadmissíveis provas ilícitas no processo civil pátrio.

Alguns dizem haver omissão legal sobre a (*in*) admissibilidade da prova ilícita no direito civil moçambicano, partindo de que "São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na sua vida privada e familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações"<sup>647</sup>.

Assim confrontado este dispositivo constitucional com o dever de cooperação ou colaboração referido pelo artigo 519º do CPC, sendo a norma constitucional em causa, uma norma geral e não excepcional<sup>648</sup>, também seria por analogia aplicável ao processo civil.

Não se partilha inteiramente dessa posição pois a constituição no caso faz uma enunciação geral, cada área dum direito específico também tem suas especificidades, e mais, não se podem pegar as regras do direito penal para analogicamente serem aplicadas no direito civil.

Nos termos do artigo 12 do CPP "Nos casos omissos, quando as disposições deste Código não poderem aplicar-se por analogia, observam-se as normas do processo civil que se harmonizem com o processo penal e, na falta delas, aplicam-se os princípios gerais do processo penal"<sup>649</sup>.

O direito e processual civil é que é subsidiário ao direito penal e processual penal, não o contrário. Mesmo que não fosse caso de analogia, "Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema"<sup>650</sup>.

Assim sendo advogamos a admissibilidade da prova ilícita no direito civil moçambicano quando seja um meio fundamental ou único para a descoberta da verdade, como admite o autor moçambicano<sup>651</sup>.

Não obstante, entendemos que a Constituição garante ao cidadão a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, mas em tese geral. É a partir desse

<sup>646</sup> Cfr. Artigo 519º, n.º 3 do CPC.

<sup>647</sup> Cfr. Artigo 65º, n.º 3 do da CRM.

<sup>648</sup> Cfr. Artigo 11º do CC.

<sup>649</sup> Cfr. Artigo 12 do CPP, aprovado pela Lei 25/2019, de 20 de Dezembro.

<sup>650</sup> Cfr. Artigo 10º, n.º 3 do CC.

<sup>651</sup> FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, Braga, 2022, p. 117 a 125.

entendimento geral ou da tese geral da interpretação constitucional que se busca um significado para o conceito de (in) admissibilidade da prova ilícita no processo civil.

A legislação infraconstitucional, como é o Código de Processo Civil, densifica ou não o conceito, pesando com outros valores e princípios constitucionais.

No dizer de João de Castro Mendes e Miguel Teixeira de Sousa é que "A regra é a de que toda a prova relevante é admissível, ou seja, de que toda a prova que pode realizar a demonstração de um facto controvertido é admissível"<sup>652</sup>.

Dizem "A inadmissibilidade de uma prova, apesar de a mesma ser relevante para a prova de um facto, tem de ser justificada com base numa ponderação de valores"<sup>653</sup>. Assim "Os valores que devem ser ponderados são, por um lado, o da produção da prova que é necessária para a tutela de uma situação subjectiva e, por outro, o da protecção de interesses da contraparte ou da comunidade"<sup>654</sup>.

Baseando-se na Constituição portuguesa, os referidos autores referem que "É com base nesta ponderação que, por exemplo, é justificada a exclusão da prova que foi obtida através de uma intromissão abusiva na vida da contraparte (artigo. 32º nº 8 CRP)"<sup>655</sup>.

Pelo contrário em defesa da nossa Tese de admissibilidade da prova ilícita no processo civil e no processo civil moçambicano sustentamos com base no mesmo argumento de que com base na ponderação não se pode em certos casos, excluir a prova obtida através de uma intromissão abusiva na vida da contraparte.

Citamos até o exemplo da própria jurisprudência de Portugal, do Tribunal Constitucional de Portugal<sup>656</sup>, num caso até citado pelos autores acima referidos<sup>657</sup>. O caso relaciona-se com uma arquiteta portuguesa que estava a fazer Doutoramento em Londres, quando em processo de divórcio, querendo usar uma máquina fotográfica do casal, isso já em Portugal, encontrou dentro da máquina um rolo de fotografia que depois de revelar continha fotos do seu marido e uma senhora em situação de intimidade.

<sup>652</sup> MENDES, João de Castro; SOUSA, *Teixeira de, Manual de Processo Civil*, Vol. I, AAFDL Editora, Lisboa, 2022, p. 470.

<sup>653</sup> Idem, p. 470

<sup>654</sup> Ibidem, p. 470.

<sup>655</sup> MENDES, João de Castro; SOUSA, *Teixeira de, Manual de Processo Civil*, Vol. I, AAFDL Editora, Lisboa, 2022, p. 470.

<sup>656</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal n.º 263/97, de 19 de Março de 1997.

<sup>657</sup> MENDES, João de Castro; SOUSA, *Teixeira de, Manual de Processo Civil*, Vol. I, AAFDL Editora, Lisboa, 2022, p. 482.

A arquiteta em articulado superveniente no processo de divórcio, apresentou as tais fotos. Depois de muitas peripécias, o Supremo Tribunal, o Tribunal Constitucional português, decidiram no sentido de admissibilidade daquela prova ilícita, tendo em conta os valores em causa.

Outra situação que abona a Tese que se defende são os argumentos dos autores que temos estado a citar "A ilicitude da prova pode ser excluída por uma causa de exclusão dessa ilicitude, o que ocorre, nomeadamente, nos casos de prova subjectiva ou objectivamente difícil"<sup>658</sup>.

Pode também ser admitida uma prova ilícita, quando a prova visa proteger um interesse mais relevante do que aquele que é violado, no sentido de que é necessário que o bem que se procura tutelar através da acção na qual a prova é utilizada seja superior ao desvalor decorrente daquela intromissão.

João de Castro Mendes e Miguel Teixeira de Sousa, exemplificam:

Assim, por exemplo: não é ilícita a prova obtida por vídeo vigilância quando esta tenha sido legalmente autorizada e tenha servido apenas para a entidade empregadora confirmar a actuação ilícita do trabalhador; não é ilícita a prova que é obtida através de uma dashcam (ou *dashboard camera*) instalada num automóvel; não é ilícita a prova que resulta da junção de uma cassette que contém a gravação das declarações ameaçadoras que uma das partes proferiu para que ficassem gravadas no serviço de *voice-mail*, do telemóvel da outra; não é ilícita a prova que resulta de um teste ADN não autorizado, se o mesmo for necessário para alguém poder afastar uma paternidade que lhe é atribuída; não é ilícita a junção da documentação clínica da mãe de uma criança quando se trata de averiguar se a mesma está em condições de exercer as responsabilidades parentais.<sup>659</sup>

Os exemplos acima, embora não se trate propriamente de admissibilidade da prova ilícita, mas sim de casos de exclusão de ilicitude, são bem demonstrativos de ser a prova ilícita admissível em processo civil e até em processo penal. O exemplo da prova obtida por vídeo-vigilância quando esta tenha sido legalmente autorizada e tenha servido apenas para a entidade empregadora confirmar a actuação ilícita do trabalhador, foi retirado dum Acórdão da Relação de Lisboa, outro da Relação do Porto, e até existindo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, nesse sentido<sup>660</sup>.

<sup>658</sup> Idem, p. 482.

<sup>659</sup> MENDES, João de Castro; SOUSA, *Teixeira de, Manual de Processo Civil*, Vol. I, AAFDL Editora, Lisboa, 2022, p. 482 a 483.

<sup>660</sup> RL. 16/11/2011 (17/10.7TTBRR.L1-4); STJ 13/11 (73/12.3TTVNF.P1.S1) (recurso a um Sistema de GPS para demonstração de várias infracções laborais cometidas por um motorista); no âmbito penal foi considerada válida a prova que consiste na gravação de imagens (no caso filmagem) feita por um particular (ofendido) e dirigida para o seu veículo automóvel, estacionado na via pública, com vista a apurar quem era o autor dos danos

O exemplo da prova que é obtida através de uma dashcam (ou *dashboard camera*) instalada num automóvel é retirado do Manual acima referido de João de Castro Mendes e Miguel Teixeira de Sousa<sup>661</sup>.

O exemplo da prova que resulta da junção de uma cassette que contém a gravação das declarações ameaçadoras que uma das partes proferiu para que ficassem gravadas no serviço de *voice-mail* do telemóvel da outra, vem da Relação do Porto<sup>662</sup>.

Finalmente, os exemplos da prova que resulta de um teste ADN não autorizado, se o mesmo for necessário para alguém poder afastar uma paternidade que lhe é atribuída; e a prova que resulta da junção da documentação clínica da mãe de uma criança quando se trata de averiguar se a mesma está em condições de exercer as responsabilidades parentais, foram referidas na Relação de Évora<sup>663</sup>.

A prova ilícita é admissível no processo porque admite uma diferente valoração é aquela em que "...a prova ilícita tenha permitido obter uma informação que também foi obtida através de uma prova lícita. Por exemplo: o desvio de dinheiro realizado pelo empregado foi gravado ilicitamente, mas também foi presenciado por uma testemunha"<sup>664</sup>.

Outro exemplo de admissibilidade da prova ilícita no processo civil, trazido por João de Castro Mendes e Miguel Teixeira de Sousa, é o que a seguir se ilustra:

A prova que foi obtida ilicitamente por uma das partes pode ser utilizada, em seu benefício próprio, pela outra parte. Por exemplo: o diário íntimo de uma das partes que foi junto ao processo pela parte que o obteve ilicitamente não pode ser utilizado para provar o alegado adultério do seu autor, mas pode ser utilizado por este mesmo para provar as agressões da outra parte. O diário íntimo não pode ser valorado como prova a favor da parte que o obteve ilicitamente, mas pode ser valorado, em benefício do seu autor, mesmo que ele tenha sido apresentado em juízo pela parte que o obteve ilicitamente.<sup>665</sup>

(consistentes em sucessivos e repetidos riscos e outros estragos) que nele vinham sendo causados: RP 23/10/2013 (585/11.6TABGC.P1).

<sup>661</sup> Stein/Jonas/THOLE (2018), § 286. 71; cf. THOLE, FS Prütting (2018), 573 ss, Apud MENDES, João de Castro; SOUSA, *Teixeira de, Manual de Processo Civil*, Vol. I, AAFDL Editora, Lisboa, 2022, p. 482 a 483.

<sup>662</sup> RL. 16/11/2011

<sup>663</sup> RP 17/12/1997, BMJ 472, 563, Apud MENDES, João de Castro; SOUSA, *Teixeira de, Manual de Processo Civil*, Vol. I, AAFDL Editora, Lisboa, 2022, p. 483.

<sup>664</sup> RE 28/2/2019 (4375/12.OTBPTM-B.E1) Apud MENDES, João de Castro; SOUSA, *Teixeira de, Manual de Processo Civil*, Vol. I, AAFDL Editora, Lisboa, 2022, p. 483.

<sup>665</sup> MENDES, João de Castro; SOUSA, *Teixeira de, Manual de Processo Civil*, Vol. I, AAFDL Editora, Lisboa, 2022, p. 484.

<sup>665</sup> SILVA, Costa e; REIS, Trigo dos, *Efeitos Lícitos*, 36 e 40 ss, Apud MENDES, João de Castro; SOUSA, *Teixeira de, Manual de Processo Civil*, Vol. I, AAFDL Editora, Lisboa, 2022, p. 484 a 485.

E "A obtenção ilícita de uma prova por uma das partes não pode significar a impossibilidade do aproveitamento do meio de prova para a demonstração de factos favoráveis à parte lesada, porque esta parte não pode ser prejudicada com a obtenção ilícita da prova pela outra parte"<sup>666</sup>.

Defendemos a admissibilidade da prova ilícita no direito processual civil moçambicano por várias razões, nomeadamente porque o que foi mal colhido (no momento matéria), foi bem conservado (no momento processual) – "*male captus, bene retentus* – mal capturado, bem detido"<sup>667</sup>.

Acompanhamos aqueles que defendem que "deve prevalecer em qualquer caso o interesse da justiça no descobrimento da verdade, de sorte que a ilicitude da obtenção não retira à prova o valor que possua como elemento útil para formar o convencimento do juiz; a prova será admissível, sem prejuízo da sanção a que fique sujeito o infractor"<sup>668</sup>.

A propósito da eventual sanção a que seria sujeito o infractor, refere Wendel de Brito Lemos Teixeira "A única peculiaridade é que a pessoa responde civil, criminal ou administrativamente pela ilicitude cometida na proposição, na admissão e na produção da prova ilícita. Nesta teoria, o infractor seria punido, mas a prova seria considerada como se de prova ilícita se tratasse, pois a transgressão não afetaria o conteúdo, que seria lícito"<sup>669</sup>.

## **8.7. A ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA NO PROCESSO CIVIL NO DIREITO COMPARADO**

A questão de admissibilidade ou não da prova ilícita ou dos meios de prova ilícita no processo civil tem levantado no direito comparado diversos debates doutrinários, sendo objecto de controvérsia na jurisprudência comparada.

O debate e a controvérsia surgem porque o processo civil tem por objectivo "...ser declaradamente destinado à solução adequada dos litígios, a ser alcançada por meio de valores como justiça, igualdade, participação, efetividade e segurança (...) convolvendo-se em

<sup>666</sup> Idem. p. 485.

<sup>667</sup> OLIVEIRA, Fernando, *Glossário de Latim para Juristas*, 11ª edição, Escolar Editora, Lobito, Angola, 2014, p. 91.

<sup>668</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa, *A Constituição e as Provas Ilicitamente Obtidas*. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46798/4610>.

<sup>669</sup> TEIXEIRA, Wendel de Brito Lemos, *A Prova Ilícita no Processo Civil*, Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 147 e 148.

método de realização da justiça matéria através da supremacia de valores com assento constitucional<sup>670</sup>.

Dada a Tese que defendemos, de admissibilidade da prova ilícita no processo civil, de seguida mostraremos no direito comparado onde fomos buscar as bases que fundamentam a posição tomada: entendemos que os institutos (prova), (verdade) e (justiça) têm uma nítida ligação porque o direito se exprime por normas e as normas incidem em factos constantes da previsão da norma, sujeitas à averiguação sobre se de factos eles aconteceram de maneira como as partes litigantes alegam, permitindo ao juiz, determinar a acertada decisão e seus efeitos.

Já referimos que a doutrina dominante é no sentido de não admissão de provas ilícitas no processo penal, mas então o que acontece no direito processual civil?

Autores como Pietro Nuvolone, Ada Pellegrine Grinover<sup>671</sup>, Luiz Francisco Torquato Avolio<sup>672</sup>, entre outros distinguem dentro do género provas vedadas as espécies ilícitas e ilegítimas, consoante houvesse violação de normas de direito processual ou de direito material. As provas ilícitas são aquelas que são produzidas pré ou extraprocessualmente.

As provas ilegítimas são aquelas que são produzidas dentro do processo, produzidas no ambiente do processo. Assim, as sanções para as provas ilegítimas são previstas no ordenamento processual adjectivo ou instrumental (se quisermos no Código de Processo Civil), ao passo que as sanções para as provas ilícitas são previstas no direito substantivo, material (se quisermos no Código Civil) violado.

Mas um meio de prova tanto pode violar simples regras de procedimento probatório como garantias fundamentais das partes, ainda que de natureza processual, hipótese na qual a gravidade se reveste do mesmo patamar de relevância de uma norma de direito material, reclamando assim uma sanção gradual em conformidade com a natureza do direito violado.

<sup>670</sup> PORTO, Sérgio Gilberto, *Processo civil contemporâneo: elementos, ideologia e perspectivas*, Salvador: JusPodivm, 2018, p. 22 a 24.

<sup>671</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, *As provas ilícitas na constituição. Processo em evolução*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 46 a 47.

<sup>672</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato, *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*, 6ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 50 a 51. Revista de Direito Brasileira-Florianópolis, SC-v.25-nº 10-p. 366-384-Jan-Abrr. 2020.

A doutrina divide-se em três teorias, quanto à admissibilidade dos meios de prova obtidos de modo ilícito no processo civil: existe uma teoria que defende sua irrestrita admissibilidade de provas ilícitas sem prejuízo das sanções penais, cíveis e administrativas que couberem ao caso do infractor; outra teoria que defende a inadmissibilidade da prova ilícita sem excepções; uma terceira teoria que seria a teoria mitigada, mista ou mesclada que mitiga a referida vedação em hipóteses excepcionais, que envolvam direitos fundamentais em conflito real, que devem ser analisados proporcionalmente, caso a caso.

Começando pela tese que defende a teoria de irrestrita admissibilidade de provas ilícitas no processo civil, ela tem como fundamentos, de:

O interesse na investigação da verdade deve prevalecer sempre no processo mesmo que para alcançar tal objectivo seja necessário aceitar a produção de provas ilícitas.

O ideal da justiça demanda que o conhecimento verdadeiro dos factos prevaleça pois a reconstrução da realidade é um princípio maior do processo, sendo a única via possível para se alcançar a verdadeira justiça.

Abdicar de uma prova relevante por esta ter sido adquirida ilicitamente equivale a desprezar elementos essenciais de convicção do juiz que é um factor que impossibilitaria ao juiz de proferir uma decisão justa no processo<sup>673</sup>.

Um argumento a favor desta tese é que, nos tempos modernos vigora o princípio de livre apreciação da prova e ou livre convencimento do juiz, pois é concedido ao juiz a possibilidade para subjectivamente, avaliar e decidir acerca de uma prova ilícita, caso julgue necessário.

Outro argumento a favor da admissibilidade da prova ilícita no processo civil é o argumento de *factum infecti fieri nequit*, quer dizer, o que está feito não pode ser defeito. Significando isso que o tribunal não pode ignorar o que já foi realizado. Isto pode ser traduzido, com a expressão ou máxima que os italianos usam, *male captum bene retentum*, isto é, mal colhida, porém bem recebida. A ilicitude do acto não implica que o processo esteja necessariamente manchado, que leve a sua nulidade.

A tese que defende a inadmissibilidade da prova ilícita no processo civil que teve como marco nos tribunais italianos, no caso "Vigo verso Formenti", onde a Corte de

<sup>673</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato, *Provas ilícitas: Interceptações Telefônicas e Gravações Clandestinas*, 1995, p. 41; MOREIR, José Carlos Barbosa, *A Constituição e as Provas Obtidas Illicitamente*, 2011, p. 939.

Cassazione de Milão, em atenção ao direito de propriedade posicionou-se de forma contrária quanto aos escritos "alheios" apresentado como prova.

A decisão em causa teve como base a ideia de que o sujeito que se apossa ilicitamente das cartas de propriedade de outrem não pode utilizá-los como prova, deve tal prova ser rejeitada. Esta teoria, quanto a nós, não traz convencimento, não obstante os defensores da mesma trazerem argumentos como sejam: a unidade do sistema jurídico; a ofensa à constituição; o dolo não deve aproveitar o seu autor.

A terceira tese ou teoria, a tese intermédia, mista ou mesclada defende que o direito não tem espaço para extremismos, muito menos o excesso pode ser tomado como ajudando para a pacificação. As posições radicais somente servem para agravar os problemas, não se coadunam com o próprio ordenamento jurídico por não periodizarem a solução justa e equilibrada do conflito.

Embora entenda-se que a verdade não pode ser alcançada a qualquer preço, mas também a verdade não pode ser ignorada. A interpretação sistemática vai auxiliar o juiz na sua função de decidir, fornecendo-lhe as condições para que a justiça seja realizada.

Assim, a importância do princípio de proporcionalidade para os defensores desta terceira via, devendo o juiz contrabalançar os interesses em jogo com os valores que estão em conflito, devendo assim escolher o que deve prevalecer e em que medida o outro valor será sacrificado.

Começando pelos países do sistema romano-germânico que herdamos da colónia portuguesa que era a província ultramarina, o que hoje constitui nosso País – Moçambique, por exemplo a França, a Constituição daquele País não consagra nenhuma disposição constitucional a respeito das garantias fundamentais das partes no processo.

O artigo 9 do CPC da França estabelece todavia, que "incumbe a cada parte provar, em conformidade com a lei, os factos necessários ao sucesso da sua pretensão"<sup>674</sup>. Para fundamentarmos que na França é admissível a prova ilícita no processo civil, trazemos o seguinte argumento "Por seu turno, o artigo 259º do Código Civil prescreve que os factos invocados como causa de pedir ou como defesa numa demanda, podem ser estabelecidos por todos os meios de prova"<sup>675</sup>.

<sup>674</sup> BRANCO, Carlos Castel, *A Prova Ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p.168.

<sup>675</sup> Idem, p. 168.

Naquele País estão estabelecidos dois limites sobre a admissibilidade da prova ilícita no processo civil: o primeiro limite tem que ver com o respeito aos direitos fundamentais, nomeadamente a proibição da tortura e dos tratamentos degradantes, com respeito ao direito à intimidade da vida privada e respeito dos direitos de defesa: o segundo limite prende-se com o princípio da lealdade.

Relativamente à questão dos direitos fundamentais, há que distinguir "Direitos Fundamentais" do Homem e "Direitos do Homem". Os Direitos do Homem são direitos aceites como sendo válidos por toda a Humanidade, são direitos para todos os povos, em todos os tempos, em todos os lugares, têm carácter inviolável, estão ligados à natureza da pessoa humana. Pelo contrário, os Direitos Fundamentais são a consagração dos Direitos do Homem, garantidos pelos Estados aos seus cidadãos, através da Constituição. Direitos Fundamentais são Direitos do Homem em vigor numa determinada ordem jurídica, no caso, na ordem jurídica moçambicana.

A propósito disso, relativamente aos Direitos Fundamentais, refere J.M. Cardoso da Costa:

Direitos fundamentais são os direitos que integram o estatuto jurídico-material básico do Homem e do cidadão, como exigência da dignidade da pessoa humana: são portanto, os direitos básicos do Homem enquanto pessoa. Não se trata, por isso, de direitos concedidos ou outorgados pelo Estado (de meras tolerâncias deste), mas de direitos anteriores ao Estado e limitando a sua soberania. Definem, deste modo, um estatuto indispensável, que o Estado e cada um têm de respeitar<sup>676</sup>.

