



CADERNO II

## O NOVO PROCESSO CIVIL

CONTRIBUTOS DA DOUTRINA NO DECURSO DO PROCESSO LEGISLATIVO,  
DESIGNADAMENTE À LUZ DO ANTEPROJETO E DA PROPOSTA DE LEI N.º 113/XII

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS



*“O Novo Processo Civil” é um conjunto de três Cadernos que o CEJ decidiu elaborar com o objectivo de fornecer à comunidade jurídica um conjunto de elementos de trabalho que pudessem facilitar a abordagem e complementar o estudo do Código de Processo Civil vigente desde 01 de Setembro de 2013.*

*Com uma vertente essencialmente prática e vocacionada para os profissionais do Direito espera-se que seja um contributo para a necessária reflexão sobre as novas soluções normativas.*

*Na sequência do Caderno I (que corresponde à estrutura das Jornadas do Processo Civil organizadas em Abril pelo CEJ, acrescido de outros textos), o presente Caderno II contém textos que foram sendo produzidos pela doutrina ao longo do processo legislativo, que aqui se juntam de forma a fornecer à Comunidade Jurídica elementos que permitem ajudar a compreender a evolução de muitas das soluções legais e o porquê das opções tomadas, mas também a fundamentar as decisões que, certamente, os intérpretes terão de tomar.*

## Ficha Técnica

### Jurisdição Civil, Processual Civil e Comercial

Carla Câmara

Francisco Martins

Gabriela Cunha Rodrigues

Laurinda Gemas

Margarida Paz

Pedro Caetano Nunes

### Nome:

Caderno II – O Novo Processo Civil – Contributos da doutrina no decurso do processo legislativo, designadamente à luz do anteprojeto e da proposta de Lei n.º 113/XII

### Categoria:

Caderno especial – O Novo Processo Civil

### Intervenientes:

**António Santos Abrantes Geraldes** (Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça e Membro da Comissão de Reforma do Processo Civil)

**Carlos Lopes do Rego** (Juiz Conselheiro e Membro da Comissão de Reforma do Processo Civil)

**Paulo Pimenta** (Mestre em Direito, Docente Universitário, Advogado e Membro da Comissão de Reforma do Processo Civil)

**Paulo Ramos de Faria** (Juiz de Direito dos Juízos Cíveis do Porto)

**José Manuel Lebre de Freitas** (Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e Advogado)

**João Paulo Remédio Marques** (Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Membro da Comissão de Reforma do Processo Civil)

**Nuno de Lemos Jorge** (Juiz de Direito na Comarca de Leiria)

**Rita Cruz** (Advogada e docente de Processo Civil da Faculdade de Direito da Escola de Lisboa da UCP)

**Maria Adelaide Domingos** (Juíza Desembargadora do Tribunal da Relação do Porto)

**Revisão final:**

Edgar Taborda Lopes (Coordenador do Departamento da Formação do CEJ, Juiz de Direito)

Joana Caldeira (Técnica Superior do Departamento da Formação do CEJ)

**Nota:**

*Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico*

## ÍNDICE

O novo processo declarativo - <i>António Santos Abrantes Galdes</i> .....	7
Videogravação da comunicação - <i>António Santos Abrantes Galdes</i> .....	20
O novo processo declarativo - <i>Carlos Lopes do Rego</i> .....	21
Videogravação da comunicação - <i>Carlos Lopes do Rego</i> .....	33
Saneamento e audiência preliminar - <i>Paulo Pimenta</i> .....	35
A reforma da base instrutória: uma regressão - <i>Paulo Ramos de Faria</i> .....	49
Do contencioso da base instrutória - <i>José Manuel Lebre de Freitas</i> .....	63
A aquisição e a valoração probatória de factos (des)favoráveis ao depoente ou à parte chamada a prestar informações ou esclarecimentos - <i>João Paulo Remédio Marques</i> ..	71
A reforma da acção executiva de 2012: um olhar sobre o (primeiro) projecto - <i>Nuno de Lemos Jorge</i> .....	113
Videogravação da comunicação - <i>Nuno de Lemos Jorge</i> .....	153
Algumas notas à proposta de alteração do processo especial de tutela urgente da personalidade (adiante apenas a "proposta") - <i>Rita Cruz</i> .....	155
Recursos - um olhar convergente sobre aspetos dissonantes: questões práticas - <i>Maria Adelaide Domingos</i> .....	167
Videogravação da comunicação - <i>Maria Adelaide Domingos</i> .....	183

### **NOTA:**

Pode “clicar” nos itens do índice de modo a ser **redirecionado** automaticamente para o tema em questão.

Clicando no símbolo  existente no final de cada página, será **redirecionado** para o índice.

Registo das revisões efetuadas ao *e-book*

Identificação da versão	Data de atualização
Versão inicial – 04/11/2013	

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## O novo processo declarativo



[António Santos Abrantes Geraldes]



C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## 1. Introdução

1.1 Não sendo viável abordar cada uma das modificações que constam da Proposta de Revisão CPC, incidirei fundamentalmente sobre três vectores da acção declarativa:

- a) *O reforço dos poderes efectivos do juiz;*
- b) *Matéria de facto;*
- c) *Meios de prova.*

1.2 Antes, porém, importa reconhecer as *dificuldades* na introdução de melhorias verdadeiramente significativas num diploma cuja estrutura fundamental data de 1939, aprovado em circunstâncias sociais e económicas bem distintas das actuais, com diferenças significativas no nível de litigiosidade e no grau de exposição da actividade dos tribunais ao escrutínio da sociedade.

Tal diploma foi submetido a diversas modificações, com destaque especial para as que decorreram da Reforma de 1995/96 cujos resultados, no entanto, acabaram por ser prejudicados pelo aumento exponencial do recurso aos Tribunais Judiciais que obscureceu os efeitos das medidas que, além de outros objectivos, visavam a simplificação processual e a prevalência de aspectos materiais sobre os de natureza formal.

Tornando-se cada vez mais difícil a introdução de novas alterações, em termos puramente teóricos impor-se-ia, porventura, a elaboração de um novo CPC assente num largo consenso quanto aos seus objectivos e quanto aos mecanismos que permitissem alcançá-los, submetido a uma ajustada *vacatio legis* que permitisse interiorizar um novo modelo processual capaz de responder, com eficácia e celeridade e sem redução dos níveis de segurança, aos desafios dos Tribunais Judiciais em matéria de direito privado.

Porém, a aprovação de um novo diploma que constitua um verdadeiro motor do desempenho dos Tribunais não é compatível com a actual conjuntura que exige medidas capazes de produzir efeitos a curto e médio prazo no campo da eficácia e da celeridade da resposta judiciária.

Por isso, nas actuais circunstâncias, em que se pretende uma resposta urgente e convincente a compromissos externos, uma nova revisão do CPC deve ser encarada não tanto como mais um “remendo” num tecido já gasto, antes como “remédio” que permita insuflar no CPC a capacidade de resposta em tempo útil às necessidades do sistema.

É, aliás, a actual conjuntura que explicará o nível de aceitação de algumas medidas que constam da Proposta de Revisão com a qual se pretende projectar uma efectiva *mudança*



de *paradigma* do processo civil ou, ao menos, uma efectiva mudança de comportamento dos diversos intervenientes processuais.

## 2. Reforço dos poderes do juiz

2.1 O primeiro aspecto que cumpre realçar está ligado ao efectivo *reforço dos poderes do juiz* na direcção e gestão do processo.

Presente na estrutura do processo, o *poder de direcção* do juiz consagrado no art. 265º do CPC não mais pode ser encarado nem como afloramento de uma postura de autoritarismo, nem como mero poder virtual esvaziado de conteúdo pela sujeição do ritmo processual às iniciativas das partes.

Desenvolvendo o modelo que foi fixado na reforma de 1995/96, um conjunto de medidas sectoriais, com a natureza de princípios gerais ou como medidas concretas, pretende reforçar efectivamente os poderes do juiz na direcção da lide.

Sem embargo da manutenção do princípio do dispositivo nos pontos cruciais em que a intervenção do juiz correria o risco de perda do necessário distanciamento em relação às estratégias das partes e ao funcionamento do princípio da auto-responsabilidade e sem prejuízo também da manutenção de um equilíbrio entre os princípios do dispositivo e do inquisitório, ao poder de direcção do juiz acresce a consagração do *princípio da gestão processual* que implicará deveres de iniciativa que podem sobrepor-se aos interesses das partes no que concerne à simplificação e agilização processual, nos termos que constam do art. 265º-B importado directamente do processo experimental, cabendo ao juiz dirigir *“activamente o processo, determinando, após audição das partes, a adopção dos mecanismos de simplificação e agilização processual que, respeitando os princípios da igualdade das partes e do contraditório, garantam a composição do litígio em prazo razoável”*.

Este novo princípio acompanha outras medidas que traduzem a atenuação da rigidez formal que ainda se mantém em alguns segmentos da tramitação, de modo que, por exemplo, para além da expressa assunção da possibilidade de *“rectificação de erros de cálculo ou de escrita, revelados no contexto da peça processual apresentada”* (art. 150º-B, n.º 1) já comumente aceite a partir da ponderação do que se dispunha na norma geral do art. 249º do Código Civil, consagra-se a admissibilidade do *“suprimento ou correcção de vícios ou omissões puramente formais de actos praticados”* (art. 150º-B, n.º 2) ou a desvalorização do erro de qualificação de meios processuais nos termos que constam do n.º 3 do art. 199º.

Este novo princípio acompanha outras medidas que traduzem a atenuação da rigidez formal que ainda se mantém em alguns segmentos da tramitação, de modo que, por exemplo,



para além da expressa assunção da possibilidade de “rectificação de erros de cálculo ou de escrita, revelados no contexto da peça processual apresentada” (art. 150º-B, n.º 1) já comumente aceite a partir da ponderação do que se dispunha na norma geral do art. 249º do Código Civil, consagra-se a admissibilidade do “suprimento ou correcção de vícios ou omissões puramente formais de actos praticados” (art. 150º-B, n.º 2) ou a desvalorização do erro de qualificação de meios processuais nos termos que constam do n.º 3 do art. 199º.