Ada Pellegrini Grionover refere "a doutrina reconhece que as garantias das partes, no processo, somente se exprimem, no sistema francês, através dos textos dos códigos processuais e da jurisprudência"<sup>677</sup>.

A prova ilícita somente é excluída se for vedada pela lei processual, neste caso considerada nula, mas nenhuma sanção consta no ordenamento francês, quando haja violação dos direitos fundamentais. Neste sentido consagra-se a admissibilidade da prova ilícita, ainda que de forma indirecta no processo penal e no processo civil.

<sup>676</sup> COSTA, J.M. Cardoso da, *Elementos de Ciência Política, lições policopiadas da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, p. 74.

<sup>677</sup> GRIONOVER, Ada Pellegrini, *Provas ilícitas*, op, cit. p. 169. Apud CORREIA, Têssia Matias Correia, *A prova no Processo Civil – Reflexões sobre o problema da (in) admissibilidade da prova ilícita*, Coimbra, 2015, p.108.

Há países que admitem a prova ilícita no processo civil, verificando-se certas condições. Podemos apontar os exemplos de Austrália, Escócia, Alemanha, Itália que privilegiam o sistema misto<sup>678</sup> e não os dois sistemas rígidos acima apontados.

Quando haja conflito de interesse onde haja a apresentação da prova ilícita, somente caso a caso a questão será ajuizada<sup>679</sup>, analisando-se todas as circunstâncias do caso, vendo-se os valores que estejam em jogo.

Nestas circunstâncias, o interesse na descoberta da verdade pode ser preterido, optando-se por outros valores. Em suma, o juiz deve ponderar os interesses em causa, no caso concreto.

Os defensores da Tese mista aduzem quatro argumentos substanciais, nomeadamente: *a)* Princípio da boa-fé; *b)* Distinção entre a violação de direitos fundamentais e a violação de outros direitos; *c)* Distinção entre o momento da obtenção da prova e da valoração da prova; *d)* Princípio de proporcionalidade.

Quanto ao princípio de boa-fé, defendem que este princípio é aplicável ao processo civil devido a unidade do ordenamento jurídico. O princípio de boa-fé recomenda que as partes actuem de forma leal.

Para os defensores desta tese, entre o princípio da descoberta da verdade material e o princípio de boa-fé, assume primazia, este último, a boa-fé. Daí concluem os defensores desta tese mista, nestas circunstâncias, não seria de admitir a prova ilícita no processo civil quando ela tenha sido retirada da parte contrária.

Isabel Alexandre, a propósito desta questão, traz a Tese de Baumgärtel, segundo a qual:

Como a ilicitude material não implica, sem mais, a inadmissibilidade processual, torna-se necessário concretizar tal princípio num ângulo processual, concretização essa, que se torna possível através da consideração da função do processo civil. Basicamente, aquilo que importa averiguar é se a admissibilidade do meio de prova ilicitamente obtido contraria o direito material, averiguação essa que pressupõe

<sup>678</sup> ABRANTES, José João, *Prova ilícita*, p. 25.

<sup>679</sup> Acórdão do Supremo Tribunal Escocês, de 1950, no caso *Lawrie v. Muir* "Parece-nos que o objectivo a atingir deve ser o de conciliar dois importantíssimos interesses em conflito: a) o interesse do cidadão em ser protegido contra invasões ilegais à sua liberdade (...); b) o interesse do Estado em assegurar que a prova de um crime não seja recusada em juízo com base em razões meramente formais. Nenhum destes interesses deve ser levado ao seu extremo. A protecção do cidadão é, em primeira linha, a protecção do cidadão inocente (...): não pretende ser protecção do culpado contra os esforços da justiça. Por seu turno, cidadão do Estado não pode levar a fazer desaparecer todas as garantias dos cidadãos e a permitir às autoridades o recurso a métodos de obtenção de provas".

atender ao âmbito de protecção da norma violada através do acto de ilícita obtenção da prova. Se a resposta for afirmativa (isto é, se através da consideração do âmbito de protecção da norma violada, se concluir no sentido da proibição de valoração do meio de prova), haverá que proceder a uma ponderação dos interesses das partes, opostos entre si (ponderação essa que se deverá orientar pelo princípio da proporcionalidade), por forma a verificar-se, apesar de tudo, a valoração é de aceitar. Caso não seja (porque, por exemplo, a lesão ocasionada aquando da obtenção da prova foi grave, e o litígio diz respeito a um bem de valor pouco significativo), o requerimento de prova é inadmissível, já que contraria o princípio de boa-fé, e a valoração do meio de prova é proibida.<sup>680</sup>

Quanto à distinção entre a violação de direitos fundamentais e a violação de outros direitos, os defensores da tese mista invocam também a distinção entre direitos consagrados na constituição, que quando violados, no âmbito de obtenção e ou valoração determinaria a inadmissibilidade. Se pelo contrário, quando violados no âmbito de obtenção e ou valoração de provas, direitos infraconstitucionais, não origina a inadmissibilidade da prova ilícita no processo civil.

Relativamente à distinção entre o momento da obtenção, produção e valoração da prova, os defensores da tese mista dizem que o momento decisivo é o momento da obtenção da prova.

Isabel Alexandre, como também Carlos Castelo Branco, relativamente a este aspecto, referem a propósito:

Se, na sequência da violação da proibição de produção de prova se verificar que o interesse protegido por esta já foi lesado de modo definitivo, não haverá razão para admitir a existência de uma proibição de valoração, excepto quando considerações adicionais militem contra o aproveitamento do resultado obtido; o mesmo já não se passa, porém, quando a valoração da prova significar a consumação ou o aprofundamento daquela lesão (como sucederá aquando da audição de gravações secretas em juízo): neste caso, à violação da proibição de produção segue-se sempre uma proibição da valoração.<sup>681</sup>

Finalmente, ainda relativamente a este ponto quanto ao argumento do princípio de proporcionalidade, que vem da jurisprudência alemã, partiu-se de posição de acatamento de provas ilícitas no processo civil, destinando-se a proibição de provas ilícitas somente aos órgãos públicos, não aos particulares.

Quem devia arguir a inadmissibilidade da prova ilícita era o sujeito passivo, não a parte prejudicada processualmente pela utilização desse meio de prova contaminado. Como se nota, o sistema jurídico alemão era diferente do sistema jurídico norte-americano.

<sup>680</sup> ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas em Processo Civil*, p. 220 citada por . BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 138.

<sup>681</sup> ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas em Processo Civil*, p. 229, citada por . BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 139.

O sistema jurídico alemão não concebia o princípio do sistema norte-americano de *fruits of the poisonous tree*, referido noutro ponto deste trabalho que o Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América usa.

Quanto ao princípio de proporcionalidade, já se referiu noutro ponto desta tese que este princípio diz respeito à indagação da adequação de uma relação entre dois bens ou dois valores variáveis e comparáveis.

Este princípio é muito importante e vai do encontro com a Tese que defendemos, a de admissibilidade da prova ilícita no processo civil, em certas circunstância de caso concreto "...sendo a sua aplicação mais comum a de um instrumento de restrição de um direito fundamental, referindo-se a "*avaliação entre o bem que se pretende proteger ou prosseguir com a sua restrição*" e o bem jus-fundamentalmente protegido que resulta, em consequência, desvantajosamente afectado"<sup>682</sup>.

Alguns doutrinadores entendem que o princípio da proporcionalidade é o princípio dos princípios. Este princípio é o grande guia da utilização dos demais princípios, tendo uma aplicação transversal e incide em quase todos os âmbitos do direito, nomeadamente, no Direito Civil, Direito Constitucional, Direito Administrativo, pelo que não podia ser diferente no Direito Processual Civil, nomeadamente, no âmbito da prova e mais concretamente na admissibilidade da prova ilícita no processo civil. Assim sendo, vai-se desenvolver mais este princípio por ser a base que mais sustenta as teses que defendemos, de admissibilidade da prova ilícita no processo civil.

Quando há colisão de direitos fundamentais, o juiz deve proceder a um juízo de ponderação exercido com base no princípio de proporcionalidade para ponderação dos valores que estão em causa.

É o princípio da proporcionalidade que é um corolário da Tese defendida neste trabalho, a de admissibilidade da prova ilícita no processo civil. Assim, perante uma colisão de direitos pode ser afastado o princípio da proibição da prova ilícita em favor de um outro princípio, por exemplo, o princípio da dignidade humana que até pode suplantar uma consagração constitucional.

<sup>682</sup> MOREIRA, Vital, *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, 1ª Edição, Lisboa: Caminho, 1973, Apud BRANDÃO, Diogo de Matos, *A prova Digital no Processo Civil*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, Braga, 2020, p.45.

Relativamente ao princípio de proporcionalidade, José Joaquim Gomes Canotilho faz nítida distinção entre princípios e regras, no seguimento, em determinados aspectos de doutrinadores como DWÖRKIN e ALEXY, e refere:

Em primeiro lugar, os princípios são normas jurídicas impositivas de uma optimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de DWÖRKIN: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinómica; os princípios coexistem, as regras antinómicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de optimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do tudo ou nada), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. (...) em caso de *conflito entre princípios*, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas "exigência" ou "standards" que, em "primeira linha" (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm "fixações normativas" *definitivas*, sendo insustentável a *validade* simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam problemas de *validade e peso* (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas)".<sup>683</sup>

Segundo Robert Alexy, os princípios têm um grau de generalidade elevado ao contrário das regras que possuem um grau de generalidade baixo. A "diferença entre regras e princípios não é apenas gradual, mas também qualitativa"<sup>684</sup>.

Assim, dentro da Tese que aqui se defende, de admissibilidade da prova ilícita no processo civil, as regras se diferenciam qualitativamente dos princípios. As regras não admitem ser sopesadas, balanceadas, uma vez que consideradas válidas no ordenamento, devendo ser aplicadas ao caso concreto, ou consideradas inválidas, assim banidas do ordenamento jurídico. Pelo contrário, os princípios admitem ser sopesadas, balanceadas com outros princípios, quiçá de maior valor. Assim, a Tese que se defende de em princípio serem admissíveis provas ilícitas em processo civil.

A propósito desta questão segundo César Dário Mariano Silva, importa trazer o entendimento que defende e que é o seguinte:

O meio a ser empregado será necessário quando não houver outro menos lesivo a direitos fundamentais. Será adequado quando com seu auxílio é possível a obtenção do resultado alijado. Por fim, com a ponderação dos valores empregados, será possível o sacrifício de um direito ou garantia constitucional em prol de outro de igual ou superior valia (...). Pelo princípio da proporcionalidade, as normas

<sup>683</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª edição, Editora Almedina, Coimbra, p. 1125 a 1126.

<sup>684</sup> ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz, *Máxima da Proporcionalidade Aplicada a Quebra do Sigilo Bancário pelo Fisco e o Direito Fundamental à Vida Privada*, Florianópolis: Momento Atual, 2004, p. 21.e

constitucionais estão articuladas em um sistema. Há valores constitucionais que se sobrepõem a outros em material de importância. O direito à vida é o mais importante e, mesmo assim, pode ser sacrificado em casos expressamente previstos na lei, como ocorre com a legítima defesa, o estado de necessidade etc. Ocorrem situações em que um direito deverá ser sacrificado em prol de outro de igual ou superior valia, dada a relatividade dos direitos e garantias constitucionais. De acordo com o princípio da proporcionalidade, havendo conflito entre valores constitucionais, serão eles sopesados para verificar qual deverá preponderar no caso concreto<sup>685</sup>.

Os americanos quando tratam deste princípio de proporcionalidade inclinam-se mais para a razoabilidade, que vem da ideia de razão, idoneidade, logicidade, equidade, bom senso, prudência, moderação. Pelo contrário, os alemães tendem a considerar o princípio de proporcionalidade com proibição de excesso (*Übermass*), aquilo que os americanos designariam por razoabilidade.

Neste contexto, ou no contexto da Tese de admissibilidade da prova ilícita no processo civil, apesar de em tese geral, a prova obtida por meios ilícitos ser vedada em vários, senão na generalidade dos ordenamentos jurídicos, incluindo, de certo modo, no ordenamento jurídico moçambicano, artigos 38, 65, n.º 3, ambos da Constituição da República de Moçambique, no entanto, em muitos casos é admissível a prova ilícita no processo civil.

Os tais artigos constitucionais advogam que "1. Todos os cidadãos têm o dever de respeitar a ordem constitucional; 2. Os actos contrários ao estabelecido na Constituição são sujeitos à sanção nos termos da lei"<sup>686</sup>e "3. São nulas, todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na sua vida privada e familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações"<sup>687</sup>.

Existem situações em que tal prova poderá ser utilizada através do fundamento também constitucional do princípio de proporcionalidade. A razão é que proibição da prova ilícita, sendo um princípio, deve ser aplicado em diferentes graus e não como um "tudo ou nada".

Sendo verdade que no processo civil, em tese geral, é vedada a produção das provas obtidas de forma ilícita que violem a vida privada, a honra, a imagem, bem como a correspondência, a comunicação de dados e a comunicação telefónica das pessoas (pois no processo crime está clara a vedação), para o processo civil trata-se de enunciado universal,

<sup>685</sup> SILVA, César Dario Mariano da, *Provas ilícitas: Princípio da proporcionalidade, Interceptação e Gravação Telefónica, Busca e Apreensão, Sigilo e Segredo, Confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e Sigilo*, 6ª edição, Editora Atlas. S.A, 2010, p. 17 e 18.

<sup>686</sup> Cfr. Artigo 28 da CRM.

<sup>687</sup> Cfr. Artigo 65º, n.º 3 da CRM.

o que deve ser questionado, caso a caso, quando existem outros princípios de maior relevância como entende Lúcio Grassi Gouveia<sup>688</sup>.

Até no processo penal há quem defenda a admissibilidade da prova ilícita, tendo em conta o confronto dos princípios, tendo em conta a função do princípio da proporcionalidade.

O Juiz Desembargador Brasileiro, José Carlos Barbosa Moreira escreve que "Prova obtida por meio de interceptação de conversas telefônicas do cônjuge suspeita de adultério: não é ilegal, que à luz do Código Penal, quer do Código Brasileiro de Telecomunicações, e pode ser moralmente legítima, se as circunstâncias do caso justificam a adoção, pelo outro cônjuge, de medidas especiais de vigilância e fiscalização"<sup>689</sup>.

No mesmo sentido dita Luiz Francisco Torquato Avolio, prova ilícita *pro reo* "O direito à intimidade, como de resto todas as demais liberdades públicas, não tem caráter absoluto e pode ceder quando em confronto com outros direitos fundamentais, como por exemplo, o de ampla defesa. É o chamado "critério de proporcionalidade" consagrado pelos tribunais alemães"<sup>690</sup>.

Nos países como Inglaterra e outros influenciados pelo *Common Law*, nomeadamente Canadá, Índia, África do Sul admitem a prova ilícita até no processo penal, tomando em conta a relevância da prova no sentido da sua importância para a descoberta da verdade, "independentemente da licitude ou ilicitude da conduta através do qual foi obtida"<sup>691</sup>. O que releva não é o modo de obtenção da prova, mas sim, se a mesma prova é ou não relevante para o desfecho processual ou descoberta da verdade material.

Na Inglaterra, o princípio geral é o de que toda a prova relevante é admissível, tanto no processo penal como no processo civil. É admissível toda prova independentemente da sua forma de obtenção. Refere Carlos Castelo Branco que "Este princípio assenta na consideração de que, caso fosse considerada inadmissível prova relevante para a apreciação

<sup>688</sup> GOUVEIA, Lúcio Grassi, *O princípio da proporcionalidade e a questão da proibição da produção e valoração da prova ilícita no processo civil*. Revista Dialética de Direito Processual, Vol. 7, São Paulo: Dialética, 2003, p. 50.

<sup>689</sup> A. I. 7.111 - 5º C. 22 de Novembro de 1983 – TJRJ, in RABONEZE, Ricardo, *Provas por meios ilícitos*, 2ª edição, Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 30.

<sup>690</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato, *Provas ilícitas. Interceptações telefônicas e gravações clandestinas*, 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 72 a 73.

<sup>691</sup> ABRANTES, João José Abrantes, Prova ilícita...op, cit. p. 18. Apud CORREIA, Tércia Matias Correia, *A prova no Processo Civil – Reflexões sobre o problema da (in) admissibilidade da prova ilícita*, Coimbra, 2015, p.109.

da causa, a administração da justiça seria obstruída e, daí que inexistia norma que preveja a exclusão da prova obtida por forma ilegal ou imprópria"<sup>692</sup>. O que importa no sistema jurídico da Inglaterra é a relevância da prova<sup>693</sup>.

Mas já na Escócia, a regra da admissibilidade da prova ilícita é tomada tendo em conta certas condições, tendo em conta os interesses em jogo, tendo em conta o princípio da proporcionalidade, optando-se pela admissibilidade ou não da prova ilícita mediante análise do caso concreto.

Nos Estados Unidos da América há especificidades na instrução do processo, dado que naquele País subsiste no direito civil o júri popular contrariamente ao que acontece actualmente na Inglaterra, há nos Estados Unidos da América a consagração dos direitos fundamentais, *bill of rights*, verdadeiros imperativos jurídicos, sendo que a admissibilidade das provas ilícitas é um problema constitucional.

A norma que proíbe a prova ilícita consta da Emenda IV da Constituição. Conclui-se que vigora a corrente de inadmissibilidade da prova ilícita, quanto ao processo penal, existindo dúvidas, quanto a nós relativamente à aplicação deste princípio da inadmissibilidade da prova ilícita no processo civil.

Nos Estados Unidos da América, por causa da IV Emenda, em 1914, devido ao caso *Weeks* verso Estados Unidos da América, desenvolve-se a regra denominada *exclusionary rule*, em que se considera que provas obtidas pela polícia com violação do estabelecido na referida IV Emenda da Constituição dos Estados Unidos, não são admissíveis nos tribunais federais daquele País.

Na Alemanha nota-se uma grande influência dos Estados Unidos da América relativamente ao regime da prova ilícita. Relativamente às vedações probatórias ou *Beweisverbote*, no processo penal, o sistema positivado na Alemanha é semelhante ao sistema dos Estados Unidos da América, as *exclusionary rules*.

Conforme refere Téssia Matias Correia, "...podendo ser observados pontos de contacto entre os dois sistemas, nomeadamente: os destinatários da proibição de prova são os órgãos públicos; a legitimação quanto a produção da prova ilícita é relativa, por via de regra,

<sup>692</sup> BRANCO, Carlos Castel, *A Prova Ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p.152.

<sup>693</sup> Relevant evidence, even if illegally obtained is admissible, como referem Hugh McKay e Nicola Shaw (Whatever Means Necessary, p. 2).

por competir ao sujeito passivo do acto ilícito e não a parte processualmente prejudicada com a produção da prova"<sup>694</sup>.

Há, todavia, diferenciação na Alemanha não se aceita como nos Estados Unidos da América, a teoria de *fruits of the poisonous tree*, isto é o fruto da árvore contaminada ou envenenada é também contaminado ou envenenado.

Na Espanha, a questão de admissibilidade de provas ilícitas no processo civil divide-se em três grandes opiniões, como aliás ocorre nos restantes ordenamentos jurídicos. A primeira opinião é aquela que defende que somente existe prova quando a prova implicou a violação dos direitos fundamentais elencadas na Constituição espanhola. A segunda opinião é a que defende que em todo o caso de infracção das normas processuais implica violação da Constituição espanhola. A terceira opinião propugna que não será em todos os casos que uma violação de um direito fundamental significa ou aponta para a prova ilícita, devendo ponderar-se a relevância da infracção tendo em conta os interesses em conflito. Esta última opinião tem sido seguida pela jurisprudência espanhola<sup>695</sup>.

No Brasil, as provas ilícitas estão inseridas na categoria das provas vedadas também no processo penal, mas a tendência é aceitar as provas ilícitas quando os benefícios decorrentes do aproveitamento forem maiores do que o potencial efeito preventivo.

O que faz pensar que exista a admissibilidade de provas ilícitas no ordenamento jurídico brasileiro, para além de muitos outros indícios jurisprudenciais, doutrinários e legais é o CPC Brasileiro, aprovado pela Lei n.º 13.105, de 16 de Março de 2015, que tendo eliminado o critério de proporcionalidade consagrou a posição normativa que contempla as provas ilícitas.

Assim, "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 factos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz"<sup>696</sup>.

<sup>694</sup> CORREIA, Tércia Matias Correia, *A prova no Processo Civil – Reflexões sobre o problema da (in) admissibilidade da prova ilícita*, Coimbra, 2015, p.110.

<sup>695</sup> SERRANO, Nicolás Gonzáles – Cuéllar, *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales em le processo penal*, Ed. Colex, 1990 Apud CASTRILLO, Eduardo de Urbano, TORRES, Miguel Ángel, *La Prueba...* op. cit, p. 38, por sua vez citados por CORREIA, Tércia Matias Correia, *A prova no Processo Civil – Reflexões sobre o problema da (in)admissibilidade da prova ilícita*, Coimbra, 2015, p.111.

<sup>696</sup> Cfr. Artigo 369 do CPC Brasileiro, citado também por CORREIA, Tércia Matias Correia, *A prova no Processo Civil – Reflexões sobre o problema da (in) admissibilidade da prova ilícita*, Coimbra, 2015, p.112.

No sistema jurídico italiano, a questão de admissibilidade ou não da prova ilícita no processo civil foi fazendo história. Na vigência do Código de Processo Civil de 1865, a jurisprudência daquele País homogeneamente excluía a prova ilícita no processo civil com base no princípio "*nemo ex delicto miliozem condicionem suam facere potest*".