É ainda no reforço dos poderes de direcção e de gestão do processo que se inscreve o poder/dever do juiz de, em conjugação com as partes, proceder à *programação da audiência final*, tendo em vista acelerar e conferir mais previsibilidade e eficácia à tramitação posterior aos articulados, tutelando ainda, na medida do possível, os interesses de terceiras pessoas chamadas a colaborar com o tribunal, nos termos que constam dos arts. 508º-A, n.º 1, al. g), e 508º-C, n.º 2, al. d), com seguimento, no art. 650º, n.º 2, al. a), *in fine*, em sede de direcção da audiência de julgamento.

Aí se inscreve também a consagração expressa da possibilidade de ser determinada a *junção de documentos* cuja apreciação permita resolver de imediato excepções ou o mérito da causa (art. 508º, n.º 1, al. c)).

2.2 Mas é claro que ao efectivo reforço dos poderes do juiz não basta acrescentar o poder ou o dever de tomar iniciativas. Grande parte da utilidade dessas e de outras medidas frustrar-se-ia se acaso não fossem introduzidas modificações substanciais em *matéria de recursos*, limitando acentuadamente a recorribilidade de decisões de natureza instrumental.

É verdade que no actual modelo processual, tendo em conta as alterações introduzidas pelo Dec. Lei nº 303/07, de 24-8, a recorribilidade da maior parte das decisões interlocutórias foi diferida para o eventual recurso da decisão final, momento em que a utilidade da impugnação se pode ter entretanto desvanecido. Porém, a simples previsão da possibilidade de impugnação de decisões interlocutórias constitui uma das razões da ineficiência do modelo processual e da morosidade dos meios jurisdicionais.

Uma aposta num efectivo poder de direcção do juiz que o comprometa na promoção de uma verdadeira gestão processual é incompatível com uma *postura de ambiguidade* que ainda caracteriza o actual modelo processual revelada pela susceptibilidade de impugnação de toda e qualquer decisão, com ressalva dos meros despachos de ordenação procedimental ou dos proferidos no uso de poderes discricionários, nos termos que constam do art. 679º.

Importando inverter tal postura de desconfiança em relação ao exercício por parte do juiz de poderes inerentes à direcção e gestão dos meios processuais, pretende-se consagrar



no n.º 2 dos arts. 265º-A e 265º-B a *irrecorribilidade das decisões* proferidas ao abrigo dos poderes aí conferidos, com excepção daquelas que ponham em causa os princípios da igualdade e do contraditório. Solução que também está prevista para as decisões sobre *nulidades processuais*, nos termos do art. 201º, n.º 4.

Só desse modo se valoriza efectivamente a intervenção do juiz e se propiciam condições para que, sobrelevando eventuais interesses estratégicos das partes, se privilegiem os valores que o processo civil deve prosseguir: apreciar, com celeridade e eficácia, litígios na esfera do direito privado (art. 2º do CPC), conferindo efectivamente a possibilidade de obstar a estratégias que se orientem pela dilação da resposta judiciária ou pela ineficácia das sentenças que venham a ser proferidas.

Importa que se façam opções claras entre os diversos valores que devem ser acautelados: entre o excessivo garantismo que leve a admitir a recorribilidade, praticamente sem limites, de decisões irrelevantes ou secundárias, ou a introdução de factores que, visando a decisão célere dos casos, sejam consequentes com a atribuição ao juiz do *efectivo poder* de levar o processo a “bom porto”, permitindo que, de forma eficaz, sejam afastados os factores de morosidade na resposta judiciária.

Atenta a complexidade da tramitação processual e o uso abusivo que tende a ser feito de certos dispositivos legais, justifica-se plenamente a atribuição ao juiz de poderes que *realmente* permitam abreviar a solução dos pleitos, em vez da mera enunciação de “poderes virtuais” que, apesar de já se encontrarem sintetizados no art. 265º, são imediatamente infirmados por outras normas secundárias que permitem a impugnação indiscriminada de todas as decisões proferidas.

### 3. Matéria de facto

3.1 A alegação da *matéria de facto* tem uma importância crucial na resolução dos litígios, pois é através da descrição por cada uma das partes da respectiva versão que se alcançam os pontos de convergência e de divergência com vista à posterior integração jurídica.

Uma das maiores dificuldades que atravessa todo o modelo processual assenta na delimitação do que constitui matéria de facto e matéria de direito. Sendo esta de conhecimento oficioso, desde sempre se entendeu que deveriam ser as partes a descrever os contornos da controvérsia, devendo a decisão da matéria de facto sintetizar a realidade que foi possível observar depois de exercido o contraditório e da submissão dos factos controvertidos a julgamento.



Na distinção entre o julgamento da matéria de facto e o julgamento da matéria de direito assentava a estrutura inicial do CPC que, em coerência, no que concerne ao processo ordinário, atribuía o julgamento da primeira ao tribunal colectivo e o julgamento da segunda ao respectivo juiz-presidente.

A partir daí se estruturou igualmente o sistema de recursos, sendo maiores as possibilidades de se obter uma revisão do mérito na Relação quando está em causa um erro de direito do que quando se impugna a decisão da matéria de facto. Por seu lado, a delimitação entre o recurso de apelação e de revista estabelece-se também em grande parte a partir dessa delimitação, sendo reservada ao Supremo Tribunal de Justiça fundamentalmente a reapreciação de questões de direito, ao passo que a Relação tanto pode actuar em sede de matéria de facto como de matéria de direito.

Apesar das consequências que encontram a sua génese na mencionada dicotomia, o certo é que nunca foi possível estabelecer uma linha de demarcação nítida entre ambos os campos, já que, como a experiência o revelou, se é verdade que determinadas afirmações constituem, em qualquer contexto, matéria de facto ou matéria de direito, sempre resta uma larga faixa que, consoante as circunstâncias, ora pende para a natureza puramente jurídica, ora pode ser encarada como matéria de facto.

Apesar dessa margem de incerteza, o sistema construído em torno dessa delimitação imputa a determinadas opções das partes resultados gravosos, sendo que na redacção inicial do CPC praticamente se restringia ao despacho de aperfeiçoamento da petição inicial a possibilidade de serem corrigidos erros de alegação das matérias de facto, faculdade que ficava vedada ao réu e que, de todo o modo, se extinguia com a prolação do despacho liminar.

As alterações introduzidas em 1995/96 procuraram restabelecer um equilíbrio entre as partes e atenuar os efeitos negativos de certas opções em termos de alegação, o que foi alcançado mediante a distinção entre factos essenciais e factos complementares, concretizadores e instrumentais e, mais do que isso, através da previsão de um despacho de aperfeiçoamento situado no final dos articulados propiciador da correcção de imperfeições ou de insuficiências de alegação de ambas as partes.

Ainda assim, continuou a ser atribuído excessivo relevo ao modo como as partes alegam a matéria de facto, de tal modo que, à cautela, as partes vêm sendo induzidas a alegar o essencial, o acessório e o instrumental, por vezes repetidamente, com reflexos na extensão e prolixidade da base instrutória e na morosidade da fase de instrução e de julgamento.



3.2 Neste campo, prescrevem-se na Proposta de Revisão diversas intervenções que prosseguem o objectivo de valorizar os aspectos materiais da lide e de dar eficácia à tramitação processual, sem perda da segurança e da certeza e do funcionamento do princípio da auto-responsabilidade das partes relativamente à sua estratégia processual.

Em sede de *alegação e decisão da matéria de facto* elegemos os seguintes aspectos fundamentais:

a) Continua a recair sobre as partes o *ónus de alegação* da matéria de facto de acordo com a estratégia assumida e em decorrência do funcionamento do princípio do dispositivo, continuando a ser marginais as intervenções do tribunal em tal sede.

Tal deve traduzir-se na alegação dos factos que se mostrem *essenciais*, por integrarem a causa de pedir ou as excepções invocadas (art. 264º, n.º 1), a par dos factos complementares ou concretizadores, ainda que, em relação a estes, não operem os efeitos da preclusão com a apresentação dos articulados (art. 264º, n.º 2). Em consequência, sem embargo da utilidade que, em determinadas circunstâncias, poderá advir da alegação de certos factos com *função instrumental*, a sua ponderação aquando do julgamento da matéria de facto nem está sujeita à prévia alegação, nem ganha relevo que implique a sua inserção na decisão da matéria de facto, bastando que fiquem a constar da respectiva motivação para demonstração do percurso metodológico que permitiu ao juiz a afirmação da sua convicção sobre os factos essenciais para a procedência ou improcedência da acção.

Com estas medidas conjugadas, a montante, ao nível da alegação (arts. 467º, n.º 1, al. d), 488º, al. c) e 505º, n.º 1), e a jusante, no campo da decisão da matéria de facto (art. 653º, n.º 2), busca-se a simplificação da fase dos articulados e a redução do número de questões de facto que justifiquem uma resposta positiva, negativa ou restritiva (*“questões essenciais de facto”*, nos termos do art. 511º, n.º 1), obviando a extensas e prolixas alegações nos articulados (ainda assim, sancionáveis nos termos do n.º 8 do art. 447º-A) ou à extensa ou desarticulada delimitação da matéria de facto controvertida que era inserida na base instrutória, com reflexos na duração ou no número de sessões de julgamento.

b) Serão os factos essenciais ou, melhor dizendo, as *“questões essenciais de facto”* resultantes dos articulados que deverão ser seleccionadas para figurarem na peça em que se sintetizam os pontos da controvérsia, tarefa que, nos casos em que haja audiência preliminar (em regra, no processo ordinário), poderá ser facilitada com a



presença das partes e, nos demais casos, na audiência que for marcada para a apreciação das eventuais reclamações (arts. 508º-A, nº 1, al. f), e 508º-C, n.º 2, al. c), e n.º 3).

Em lugar da selecção de toda e qualquer factualidade, a mesma deve centrar-se nos aspectos essenciais da lide, libertando as partes e o juiz de amarras artificialmente impostas por um regime condicionador dos interrogatórios das testemunhas ou da direcção da audiência de julgamento, com a inerente perda de eficácia e morosidade na resposta.

Para o efeito, além da eliminação do limite formal do número de testemunhas que podem depor sobre cada facto (revogação do art. 633º), a prestação do depoimento deverá propiciar uma mais natural exposição da realidade que a testemunha pôde verificar (art. 638º, n.º 1).

c) Também ao *nível do julgamento* se projectarão as modificações operadas a montante.

A definitiva abolição do tribunal colectivo (que apenas figurativamente continuava a existir) levou a reformular o art. 646º, com eliminação, além do mais, do seu n.º 4 que considera “*não escritas*” as respostas do tribunal colectivo sobre questões de direito.