Actualmente, no Código de Processo Civil italiano, pelo menos até ao ano de 2019 em contraposição ao que está estabelecido no artigo 191º do Código de Processo Penal daquele País, não se encontra nenhuma norma que proíbe ou que sanciona o desvalor da prova ilícita no processo civil.

Há, portanto na Itália actualmente, duas correntes de opinião sobre a admissibilidade ou não da prova ilícita, aquela tradicional que não admite a prova ilícita e a actual que pugna pela admissibilidade da prova ilícita "...considerando que a ilicitude é verificada num momento pré-processual sem repercussão sobre os atos e termos do processo, podendo o juiz considerar a prova no processo civil, onde será definido, com propriedade, o seu valor probatório"<sup>697</sup>.

No Brasil "...inicialmente, a prova relevante e pertinente era admitida, ainda que obtida ilicitamente, preconizando apenas a punição do responsável pelo ato ilícito praticado na colheita da prova"<sup>698</sup>.

Actualmente, podemos afirmar que naquele País é admissível a prova ilícita no processo civil com base no que vem disposto no artigo 369º do Código de Processo Civil daquele País, que dispõe "As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz".

No Brasil, faz-se a distinção entre a prova ilícita que ocorre quando vulnera um direito material ou substantivo, e a prova ilegítima quando ocorre a violação de um direito processual. Actualmente, a doutrina e a jurisprudência daquele País admite a prova ilícita no processo civil, usando o princípio de proporcionalidade para resolver o conflito entre dois direitos fundamentais constitucionais.

<sup>697</sup> BRANCO, Carlos Castel, *A Prova Ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p.176.

<sup>698</sup> BRANCO, Carlos Castel, *A Prova Ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 178.

Em Portugal, relativamente às provas ilícitas no processo civil contrariamente ao que se encontra estabelecido no processo penal onde a orientação jurisprudencial ou doutrinária seguida vai no sentido semelhante à das teorias dos da árvore frutos envenenados ou da nódoa, podemos afirmar que no processo civil português é admissível a prova ilícita no processo civil devido ao princípio de cooperação, a que as partes litigantes, todos os intervenientes processuais e outras entidades estão obrigados.

Em Moçambique, a Constituição da República proíbe como princípio, mas não como regra, as provas ilícitas<sup>699</sup>. Esta proibição é clara para o processo penal na linha do que consagram os artigos 5º e 12º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigos 3º e 8º da Convenção dos Direitos do Homem e o artigo 7º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Político, mas já não assim para o processo civil, senão vejamos:

Nos termos do artigo 519º do CPC – cujo epígrafe é – Dever de cooperação para a descoberta da verdade:

1. Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os actos que forem determinados. 2. Aqueles que recusem a colaboração devida, serão condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercivos que forem possíveis; se o recusante for parte, o tribunal apreciará livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ónus da prova nos termos do nº 2 do artigo 344º do CC. 3. A recusa é porém, legítima, se a obediência importar violação do sigilo profissional ou causar grave dano à honra e consideração da própria pessoa, violação ou intromissão na sua vida privada ou familiar. 4. Fica salvo o disposto quanto à exibição judicial, por inteiro, dos livros de escrituração comercial e dos documentos a ela relativo. 5. Deduzida escusa com fundamento na quebra de sigilo profissional, é aplicável o disposto no processo penal acerca da verificação da legitimidade da escusa e da dispensa do dever de sigilo invocado<sup>700</sup>.

A questão que se coloca é se o n.º 3 do artigo 65, cuja epígrafe é Princípios do Processo Penal "são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão da vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações" que vem da CRM pode ser interpretado extensivamente ao artigo 619º do CPC.

Já sabemos que o processo penal pátrio claramente não admite provas ilícitas<sup>701</sup>, mas no processo civil moçambicano para certos autores há uma lacuna legal quanto

<sup>699</sup> Cfr. N.º 3 do Artigo 65 da CRM.

<sup>700</sup> Cfr. Artigo 519º do CPC:

<sup>701</sup> Cfr. Artigos 4º, 155º, 156º, todos do CPP. Aprovado pela Lei n.º 25/2019, de 24 de Dezembro.

à admissibilidade da prova ilícita. Refere Alfredo Faife "...Diferentemente do processo civil, que possui uma lacuna legal em torno da matéria inerente à admissibilidade e admissibilidade da Prova ilícita..."<sup>702</sup>.

Defendemos tal como Trigo Morgado a rejeição da aplicação analógica do n.º 3 do artigo 65 da CRM ao processo civil por entendemos, também como o referido autor que "O legislador constitucional terá querido, pura e simplesmente, garantir que, independentemente do curso político que estivessem sempre garantidas aqueles direitos básicos no processo penal, por uma questão de protecção do arguido no âmbito do processo penal"<sup>703</sup>.

Acrescenta o referido autor "Não parece (...) que esta escolha legislativa se fique a dever a um mero esquecimento do processo civil"<sup>704</sup>.

No ordenamento jurídico moçambicano consagra-se constitucionalmente o direito à prova e a lei estabelece como regra na instrução de processos, segundo Morgado que "o tribunal deve tomar em consideração todas as provas produzidas. O que faz crer que, tendencialmente, o juiz se deve basear em qualquer meio idóneo à produção da convicção necessária à resolução de litígio"<sup>705</sup>.

Alfredo Faife, relativamente à questão de admissibilidade ou não da prova ilícita no Processo civil moçambicano entende que ao contrário do que acontece por exemplo, nos ordenamentos jurídicos americano, germânico, brasileiro, em Moçambique, existe uma omissão, pois não está expressamente regulamentada a admissibilidade ou não das provas ilícitas no processo civil.

Para o autor moçambicano acima referido, não bastam os fundamentos vertidos no artigo 519º do CPC, acima citado, cuja epígrafe é "Dever de cooperação para a descoberta da verdade", era preciso uma tomada de posição do legislador num sentido ou noutro sentido.

<sup>702</sup> FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano – Da Problemática da Colisão de Direitos Fundamentais*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, p. 159.

<sup>703</sup> MORGADO, Pedro Trigo, *Admissibilidade da Prova ilícita em Processo Civil*, Petrony Editora, Coimbra, 2016.

<sup>704</sup> Idem.

<sup>705</sup> MORGADO, Pedro Trigo, *Admissibilidade da Prova ilícita em Processo Civil*, Petrony Editora, Coimbra.

Encontra aquele autor "um argumento que o legislador processual moçambicano presume ser favorável para a inadmissibilidade da prova ilícita dado aqueles fundamentos têm na sua génese, formas de obtenção de provas ilícitas"<sup>706</sup>.

Por entender que há omissão da lei nesta matéria, e conseqüentemente por presumir que o legislador moçambicano é favorável à inadmissibilidade da prova ilícita no processo civil, questiona Alfredo Faife, se este alegado posicionamento do legislador pátrio é eficazmente concebível para não admitir qualquer prova ilícita, ou seria melhor reestruturar o regime para caracterizar a dita inadmissibilidade da prova ilícita no processo civil.

Defendemos a tese de que não é necessário reestruturar o regime no sentido em que se sugere, porquanto do mesmo dispositivo legal, artigo 519º do CPC e outros tiramos a conclusão da admissibilidade da prova ilícita no processo civil moçambicano.

Defendemos a admissibilidade da prova ilícita no processo civil pátrio, como de resto, em certa medida, admite Alfredo Faife, citando Maria Luiza doVale:

Em contraposição à tese da inadmissibilidade, tem-se a corrente da admissibilidade das provas ilícitas. Os adeptos dessa teoria defendem que o interesse na investigação da verdade deve prevalecer sempre no processo, mesmo que, para alavancá-la, seja necessário aceitar a produção de provas ilícitas. O ideal de justiça adoptado passa a ser, então, o do conhecimento verdadeiro dos fatos. Isso implica dizer que a reconstrução da realidade é tida como princípio maior do processo e, por tal razão, deve ser considerada como a única via possível para se obter justiça. Dessa forma, abdicar de uma prova relevante por esta ter sido adquirida ilícitamente seria o mesmo que desprezar elementos essenciais de convicção do juiz, factor que impossibilitaria a prolatação de uma decisão justa no processo<sup>707</sup>.

Não impressiona o argumento aparentemente forte dos que defendem a tese contrária, a de inadmissibilidade da prova ilícita no processo civil moçambicano, baseando-se no artigo da Constituição da República de Moçambique que versa sobre a vedação das provas ilícitas e que visam proteger os cidadãos de eventuais violações aos direitos fundamentais que lhes são inerentes.

A constituição defende outros princípios, o princípio da protecção de violações de direitos humanos, não é o único princípio a considerar, pelo que, não se pode interpretar rigidamente os princípios. Contrariamente às regras que devem ser interpretadas rigidamente,

<sup>706</sup> FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano – Da Problemática da Colisão de Direitos Fundamentais*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, p. 164 a 165.

<sup>707</sup> ROCHA, Maria Luiza do Valle, *A prova ilícita no processo civil português*, p. 64, Apud, FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano – Da Problemática da Colisão de Direitos Fundamentais*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, p. 159.

os princípios devem ser interpretados olhando todo o panorama jurídico, sob pena de danos irreparáveis.

Assim, a doutrina e jurisprudência têm-se encarregue a responsabilidade de demonstrar a irresponsabilidade ou consequências de uma interpretação rígida ou inflexível dos princípios do direito processual<sup>708</sup>.

Cândido Rangel Dinamarco<sup>709</sup>, que refere o seguinte:

A afirmação da jurisprudência como fonte do Direito incorre em confusão conceitual, uma vez que tal admissão só seria possível caso fosse, a mesma, portadora de normas gerais e abstractas com eficácia em relação aos casos futuros, com força vinculante em relação aos sujeitos atingidos e aos juízes que se defrontassem com situações análogas posteriormente<sup>710</sup>.

Pelo contrário Sílvio Venosa visualiza "a jurisprudência como fonte informativa do Direito, de natureza subsidiária"<sup>711</sup>. Para este autor a jurisprudência não é fonte primária. Entende-se neste trabalho que a jurisprudência, seja ela fonte de inspiração, seja ela fonte informativa, ela é, todavia, fonte do direito.

Miguel Reale, "a importância da jurisprudência na contemporaneidade decorre da legalidade e da necessidade de se adequar as normas legais, cada vez mais esculpidas sob a forma aberta e indeterminada, às peculiaridades das relações sociais"<sup>712</sup>. Quer dizer, da enunciação legal abstracta de normas jurídicas chega-se à necessidade de interpretar as mesmas para sua aplicação no caso concreto. Quem assim procede é o julgador, pelo que está a originar o direito, nesta medida é a jurisprudência fonte do direito.

Ante essa actividade de interpretação e concretização, "não há que se negar à jurisprudência a categoria de fonte do Direito"<sup>713</sup>. Miguel Reale, portanto considera a jurisprudência como fonte do direito pelas razões acima explanadas.

Em certos países do sistema romano-germânico, como Moçambique, cujo seu direito em grande parte deriva daquele sistema, a exemplo do Brasil, Portugal, França, "a

<sup>708</sup> Idem, p. 166.

<sup>709</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, tomo 1, São Paulo, Malheiros, 2003, p.81.

<sup>710</sup> SOUZA, Rogério Soares, *A jurisprudência como fonte de Direito*, 2014, p.41 disponível no <http://regista.faculdadeprojeção.eju.br>, acessado no dia 4 de Junho de 2021.

<sup>711</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*, 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2006, p.21, citado por SOUZA, Rogério Soares, *A jurisprudência como fonte de Direito*, 2014, p.41 disponível no <http://regista.faculdadeprojeção.eju.br>, acessado no dia 4 de Junho de 2021.

<sup>712</sup> SOUZA, Rogério Soares, *A jurisprudência como fonte de Direito*, 2014, p.41 disponível no <http://regista.faculdadeprojeção.eju.br>, consultado no dia 4 de Junho de 2021.

<sup>713</sup> Idem.

expressão jurisprudência destina-se a apontar a prática dos tribunais, enquanto caracterizada por certa continuidade, isto é, forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmónica de decisões dos tribunais.

A jurisprudência "é um código norteador das decisões a seguir, a reiteração de casos análogos passados para o rol dos fatos consumados, que podem ser revistos em virtude de motivos relevantes ou alteração das suas origens ou fonte emanadora: a lei, a doutrina, e assim por diante"<sup>714</sup>.

A jurisprudência é a fixação de um entendimento jurídico por tribunais superiores, no caso de Moçambique pelo Tribunal Supremo, sobre determinada matéria que serve de caminho orientador para os juízes do tribunais inferiores seguirem.

A importância e o papel da jurisprudência variam dependendo de ordenamento jurídico. A jurisprudência tem maior relevância nos países da *Common Law* do que nos países de origem romano-germânico ou *Civil Law*, como é o caso de Moçambique.

Não quer dizer que a jurisprudência não goze de nenhum relevo ou importância nos países de origem romano-germânico como Moçambique seguindo a tradição do *Civil Law*, embora com mesclas do direito consuetudinário enraizado na sua cultura.

Em tese geral, Moçambique não daria relevância a jurisprudência como fonte do direito, mas entende-se que ela é fonte do direito com relevância não somente porque ainda vigoram os assentos, mas também as decisões dos tribunais superiores vão inspirando outros de nível inferior.

Nos países em que vigora o sistema da *Common Law*, nomeadamente EUA e Reino Unido, RSA, a *ratio decidendi*, como regra de direito é necessariamente mais concreta do que nos países do sistema romano-germânico ou do *Civil Law*, como sejam os casos de Portugal, Espanha, França, Moçambique, Angola.

Os países do *Common Law* olham as regras abstractas do direito continental ou romano-germânico, ou ainda *Civil Law*, tudo significando a mesma designação, como não se parecendo com verdadeiras regras jurídicas, mas como exortações morais à consciência do julgador.

<sup>714</sup> ROSA, Roberto, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: RT, citado por SOUZA, Rogério Soares, *A jurisprudência como fonte de Direito*, 2014, p.42 – disponível no <http://regista.faculdadeprojção.eju.br>, acessado no dia 4 de Junho de 2021.

Os países do *Common Law* entendem que as regras jurídicas típicas do direito continental, *civil law*, são significativamente mais abertas à discricionariedade do julgador, deixam mais espaço à arbitrariedade e ameaçam perigosamente a segurança jurídica, o que não constitui verdade.

A jurisprudência tem como funções<sup>715</sup>: "a interpretação da lei, mesmo porque não se pode aceitar o aforismo inexplicável que prega "*in claris non fit interpretatio* ou *in claris cessat interpretatio*"<sup>716</sup>. Quer dizer, na clareza da lei, dispensa-se a interpretação ou, a lei clara não necessita de interpretação.

No campo do Direito, a interpretação é a definição do significado da norma jurídica. A lei é preceito geral que precisa ser interpretado para sua concretização no caso concreto.

Apesar de ser trabalho ordinário da doutrina (doutrinadores), a tarefa teórico-prática, feita de maneira impessoal, esmiuçando o sentido dos elementos de que a lei se compõe, indicando a aceção que o legislador pretendeu é também função dos magistrado interpretar a lei, porquanto não existe uniformidade de opiniões e também cabe ao juiz decidir segundo só sua livre convicção, dentro da legalidade, o sentido da lei, podendo chegar até ao ponto em que adota uma orientação não consignada nos tratados ou na lei.

A jurisprudência tem como função a actualização e vivificação da lei porque uma nova lei influi e sofre influência do ordenamento que a precede, podendo surgir a necessidade de novas interpretações para harmonização de todo o sistema jurídico. "A jurisprudência dos juízes e tribunais, é, pois, o factor preponderante de vivificação da lei"<sup>717</sup>. Para não ser uma lei morta, a jurisprudência dá vida a uma lei que vem vigorando para adequá-la à nova realidade factual em determinada sociedade.

A jurisprudência tem como outra função a humanização da lei porque há que se atender aos fins a que ela se dirige e às exigências do bem comum; a jurisprudência tem como função suplementação da lei para que as lacunas – que são inevitáveis-sejam vencidas e todos os eventos disciplinados pelo direito.

<sup>715</sup> FRANÇA, Rubens Limongi, *A jurisprudência como forma de expressão do direito. Revista de Direito Civil*, V. p. 51, citado por SOUZA, Rogério Soares, *A jurisprudência como fonte de Direito*, 2014, p.42 disponível no <http://regista.faculdadeprojeção.eju.br>, acessado no dia 4 de Junho de 2021.

<sup>716</sup> OLIVEIRA, Fernando, *Glossário de Latim para Juristas*, p. 72.

<sup>717</sup> FRANÇA, Rubens Limongi, *Da Jurisprudência como Direito Positivo*, P. 219 disponível no <http://regista.faculdadeprojeção.eju.br>, consultado no dia 4 de Junho de 2021.

Sabemos que a lei não visa a casos particulares, por isso a sua característica de generalidade, a lei não pode atender a minúcias, não podendo a lei deixar de ser impessoal, e exigindo a própria índole do Direito que as condições peculiares de cada caso não sejam ignorados, "fica claro que é ao magistrado que incumbe, na aplicação da lei ao caso concreto, sem desvirtuar-lhe as feições arredondar as sua arestas"<sup>718</sup>.

Por isso, em Moçambique, compete ao Plenário do Tribunal Supremo, como tribunal de segunda instância, "uniformizar a jurisprudência quando no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de direito tenham sido proferidas decisões contraditórias nas várias instâncias do Tribunal Supremo ou nos tribunais superiores de recurso"<sup>719</sup>.

A jurisprudência tem como função o rejuvenescimento da lei para destacar-lhe as incongruências, aspectos ásperos e mesmo as inevitáveis falhas, reelaborando constantemente o sistema jurídico que é dinâmico e relativo a um determinado momento histórico e da sociedade.

Sendo assim, devem ser retiradas as seguintes consequências: a jurisprudência deve ser progressiva no sentido de que sempre deve interpretar o direito que lhe é apresentado (mesmo que aparentemente claros os termos da lei) impedindo que esta se torne imune aos avanços da sociedade; a jurisprudência deve ser uniforme para que cumpra essa mesma função, mas proporcionando, acima de tudo, segurança ao jurisdicionado.

Conforme Rubens Limonge França "Uma coisa é a lei no papel, nas páginas indiferentes do Boletim da República ou Diário Oficial, mera cristalização fria, inflexível e despersonalizada de um ideal jurídico; outra, é a lei analisada, activada, humanizada e adaptada pelo julgador"<sup>720</sup>.

A jurisprudência tem como outra função suplementar a lei. "Muitas vezes a lei tem inevitáveis lacunas que precisam ser preenchidas, cabe então ao julgador suplantar as lacunas. Sendo verdade que não se pode decidir *contra legem*"<sup>721</sup>, (contra a lei; v.g. costume..., costume que é contrário à lei escrita), em virtude de obrigação legal, ante a

<sup>718</sup> FRANÇA, Rubens Limongi, *Da Jurisprudência como Direito Positivo*, P. 219 disponível no <http://regista.faculdadeprojeção.eju.br>, consultado no dia 4 de Junho de 2021.

<sup>719</sup> Cfr. Artigo 45, alínea a) da Lei n.º 23/2014, de 23 de Setembro, Lei de Revisão Pontual da Lei n.º 24/07, de 20 de Agosto, Lei da Organização Judiciária.

<sup>720</sup> FRANÇA, Rubens Limongi, *Da Jurisprudência como Direito Positivo*, p. 221.

<sup>721</sup> OLIVEIRA, Fernando, *Glossário de Latim para Juristas*, 11ª edição, Escolar Editora, p.45.

ausência de texto expreso aplicável, "o juiz não pode eximir-se de julgar, a própria lei determina, em casos que tais, o socorro à analogia, ao costume, e aos princípios gerais de direito"<sup>722</sup>.

Em suma, a função de julgar não se reduz a cálculos matemáticos e nem se desenvolve como um processo de lógica formal, de maneira que postos os factos e a lei chegue-se sempre a mesma decisão. A decisão é um processo de estimativa dos factos para se lhes aplicar o direito.

Nesse processo, a decisão varia consoante as perspectivas dos juízes, podendo, perante texto legal igual, dois juízes ou tribunais inferiores chegarem a uma decisão ou conclusão diferente.

É nessa divergência que o Tribunal Supremo, no caso de Moçambique, vai ditar uma jurisprudência uniforme através de assento. Por isso não colhe a percepção dos juristas do *Common Law*, de que nos países de *Civil Law* como Moçambique o juiz seja arbitrário por alegadamente não ter padrão ou bitola de caso julgado que cria fonte do direito.

A jurisprudência é actualmente tratada no ordenamento jurídico moçambicano, tanto na lei substantiva<sup>723</sup>, dizendo-se "nos casos declarados na lei, podem os tribunais fixar, por meio de assentos, doutrina com força obrigatória geral"<sup>724</sup>.

Marcelo Rebelo de Sousa e Sofia Galvão referem que "os assentos consubstanciam uma forma do Tribunal Supremo de fixar doutrina com força obrigatória geral, sempre que existam dúvidas fundadas na contradição de julgados, por tribunais superiores, sobre uma mesma questão fundamental de Direito"<sup>725</sup>.

No direito actual, a jurisprudência, no âmbito do *Civil Law*, os julgados anteriores não vinculam necessariamente o julgador, ainda que se trate de decisões suas ou de tribunal da mais alta instância porque o magistrado não aplica e nem deve aplicar o Direito segundo uma fórmula matemática pur e simples, mas deve atender-se circunstâncias de caso a caso. No *Common Law*, a jurisprudência é a principal forma de expressão do Direito Positivo.

<sup>722</sup> FRANÇA, Rubens Limongi, *Da Jurisprudência como Direito Positivo*, p. 220 e 221.

<sup>723</sup> Cfr. Artigo 4, alínea a) do CC.

<sup>724</sup> Cfr. Artigo 2º da CC.

<sup>725</sup> SOUSA, Marcelo; GALVÃO, Sofia, *Introdução ao Estudo do Direito*, 5ª Edição, Lex Editora, Lisboa, 2000, p.141.

Para o sistema jurídico moçambicano, a jurisprudência é sim fonte do direito. Acompanhámos o entendimento de José Oliveira Ascensão quando refere que "se a função do assentos e outras decisões com força obrigatória geral é interpretar autenticamente outras fontes, não lhes são superiores (por isso podem ser revogadas) nem inferiores (por isso daí em diante o que estabelecem é que é decisivo), isso não impede que tenha carácter instrumental em relação às restantes fonte, como resulta do seu carácter jurisprudencial"<sup>726</sup>.

Em Moçambique, compete ao Plenário do Tribunal Supremo como tribunal de segunda instância, uniformizar a jurisprudência quando no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de direito tenham sido proferidas decisões contraditórias nas várias instâncias do Tribunal Supremo ou nos tribunais superiores de recurso<sup>727</sup>. Assim sendo, podemos afirmar, com segurança, que a jurisprudência é fonte do direito no ordenamento jurídico moçambicano.

Sendo a jurisprudência o conjunto das decisões dos tribunais sobre os casos concretos que lhe são submetidos, revelando a orientação que seguem os julgadores, contrariamente ao que acontece no Direito do *Common Law*, no nosso Direito que é de raiz do *Civil Law*, as decisões dos tribunais somente têm força de caso julgado no caso concreto, isto é, somente vinculam no caso concreto contrariamente ao que acontece no *Common Law* que serve de precedente. A natureza jurídica da jurisprudência no ordenamento jurídico de Moçambique é ser fonte mediata do Direito.

Conforme estabelece a Constituição da República de Moçambique, no exercício das suas funções, os juízes são independentes e apenas devem obediência à lei<sup>728</sup>. Mas nessa sua independência, os julgadores, na falta de norma que regula em certo sentido, não podem abster-se de julgar. Ao longo dos vários julgamentos, havendo divergência dos julgados, o Tribunal Supremo cria assento, jurisprudência obrigatória, por isso ela é fonte do Direito em Moçambique.

Está claro que o tribunal não pode se abster de julgar, invocando a falta ou obscuridade da lei ou alegando dúvida insanável acerca dos factos, ou que a lei existente é injusta ou imoral, devendo o julgador ter em consideração todos os casos que mereçam

<sup>726</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira, *O Direito – Introdução e Teoria Geral- Uma Perspectiva Luso - Brasileira*, p.564.

<sup>727</sup> Cfr. Artigo 45, alínea a) da Lei n.º 23/2014, de 23 de Setembro, Lei de Revisão Pontual da Lei n.º 24/07, de 20 de Agosto, Lei da Organização Judiciária.

<sup>728</sup> Cfr. Artigo 1, n.º 1 da CRM.

tratamento análogo, interpretando e aplicando uniformemente o direito<sup>729</sup>. Assim, a natureza jurídica da jurisprudência é que ela é fonte mediata do Direito.

Já o dissemos, a jurisprudência consiste no conjunto das decisões dos tribunais sobre os casos concretos que lhe são submetidos, revelando, pois, a orientação que passará a ser seguida pelos julgadores. Em Moçambique, porque se segue a matriz do *Civil Law* não vigora a regra do precedente como nos países do *Common Law*. Em Moçambique as decisões dos tribunais só têm força de caso julgado, vinculando, no próprio processo.

O tribunal não pode se abster de julgar sob pretexto de falta, obscuridade da lei e dúvida insanável acerca dos factos em litígio, nem pode serve o pretexto de que é injusto ou imoral o conteúdo da lei. O julgado tem que considerar tratamento análogo, a fim de obter uma interpretação e aplicação uniforme do Direito<sup>730</sup>.

São requisitos da jurisprudência: a obtenção de uma interpretação uniforme e aplicação uniforme do Direito por parte dos tribunais. Os tribunais, apesar de independentes, devem proferir decisões justas para garantirem a certeza e a segurança do Direito e da Justiça; quando no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de Direito tenham sido proferidas decisões contraditórias nas várias instâncias do Tribunal Supremo ou nos tribunais superiores de recurso, o Plenário do Tribunal Supremo fixa por assento doutrina a ser seguida pelo mesmo tribunal e pelos restantes tribunais do País.

As decisões dos tribunais podem ser sentenças que são as decisões proferidas por tribunais singulares ou acórdãos que são decisões proferidas por tribunais colectivos. A jurisprudência é portanto fonte mediata do Direito Moçambicano, pois a orientação seguida pelos tribunais nas decisões de casos concretos e individuais não vinculam todos os outros tribunais de forma a julgarem de igual modo situações idênticas, a não ser nos casos de assento que têm o carácter obrigatório e geral<sup>731</sup>.

Tome se um exemplo, pese embora do tempo colonial, referente à legitimidade activa e litisconsórcio necessário, nomeadamente o Assento do Supremo Tribunal de Justiça, de 29 de Maio de 1956, que consta do "B.M.J", 57º - 329, que fixa "Quando de um acidente de viação derivarem prejuízos ou danos para mais de uma pessoa e a lei limitar o montante das indemnizações dele emergente, torna-se necessária a intervenção de todos os lesados na

<sup>729</sup> Cfr. Artigo 8º do CC.

<sup>730</sup> Cfr. Artigo 8º do CC.

<sup>731</sup> Cfr. Artigo 2º do CC.

respectiva acção de indemnização, na conformidade da segunda parte da alínea c) do artigo 28 do Código de Processo Civil<sup>732</sup>. Entende-se que, este assento originou a actual redacção do artigo 28º do CPC e 508º do CC, todos de Moçambique.

Em face da nossa lei, o regime jurídico da jurisprudência está fixado ou consta na lei mãe, pois os tribunais penalizam a violações da legalidade e decidem pleitos de acordo com o estabelecido na lei<sup>733</sup>, na lei substantiva civil<sup>734</sup>, e na Lei da Organização Judiciária<sup>735</sup>.

A jurisprudência em Moçambique tem como efeito o assento que é a fixação da doutrina com força obrigatória geral<sup>736</sup>. Quando se fixa a jurisprudência é porque no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de Direito terão sido proferidas antes, decisões contraditórias nas várias instâncias do Tribunal Supremo ou nos tribunais superiores de recurso, a decisão que o plenário tomar haverá que ser dada como uma decisão no caso concreto e como orientação indicativa para futuros casos similares.

A jurisprudência é fonte mediata do Direito moçambicano, até porque ainda vigora o instituto dos assentos, contrariamente ao que aconteceu em Portugal, por exemplo, abolidos pela CPC entrado em vigor a 1 de Janeiro de 1997<sup>737</sup>.

Naquele País, os assentos só vieram a triunfar a partir de 1926, com influência de José Alberto dos Reis, que passou sucessivamente para o CPC de 1939 e posteriormente para o CPC de 1961. "A legitimidade dos assentos, foi reforçada pelo CC, aprovado em 25 de Junho de 1966 e entrado em vigor a 1 de Junho de 1967"<sup>738</sup>, que é o essencialmente usado em Moçambique.

O Tribunal Supremo, na fixação de assento, além de decidir o caso concreto em apreciação formula uma regra genérica que vale como estatuição normativa, funcionando como verdadeira norma jurídica, que servirá para o futuro.

O recurso para o Plenário do Tribunal Supremo é um recurso ordinário<sup>739</sup>, pois tem lugar antes de trânsito em julgado do acórdão de que se recorre, cabendo ao Tribunal

<sup>732</sup> COSTA, Ary de Almeida Elias da, *A legitimidade das partes na Doutrina e na Jurisprudência*, Livraria Almedina, Coimbra, 1963, p. 153.

<sup>733</sup> Cfr. Artigo 211, n.º 3 da CRM.

<sup>734</sup> Cfr. Artigos 1º, 2º, 8º e 9º, do CC.

<sup>735</sup> Cfr. Artigo 45, alínea a) da Lei n.º 23/2014, de 23 de Setembro, Lei de Revisão Pontual da Lei n.º 24/07, de 20 de Agosto, Lei da Organização Judiciária.

<sup>736</sup> Cfr. Artigo 2º do CC.

<sup>737</sup> TELLES, Inocência Galvão, *Introdução ao Estudo do Direito*, p.85.

<sup>738</sup> Cfr. Artigo 2º do CC.

<sup>739</sup> Cfr. Artigo 673º, n.º 2 do CPC.

Supremo, reunido em Plenário, como tribunal de 2ª instância, uniformizar a jurisprudência quando, no domínio da mesma legislação e sobre a mesma questão fundamental de direito, tenham sido proferidas decisões contraditórias nas várias secções do Tribunal Supremo ou nos tribunais superiores de recurso<sup>740</sup> (dos três existentes no País, nomeadamente Tribunal Superior de Recurso de Maputo, Tribunal Superior de Recurso da Beira e Tribunal Superior de Recurso de Nampula).

Outra consequência ou efeito da jurisprudência em Moçambique é que os assentos devem ser publicados imediatamente, na 1ª Série do Boletim da República, devendo o Venerando Presidente do Tribunal Supremo enviar, ao Ministério da Justiça, uma cópia desse acórdão que virou assento, acompanhada da alegação do Ministério Público, dos acórdãos anteriores invocados como fundamento do recurso e das considerações que julgue oportunas<sup>741</sup>.

O Tribunal Supremo não pode alterar os seus assentos e só caducam quando forem revogados por lei posterior ou com modificação da legislação no âmbito da qual foram proferidos tais assentos. Salvo neste último caso, se a legislação precedente for substituída por outra que contenha textos idênticos porque não há razão para excluir o sentido dos novos textos por ser igual ao dos antigos.

Tudo o que foi referido acima tem como objectivo fazer o entendimento do que seja a jurisprudência noutros quadrantes. Percorrendo alguma jurisprudência comparada sobre a admissibilidade da prova ilícita, tanto dos países do sistema ou matriz- romano-germânico, como o de Moçambique, nomeadamente, as jurisprudências brasileira, portuguesa, alemã, espanhola, italiana, bem como os países de *Common Law*, como Estados Unidos da América, destacaremos alguns exemplos.

Num caso de investigação de paternidade, foi feita a gravação telefónica pela autora da acção da referida investigação de paternidade com testemunha do processo. A autora da acção requereu a juntada da gravação aos autos após a audiência da testemunha, o que foi deferido pelo juiz. O tribunal decidiu que tal não representa procedimento em ofensa ao disposto no artigo 332º do Código de Processo Civil Brasileiro de então, pois aqui o meio de produção da prova não é ilegal, nem moralmente ilegítimo.

<sup>740</sup> Cfr. Artigo 45º, alínea a) da Lei da Organização Judiciária, redacção introduzida pela Lei n.º 24/2004, de 28 de Setembro.

<sup>741</sup> Cfr. Artigo 769º do CPC.

Entendeu o tribunal, no referido caso, que ilegal seria a interceptação, ou a escuta de conversa telefónica alheia. Defendeu o referido tribunal que "o objectivo do processo, em termos de apuração da verdade material – a verdade dos fatos em que se funda a acção ou a defesa..."<sup>742</sup> é que interessa.

Um outro caso, reporta-se a execução de alimentos onde houve interceptação telefónica do devedor de alimentos: houve tentativa de localização do executado, de todas as formas, residindo o devedor em um outro Estado, dentro do Brasil, o que levou a que se arrastasse o processo executivo por quase dois anos. Entendeu o tribunal que era concebível a interceptação telefónica do devedor de alimentos.

Outro exemplo de jurisprudência do mesmo País (Brasil) de execução de alimentos onde houve interceptação telefónica do devedor de alimentos:

Tentada a localização do executado de todas as formas, residindo este em outro Estado e arretando a execução por quase dois anos, mostra-se cabível a interceptação telefónica do devedor de alimentos.

Se por um lado a Carta Magna protege o direito à intimidade, também abarcou o princípio de protecção integral a crianças e adolescentes. Assim, ponderando-se os dois princípios, sobrepõe-se o direito à vida dos alimentados. A própria possibilidade da prisão civil no caso de dívida alimentar evidencia tal assertiva.

Tal medida dispõe inclusive de cunho pedagógico para que outros devedores de alimentos não mais se utilizem de subterfúgios para safarem-se da obrigação <sup>743</sup>.

A Alemanha e os Estados Unidos da América desenvolveram muito o tema das provas ilícitas desde logo em 1903, o jurista Beling publicou um trabalho acerca das proibições probatórias como limites da busca da verdade no processo penal, onde defendia a necessidade do equilíbrio entre as exigências processuais com os direitos fundamentais, citando o caso *Vigo vs Fomenti* julgado pela Corte de Apelo de Milão (Itália) onde foi proibida a utilização de carta por ser de propriedade de outrem<sup>744</sup>.

Em 1954, o *Bundesgerichtsof* (Equivalente ao Tribunal Supremo de Moçambique) referiu ser ilícita, em processo criminal, por afronta à livre determinação do

<sup>742</sup> Recurso Especial não conhecido. Votos Vencidos – Recurso Especial n.º 9.012/Rio de Janeiro, Relator Ministro Nilson Naves, j. Em 24 de Fevereiro de 1997.

<sup>743</sup> Agravo provido (Segredo de Justiça) (Agravo de Instrumento n.º 700018683508), 7ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria berenice Dias, julgado em 28 de Março de 2007.

<sup>744</sup> TROCKER, Nicolò, *Processo Civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano: Giuffrè, 1974, p. 567 a 568.

indivíduo, a prova obtida pela utilização de detector de mentira (polígrafo), independentemente da anuência do indivíduo<sup>745</sup>.

No mesmo sentido, o mesmo *Bundesgerichtsof* (Equivalente ao Tribunal Supremo de Moçambique) entendeu que a gravação secreta de conversa por parte de particular e sua reprodução, ou a divulgação pública é afronta à privacidade<sup>746</sup>. No mesmo sentido, a gravação clandestina de fita magnética não poderia ser utilizada como prova, bem assim as anotações pessoais ou diário por ser violação à privacidade<sup>747</sup>.

Outro exemplo de jurisprudência do Brasil sobre a gravação telefónica:

*Processo Civil. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial. Ação de Indemnização. Gravação de Conversa por um dos Interlocutores. Prova Lícita. 1. A Gravação Telefónica Realizada por um dos Interlocutores sem o Consentimento do outro é Lícita e Pode ser Validamente Utilizada como Elemento de Prova, uma vez que a Proteção Conferida pela Lei N. 9.296/1996 se Restringe às Intercetações de Comunicações Telefónicas. 2. Agravo Regimental Desprovido (Grifos Nossos) (Stj, 4ª. T., Agrg Nos Edcl No Recurso Especial Nº 815.787, Rel. Min. António Carlos Ferreira, DJ. 14.05.2013)<sup>748</sup>.*

No mesmo sentido, e no mesmo País, este outro caso da outra jurisprudência:

*Processo Civil. Prova. Gravação de Conversa Telefónica Feita pela Autora da Ação de Investigação de Paternidade com Testemunha do Processo. Requerimento de Juntada da Fita, após a Audiência da Testemunha, que foi Deferido pelo Juiz. Tal não Representa Procedimento em Ofensa ao Disposto no Art. 332, do CPC, pois aqui o meio de Produção da Prova não é Ilegal, nem Moralmente Ilegítimo. Ilegal é a Intercetação, ou a Escuta de Conversa Telefónica Alheia. Objectivo do Processo, em Termos de Apuração da Verdade Material ("a Verdade dos Fatos em que se Funda a Ação ou a Defesa"). Recurso Especial não Conhecido. Votos Vencidos (Grifos Nossos) (Stj, 3ª. T., Respecial 9012, Rel. Min. Claudio Santos, Dj. 24/02/1997)<sup>749</sup>.*

Assim, vários casos decididos e que constituem jurisprudência daquele País (Brasil), podem ser apontados, desta forma "A gravação de conversa telefónica, por um dos

<sup>745</sup> Idem, p. 75.

<sup>746</sup> Ibidem, p. 581.

<sup>747</sup> Idem, p. 582 a 583.

<sup>748</sup> KOLCHINSKI, Elenir Teresinha, *Prova Ilícita no Processo Civil – Trabalho de Monografia Jurídica apresentada ao Curso de Especialização, como parte dos requisitos para obtenção de título de Especialista em Direito Processual Civil...*p.87.

In <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/27489/1/Elenir%20Teresinha%20Kolchinski>,

Consultado no dia 20 de Março de 2024.

<sup>749</sup> KOLCHINSKI, Elenir Teresinha, *Prova Ilícita no Processo Civil – Trabalho de Monografia Jurídica apresentada ao Curso de Especialização, como parte dos requisitos para obtenção de título de Especialista em Direito Processual Civil...*p.87. In

<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/27489/1/Elenir%20Teresinha%20Kolchinski>, consultado no dia 20 de Março de 2024.

*interlocutores não é ilícita, porque se distingue da intercetação telefônica"*(*Bol. AASP 1.743/157, RJTJERGS 139/117, Ajuris 76/644, 76/652, RBDF 21/91*)<sup>750</sup>.

No ordenamento jurídico brasileiro existe defensores de admissibilidade da prova ilícita no processo civil, nomeadamente Barbosa Moreia defende ser mais prudente conceder ao julgador a liberdade para apreciar a situação concreta "(...) tendo em conta a gravidade do caso, a índole da relação jurídica controvertida, a dificuldade do litigante em demonstrar a veracidade das suas alegações através de procedimentos totalmente ortodoxos (...)"<sup>751</sup>. Nota-se que se recorreu ao princípio de proporcionalidade.

No ordenamento jurídico francês não existe norma expressa proibitiva da prova ilícita no processo civil, mas neste ordenamento, tanto a doutrina como a jurisprudência recusam os meios probatórios que violem a Constituição francesa.

A este propósito refere Nerson:

*Se (...) todos os meios de prova são, em princípio admissíveis, tal não impede que a prova seja submetida a certas condições de regularidade na maneira como foi estabelecida e no modo como aquele que os invoca a obteve (...). Sabe-se, por exemplo, que os meios à disposição do cônjuge para obter as missivas que quer exhibir são limitados, já que a jurisprudência tem considerado abusivos certos meios de aquisição. (...) Pode dizer-se, utilizando uma fórmula muito geral, que a carta exibida por uma das partes num processo de divórcio deve ser rejeitada, se tiver entrado na sua posse de maneira irregular: por exemplo, arrobando uma gaveta ou intercetando a carta das mãos da empregada*<sup>752</sup>.

Todavia, no Direito Civil francês, nos casos de divórcio, após a ponderação do tal direito com outros que se devam considerar prevaletentes permite-se a revelação de segredos protegidos pelo direito ao respeito pela vida privada constante do artigo 9º do Código Civil francês.

No Direito espanhol, o artigo 11.1 da LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985) determina a inadmissibilidade da prova ilícita no processo. Mas a prova ilícita é

<sup>750</sup> NEGRÃO, Theotônio; GOUVEIA, José Roberto F; BONDIOLI, Luís Guilherme Aidar e, FONSECA, João Francisco Naves da, *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor* – 46, ed. Rev r atual, São Paulo: Saraiva, 2014, pg.473, Apud KOLCHINSKI, Elenir Teresinha, *Prova Ilícita no Processo Civil – Trabalho de Monografia Jurídica apresentada ao Curso de Especialização, como parte dos requisitos para obtenção de título de Especialista em Direito Processual Civil...*p.90. in <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/27489/1/Elenir%20Teresinha%20Kolchinski>, consultado no dia 20 de Março de 2024.

<sup>751</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa, *Restricciones a la Prueba en la Constitución Brasileña*, p.129, disponível em <http://www.publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/viewFile/212/pdf>.

<sup>752</sup> NERSON, Roger, *Jurisprudência François en Matière de Droit Civil, Personnes et Droits de Famille* p.757 e 758, apud ALEXANDRE, Isabel, *Provas ilícitas...*op. cit, pp. 162..

admitida quando a sua obtenção tenha implicado a violação de direitos infra-constitucionais, por exemplo, lesões ao direito de propriedade e ao direito à inviolabilidade do domicílio.

No Direito inglês, tanto no processo civil, como no processo penal, impera o princípio de admissibilidade da prova ilícita. Neste ordenamento jurídico o que realmente importa averiguar é saber se o meio da prova é relevante ou não, em regra o tribunal não se preocupa com o modo da obtenção da prova<sup>753</sup>.

No Direito norte-americano há como regra a admissibilidade da prova ilícita no processo civil, entende-se que pois que a regra de exclusão (*exclusionary rule*) apenas é válida para as autoridades públicas que no processo penal obtenham provas devido à violação de normas constitucionais, não sendo válida para os particulares.

O instituto de exclusão (*exclusionary rule*) nos EUA, jurisprudencialmente, surgiu a partir do caso *Weeks v. United States*, em 1914, no qual o Supreme Court decidiu que toda a prova que tenha sido obtida por agentes federais em processos federais com violação de normas constitucionais, é uma prova ilícita.

Posteriormente, nos Estados Unidos da América veio a ser consagrada a doutrina dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*) a partir da sentença proferida no caso *Silverthorne Lumber Co v. United State*, em 1920, segundo a qual os tribunais passaram a poder excluir prova derivadamente obtida a partir de práticas ilegais levadas a cabo pelas autoridades policiais.

Assim, segundo a doutrina dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*): a prova derivada (o fruto) estaria contaminado por ter origem numa prova ilícita (árvore envenenada).