Obviamente que o juiz não deixará de se pronunciar-se sobre o que constitua matéria de facto, uma vez que são os pontos essenciais de facto, e não questões de direito, que devem ser seleccionadas para figurar na peça em que se fixam as matérias controvertidas, nos termos do art. 511º.

Para o efeito, mais do que uma resposta precisa a todo e qualquer facto que tenha sido alegado, pretende-se que o juiz se centre na *factualidade essencial*, passando para o plano da motivação os factos instrumentais, designadamente quando sirvam para formular presunções judiciais, nos termos do art. 653º.

Porém, existindo sempre coincidência entre o juiz do julgamento e o que profere a sentença (repare-se no nº 5 que se pretende aditar ao art. 654º), tal implica um menor rigor formal na delimitação entre o que constitui matéria de facto e matéria de direito ou juízos de valor, tanto mais que, num significativo número de casos (no processo sumário e, no processo ordinário, quando nenhuma das partes tenha optado pela produção de alegações escritas, nos termos do art. 657º), a sentença pode ser proferida em simultâneo com a decisão da matéria de facto.



#### 4. Matéria de facto

4.1 A regulamentação do *direito probatório formal* constitui um dos aspectos com mais larga margem de responsabilidade nos resultados da justiça cível, fruto da cristalização de um certo número de comportamentos, com sustentação legal, mas cuja racionalidade suscita as mais sérias reservas.

Assoma, desde logo, o *relevo excessivo* que vem sendo dado à *prova testemunhal*, fruto quer da falta de investimento das partes na produção de outras provas propiciadoras de maior segurança, quer da excessiva e, por vezes, injustificada exigência por parte dos juízes de um tal meio probatório, apesar da existência de outros que possibilitam a formação e afirmação da convicção judicial.

Outro dos vícios que vem marcando a fase de produção de provas respeita ao grau de liberdade conferido às partes no que concerne à organização da sua estratégia processual em torno da *prova documental*, apostando frequentemente no factor-surpresa que tão graves danos causa na relação de correspondência entre a verdade material e a verdade formal e na celeridade processual.

O desequilíbrio é notado também ao nível da *prova pericial* ou da *inspecção judicial*, com uma pesada regulamentação que frequentemente não encontra justificação em face da simplicidade dos factos a observar. Outrossim na limitação formal do *depoimento de parte* permitido apenas quando se destine a provocar a confissão judicial que, por seu lado, apenas pode visar factos prejudiciais ao próprio depoente e factos que relevem em matéria de direitos disponíveis.

4.2 Na Proposta de Revisão prescreve-se que a *apresentação das provas* seja simultânea com a alegação dos factos que a parte se propõe demonstrar, não fazendo, aliás, sentido que a parte exerça o ónus de alegação sem preocupação imediata com a demonstração dos factos em caso de necessidade, designadamente quando venham a ser impugnados pela contraparte.

Consequentemente, com a petição inicial, o autor deve apresentar o *rol de testemunhas* e requerer outros meios de prova, sem prejuízo da sua modificação, na réplica, em face da posição assumida pelo réu na contestação (art. 467º, n.º 2). Ónus que encontra correspondência na contestação que o réu vier a apresentar (art. 488º, al d)).

Os efeitos de uma tal medida poderão ser prejudicados pela manutenção da norma do art. 512º-A que admite a *alteração do rol* de testemunhas até 20 dias antes da data da audiência de julgamento. Apesar disso, com a previsão daquele ónus inicial pretende assinalar-



se a necessidade de uma mudança de paradigma relativamente à instrução da causa de forma a possibilitar que na audiência preliminar se percepcione de imediato a extensão dos meios probatórios e a sua natureza, permitindo assegurar o posterior agendamento da audiência de julgamento ou a calendarização das diversas sessões sem danos desnecessários às testemunhas arroladas e a outros intervenientes processuais.

Também ao nível da *prova documental* se operaram modificações substanciais. Mantendo-se a regra da apresentação dos documentos com os articulados onde se alegam os factos que se pretendem demonstrar, sob pena de multa (art. 523º, n.º 1), continua a admitir-se a sua apresentação posterior, mas esta tem como limite, em regra, o início da audiência de julgamento (n.º 2 do art. 523º).

Com esta medida pretende-se evitar as perturbações emergentes da apresentação posterior de documentos à medida dos interesses da parte, ao mesmo tempo que se propicia à contraparte e ao tribunal a sua apreciação imediata. Medida complementada pela regra que constará do art. 523º-A, segundo o qual a apresentação de documentos não prejudica, em princípio, a realização da audiência de julgamento.

Merece ainda destaque a previsão da possibilidade de a própria parte requerer a *prestação de declarações* (art. 567º-A) cujo valor probatório ficará sujeito à livre apreciação pelo tribunal.

No actual modelo tais declarações já eram permitidas, ainda que apenas por iniciativa do tribunal. Com esta medida pretende-se obviar a certas dificuldades inerentes à prova de factos relativamente aos quais se revela, em regra, inviável ou difícil a produção de outros meios de prova, designadamente de prova testemunhal, não se podendo ignorar que a prestação do depoimento de parte, enquanto propiciador de confissão, está inviabilizada quando estejam em causa direitos indisponíveis.