No Direito alemão a preocupação dos tribunais é com a busca da verdade material e da protecção dos direitos individuais. São em regra inadmissíveis os meios de prova cuja obtenção tenha lesado direitos constitucionais individuais. Mas se for demonstrado que são a única via possível e razoável defender outros valores que o tribunal entenda, tendo em conta o caso concreto, devam ser considerados superiores logo, essas provas serão excepcionalmente admitidas em tribunal.

<sup>753</sup> Refere R. J. Walker "o melhor é considerar que a prova é admissível, se for relevante para os assuntos em questão. Se for, é admissível, não se preocupando o tribunal com a forma como as provas foram obtidas". *The English Legal System*, pp. 601, apud CASANOVA, J.F. Salazar, *Provas Ilícitas em Processo Civil Sobre a admissibilidade e Valoração de Meios de Prova Obtidos pelos Particulares*, in *Revista Direito e Justiça*, pp. 103.

Na Alemanha actualmente não existe disposição expressa da Constituição ou no ZPO (Código de Processo Civil Alemão) – ao contrário do ZtPO (Código de Processo Penal), portanto, a admissibilidade das provas ilícitas vem do princípio de proporcionalidade que referimos noutra parte deste trabalho.

No Direito italiano a jurisprudência mostra abertura quanto à eventual admissibilidade da prova que seja ilicitamente obtida por particulares. O artigo 13º, n.º 3 da Constituição italiana proíbe a utilização de prova ilicitamente obtida por autoridades públicas. Mas não existe a mesma proibição na hipótese de ser um particular a praticar o ilícito. Neste último caso seria o ilícito reprimido mediante o ressarcimento do lesado.

No Direito português, vamos apontar vários casos de jurisprudência, por ser, não só um Direito de raiz romano-germânico como o de Moçambique, mas por ter influenciado em grande medida o Direito Processual Civil de Moçambique.

Assim, pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de Dezembro de 2009, no Processo n.º 159/07.6TVPRT-D1.S1, Relator Hélder Roque, onde decidiu-se que o acesso a informações bancárias não viola reserva da intimidade da vida privada:

*Não implicando o direito subjectivo à prova a admissão de todos os meios de prova permitidos, a parte só deve soçobrar na pretensão deduzida em juízo, por dificuldades inultrapassáveis de obtenção dos meios de prova que, por sua iniciativa pessoal, razoavelmente, sem o concurso de outra ou de terceiro, não esteja em condições de conseguir. As informações pretendidas pela autora, relacionadas com o aproveitamento e utilização de contas à ordem, de que eram titulares a ré e o marido da autora, não constituem violação do princípio da reserva da intimidade da vida privada. A exigência da divulgação dos elementos da conta bancária de uma das partes que permitam o apuramento da situação patrimonial da outra, em causa pendente, no âmbito do, estritamente, indispensável à realização dos fins probatórios visados por aquela, e com observância rigorosa do princípio da proibição do acesso, é garantia da justa cooperação das partes com o Tribunal, com vista à descoberta da verdade, à luz da doutrina da ponderação de interesses, sob pena de insanável comprometimento do direito da autora a produzir as provas que indicou e a alcançar uma tutela jurisdicional efectiva, com o consequente e inequívoco abuso de direito da parte que a tal se opõe. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada tutela a esfera da vida íntima ou de segredo, compreendendo todos aqueles aspectos que fazem parte do domínio mais particular e íntimo que se quer manter afastado de todo o conhecimento alheio, com exclusão da vida normal de relação, ou seja, dos factos que o próprio interessado, apesar de pretender subtrai-los ao domínio do olhar público, isto é, da publicidade, não resguardada do conhecimento e do acesso dos outros. Ao contrário do que acontece no caso da violação da integridade física ou moral das pessoas, que se trata de direitos absolutos ou intangíveis, estando em causa os direitos fundamentais da não intromissão no sigilo bancário, trata-se de "direitos condicionais", em que já não existe uma proibição absoluta da admissibilidade da prova que, em função das*

*circunstâncias do caso concreto em que foi obtida e do estado de necessidade da situação, será ou não valorizada pelo Tribunal*<sup>754</sup>.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de Maio de 2010, Processo n.º 158/06.5TCFUN.LIS1; Relator Fonseca Ramos – A obtenção de Certidão Fiscal de forma ilícita não invalida a prova obtida:

*Sendo deontologicamente censurável a actuação da Mandatária da Autora, que invocou ser Advogada dos RR. Para obter uma certidão fiscal relativa à situação tributária destes, almejando, assim, prova que certificava a existência de dívidas ao Fisco, tendo essa prova sido obtida ilicitamente, tal não implica que os factos certificados nesse documento autêntico, não arguido de falsidade, não possam ser considerados probatoriamente. No direito probatório processual civil, não vigora, salvo casos excepcionais, o princípio do direito anglo-saxónico denominado "fruits of poisonous tree" – frutos da árvore envenenada, segundo o qual seriam contaminadas todas as provas obtidas com base numa actuação ilícita quanto ao modo como foram obtidas – se a árvore está envenenada, envenenados estão os frutos que produzir*<sup>755</sup>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 25 de Maio de 2009, Processo n.º 159/07.6TVPRT-D.P1; Relator Maria José Simões – A ponderação de interesses, admissibilidade de obtenção de informações sobre vida patrimonial de uma das partes:

*I – É princípio geral do direito processual civil (aquisição processual) que todas as provas relevantes sejam admissíveis. II – Todavia, em certos casos, a descoberta da verdade tem limites e a colaboração para a mesma pode ser recusada, designadamente se importar violação da vida privada e familiar, da dignidade humana ou do sigilo profissional. III – Pode, assim, considerar-se que face à nossa lei, determinados valores são, em princípio, intocáveis podendo até justificar uma recusa do dever de colaboração e fundamentar a inadmissibilidade de certos meios de prova que com eles colidem*<sup>756</sup>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19 de Abril de 2007, Processo n.º 312/07-2; Relator Jorge Leal – Admissibilidade de exibição, por uma das partes a uma testemunha, de uma mensagem alegadamente enviada do réu para o telemóvel do autor:

*O art. 26º nº 1 da CRP estipula que "a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação". O art. 34º nº 1 da CRP estabelece que "o domicílio e o sigilo de correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis". O nº 4 do mesmo art. Diz que "é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal". (...) não referidos: não houve qualquer interferência de terceiros, nomeadamente autoridades públicas, em*

<sup>754</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina – Colectânea de Jurisprudência, Coimbra, 2019, p. 434.

<sup>755</sup> Idem. p. 434 e 435.

<sup>756</sup> Ibidem, p. 436.

*actos de correspondência ou de telecomunicações alheios. Também não está em causa o cumprimento do dever de sigilo pelos operadores dos serviços de telecomunicações. O que ocorreu foi a voluntária exibição, por parte do titular do meio de comunicações. O que ocorreu foi a voluntária exibição, por parte do titular do meio de comunicação em causa (e A), das mensagens que aí estavam registadas e que lhe terão sido voluntariamente enviadas pelo Réu, mensagens essas supostamente atinentes ao negócio que constitui objecto do processo, sem que se mostre que sobre elas fora solicitado pelo Réu que o respectivo destinatário as mantivesse confidenciais (cfr. por aplicação analógica, o art. 75º do Código Civil: "o destinatário de carta-missiva de natureza confidencial deve guardar reserva sobre o seu conteúdo") e sendo certo que a sua divulgação inscreve-se, no caso dos autos, dentro dos limites admissíveis do exercício do direito de acesso ao direito e aos tribunais, consagrado na Constituição da República Portuguesa (art. 20º nº 1 da Constituição da República Portuguesa), exercício esse com o qual os Réus deveriam contar (cfr. aplicação analógica do disposto no art. 78º do Código Civil: "o destinatário de carta não confidencial só pode usar dela em termos que não contrariam a expectativa do autor"<sup>757</sup>.*

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 24 de Novembro de 2004, Processo n.º 1701/04-1, Relator Espinheira Baltar – Admissibilidade de junção de vídeo contendo imagens filmadas sem consentimento em lugar de acesso ao público:

*O direito à imagem e da reserva da vida privada, consagrados constitucionalmente como direitos de personalidade arts. 25, 26 da CRP, e regulados nos arts. 70, 79 e 80 do C. Civil, não são violados pelo uso de cassetes de vídeo, em julgamento, quando as imagens tenham sido filmadas sem consentimento e em lugar de acesso público, e usadas para fins da descoberta da verdade material<sup>758</sup>.*

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 3 de Dezembro de 2013, Processo n.º 37/12-7 TBALJ-A.P1, Relator José Igreja Matos – Admissibilidade de junção de "SMS" aberta, recebida e lida:

*I. 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; II – 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 eletrónica<sup>759</sup>.*

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 31 de Março de 2011, Processo n.º 13559/09-8T2SNT-A.L1, Relator Aguiar Pereira:

*É lícita e admissível a prova pré-constituída consistente em fotografias juntas aos autos com a petição inicial e em que se reproduza local acessível ao público em que*

<sup>757</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina – Colectânea de Jurisprudência, Coimbra, 2019, p. 439.

<sup>758</sup> Idem, p. 439 a 440.

<sup>759</sup> Ibidem, 2019, p. 440.

*ocorreram os factos que servem de causa de pedir, mesmo que tenham sido obtidas sem autorização do proprietário do local*<sup>760</sup>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 9 de Junho de 2009, Processo n.º 321/05-6TMFUN-CLI-7, Relatora Maria do Rosário Morgado – Admissibilidade da prova obtida por vigilâncias da PSP. A mãe de menor em processo de alteração da regulação do poder paternal/violação do direito à intimidade da vida privada:

*A recusa de um meio de prova, deve ser sempre fundamentada, sendo certo que, o direito processual-civil português, não contém, nenhuma norma que regule especificamente a inadmissibilidade da chamada prova ilícita (ilicitude material). No que toca a certos direitos fundamentais, (como será o caso do direito à intimidade), perante uma eventual colisão de direitos, a admissibilidade do meio de prova deve ser encontrada à luz da ponderação dos interesses em jogo, averiguando, caso a caso, qual o direito fundamental atingido e as circunstâncias que rodearam a actuação "lesiva" (...)*<sup>761</sup>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12 de Janeiro de 2016, Processo n.º 744/14.OT8SXL-B.L1-7, Relator Roque Nogueira:

*I-Documentos obtidos através de intromissão na correspondência de uma das partes, devem considerar-se obtidas ilicitamente. II. Poderão, porém, ser admitidos nos autos, se, mostrando-se relevantes para a decisão, a sua veracidade não foi posta em causa, os mesmos não foram obtidos com violação da integridade física ou moral de quem quer que seja e, atendendo às circunstâncias que rodeiam caso concreto. Se justifica a restrição ao direito fundamental em causa, em nome da descoberta da verdade que interessa ao fim do processo*<sup>762</sup>.

No âmbito de processo laboral, aponta-se alguma jurisprudência portuguesa que defende a admissibilidade da prova ilícita nesse tipo de processo.

Acórdão do Tribunal da Relação de Porto, de 26 de Junho de 2006, Processo n.º 0610399, Relatora Fernanda Soares – sobre a questão de admissibilidade de acesso do empregador a mensagens de *e-mail* geral ou partilhado na empresa do trabalhador, regulamento de utilização de emails que decidiu:

*I-Nos termos artigo 21º, 1 do CT "o trabalhador goza do direito de reserva e confidencialidade relativamente ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal e acesso a informação de carácter não profissional que envie, receba ou consulte, nomeadamente através do correio electrónico". II-Não viola tal direito, o superior hierárquico que acede ao endereço electrónico interno da empresa e lê um email dirigido à funcionária que, por regra, acede ao referido correio eletrónica, através de "password" que revela a outros funcionários que a tenham que substituir na sua ausência. III-As expressões usadas autora do referido email - "e durante a prelecção sobre a filosofia japonesa (que para estes gajos por acaso não é japonês), pensei que devia estar sentada ao lado algum yuppi cá da empresa"..."Quando*

<sup>760</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina – Colectânea de Jurisprudência, Coimbra, 2019, p. 441.

<sup>761</sup> Idem, p. 442.

<sup>762</sup> Ibidem, p. 446.

*resolvi olhar-lhe para a tromba é que vi que era o nosso querido futuro boss" – merecem censura, mas não constituem justa causa de despedimento*<sup>763</sup>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16 de Novembro de 2011, Processo n.º 17/10.7TTBRR.L1-4, Relatora Paula Sá Fernandes – sobre a questão de admissibilidade de prova de actos ilícitos do trabalhador, confirmada por captação de imagens por sistema de videovigilância autorizada pela CNPD, que decidiu:

*Tendo-se apurado que o visionamento das imagens captadas pela câmaras de videovigilância, autorizadas pela CNPD, serviu apenas para a entidade empregadora confirmar a actuação ilícita do trabalhador que foi atentória da finalidade de protecção de pessoas e bens, e não para o controle do seu desempenho profissional, é lícito o seu tratamento como meio de prova no âmbito do processo disciplinar e judicial*<sup>764</sup>.

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 25 de Junho de 2015, Processo n.º 522/14.6TTBGM.R-A.G1, Relator Moisés Silva, que decidiu:

*A regra geral prevista no art.20º nº 1 do CT concede a excepção prevista no nº 2 do mesmo art., quando a utilização dos meios de vigilância à distância, de acordo com as circunstâncias e bens, a qual no caso tem uma especial acuidade, face à natureza da actividade exercida (bancária), onde são movimentados valores muito elevados e está em causa o património e a segurança dos clientes, trabalhadores e do banco*<sup>765</sup>.

Este exemplo pode ser aplicado em Moçambique em face das leis de Trabalho e das instituições financeiras.

Tudo o que acima se defende é no sentido de que é admissível o uso da prova ilícita no direito processual civil pátrio, pois podemos até considerar que limitar ou impedir o direito ao uso de prova que certa parte processual pretende, enquanto não dispõe de nenhum outro meio de prova seria inconstitucional.

Refere Tranchina, G e também Isabel Alexandre "é inconstitucional, por ser contrária a norma constitucional que consagra o direito de defesa, toda a norma de grau inferior que "negue ou restrinja à parte o direito de exhibir ao juiz os meios de uma realidade a si favorável (...)"<sup>766</sup>.

Foi dito acima que podia parecer que não era necessário grande elaboração sobre a jurisprudência num trabalho que tem como o ponto principal a questão de

<sup>763</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina – Colectânea de Jurisprudência, Coimbra, 2019, p. 451.

<sup>764</sup> Idem, p. 456.

<sup>765</sup> Ibidem, p. 464.

<sup>766</sup> TRANCHINA, G. *Il diritto di perizia psicologica suol'imputato: una limitazione anticonstituzionale*, Ri. It. E proc. Pen, 1971, p. 1325 e ss, in ALEXANDRE, Isabel, op.Cit. nota de rodapé, p. 74.

admissibilidade ou não da prova ilícita no processo civil e onde se toma a posição de ser admissível a prova ilícita no processo civil.

Mas tal foi necessário para melhor compreensão de toda a extensão desta questão de admissibilidade da prova ilícita no processo civil, pois ao fim ao cabo, quem admite ou não a prova ilícita no processo civil é o juiz do caso.

A jurisprudência é exactamente a criação do direito pelos juízes, os juízes criam o Direito<sup>767</sup>, chamando-se essa criação por jurisprudência, como se prova pela indicação neste trabalho científico, de várias decisões jurídicas, tanto no âmbito do *Common Law*, como no âmbito do *Civil Law* (Direito romano-germânico).

<sup>767</sup> CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre Derecho y language*, 2ª edição. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1979, p. 105 e ss.

## CAPÍTULO IX

### 9.1. ANÁLISE, INTERPRETAÇÃO E DISCUSSÃO DE RESULTADOS

Foram analisados vários argumentos jurídicos, dos vários países tanto do sistema de *Common Law*, como do sistema romano-germânico sobre a questão de admissibilidade ou não admissibilidade da prova ilícita no processo civil.

A análise foi feita pela busca da doutrina e jurisprudência de vários países. Dessa análise resultou a interpretação do que foi analisado e constatou-se que:

Os radicais defensores da tese de inadmissibilidade da prova ilícita no processo civil, tal como Pietro Nuvolone, Ada Pellegrini Grinover, Walther Habscheid, principalmente este último, têm o entendimento de que "...toda a prova ilícita deve ser descartada do processo, quer este tenha natureza penal, administrativa ou civil"<sup>768</sup>.

Tais radicais acima apontados advogam que o conceito de ilicitude, enquanto causa de invalidade, por exemplo do negócio jurídico, é o mesmo em todo o ordenamento jurídico, sendo que no processo civil a consequência seria a mesma que ocorre noutros ramos do Direito que é precisamente a nulidade da prova obtida por meio ilícito<sup>769</sup>.

Segundo o entendimento que têm os autores Carlos Castelo Branco e Alfredo Faife sobre os defensores desta tese de inadmissibilidade da prova ilícita no processo civil, é que "Por outro lado, entendem que o poder de livre apreciação do juiz encontra como limite inultrapassável o respeito pela lei, pelo que, não poderá valorar provas ilícitas que não deverão nunca aproveitar ao autor da lesão"<sup>770</sup>.

É alegadamente em homenagem à ideia de protecção de certos direitos fundamentais que os autores acima citados referem que este é o sistema norte-americano no âmbito do processo penal e apenas referentes a provas obtidas por autoridades públicas, fundado na supremacia dos valores constitucionais, não abrangendo as provas obtidas por

<sup>768</sup> NUVOLONE, Pietro, *Le Prove nel processo penale nei paesi di diritto latino*, in *Rivista di diritto processuale*, Padova, Vol. XXI, II Série, 1966, p. 474, Vd, também, GRINOVER, Ada Pellegrini, *Liberdades públicas e processo penal*, 2ª Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982, p. 109 e HABSCHEID Walther *Beweisverbot bei illegal, insbesondere unter Verletzung des Persönlichkeitrechts, beschafften Beweismitteln*, in *revue Suisse de jurisprudence*, 89, 1993, p. 185). Apud BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 135.

<sup>769</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 135; FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano – Da Problemática da Colisão de Direitos Fundamentais*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, p. 127.

<sup>770</sup> FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano – Da Problemática da Colisão de Direitos Fundamentais*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas.

particulares, entendendo-se que apenas os poderes públicos podem violar a Constituição nos Estados Unidos da América.

Entendem os dois autores citados Carlos Castelo Branco e Alfredo Faife que "A inadmissibilidade da prova ilicitamente obtida é, ainda, sufragada pelos tributais franceses, espanhóis e brasileiros (quer no processo penal, quer no processo civil, em homenagem à ideia de protecção de certos direitos fundamentais) "<sup>771</sup>.

Mas da análise de vária doutrina e jurisprudência brasileira retira-se claramente que é admissível a prova ilícita em certas circunstâncias, tendo em conta o princípio de proporcionalidade.

Para sustentarem a tese de inadmissibilidade da prova ilícita no processo civil, os defensores da mesma aduzem essencialmente quatro princípios: O princípio da unidade do sistema jurídico - Dizem que "A prova obtida irregularmente deve ser considerada uma prova processualmente ineficaz e a livre apreciação do juiz deve limitar-se às provas adquiridas em pleno respeito da legalidade e não àquelas que jamais seriam adquiridas no processo se a lei fosse devidamente observada"<sup>772</sup>.

Mas o entendimento que se defende neste trabalho é no sentido de que a prova obtida irregularmente ou ilegalmente deve ser considerada uma prova processualmente eficaz e a livre apreciação do juiz não deve se limitar às provas adquiridas em pleno respeito da legalidade, como também àquelas que jamais seriam adquiridas no processo se a lei fosse devidamente observada, a bem da descoberta da verdade material, e o alcance da justiça, dependendo de caso a caso.

Com base na alegada unidade do sistema jurídico, dizem os defensores da tese de inadmissibilidade da prova ilícita no processo civil, que se a conduta é desvaliosa no âmbito do direito substantivo ou material não pode ser valiosa no âmbito do direito instrumental, adjectivo ou processual.

O ordenamento jurídico, segundo eles, não é formado por divisões hermeticamente fechadas dos diversos ramos do Direito, havendo intercomunicabilidade entre

<sup>771</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 135 e 136; FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano – Da Problemática da Colisão de Direitos Fundamentais*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, p. 128.

<sup>772</sup> Idem, p. 129.

o Direito substantivo ou material com o direito instrumental ou adjectivo como é o direito processual.

Outro princípio trazido pelos defensores da tese de inadmissibilidade da prova ilícita no processo civil advoga de que o dolo não aproveita ao seu autor, ou *nemo ex delicto contionem suam meliorem facere potest* não colhe. Este princípio é no sentido de que o dolo não aproveita ao seu autor. É a utilização processual da *exceptio doli*, "...se for manifesta a vantagem de quem viola algum preceito de direito material para obter um meio de prova, a partir do momento em que se demonstre a ilicitude da sua obtenção, a prova assim obtida será nula, devendo tal nulidade ser declarada pelo juiz"<sup>773</sup>. Não pode ser acolhido este argumento como noutra ponto se demonstrou.

Aduzem também o princípio de efeito dissuasório que assegura a eficácia da norma violada. Assim, a utilização processual da prova ilícita traduzir-se-ia num estímulo a condutas ilícitas, servindo, dessa feita, as proibições de prova ilícita como dissuasor de tais condutas.

Refere Alfredo Faife, a propósito desta situação "Consideramos este efeito em linhas gerais, como sendo aquele que pretende convencer ao violador da norma jurídica sobre a ilegalidade da sua conduta. Pois, com o mesmo efeito é capaz de dissuadir, de fazer com que alguém mude de ideia, abandone uma decisão já tomada"<sup>774</sup>;

Os defensores da tese de inadmissibilidade da prova ilícita no processo civil usam a regra ou argumento *quod nullum est, nullum producit efectum*. "Este argumento baseia-se nas regras de responsabilidade civil e de acordo com o mesmo, a exclusão da prova é a única forma de reconstruir a situação em que o lesado se encontra, se não tiver ocorrido a lesão (art. 562º do Código Civil) "<sup>775</sup>. Segundo esta regra ou princípio o que é nulo nenhum efeito produz.

Mas apesar de se dizer que "A inadmissibilidade da prova ilicitamente obtida é, ainda, sufragada pelos tribunais franceses, espanhóis e brasileiros (quer no processo penal,

<sup>773</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 135 e 136; FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano – Da Problemática da Colisão de Direitos Fundamentais*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, p. 130.

<sup>774</sup> FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano – Da Problemática da Colisão de Direitos Fundamentais*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, p. 131.

<sup>775</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 137; FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano – Da Problemática da Colisão de Direitos Fundamentais*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, p. 131.

quer no processo civil, em homenagem à ideia de protecção de certos direitos fundamentais) "776. Na verdade, entende o autor deste trabalho científico que pela leitura feita de vários materiais disponíveis é admissível por exemplo a prova ilícita no processo civil brasileiro.

Da discussão dos resultados obtidos neste trabalho científico, defende-se a admissibilidade da prova ilícita no processo civil, tanto aproveitando os argumentos dos defensores da tese de admissibilidade da prova ilícita no processo civil, sem restrições, tanto como os argumentos da tese de admissibilidade da prova ilícita, de forma moderada ou tese mista.

A Tese de admissibilidade da prova ilícita no processo civil sem restrições vigora em países como do sistema de *Common law*, nomeadamente: Inglaterra<sup>777</sup>, Canadá, Índia<sup>778</sup>, África do Sul<sup>779</sup>. Mas também vigora noutros países do Direito do sistema romano-germânico, nomeadamente na Finlândia, Dinamarca e Argentina<sup>780</sup>.

Na Índia que também é um País do *Common law*, por vezes, os funcionários do Estado, ligados à polícia de investigação, podem recorrer a métodos ilegais para obter provas no seu zelo de levar os culpados à justiça.

<sup>776</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 135 e 136; FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano – Da Problemática da Colisão de Direitos Fundamentais*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, p. 128.

<sup>777</sup> MCKAY, Hugh; SHOW, Nicola, *Whatever Means Necessary* - "English law is firmly on the admissibility of evidence obtained illegally or as result of illegal search. This view seems to arise because the administration of justice will be obstructed where otherwise relevant evidence would not be admissible (...) relevant evidence, even if illegally obtained is admissible".

<sup>778</sup> Segundo S.N. Jain "AT TIMES the functionaries of the state may indulge in illegal methods for obtaining evidence in their zeal to bring the culprits to book. The evidence may be reliable, yet it rises the question of admissibility because it is tainted with illegality. The Indian Evidence Act does not give an answer to this question, except that section 27 of the Act provides from a person accused of any offence, in the custody of a police officer, so much information as relates distinctly to the fact thereby discovered may be proved. It is obvious that section 27 will apply even though the information may have been obtained by the police through means not fair. Apart from this statutory countenance of unfair means in obtaining evidence, should as a matter of policy illegally obtained evidence be allowed to be admitted in evidence? There are several methods by which evidence may be illegally obtained, e. g. by eavesdropping, illegal search, violating the body of a person and other methods which shock the human conscience. The general approach of the judiciary has not to exclude the illegally obtained evidence on the ground that the method of collection adopted by the authorities does not affect its reliability and hence it is admissible on account of its relevance at the trial, with a few exceptions (...)"

<sup>779</sup> Acórdão R. v. Schaub-Kuffer, 1969 (2), SA 40 (RA) at 50 (...). Na África do Sul, regra geral, a prova ilícita é admissível, desde que seja relevante, a não ser que haja uma outra regra de prova que exclua essa prova ilícita.

<sup>780</sup> BRONDINO, César Lorenzón, La Prueba Ilícita y su efecto en el Razonamiento de Juzgador, p. 7 "cremos (...) que aunque no exista regulación o norma expresa la tutela de las garantías individuales constitucionalmente reconocidas exige que cualquier dato probatorio que se obtenga en violación de ellas sea considerado ilegal y, por ende, sea excluido como elemento válido para fundar la convicción del juez (...). En suma, pro lo expuesto, se deduce que adherimos a la Teoría Unitaria del Proceso y, por dicha razón, entendemos que las teorías "penales" enunciadas son enteramente aplicables al resto de los "procesos""

Concorda-se com o autor pátrio quanto a estar expressamente referido na Constituição da República de Moçambique no âmbito dos princípios do processo criminal a nulidade das provas obtidas de forma ilícita.

Mas não obstante a concordância, a posição que se defende quanto à legislação processual civil moçambicana é da admissibilidade da prova ilícita no processo civil. A posição que se defende nesta Tese é inequívoca. Está claro que o sistema jurídico moçambicano admite a prova ilícita no processo civil na senda do entendimento que se retira do artigo 519º do Código de Processo Civil, cuja epígrafe é – “Dever de cooperação para a descoberta da verdade”<sup>781</sup>.

Defende-se neste trabalho a admissibilidade da prova ilícita no processo civil moçambicano, contrariamente ao que acontece no processo penal por várias razões a explicar adiante, mas uma delas, acompanhando o entendimento de Carlos Castelo Branco:

...A resposta a estas questões extravasa manifestamente o âmbito desta análise. Todavia, um aspecto é de salientar: A diferença não assenta tanto em diferenças assinaláveis de regime, mas a mesma tem por base razões históricas e outras relacionadas com o maior pendor interventivo do Estado e à conseqüente maior compreensão dos direitos individuais no processo penal, face ao processo civil, onde pleiteiam particulares e onde as exigências ao nível da prova são de outra índole<sup>782</sup>.

Efectivamente, não há como não admitir em certos casos, ou em certas circunstância, dependendo do caso em concreto, provas ilícitas no processo civil. Está claro, límpido, transparente como água cristalina que a diferença entre o processo penal e o processo civil não assenta tanto em diferenças assinaláveis de regime, mas tem por base razões históricas e outras razões relacionadas com o maior pendor interventivo do Estado e à conseqüente maior compreensão dos direitos individuais no processo penal, face ao que acontece no processo civil, onde pleiteiam particulares e onde as exigências ao nível da prova são de outra índole, como entendido pelo autor português acima citado.

<sup>781</sup> Cfr. Artigo 519º do CPC "1. Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspecções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os actos que forem determinados. 2. Aqueles que recusem a colaboração devida, serão condenados em multa, sem prejuízo dos meios coercivos que forem possíveis; se o recusante for parte, o tribunal apreciará livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ónus da prova nos termos do nº 2 do artigo 344º do Código Civil. 3. A recusa é, porém, legítima, se a obediência importar violação do sigilo profissional ou causar grave dano à honra e consideração da própria pessoa, violação ou intromissão na sua vida privada ou familiar. 4. Fica salvo o disposto quanto à exibição judicial, por inteiro, dos livros de escrituração comercial e dos documentos a ela relativos. 5. Deduzida escusa com fundamento na quebra de sigilo profissional, é aplicável o disposto no processo penal acerca da verificação da legitimidade da escusa e da dispensa do dever de sigilo invocado".

<sup>782</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova Ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 210.

No processo penal o Estado é mais interventivo, ao passo que no processo civil o Estado é menos interventivo, por isso não se admitem provas ilícitas no processo penal e admitem-se provas ilícitas no processo civil.

Se faltassem argumentos em favor da Tese que se defende, mas na verdade não faltam argumentos, como posteriormente se demonstrará, esse único argumento de menor intervenção do Estado no processo civil e maior intervenção do Estado no processo penal seria um argumento de peso que derrubaria o entendimento contrário (o de não admissibilidade da prova ilícita no processo civil).

Não se pode à partida dizer que não são admissíveis provas ilícitas no processo civil com o suposto fundamento de que tanto o Código de Processo Penal pátrio, como principalmente a Constituição da República de Moçambique proíbem tais meios de prova.

Pode-se dizer que no ordenamento jurídico moçambicano, segundo o entendimento que se defende nesta Tese, há admissibilidade da prova ilícita no processo civil em certas condições ou circunstâncias.

Trata-se de um sistema misto de admissibilidade da prova ilícita no processo civil pátrio, a semelhança do que acontece por exemplo na Austrália, Escócia<sup>783</sup>, Alemanha, Itália.

A questão de admissibilidade da prova ilícita no processo civil, na essência, deve ser configurada como havendo conflito de interesses que somente devem ser resolvido caso a caso, onde devem ser apreciadas todas as circunstâncias concretas daquele caso, segundo os valores jurídicos em causa.

Defende-se nesta Tese que em certas circunstâncias é admissível a prova ilícita no processo civil moçambicano pois como entende José João Abrantes “A obtenção de um meio de prova através da violação de direitos fundamentais impedirá a sua relevância; se a

<sup>783</sup> Cfr. José João Abrantes ("*Prova Ilícita*, p. 25"), citando, com propriedade, o caso *Lawrite v. Muir*, proferido pelo Supremo Tribunal Escocês em 1950, com o seguinte teor: "Parece - nos que o objectivo a atingir deve ser o de conciliar dois importantíssimos interesses em conflito: a) o interesse do cidadão em ser protegido contra invasões ilegais à sua liberdade (...); b) o interesse do Estado em assegurar que a prova de um crime não seja recusada em juízo com base em razões meramente formais. Nenhum destes interesses deve ser levado ao seu extremo. A protecção do cidadão é, em primeira linha, a protecção do cidadão inocente (...): não pretende ser a protecção do culpado contra os esforços da justiça. Por seu turno, o interesse do Estado não pode levar a fazer desaparecer todas as garantias dos cidadãos e a permitir às autoridades o recurso a métodos ilegais de obtenção de provas. In BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova Ilícita - Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 137.

prova for obtida por meios ilícitos, mas de forma a não afectar esses direitos superiores, é admissível”<sup>784</sup>.

A posição expressa que se toma nesta Tese tem como base de sustentação, primordialmente, quatro fundamentos princípios do Direito probatório, nomeadamente: o princípio da boa-fé; a distinção entre a violação de direitos fundamentais e a violação de outros direitos; a distinção entre o momento da obtenção, da produção e da valoração da prova e principalmente; o princípio de proporcionalidade.

Quanto ao princípio da boa-fé já muito foi desenvolvido, mas para este ponto, nada melhor que citar a Tese de Baumgärtel:

Como a ilicitude material não implica, sem mais, a inadmissibilidade processual, torna-se necessário concretizar tal princípio num ângulo processual, concretização essa que se torna possível através da consideração da função do processo civil. Basicamente, aquilo que importa averiguar é se a admissibilidade do meio de prova ilicitamente obtido contraria o direito material, averiguação essa que pressupõe atender ao âmbito de protecção da norma violada através do acto de ilícita obtenção da prova. Se a resposta for afirmativa (isto é, se através da consideração do âmbito de protecção da norma violada, se concluir no sentido da proibição de valoração do meio de prova), haverá que proceder a uma ponderação dos interesses das partes, opostos entre si (ponderação essa que se deverá orientar pelo princípio da proporcionalidade), por forma a verificar se, apesar de tudo, a valoração é de aceitar. Caso não seja (porque, por exemplo, a lesão ocasionada aquando da obtenção da prova foi grave, e o litígio diz respeito a um bem de valor pouco significativo), o requerimento de prova é inadmissível, já que contraria o princípio da boa-fé, e valoração do meio de prova é proibida<sup>785</sup>.

Relativamente à distinção entre a violação de direitos fundamentais e a violação de outros direitos: o ponto é que em tese geral, os direitos constitucionalmente consagrados quando violados no âmbito da obtenção ou valoração da prova seriam as mesmas provas inadmissíveis; os restantes direitos sem tutela constitucional quando violados, no âmbito da obtenção ou valoração da prova, seriam as mesmas provas admissíveis.

Quanto à distinção entre o momento da obtenção, da produção e da valoração da prova, importa referir que o momento decisivo para a aferição da admissibilidade da prova será o da sua produção. Assim sendo, se a ilicitude se dá no momento da obtenção da prova não se pode extrair daí a sua inadmissibilidade. Pelo contrário, se a ilicitude se tiver

<sup>784</sup> Cfr. Hasbcheid, apud, José João Abrantes, Prova ilícita, p. 16, *In BRANCO*, Carlos Castelo, *A Prova Ilícita - Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 137.

<sup>785</sup> Tese de Baumgärtel, apud, Isabel Alexandre, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, p. 220, *in BRANCO*, Carlos Castelo, *A Prova Ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 210.

verificado no momento da produção, significa a prática de um acto não admitido por lei, pelo juiz ou pelas partes, ou seja, um acto nulo.

Conforme Isabel Alexandre:

Se, na sequência da violação da proibição de produção de prova se verificar que o interesse protegido por esta já foi lesado de modo definitivo, não haverá razão para admitir a existência de uma proibição de valoração, excepto quando considerações adicionais militem contra o aproveitamento do resultado obtido; o mesmo já não se passa, porém, quando a valoração da prova significar a consumação ou o aprofundamento daquela lesão (como sucederá aquando da audição de gravações secretas em juízo): neste caso, à violação da proibição de produção segue-se sempre uma proibição de valoração<sup>786</sup>.

Quanto ao princípio da proporcionalidade<sup>787</sup> que foi construído a partir da jurisprudência alemã. Partia-se de posicionamento favorável a admissibilidade de provas ilícitas no processo. Em princípio, "os destinatários das proibições de prova vigentes seriam os órgãos públicos, e não os particulares, apenas assistia legitimidade para arguir a inadmissibilidade da prova ilícita ao sujeito passivo"<sup>788</sup> (e, não, à parte prejudicada processualmente pela utilização desse meio de prova), e continua "não se concebia um princípio equivalente ao da *"fruits of the poisonous tree"* do Supremo Tribunal norte-americano (dividindo-se a jurisprudência alemã sobre o tratamento a dar às provas indiciariamente derivadas de provas ilícitas) "<sup>789</sup>.

Com o andar do tempo, foi-se afirmando uma nova orientação que passou a distinguir entre as proibições de prova de raiz constitucional, que se destina a preservar a esfera dos direitos fundamentais<sup>790</sup> onde há ofensa a valores superiores do ordenamento jurídico determina a inconstitucionalidade da prova, levando à inadmissibilidade de qualquer prova directa, e as proibições de prova de raiz infra-constitucional<sup>791</sup>.

<sup>786</sup> Cfr. Isabel Alexandre, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, p. 229, p. 229, in BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova Ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 139.

<sup>787</sup> Em alemão, "*Verhältnismassgketsprinzip*".

<sup>788</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova Ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 139.

<sup>789</sup> BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova Ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 139.

<sup>790</sup> Em alemão - *Beweisverflogungsverbote*.

<sup>791</sup> Em alemão - *Beweisverfahrensverbote*.

## CONCLUSÕES

O ser humano sempre foi regido por regras, daí a existência do Direito. O Direito demanda justiça e o ser humano foi tomando consciência no sentido de procurar Justiça.

Nessa procura de Justiça, há que percorrer um caminho. Esse caminho é feito através de processo que é um conjunto de actos que conduzem a um determinado resultado. Por outras palavras, em sentido técnico-jurídico processo é sequência de actos destinados a resolver litígios de forma justa por um órgão imparcial, que é o tribunal.

Na procura de resolução de litígios de forma justa o elemento prova assume importância primordial, senão decisiva.

É através da prova que produz a convicção do tribunal e da sociedade onde estão inseridas as partes litigantes, esta sociedade que faz o escrutínio das decisões judiciais, concluindo por apelidá-las de justas ou injustas.

A prova é a coluna vertebral do processo civil. Julgar é um acertamento de factos, é julgar as situações de facto e os acontecimentos da vida.

A verdade do processo deve ser a regra no sentido de que no processo civil a verdade deve ser demonstrada através da verdade material, aquilo que verdadeiramente aconteceu, não se devendo omitir a verdade ou mentir.

A utilização da prova obtida por meios ilícitos no processo civil se justifica quando na análise e ajuizamento do caso concreto se conclui que torna indispensável proteger valores constitucionais de idêntica ou superior relevância.

Na busca de justiça é preciso indagar o objectivo a ser realizado por determinado direito fundamental previsto na Constituição, naquele caso concreto, onde às vezes a solução justa advém de afastar um direito fundamental para prevalecer outro direito fundamental também garantido constitucionalmente. O que justifica a admissibilidade de uso da prova ilícita no processo civil, o que tem como justificação a utilização do princípio de proporcionalidade.

Muitas vezes, a utilização da prova ilícita no processo civil torna-se necessária porque somente através dessa prova é possível alcançar a verdade material.

Não é válido o raciocínio de que os meios da prova vedados no processo penal, também deve valer no processo civil porque as características e os princípios de processo civil são diferentes. Tal leva a concluir pela admissibilidade da prova ilícita no processo civil.

Um princípio que vedasse a admissão de provas obtidas por meios ilícitos seria em si uma violação ou limitação do direito constitucional à prova.

É admissível a prova ilícita no processo civil quando o bem jurídico que se pretende proteger é mais relevante do que o bem jurídico que se admite sacrificar, dado o princípio de proporcionalidade.

Mesmo admitindo a existência do princípio da vedação da prova obtida por meios ilícitos, este princípio não seria absoluto, como não o é nenhum princípio constitucional.

Existe duas teses principais e uma intermédia, ou se quisermos existem três teses sobre a admissibilidade ou não da prova ilícita no processo civil, nomeadamente: se falarmos de duas teses, a tese de livre admissibilidade da prova ilícita (tese liberal) e a tese contrária, a tese de inadmissibilidade da prova ilícita no processo civil (tese restritiva) e a tese mista.

Este trabalho investigativo inclina-se pela tese mista, mas mais do que isso, defende a admissibilidade da prova ilícita no processo civil em certas circunstâncias.

Se se falar de três teses, a terceira seria a tese intermédia ou mesclada, a tese mitigada, a tese de admissibilidade condicionada ou limitada da prova ilícita no processo civil que é a tese de nova corrente.

Em Moçambique, a proibição da prova ilícita não é uma regra, é um princípio com dignidade constitucional, existem outros princípios, igualmente com dignidade constitucional.

O princípio da proibição da prova ilícita não é absoluto, é relativo, não seguindo a rigidez das regras.

Quanto à inversão de ónus da prova, são duas as razões justificativas da inversão de ónus da prova: *a)* razões de natureza particular; *b)* razões de natureza pública.

Relativamente a razões de natureza privada que impulsionaram a inversão de ónus da prova, está a razão de ordem prática que se prende com a natural dificuldade ou impossibilidade para uma das partes a que deveria caber o ónus da prova de acordo com a regra referida no artigo 342º do CC, dever efectuar a prova do facto que alega, sendo fácil tal prova ser efectuada pela parte contrária. Tal tem relação com a admissibilidade da prova ilícita no processo civil pátrio.

Outra razão de natureza privada está ligada a existência de um determinado estado psicológico da contraparte, sendo mais fácil ao réu provar um facto negativo, do dano ter-se produzido sem culpa sua do que o autor provar o estado psicológico com que o réu actuou, são os exemplos dos artigos 799º do CC, no âmbito de responsabilidade contratual e artigos 491º, 492º e 493º, todos do CC, no âmbito de responsabilidade extracontratual.

Quanto a razões ou motivos de ordem pública, relacionando-os com os acima analisados, conduz indirectamente a uma diminuição dos custos económicos e temporais do processo e contribui para celeridade processual, melhor justiça, mais provável alcance da verdade.

Relativamente à admissibilidade da prova ilícita que claramente se defende nesta Tese, há a referir que a essência dos direitos fundamentais é esboçada conforme o caso concreto.

Quando os direitos fundamentais entram em conflito o objectivo a realizar-se por certo direito fundamental, conforme o caso concreto exposto, capaz de afastar outro direito também garantido constitucionalmente, a solução deve ser encontrada pela ponderação, então aí justifica-se a utilização da prova ilícita por causa do princípio da proporcionalidade.

A utilização da prova ilícita se torna necessária quando somente através desta prova, se busca a verdade real, ponderando-se os interesses dos direitos ou bens jurídicos do caso concreto.

No campo da admissibilidade da prova ilícita no processo civil há-de se compreender a prova como meio de persecução da verdade a ser obtida em cada processo. Por exemplo, no direito de família, como se nota na jurisprudência relativa à admissibilidade da prova ilícita no Brasil, como acima apontado, tal é admitido quando o bem jurídico a ser protegido é mais relevante do que o bem jurídico que se admite sacrificar, levando-se em

consideração o princípio mãe, de todos princípios do direito probatório, o princípio de proporcionalidade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS E RECOMENDAÇÕES**

Feitas as conclusões da Tese defendida, avançam-se as seguintes recomendações:

A prova é muito importante para o processo civil e tem como objectivo a demonstração da realidade dos factos alegados pelas partes.

A prova tem um papel fundamental na descoberta da verdade material, sendo um direito fundamental, deve ser a verdade material relevante pois a própria Constituição da República de Moçambique é que refere o direito à acção que toda pessoa jurídica tem.

Segundo o princípio de cooperação para descoberta da verdade material, previsto no artigo 519º do Código de Processo Civil de Moçambique, todas as pessoas, as partes litigantes, o tribunal são obrigadas a cooperar para a descoberta da verdade material, pelo que se considera e se recomenda que a lei processual civil admite provas ilícitas.

Está claro que do artigo 519º do Código de Processo Civil de Moçambique não se retira que nenhum princípio de proibição da prova ilícita no processo civil pátrio, muito pelo contrário, pelo que se recomenda ao julgador a bem da verdade material e da justiça, admita a prova ilícita.