Por fim, é de notar a previsão das *verificações não judiciais qualificadas* (art. 615º-A), medida que razoavelmente permite a observação de certos elementos sem os inconvenientes que decorrem da realização de perícias ou de inspecções judiciais.

## 5. Síntese de outras alterações

- a) A resolução definitiva de questões relacionadas com a *competência relativa* passa para o Presidente do Tribunal da Relação (art. 111º, n.º 4), potenciando soluções dotadas de maior previsibilidade, com aumento da eficácia, e assegurando o efeito suspensivo na tramitação processual.



- b) É praticamente eliminada a possibilidade de *ser adiada a audiência de julgamento* ou outra diligência que tenha sido agendada depois de ter sido acatado o que se dispõe no art. 155º (art. 650º, n.º 1, e revogação do n.º 3 do art. 386º).
- c) Previsão da *distribuição* ao mesmo relator do Tribunal da Relação ou do Supremo Tribunal de Justiça do recurso interposto em processo onde o mesmo interveio anteriormente como relator e que tenha redundado na anulação ou na revogação da decisão recorrida ou na ampliação da matéria de facto (art. 227º- A).
- d) Simplificação da *citação edital*, sendo os anúncios em jornais substituídos por anúncios em página electrónica, reduzindo as despesas, sem perda da eficácia (art. 248º).
- e) Reforço da necessidade de separação, na contestação, entre a *matéria de impugnação* e de *excepção*, não se considerando admitidos por acordo os factos não impugnados (art. 488º, n.º 2).
- f) Tendencial obrigatoriedade da realização de *audiência preliminar* na acção com processo ordinário, concentrando nessa diligência todas as operações relevantes para efeitos de saneamento do processado e de selecção da matéria de facto que será submetida a julgamento.
- g) Sem embargo da admissibilidade de acordo das partes relativamente à *suspensão da instância*, veda-se em absoluto a possibilidade de, por essa exclusiva via, contornar os obstáculos postos ao adiamento das audiências (art. 279º, n.º 4).
- h) É facilitada a aplicação das normas que preveem a *taxa de justiça especial* ou a *taxa sancionatória excepcional*, induzindo as partes a modificações substanciais de comportamentos, quer quando excedem os limites do razoável, quer quando se situam abaixo do patamar da diligência mínima (arts. 447º-A, n.º 7, e 447º-B).
- i) A oposição a estratégias de pendor dilatatório levaram a inviabilizar a apresentação de *requerimentos de esclarecimento* de sentenças ou outras decisões e bem assim a aplicar também na primeira instância um instrumento contra demoras abusivas nos casos em que não seja admissível recurso (arts. 670º e 670º-A).
- j) Importa destacar ainda a opção, com valor essencialmente emblemático, de enxerto de uma *fase executiva* na acção declarativa que tenha culminado com sentença de condenação (art. 675º-A), assumindo-se uma solução que, por exemplo, já esteve consagrada relativamente à acção de despejo e que injustificadamente foi abandonada.



Supremo Tribunal de Justiça, 29/03/2012

António Santos Abrantes Geraldes



*Para aceder à videogravação da comunicação, clique no ícone abaixo apresentado*



## O novo processo declarativo



[Carlos Lopes do Rego]



C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

1. A exacta compreensão do sentido e do âmbito da reforma do processo civil, actualmente em discussão pública, obriga a relembrar as circunstâncias em que funcionou a Comissão para esse efeito inicialmente designada pelo anterior Ministro da Justiça, no âmbito do XVIII Governo Constitucional – e que foi reconduzida em funções pela actual titular do Cargo.

Assim, os bloqueios existentes ao nível da tramitação do processo de execução e as elevadíssimas pendências acumuladas implicaram que – em vez de se começar, como seria normal, por rever a parte geral do CPC e a tramitação da acção declaratória – os trabalhos se tivessem iniciado logo pela revisão do processo executivo, tendo a proposta de *reforma da acção executiva* sido entregue oportunamente e objecto de apresentação pública ao *Conselho Consultivo da Justiça* em Julho de 2010 – não tendo sequência os trabalhos destinados a rever o processo declaratório, por ter entretanto saído do elenco governativo o Dr. João Correia que, na qualidade de Secretário de Estado, presidia à Comissão.

Os trabalhos que conduziram ao projecto de *reforma da acção declarativa* apenas tiveram lugar após a formação, na sequência das eleições legislativas, do XIX Governo Constitucional, confrontando-se a reiniciada actividade da Comissão com os constrangimentos decorrentes da vinculação ao *memorando de entendimento* do Estado Português com as entidades que prestam assistência financeira ao país – desde logo, a existência de um autêntico *prazo peremptório* para conclusão desta *reforma estrutural*, devendo os trabalhos, iniciados em Setembro de 2011, encerrar-se impreterivelmente em 15/12 do mesmo ano, ou seja *cerca de 3 meses e meio* após se terem iniciado.

Esta premente urgência na conclusão da reforma implicou que logo se tivesse abandonado o objectivo de, através dela, se elaborar de raiz – como seria desejável – um *novo CPC*, obrigando a optar, mais uma vez, por se enxertarem as alterações substanciais a que se procedeu no velho e anquilosado corpo normativo que, desde 1939, ainda essencialmente nos continua a reger – já que não seria minimamente ponderado e realista pretender elaborar de raiz um novo CPC em cerca de 3 meses...