Considera-se que não obstante os que defendem que não existe consagração expressa no Código de Processo Civil pátrio, a proibição de admissibilidade da prova ilícita no processo civil, mas pelo contrário, através da interpretação doutrinal e jurisprudencial, tanto estrangeira como nacional, o referido artigo 519º do Código de Processo Civil, retira-se a admissibilidade da prova ilícita no processo civil de Moçambique, primordialmente quando seja a única via possível e razoável para proteger outros valores ou direitos fundamentais constitucionalmente consagradas.

No processo civil, a justiça alcança-se com a descoberta da verdade material. Não obstante haver verdade processual em contraposição com a verdade material, deve ser considerada relevante esta última, a verdade material.

## BIBLIOGRAFIA

### 1. Legislação

BASTOS, J. Rodrigues, *Código Civil* -, Edições Almedina, Coimbra, 2009.

LEITÃO, Hélder Martins; NETO, Manuela, *Código de Processo Civil*, Ecla Editora, Porto, 1991.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE – *Constituição da República de Moçambique de 2004*.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Constituição da República de Moçambique, Lei n.º 1/2018*, I Série, 22 de Dezembro de 2018

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Código Civil, Decreto-Lei n.º 47.344*, de 25 de Novembro de 1966

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Código Civil de Moçambique, actualizado pelo Decreto-Lei n.º 3/2006*, de 23 de Agosto.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE - *Código Civil*, Novembro 2009.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE - *Código de Processo Civil*.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE - *Código de Processo Penal*, Dezembro de 2019.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Código de Processo Civil de Moçambique e legislação complementar*, 2ª Edição Revista actualizada.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Lei da Organização Judiciária, Lei n.º 24/2007*, de 20 de Agosto.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Lei da Organização Judiciária, Lei n.º 24/2014*, de 23 de Setembro, Lei da Revisão pontual da Lei 24/2007, de 20 de Agosto, Lei da Organização Judiciária.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE, *Lei da Organização Judiciária, Lei n.º 11/2018*, de 3 de Outubro, que altera a Lei n.º 24/2007, de 20 de Agosto e o artigo 112 A, da Lei n.º 24/2014, de 23 de Setembro, Lei da Organização Judiciária.

### 2. Doutrina

ABRANTES, José João, *Prova ilícitain* Revista jurídica n.º7, Julho – Setembro, 1986, AAFDL.

ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *Direito Processual*.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de, *Direito Processual Civil*, 15ª Edição, Edições Almedina, Coimbra, 2019.

ANDRADE, Manuel de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II.

\_\_\_ Manuel A. Domingues de, *Noções elementos de processo civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1979.

ASCENSÃO, José de Oliveira, *O direito – Introdução e Teoria Geral – Uma Perspectiva Luso-Brasileira*, 7ª Edição Revista, Livraria Almedina, Coimbra, 1993.

ATIENZA, Manuel, *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona, 1985.

AULETE, F.J.Caldas, *Dicionário da Língua Portuguesa*, 2ª ed, actualizada, 2º volume, Lisboa, 1925.

ÁVILA, Humberto Bergmann, *Teoria dos princípios*, São Paulo: Malheiros, 2003

BARNABÉ, Augusto Ngongo, *Direito Probatório, Dissertação de Mestrado Científico em Ciências Jurídico – Civilísticas, Menção Direito Processual Civil* – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, p. 106. <https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/35121>, Consulta na Internet, no dia 6 de Março de 2024, pelas 21 horas e 18 minutos.

BASTOS, Jacinto Rodrigues, *Notas ao Código de Processo Civil*, 1º, 2ª edição, Lisboa, 1970.

BORGES, Marta Alexandra Frias, *Algumas Reflexões em Matéria de Litigância de Má-fé*.

BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou lealdade?* Edições Almedina, Coimbra, 2019.

BRANDÃO, Diogo de Matos, *A Prova digital no processo civil: Repensar o sistema*, Editora Nova Causa – Edições jurídicas, Braga, 2020.

BUCHILI, Beatriz da Conceição Mateus, *O pluralismo Jurídico e a Realidade Sociocultural de Moçambique*, Porto Alegre, 2006.

CAMPOS, Sara Raquel Rodrigues, *(In) admissibilidade de provas ilícitas*.

CANOTILHO, Gomes, JJ, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, Edições Almedina. SA, Coimbra 1998.

\_\_\_ José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Vol. I, 4ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

CARRIÓ, Genaro, *Notas sobre Derecho y language*, 2ª edição. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1979.

CAPPELLETTI, Mauro, *Appunti in tema di contraddittorio. In: Studi in memoria di Salvatore Satta*, v. 1. Padova: Cedam, 1982.

CARLOS, Alchourrón; BULGIN, Eugénio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídica y sociales*, Astrela – Buenos Aires, 1974.

CARNELUTTI, *Sistemas di Diritto Processuale Civile*, I, 674, trad. Esp. II

CARVALHO, Hamilton Sarto Serra de, *Tratado de Direito Constitucional - A Justiça Constitucional no Direito Constitucional Interno – Da Justiça Constitucional à Jurisdição dos Tribunais Constitucionais*, Volume I -, Escolar Editora. Maputo, 2021

CASANOVA, Salazar, *Provas ilícitas em Processo Civil. Sobre a admissibilidade e valoração de meios de prova obtidos pelos particulares*.

CHIAVARIO, Mario. *Processo e garanzie della persona*, v. 2. Milano: Giuffrè, 1982.

CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, vol. III

\_\_\_ Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, traduzido por Gomez Orbaneja, Vol. III, Editorial Revista de Derecho Privado. 1940.

CORDEIRO, António Menezes, *Da colisão de direitos*, *In O direito*, Lisboa, 2005, A. 137.

COELHO, Baltazar, *Revista dos Tribunais*, Ano 92º.

COLDSCHMDT, J. *Der Prozess als Rechtslage*, Springer, Berlin.

CORREIA, Gilberto, *Da Responsabilidade Civil por Danos não Patrimoniais no Ordenamento Jurídico Moçambicano*, Editora Qualitymark, Ltda, Brasil, 2020.

CORREIA, Téssia Matias, *A prova no Processo Civil – Reflexões sobre o problema da (in) admissibilidade da prova ilícita*, Coimbra, 2015

- DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil*, tomo 1, São Paulo, Malheiros.
- ECO, Umberto, *Como se faz uma Tese em Ciências Humanas*, Coleção: Universidade Hoje n.º 4, 13ª Edição, Editora Presença.
- EGÍDIO, Baltazar Domingos, *Direito do Trabalho (Situações Individuais de Trabalho)*, Volume I.
- Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura, n.º 12, Editora Verbo.
- FAIFE, Alfredo, *A Prova ilícita no Processo Civil Moçambicano*, Editora Nova Causa, Edições Jurídicas, Braga, 2022.
- FARIA, Rita Lynce de, *A Inversão do Ónus da Prova – No Direito Civil Português*, 2ª Edição, Universidade Católica Editora, 2021.
- FINCATO, Denise Pires; GILLET, Sérgio Augusto, *A Pesquisa Jurídica sem Mistérios – Do Projecto de Pesquisa à Banca*, 3ª Edição, Revista e Atualizada.
- FOSTER, João Paulo K, *A (Re) valorização de prova em segunda instância: Uma visão a partir do Direito Fundamental à Prova. In Justiça, Cidadania e Direitos Humanos- Homenagem ao Ministro Humberto Martins*, 1ª Edição Editora, Paixão Editores, Lda. 2020. Consulta a Internet no dia 25 de Fevereiro de 2024.
- FRANÇA, Rubens Limongi, *A jurisprudência como forma de expressão do direito*. Revista de Direito Civil, V.
- FRANÇA, Rubens Limongi, *Da Jurisprudência como Direito Positivo*.
- FREITAS, José Lebre de, *Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais à luz do novo Código Revisto*, 4ª Edição, Gestlegal, Coimbra, 2017.
- FREITAS, José Lebre de, *Introdução ao Processo Civil – Conceito e princípios gerais*, 2ª edição, Coimbra Editora.
- \_\_\_\_ José Lebre de, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 2º, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2008.
- GOUVEIA, Lúcio Grassi, *O princípio da proporcionalidade e a questão da proibição da produção e valoração da prova ilícita no processo civil*. Revista Dialética de Direito Processual, Vol. 7, São Paulo: Dialética, 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, *Liberdades públicas e processo penal*, 2ª Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982.
- GUASTINI, Riccardo. *Se i giudici creino diritto. In: VIGNUDELLI, A (org.). Istituzioni e dinamiche del diritto: I confini mobili della separazione dei poteri*. Milano: Giuffrè, 2009.
- HABSCHEID Walther, *Beweisverbot bei illegal, insbesondere unter Verletzung des Persönlichkeitrechts, beschafften Beweismitteln*, in revue Suisse de jurisprudence, 89, 1993.
- HARO, Fernando Ampudia de, et al, *Investigação em Ciências Sociais – Guia Prático do Estudante*, Editora PACTOR – Edições de Ciências Sociais, Forenses e da Educação, Lisboa, 2016.
- IRTI, Natalino, *L'età della decodificazione*, Milano: Giuffrè, 1979.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro, *Curso de Direito Processual Civil, Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento Comum*, Vol. 1, Editora Forense, 6ª Edição, Reimpressão, Rio de Janeiro, 2019
- \_\_\_\_ Humberto Theodoro, *Prova – Princípio da verdade – poderes do juiz-ónus da prova e sua eventual inversão-provas ilícitas-prova e coisa julgada nas acções relativas à paternidade (dna)*. p. 3. Consultado na Internet, in <https://www.direitodefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/07/prova.pdf>, no dia 12 de Abril de 2024.
- \_\_\_\_ Natalino, *Codice Civile e Società Politica*, 7. ed. Roma: Laterza, 2005.
- LATORRE, Ángel, *Introdução ao Direito*, Escolar Editora, Lisboa, 2013.

- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de Metodologia Científica*, 3ª Edição ampliada, São Paulo; Atlas 2007.
- \_\_\_\_\_, Eva Maria, *Técnicas de Pesquisa*, 7ª Edição Editora Atlas SA, São Paulo, 2012.
- LAVER, Nicola, *Illegally or improperly obtained evidence*.
- LEITÃO, Hélder Martins, *A Prova no Código de Processo Civil*.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações*, 8ª Edição, Edições Almedina. SA, Coimbra, 2011.
- LEITÃO, Menezes, *Direito das Obrigações*.
- LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manuale di diritto processuale civile, II*.
- LONGHINOTI, Cristian Bazanella; SOZA, Juliana Rodrigues de, *A jurisprudência como fonte no direito civil português*, 2007.
- MACHADO, João Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 20ª Reimpressão, Edições Almedina, Coimbra, 2012.
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria, *Fundamentos de Metodologia Científica*, 7ª Edição Editora Atlas SA, São Paulo, 2010.
- \_\_\_\_\_, Marina de Andrade, LAKATOS, Eva Maria, *Técnicas de Pesquisa: Planejamento e execução de pesquisas, amostragem e técnicas de pesquisa e elaboração, análise e interpretação de dados*, 7ª Edição, Editora Atlas, S.A. São Paulo, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme, *O Precedente na Dimensão da Igualdade*.
- MARTINETTO, Giuseppe, *Contraddittorio (principio del)*.In: *Novissimo digesto italiano*, v.4.
- MCKAY, Hugh; SHAW, Nicola, *Whatever Means Necessary*.
- MENDES, João Castro, *Introdução ao Estudo de Direito*, 3ª Edição, Lisboa, 2010.
- MENDES, João de Castro; SOUSA, Miguel Teixeira de, *Manual de Processo Civil*, Volume I, Editora, AAFDL, Lisboa, 2022.
- MENDES, João de Castro; SOUSA, Miguel Teixeira de, *Manual de Processo Civil*, Volume I, AAFDL Editora, 2022.
- MENDES, João de Castro, *Direito Processual Civil*, II, Editora AAFDL, Lisboa, 1987.
- MOREIRA, Barbosa, *in Os poderes do Juiz, in O Processo Civil Contemporâneo, vários autores*, Curitiba, Juruá, 1994.
- MOREIRA, Rui, *Os princípios estruturantes do processo civil português e o projeto de uma nova Reforma do Processo Civil. In O Novo Processo Civil: contributos da doutrina, para a compreensão do novo Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, 3ª Edição. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários (CEJ), 2013.
- MONCADA, Luís Cabral de, *Filosofia do Direito e do Estado- I Parte Histórica, II Doutrina e Crítica*, Coimbra Editora, 1995.
- MOREIRA, Vital, *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, 1ª Edição, Lisboa: Caminho, 1973.
- NIESE, W., *Narkoanalyse als doppeifunktionelle Prozesshanlung*, ZStW, 1951.
- NUVOLONE, Pietro, *Le Prove nel processo penale nei paesi di diritto latino, in Rivista di diritto processuale*, Padova, Vol. XXI, II Série, 1966.
- OLIVEIRA; Fernando, *Glossário de Latim para juristas*, 11ª Edição, Escolar Editora, Lobito-Angola, 2014.
- OLIVEIRA, Fernando, *Glossário de Latim para Juristas*, 11ª Edição, Escolar Editora, Angola, 2014.
- OLIVEIRA, Sara Ferreira de, *Admissibilidade da prova ilícita em processo civil*, FDUL, Lisboa, 2014.
- OLIVEIRA, Alynne de Lima Gama Fernandes, *A busca pela verdade possível e a admissibilidade das provas ilícitas no processo civil*.
- PATARIN, Jean, *Le particularisme de la théorie des preuve en droit en droit penal, Quelques Aspects de l' Autonomie du Droit*, Paris, 1956.

- PICÓ, Joan y Junoy, *El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil*, 1ª ed.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª Edição (2ª Reimpressão), Coimbra Editora, 2012.
- PINTO, Rui, *Colectânea de Estudos de Direito Processual Civil*
- QUIROCA, Lopez Barja de, *Las Escuchas Telefónicas*.
- RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O Ónus da Prova no Processo Civil*, 3ª Edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006.
- REALE, Miguel, *Lições Preliminares de Direito*, 10ª edição revista, Livraria Almedina, Coimbra, 1982.
- \_\_\_\_Miguel, *Lições Preliminares de Direito*, São Paulo, 2001.
- REGLA, Josep Agiló, *Teoria geral das Fontes do Direito – Verba Legis*, Escolar Editora, Lisboa, 2014.
- REIS, José Alberto dos, *Código de Processo Civil, Anotado III*
- RICCI, G. F. *Le prove illecite*.
- RODRIGUES, Fernando Pereira, *Os Meios de Prova em Processo Civil*, 3ª Edição, Revista e Atualizada, Editora Almedina, Coimbra, 2020.
- ROQUE, Ana. *Manual de Noções Fundamentais de Direito*, 2ª edição.
- ROSA, Roberto, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo.
- ROCHA, Maria Luiza do Vale, *A prova ilícita no processo civil português*, Coimbra, 2014.
- RODATÁ, Stefano, *O direito à verdade, in civilistica. Co, a. 2. N. 3. 2013*.
- RUIZ MANERO, Juan, *Juridición y normas*, CEC, Madrid, 1990'.
- SAMPAIO, J. M. Gonçalves, *A Prova por documentos particulares na Doutrina, na Lei e na Jurisprudência*, 3ª Actualizada e ampliada, Editora Almedina, Coimbra.
- SANTOS, Paula Magalhães dos, *Da Problemática da Prova Ilícita no Processo Civil*, FDUC, Coimbra, 2011.
- SANTOS, Eduardo dos, *Direitos Reais de ontem e de hoje*. Volume I – *Direito Romano-Sua Introdução em Portugal e seus Direitos Reais*.
- SARLET, Ingo Wolfgang *et al*, *Curso de direito Constitucional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SERRA, Carlos Manuel, Estado, *Pluralismo e Recursos Naturais*, Escolar Editora, Lisboa-Maputo.
- SERRA, Vaz, *Provas (direito probatório material)*.
- SILVA, César Dario Mariano da, *Provas ilícitas: Princípio da proporcionalidade, Interceptação e Gravação Telefónica, Busca e Apreensão, Sigilo e Segredo, Confissão, Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) e Sigilo*, 6ª edição, Editora Atlas. S.A, 2010.
- SOARES, Fernando Luso, *Direito Processual Civil, Parte geral e processo declarativo*, Coimbra, Editora Almedina.
- SOUSA, Miguel Teixeira de, *A prova ilícita em processo civil: em busca das linhas orientadoras, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Número 2*, Lisbon Law Editions, Lisboa, 2021.
- \_\_\_\_Miguel Teixeira de, *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*, Lisboa, Lex, 1995.
- SOUSA, Marcelo; GALVÃO, Sofia, *Introdução ao Estudo do Direito*, 5ª Edição, Lex Editora, Lisboa, 2000.
- SOUSA, Miguel Teixeira de, *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*, Lisboa, Lex, 1995.
- SOUZA, Rogério Soares, *A jurisprudência como fonte de Direito*.
- SOUSA, Luís Filipe Pires de, *Prova Testemunhal – Noções Psicologia do Testemunho*, 2ª Edição.

SOUSA, Luís Pires de, *Prova por Presunção no Direito Civil (e-book)*, 1ª edição, Almedina, Coimbra, 2007.

SCARANCE, António Fernandes, *Processo Penal Constitucional*.

STEINMETZ, W. A. *Colisão de direitos fundamentais e princípio de proporcionalidade*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2001.

TARUFFO, Michelle, *La Prova nel processo civil*, Giuffrè, Milão, 2012.

TELLES, Inocêncio Galvão, *Introdução ao Estudo do Direito*, Volume I, 11ª Edição, Reimpressão, Coimbra Editora.

TIMBANA, Tomás, *Lições de Direito Civil I*, 1ª Edição, Escolar Editora, Maputo, 2010.

\_\_\_ Tomás, *Lições de Processo Civil I*, 2ª Edição Revista e Atualizada, Editora Escolar, Maputo, 2020.

TROCKER, Nicolò, *Processo civile e Costituzione*, Milano: Giuffrè, 1974.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes, *Escutas Telefónicas*, 2ª Edição, Editora Almedina

VARELA, João de Matos Antunes; BEZERRA, J. Miguel *et al*, *Manual de Processo Civil*, Coimbra, 1985.

\_\_\_ João de Matos Antunes, *Das obrigações em Geral*, 7ª Edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1999.

\_\_\_ João de Matos Antunes, *Manual de Processo Civil*, Coimbra, 1984.

\_\_\_ João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª edição, Almedina Editora, Lisboa.

\_\_\_ João de Matos Antunes, *Das obrigações em Geral*, Vol. I, 9ª edição, Almedina Editora, Lisboa.

\_\_\_ João de Matos Antunes, *RLJ, Ano 126º*.

\_\_\_ João de Matos, Antunes; BEZERRA, J. Miguel *et al*, *Manual de Processo Civil*, 2ª edição (Reimpressão), Coimbra Editora, 2004.

VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria Geral do Direito Civil*, 5ª Edição, Edições Almedina S.A., Coimbra, 2008.

XAVIER, Rita Lobo, *et al*, *Elementos de Direito Processual Civil – Teoria Geral, Princípios, Pressupostos*, 2ª edição, Editora Universidade Católica, Porto, 2018.

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz, *Máxima da Proporcionalidade Aplicada a Quebra do Sigilo Bancário pelo Fisco e o Direito Fundamental à Vida Privada*, Florianópolis: Momento Atual, 2004.

### 3. Dicionários

ALONSO, Carlos Miguel Y, *Los principios de la carga de la prueba en el proceso civil*.

NAUFÉL, José, *Novo Dicionário jurídico Brasileiro*, vol. III, Rio.

NUNES, Pedro, *Dicionário de Tecnologia Jurídica*, Vol II, 3ª ed, 1956.

PRATA, Ana, *Dicionário Jurídico*, Volume. I, 5ª edição, Editora Almedina, Coimbra, 2006.

SILVEIRA, Cesar, *Dicionário de Direito Romano*, 1.º vol., S. Paulo, 1957.

SILVA, António de Meireles, *Dicionário da língua Portuguesa*, 4ª ed, Tomo II, 1831.

### 4. Jurisprudência

REPÚBLICA DO BRASIL - Processo de execução de alimentos, onde houve interceptação telefónica do devedor de alimentos: "*Tentada a localização do executado de todas as formas*,

*residindo este em outro Estado e arrastando a execução por quase dois anos, mostra-se cabível a interceptação telefónica do devedor de alimentos. Se por um lado a Carta Magna protege o direito à intimidade, também abarcou o princípio de protecção integral a crianças e adolescentes. Assim, ponderando-se os dois princípios, sobrepõe-se o direito à vida dos alimentados. A própria possibilidade da prisão civil no caso de dívida alimentar evidencia tal assertiva. Tal medida dispões inclusive de cunho pedagógico para que outros devedores de alimentos não mais se utilizem de subterfúgios para safarem-se da obrigação"*

REPÚBLICA DO BRASIL: PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDEMNIZAÇÃO. GRAVAÇÃO DE CONVERSA POR UM DOS INTERLOCUTORES. PROVA LÍCITA. **"1. A gravação telefónica realizada por um dos interlocutores sem o consentimento do outro é lícita e pode ser validamente utilizada como elemento de prova, uma vez que a protecção conferida pela Lei n. 9.296/1996 se restringe às interceptações de comunicações telefónicas. 2. Agravo regimental desprovido (grifos nossos) (STJ, 4ª. T., AgRg nos Edcl no Recurso Especial Nº 815.787, Rel. Min. António Carlos Ferreira, DJ. 14.05.2013) "**

REPÚBLICA DO BRASIL: PROCESSO CIVIL. PROVA. GRAVAÇÃO DE CONVERSA TELEFONICA FEITA PELA AUTORA DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE COM TESTEMUNHA DO PROCESSO. REQUERIMENTO DE JUNTADA DA FITA, APOS A AUDIENCIA DA TESTEMUNHA, QUE FOI DEFERIDO PELO JUIZ. **"TAL NÃO REPRESENTA PROCEDIMENTO EM OFENSA AO DISPOSTO NO ART. 332 DO CPC, POIS AQUI O MEIO DE PRODUÇÃO DA PROVA NÃO É ILEGAL, NEM MORALMENTE ILEGITIMO. ILEGAL É A INTERCEPTAÇÃO, OU A ESCUTA DE CONVERSA TELEFONICA ALHEIA. OBJECTIVO DO PROCESSO, EM TERMOS DE APURAÇÃO DA VERDADE MATERIAL ("A VERDADE DOS FATOS EM QUE SE FUNDA A AÇÃO OU A DEFESA"). RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. VOTOS VENCIDOS (grifos nossos) (STJ, 3ª. T., Respecial 9012, Rel. Min. Claudio Santos, DJ. 24/02/1997) "**

REPÚBLICA DO BRASIL: **"A gravação de conversa telefónica, por um dos interlocutores não é ilícita, porque se distingue da interceptação telefónica" (Bol. AASP 1.743/157, RJTJERGS 139/117, Ajuris 76/644, 76/652, RBDF 21/91) "**

REPÚBLICA PORTUGUESA – PROVÍNCIA DE MOÇAMBIQUE, Acórdão da Relação de Lourenço Marques, Processo nº 14.998 - Acórdão proferido a 10 de Novembro de 1967 - Relator - A. Valadares, e Adjuntos José de Albuquerque Sousa e Abrantes Amaral (que votou a conclusão): **"I-Compete ao autor, que alega a existência de contrato de trabalho, negado pelo réu, fazer a prova do acordo ou mútuo consenso. II-Para que a prestação efectiva de serviços tenha significado declarativo negocial, em ordem à constituição de um contrato de trabalho, é necessário que se dirijam directamente à entidade patronal e traduzem a vontade de lhe prestar sob a sua direcção uma actividade profissional. III- (...). IV- (...). V (...).-VI (...)"**

REPÚBLICA PORTUGUESA – PROVÍNCIA DE MOÇAMBIQUE, Acórdão da Relação de Lourenço Marques, Processo nº 17.311, Acórdão proferido a 30 de Maio de 1972 - Relator - João Semedo, e Adjuntos, José Martins da Fonseca e Manuel Fernandes Mota (que votou vencido, pois daria provimento ao recurso por virtude das razões expendidas pelo apelante) decidiram nos seguintes termos: **"I-O ónus da prova em matéria de embargos não se afasta**

*dos princípios gerais em relação àquele que invoca o direito. II-Ao embargante cumprir provar ou que propôs os embargos dentro dos vinte dias seguintes à penhora ou dentro de vinte dias a seguir ao conhecimento da penhora. III-Por sua vez o embargado tem interesse em provar que aquele prazo, a partir de qualquer dos momentos indicados, já decorreu e em consequência se extinguiu o direito do embargante".*

REPÚBLICA PORTUGUESA – PROVÍNCIA DE MOÇAMBIQUE, Acórdão da Relação de Lourenço Marques, no Processo n.º 17566, de 23 de Junho de 1972 - Relator – José Joaquim Martins da Fonseca, e Adjuntos, Henrique Cordeiro Pires Pardal A. Valadas Preto "***I-O vínculo de filiação só pode provar-se por certidão do registo de nascimento ou por reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade. II-Para se provar a veracidade da declaração da filiação ilegítima é necessária a intervenção nesta do pretense pai, sob pena de nulidade absoluta***".

REPÚBLICA PORTUGUESA – PROVÍNCIA DE MOÇAMBIQUE, Acórdão da Relação de Lourenço Marques, Processo n.º 17374, de 10 de Outubro de 1972 - Relator – José Joaquim Martins da Fonseca, e Adjuntos, Henrique Cordeiro Pires Pardal A. Valadas Preto, "***I-O documento não impugnado tem de considerar-se verdadeiro nos termos do artigo 374.º do Código Civil e os factos compreendidos na declaração consideram-se provados na medida em que forem contrários aos interesses do declarante (artigo 394.º, n.º 1 do Código Civil). II-A culpa é noção de direito que terá de derivar dos factos articulados e quesitados***".

REPÚBLICA PORTUGUESA – PROVÍNCIA DE MOÇAMBIQUE, Acórdãos da Relação de Lourenço Marques, Processo n.º 17489, de 22 de Dezembro de 1972 - Relator – José Joaquim Martins da Fonseca, e Adjuntos, A. Valadas Preto e João Semedo - Volume XXXVII, Ano de 1972 – Imprensa Nacional de Moçambique, 1974, Volume Organizado pelo Desembargador Rui Fernandes – Anotações do Juiz de Direito Avelino Correia da Costa "***I-O direito do mutuante a reaver o montante do mútuo nulo não nasce do princípio do não locupletamento à custa alheia mas da própria nulidade do contrato que obrigava cada um dos contratantes a abrir mão do que houvesse recebido nos termos dos artigos 10.º e 697.º do Código Civil de 1867. II.-Nada obsta em princípio a considerar como provada a existência material dos mútuos indevidamente titulados, embora tais mútuos não sejam válidos. III. A nossa lei consagrou o princípio da prova livre que em certos casos cede perante o da prova legal***".

REPÚBLICA PORTUGUESA – PROVÍNCIA DE MOÇAMBIQUE, Acórdãos da Relação de Lourenço Marques, Volume XXXVII, Ano de 1972 – Imprensa Nacional de Moçambique, 1974, Volume Organizado pelo Desembargador Rui Fernandes – Anotações do Juiz de Direito Avelino Correia da Costa. Processo n.º 17490, de 12 de Dezembro de 1972 - Relator – José Joaquim Martins da Fonseca, Adjuntos, Henrique Cordeiro Pires Pardal e A. Valadas Preto (vencido) "***I. Só o cônjuge não culpado da separação tem direito a alimentos. II. É o requerente dos alimentos que tem o ónus de provar que não teve culpa na separação***".

REPÚBLICA PORTUGUESA, SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Acórdão n.º 744/12, de 17 de 12 de Abril de 2018, "***I - Inscreve-se no âmbito do recurso de revista a apreciação do modo como as instâncias interpretaram e aplicaram a norma de direito probatório material previsto no artigo 344.º, n.º 2 do CC, na medida em que a inversão do ónus da prova é susceptível de influir no conteúdo da decisão do tribunal que aprecia as provas. II- A inversão do ónus da prova, nos termos do artigo 344.º, n.º 2 do CC e artigo 417.º, n.º 2 do CPC apresenta-se como uma sanção civil à violação do princípio de cooperação das partes para a descoberta da verdade material, consagrado no n.º 1 do citado artigo 417.º, quando***

*essa falta de colaboração vai ao ponto de tornar impossível ou particularmente difícil a produção da prova ao sujeito processual onerado com ónus da prova nos termos gerais e seja culposa, no sentido de que a parte recusante podia e devia agir de outro modo. III-A circunstância da recusa da contraparte tornar culposamente a prova impossível ou tornar particularmente difícil a prova, não importa, sem mais, que o facto controvertido se tenha por verdadeiro, mas tão só que passou a caber à parte recusante a prova da falta de realidade desse facto, não estando, por isso, as instâncias dispensadas de valores essarecusa para efeitos da formação da sua convicção com vista a dor, como provado, ou não, o facto em causa. IV-Tendo em conta as consequências decisivas da inversão do ónus da prova para a decisão da causa, impõe-se que a notificação efectuada à parte para proceder à junção de documento seja acompanhada da advertência de que a sua recusa injustificada implica a inversão do ónus da prova, nos termos do artigo 344º nº 2 do CC. V-Tendo a parte recusante sido notificada com esta advertência, inexistente fundamento para dar à mesma a possibilidade de indicar e produzir novos meios de prova com vista a fazer com que, em face da sua recusa ilícita de cooperação com o processo, passaria a ser onerada" Juizes Conselheiros: Rosa Oliveira Tching (Relatora), Rosa Maria Ribeiro Coelho e João Luís Marquess Bernardo, in Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça.*

REPÚBLICA PORTUGUESA, SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de Maio de 2010, Processo n.º 158/06.5TCFUN.LIS1; Relator Fonseca Ramos – A obtenção de Certidão Fiscal de forma ilícita não invalida a prova obtida "*Sendo deontologicamente censurável a actuação da Mandatária da Autora, que invocou ser Advogada dos RR, para obter uma certidão fiscal relativa à situação tributária destes, almejando, assim, prova que certificava a existência de dívidas ao Fisco, tendo essa prova sido obtida ilicitamente, tal não implica que os factos certificados nesse documento autêntico, não arguido de falsidade, não possam ser considerados probatoriamente. No direito probatório processual civil, não vigora, salvo casos excepcionais, o princípio do direito anglo-saxónico denominado "fruits of poisonous tree" – frutos da árvore envenenada, segundo o qual seriam contaminadas todas as provas obtidas com base numa actuação ilícita quanto ao modo como foram obtidas – se a árvore está envenenada, envenenados estão os frutos que produzir".*

REPÚBLICA PORTUGUESA, TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES, Acórdão do Processo n.º 310/10. 9TBVCT.G1, de 30 de Junho de 2011, "*I - Ao fazer a distribuição do ónus de prova pelas partes intervenientes num litígio, o CC não está a proibir que a prova seja feita pela parte a quem a mesma não incumbe. II-Com efeito, o ónus da prova em relação a determinados factos traduz-se, para a parte a quem compete, no dever de fornecer a prova desses factos, sob pena de sofrer as consequências desvantajosas da sua falta e não na proibição da prova pela parte contrária" Juiz Desembargador-Relator: Carvalho Guerra, in <https://jurisprudência.pt/acórdão/4476>, consultado no dia 12 de Julho de 2022.*

REPÚBLICA PORTUGUESA, TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de Dezembro de 2009, no Processo n.º 159/07.6TVPR-TD1.S1, Relator Hélder Roque, onde se decidiu que o acesso a informações bancárias não violam reserva da intimidade da vida privada, "*Não implicando o direito subjectivo à prova a admissão de todos os meios de prova permitidos, a parte só deve soçobrar na pretensão deduzida em juízo, por dificuldades inultrapassáveis de obtenção dos meios de prova que, por sua iniciativa pessoal, razoavelmente, sem o concurso de outra ou de terceiro, não esteja em condições de conseguir. As informações pretendidas pela autora, relacionadas com o aproveitamento e utilização de contas à ordem, de que eram titulares a ré e o marido*

*da autora, não constituem violação do princípio da reserva da intimidade da vida privada. A exigência da divulgação dos elementos da conta bancária de uma das partes que permitam o apuramento da situação patrimonial da outra, em causa pendente, no âmbito do, estritamente, indispensável à realização dos fins probatórios visados por aquela, e com observância rigorosa do princípio da proibição do acesso, é garantia da justa cooperação das partes com o Tribunal, com vista à descoberta da verdade, à luz da doutrina da ponderação de interesses, sob pena de insanável comprometimento do direito da autora a produzir as provas que indicou e a alcançar uma tutela jurisdicional efectiva, com o consequente e inequívoco abuso de direito da parte que a tal se opõe. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada tutela a esfera da vida íntima ou de segredo, compreendendo todos aqueles aspectos que fazem parte do domínio mais particular e íntimo que se quer manter afastado de todo o conhecimento alheio, com exclusão da vida normal de relação, ou seja, dos factos que o próprio interessado, apesar de pretender subtrai-los ao domínio do olhar público, isto é, da publicidade, não resguarda do conhecimento e do acesso dos outros. Ao contrário do que acontece no caso da violação da integridade física ou moral das pessoas, que se trata de direitos absolutos ou intangíveis, estando em causa os direitos fundamentais da não intromissão no sigilo bancário, trata-se de "direitos condicionais", em que já não existe uma proibição absoluta da admissibilidade da prova que, em função das circunstâncias do caso concreto em que foi obtida e do estado de necessidade da situação, será ou não valorizada pelo Tribunal".*

REPÚBLICA PORTUGUESA, TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 24 de Novembro de 2004, Processo n.º 1701/04-1, Relator Espinheira Baltar: Admissibilidade de junção de vídeo contendo imagens filmadas sem consentimento em lugar de acesso ao Público. *"O direito à imagem e da reserva da vida privada, consagrados constitucionalmente como direitos de personalidade arts. 25, 26 da CRP, e regulados nos arts. 70, 79 e 80 do C.Civil, não são violados pelo uso de cassetes de vídeo, em julgamento, quando as imagens tenham sido filmadas sem consentimento e em lugar de acesso público, e usadas para fins da descoberta da verdade material".*

REPÚBLICA PORTUGUESA, TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 25 de Maio de 2009, Processo n.º 159/07.6TVPRT-D.P1; Relator Maria José Simões – A ponderação de interesses, admissibilidade de obtenção de informações sobre vida patrimonial de uma das partes: *"I – É princípio geral do direito processual civil (aquisição processual) que todas as provas relevantes sejam admissíveis. II – Todavia, em certos casos, a descoberta da verdade tem limites e a colaboração para a mesma pode ser recusada, designadamente se importar violação da vida privada e familiar, da dignidade humana ou do sigilo profissional. III – Pode, assim, considerar-se que face à nossa lei, determinados valores são, em princípio, intocáveis podendo até justificar uma recusa do dever de colaboração e fundamentar a inadmissibilidade de certos meios de prova que com eles colidem".*

REPÚBLICA PORTUGUESA, TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 19 de Abril de 2007, Processo n.º 312/07-2; Relator Jorge Leal – Admissibilidade de exibição por uma das partes a uma testemunha de uma mensagem alegadamente enviada do réu para o telemóvel do autor: *"O art. 26º, n.º 1 da CRP estipula que "a todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra*

*quaisquer formas de discriminação". O art. 34º, n.º 1 da CRP estabelece que "o domicílio e o sigilo de correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis". O n.º 4 do mesmo art. Diz que "é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal". (...) não referidos: não houve qualquer interferência de terceiros, nomeadamente autoridades públicas, em actos de correspondência ou de telecomunicações alheios. Também não está em causa o cumprimento do dever de sigilo pelos operadores dos serviços de telecomunicações. O que ocorreu foi a voluntária exibição, por parte do titular do meio de comunicações. O que ocorreu foi a voluntária exibição, por parte do titular do meio de comunicação em causa (e A), das mensagens que aí estavam registadas e que lhe terão sido voluntariamente enviadas pelo Réu, mensagens essas supostamente atinentes ao negócio que constitui objecto do processo, sem que se mostre que sobre elas fora solicitado pelo Réu que o respectivo destinatário as mantivesse confidenciais (cfr. por aplicação analógica, o art. 75º do Código Civil: "o destinatário de carta-missiva de natureza confidencial deve guardar reserva sobre o seu conteúdo") e sendo certo que a sua divulgação inscreve-se, no caso dos autos, dentro dos limites admissíveis do exercício do direito de acesso ao direito e aos tribunais, consagrado na Constituição da República Portuguesa (art. 20º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa), exercício esse com o qual os Réus deveriam contar (cfr. aplicação analógica do disposto no art. 78º do Código Civil: "o destinatário de carta não confidencial só pode usar dela em termos que não contrariam a expectativa do autor").*

REPÚBLICA PORTUGUESA, TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 12 de Janeiro de 2016, Processo n.º 744/14.OT8SXL-B.L1-7, Relator Roque Nogueira: *"I - Documentos obtidos através de intromissão na correspondência de uma das partes, devem considerar-se obtidas ilícitamente. II. Poderão, porém, ser admitidos nos autos, se, mostrando-se relevantes para a decisão, a sua veracidade não foi posta em causa, os mesmos não foram obtidos com violação da integridade física ou moral de quem quer que seja e, atendendo às circunstâncias que rodeiam o caso concreto. Se justifica a restrição ao direito fundamental em causa, em nome da descoberta da verdade que interessa ao fim do processo".*

REPÚBLICA PORTUGUESA, TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA: Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 31 de Março de 2011, Processo n.º 13559/09-8T2SNT-A.L1, Relator Aguiar Pereira: *"É lícita e admissível a prova pré-constituída consistente em fotografias junta aos autos com a petição inicial e em que se reproduza local acessível ao público em que ocorreram os factos que servem de causa de pedir, mesmo que tenham sido obtidas sem autorização do proprietário do local".*

REPÚBLICA PORTUGUESA, TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO: Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 03 de Dezembro de 2013, Processo n.º 37/12-7 TBALJ - A.P1, Relator José Igreja Matos: Admissibilidade de junção de "SMS" aberta, recebida e lida: *"I. 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; II – 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 eletrónica".*

## 5. Material veiculado pela Internet

*Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, in dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6adgdd8b980256b5f003fa814/9b32a5b3043e41a680258710056ebc2?OpenDocument, consultado no dia 12 de Julho de 2022.*

Acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães, in <https://jurisprudencia.pt/acórdão/4476>, consultado no dia 12 de Julho de 2022.

*Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, in dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6adgdd8b980256b5f003fa814/9b32a5b3043e41a680258710056ebc2?OpenDocument, consultado no dia 12 de Julho de 2022.*

JÚNIOR, Humberto Theodoro, *Prova – Principio da verdade – poderes do juiz-onus da prova e sua eventual inversão-provas ilícitas-prova e coisa julgada nas acoes relativas à paternidade (dna)*. p. 3. Consultado na Internet, in <https://www.direitodefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/07/prova.pdf>, no dia 12 de Abril de 2024.

JÚNIOR, Humberto Theodoro, *Prova – Principio da verdade – poderes do juiz-onus da prova e sua eventual inversão-provas ilícitas-prova e coisa julgada nas acoes relativas à paternidade (dna)*. p. 3. Consultado na Internet, in <https://www.direitodefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/07/prova.pdf>, no dia 12 de Abril de 2024.

JÚNIOR, Humberto Theodoro, *Prova – Principio da verdade – poderes do juiz-onus da prova e sua eventual inversão-provas ilícitas-prova e coisa julgada nas acoes relativas à paternidade (dna)*. p. 2. Consultado na Internet, in <https://www.direitodefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/07/prova.pdf>, no dia 12 de Abril de 2024.

JÚNIOR, Humberto Theodoro, *Prova – Principio da verdade – poderes do juiz-onus da prova e sua eventual inversão-provas ilícitas-prova e coisa julgada nas acoes relativas à paternidade (dna)*. p. 2. Consultado na Internet, in <https://www.direitodefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/07/prova.pdf>, no dia 12 de Abril de 2024.

Cfr. Artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que reza "Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele". Disponível em <<http://dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/dudh.pdf>>.

Cfr. [dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6adgdd8b980256b5f003fa814/9b32a5b3043e41a680258710056ebc2?OpenDocument](https://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6adgdd8b980256b5f003fa814/9b32a5b3043e41a680258710056ebc2?OpenDocument), consultado no dia 12 de Julho de 2022.

Cfr. <https://jurisprudencia.pt/acórdão/4476>, consultado no dia 12 de Julho de 2022.  
<https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/35121>, Consulta na Internet, no dia 6 de Março de 2024, pelas 21 horas e 18 minutos.

VOS, Andre, *In Evidence Unlawfully Obtained* - disponível em <http://www.deneysreitz.co.za/index/.php/news/evidence> - obtained/ por referência ao sistema

Sul - Africano: "The question arises whether one may, despite the unlawful means by which such information has been gained, rely upon it in evidence. What can be particularly irksome is knowing that someone has infringed your rights and acting unlawfully, but the only way you can prove it is by evidence which has been gathered unlawfully. The old adage comes to mind: do two wrongs make a right?" apud BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova Ilícita Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 127.

Cfr. Artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que reza "Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele". Disponível em <<http://dudh.org.br/wpcontent/uploads/2014/dudh.pdf>, também in [https://sigarra.up.pt/fdup/pt/web\\_gessi\\_docs.download\\_file?p\\_name=F-1209942143/ebook\\_DH.pdf](https://sigarra.up.pt/fdup/pt/web_gessi_docs.download_file?p_name=F-1209942143/ebook_DH.pdf), consultada no dia 20 de Março, de 2024.

BRANCO, Carlos Castelo, *A Prova ilícita – Verdade ou Lealdade?* Editora Almedina, Coimbra, 2019, p. 127, in <http://www.denevsreitz.co.za/index.php/news/evidence-unlawfully-obtained/>. Consultado no dia 4 de Março de 2024, as 20 e 20.

KOLCHINSKI, Elenir Teresinha, *Prova Ilícita no Processo Civil – Trabalho de Monografia Jurídica apresentada ao Curso de Especialização, como parte dos requisitos para obtenção de título de Especialista em Direito Processual Civil...*p.87.

In <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/27489/1/Elenir%20Teresinha%20Kolchinski>, Consultado no dia 20 de Março de 2024.

KOLCHINSKI, Elenir Teresinha, *Prova Ilícita no Processo Civil – Trabalho de Monografia Jurídica apresentada ao Curso de Especialização, como parte dos requisitos para obtenção de título de Especialista em Direito Processual Civil...*p.87. In <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/27489/1/Elenir%20Teresinha%20Kolchinski>, consultado no dia 20 de Março de 2024.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVEIA, José Roberto F; BONDIOLI, Luís Guilherme Aidar e, FONSECA, João Francisco Naves da, *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor* – 46, ed. Rev r atual, São Paulo: Saraiva, 2014, pg.473, Apud KOLCHINSKI, Elenir Teresinha, *Prova Ilícita no Processo Civil – Trabalho de Monografia Jurídica apresentada ao Curso de Especialização, como parte dos requisitos para obtenção de título de Especialista em Direito Processual Civil...*p.90. in <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/27489/1/Elenir%20Teresinha%20Kolchinski>, consultado no dia 20 de Março de 2024.