2. Importa realçar que o propósito de reformar o processo civil português assume configurações e âmbitos perfeitamente diversos, consoante nos situamos no âmbito da *acção declarativa em 1ª instância*, dos *recursos* e da *acção executiva*.

Na realidade, a situação que se vive no campo da **acção executiva** é particularmente gravosa, já que as insuficiências e deficiências na implementação da reforma de 2003, associadas á lentidão do poder político em enfrentar a desastrosa situação de pendência



processual que se foi criando ao longo dos anos – e a que a pouco feliz reforma de 2008 não deu manifestamente solução adequada – e à sobreposição do efeito devastador da crise económica, originaram volumes avassaladores de pendência processual.

3. Bem pelo contrário, é claramente positiva a situação do processo civil no que respeita aos **recursos** – sendo muito satisfatórios os tempos médios de decisão por parte dos tribunais superiores; e, tendo o regime de recursos sido objecto de uma profunda intervenção legislativa em 2007 – só agora a entrar em *velocidade de cruzeiro*, dado o regime de direito transitório que então se estabeleceu – não se justificavam (apesar de alguns dos regimes normativos introduzidos em 2008 serem, no mínimo, discutíveis) novas alterações estruturais nesta matéria: daí que o sentido limitado das modificações agora propostas no capítulo dos recursos, fundamentalmente ligadas ao aperfeiçoamento e clarificação das soluções legislativas vigentes e à resolução de dúvidas já suscitadas na prática judiciária.

4. Quanto ao **processo civil declaratório em 1ª instância**, a situação vivida pode considerar-se *intermédia e heterogénea*, existindo níveis de eficácia e de pendências acumuladas muito diferentes de tribunal para tribunal: não estando, neste campo, confrontados com os devastadores níveis de pendências e de morosidade e arrastamento que caracterizam a acção executiva – e, portanto, com a premente necessidade de reformular estruturalmente o modelo seguido – não deixa de se verificar uma duração excessiva de muitos processos – levando a que causas relativamente banais, referentes, por exemplo, a vulgares acidentes de viação ou a litígios decorrentes de relações contratuais de escassa ou média complexidade acabem por durar, até à prolação da sentença, vários anos.

A ultrapassagem desta inconveniente situação – inconciliável com as exigências dos cidadãos e com a aceleração crescente da vida social e económica – passará decisivamente pela adopção de um *novo modelo processual* – e essencialmente pelo desenvolvimento de uma **nova cultura judiciária** – envolvendo, nomeadamente:

- um **reforço dos poderes de direcção, adequação e gestão processual do juiz**, simplificando e agilizando a tramitação do processo e permitindo e incentivando a sua adequação à especificidade do litígio, através da quebra do *dogma* da absoluta imperatividade das formas procedimentais abstractamente previstas na lei;



- uma eliminação de factores de **rigidez , formalismo exacerbado e prevalência da forma sobre o fundo** – que implicam, muitas vezes, que as soluções alcançadas acabem por não se coadunar, nem com o princípio da realização da justiça material, nem com o direito a uma resolução célere e em tempo útil dos litígios;
- um combate efectivo a **actuações dilatórias das partes**, inviabilizando ou tornando particularmente desinteressante e oneroso o exercício abusivo e injustificado de faculdades processuais, bem como a artificiosa *complexização* da matéria da lide e do processado.

As alterações propostas quanto à fisionomia do processo declaratório procuram dar resposta a alguns dos vícios típicos e disfunções do sistema, visando, desde logo:

- a) Delinear uma nova fisionomia para a *fase intermédia* do processo, situada entre os articulados e a audiência final, processando-se em moldes diferentes dos actuais o *saneamento* e a *condensação e selecção* da **matéria de facto**, extraindo todas as virtualidades de um sistema caracterizado, há mais de uma década, por seguir, na prática e de forma exclusiva, o modelo do *juiz singular*, a quem cumpre julgar de facto e de direito.

Assim, urge substituir o esgotado esquema, rígido e formalístico, da *especificação e do questionário* e a estrutura *escrita* da fase de saneamento e condensação por um figurino:

- assente num princípio de *oralidade* ( expresso na tendencial realização de uma *audiência preliminar*), no decurso da qual se opere uma cabal delimitação do **objecto real** do litígio e das *questões relevantes* a decidir, procedendo-se a uma triagem efectiva do que é verdadeiramente *essencial* para a definição do objecto e composição do litígio;
  - e de *disciplina* da audiência final, expresso, não apenas na sua designação por *acordo de agendas*, mas também numa rigorosa *programação temporal* das diligências instrutórias a realizar;
- b) Banir o excessivo e injustificável recurso aos **adiamentos**, extraindo efectivas potencialidades do mecanismo de *acordo de agendas* há muito em vigor.
- c) Estabelecer a regra de que os meios probatórios devem ser juntos com os **articulados** e **disciplinar a junção de prova documental**, eliminando a apresentação tardia injustificada de documentos não supervenientes no decurso da audiência final,



muitas vezes com finalidades ostensivamente dilatórias e de perturbação do normal curso e fluidez da audiência final.

- d) Diminuir o desproporcionado relevo dado injustificadamente na *praxis* judiciária à **prova testemunhal**, apesar da sua reconhecida falta de fiabilidade, **restringindo**, por um lado, substancialmente o número de testemunhas a arrolar pelas partes; e instituindo, por outro lado, um inovatório meio probatório – as **verificações não judiciais qualificadas** – permitindo ainda, sem restrições formais, a **audição pelo juiz das próprias partes**, em declarações por elas prestadas fora do âmbito da figura do *depoimento de parte*, visando exclusivamente a obtenção de *confissão* – nomeadamente quando a matéria do litígio assente decisivamente em facticidade em que só as próprias partes formais na causa tenham intervindo pessoalmente ou de que tenham conhecimento directo, exclusivo ou privilegiado.

5. Perante a morosidade das acções que visam obter a definitiva composição dos litígios, tem de ser conferido um particular relevo à disciplina dos **procedimentos cautelares** e dos **procedimentos autónomos urgentes**.

Quanto a este tema, introduzem-se na lei de processo dois regimes **absolutamente inovatórios** e que se espera poderem contribuir de forma relevante para a diminuição de pendências e tempos de decisão, evitando, nomeadamente as demoras inerentes a uma *sistemática repetição* de processos (o procedimento cautelar e a acção principal, necessariamente proposta pelo requerente da providência) em consequência de se conferir um relevo irrestrito aos princípios da *instrumentalidade* e da *provisoriedade* dos procedimentos cautelares:

O primeiro deles, traduz-se na previsão de **procedimento urgente -autónomo e auto-suficiente – destinado a possibilitar a obtenção de uma decisão particularmente célere** que, em tempo útil, **assegure a tutela efectiva do direito fundamental de personalidade dos entes singulares** – arts. 1474º, 1475º e 1475º-A.

Partindo do procedimento de *jurisdição voluntária* que constava da lei de processo (de muito escassa utilização prática), constrói-se um inovatório **procedimento autónomo para tutela urgente dos direitos de personalidade**: confere-se-lhe assim uma fisionomia radicalmente diferente, permitindo que seja *requerido o decretamento das providências concretamente adequadas a evitar a consumação de qualquer ameaça ilícita e directa à personalidade física ou moral de ser humano ou a atenuar, ou a fazer cessar, os efeitos de ofensa já cometida*.



*Apresentado o requerimento com o oferecimento das provas, se não houver motivo para o seu indeferimento liminar, o tribunal designa imediatamente dia e hora para o julgamento.*

*A contestação é apresentada na própria audiência, na qual, se tal se mostrar compatível com o objecto do litígio, o tribunal procurará conciliar as partes.*

*Na falta de alguma das partes ou se a tentativa de conciliação se frustrar, o tribunal ordena a produção de prova e, de seguida, decide, por sentença, sucintamente fundamentada.*

*Se o pedido for julgado procedente, o tribunal determina o comportamento concreto a que o requerido fica sujeito e, sendo caso disso, o prazo para o cumprimento, bem como a sanção pecuniária compulsória por cada dia de atraso no cumprimento ou por cada infracção, conforme for mais conveniente às circunstâncias do caso.*

*Admite-se que possa ser proferida uma decisão provisória, irrecorrível e sujeita a posterior alteração ou confirmação no próprio processo se o requerimento permitir reconhecer a possibilidade de lesão iminente e irreversível da personalidade física ou moral e se, em alternativa:*

- a) O tribunal não puder formar uma convicção segura sobre a existência, extensão, ou intensidade da ameaça ou da consumação da ofensa;*
- b) Razões justificativas de especial urgência impuserem o decretamento da providência sem prévia audiência da parte contrária.*

*Os recursos interpostos pelas partes devem ser processados como urgentes.*

*Finalmente, a execução da decisão é efectuada oficiosamente e nos próprios autos, sempre que a medida executiva integre a realização da providência decretada, e é acompanhada da imediata liquidação da sanção pecuniária compulsória.*

6. A segunda alteração fundamental realizada nesta sede e com estes objectivos situa-se em sede de disciplina dos procedimentos cautelares, quebrando o tradicional princípio segundo a qual estes são, sempre e necessariamente – por via de uma incontornável nota de instrumentalidade – dependência de uma causa principal, obrigatoriamente proposta pelo **requerente** com vista a evitar a caducidade da providência cautelar decretada em seu benefício e a suportar a possível responsabilidade pelos danos causados.

Esta tradicional configuração normativa, assente numa necessária e irrestrita *instrumentalidade* do procedimento cautelar, conduz frequentemente a situações em que, na prática, se tenha de **repetir inteiramente**, no âmbito da acção principal, a mesma controvérsia que tinha acabado de ser apreciada e decidida **com inteira ponderação e segurança** no âmbito



do procedimento cautelar – sendo duvidoso que o mero argumento, extraído do facto de, na causa principal, o requerido gozar de *garantias processuais formais* superiores às que caracterizaram o procedimento cautelar, possa justificar cabalmente os custos e demoras decorrentes desta sistemática **duplicação de procedimentos**, ao menos nos casos em que, apesar das menores garantias formais, a decisão cautelar possa ter **solucionado efectiva e razoavelmente** o litígio que opunha as partes.

Para alcançar tal desiderato, configuravam-se como possíveis várias vias jurídicas:

- a) a **antecipação da decisão final** do litígio na âmbito do próprio procedimento cautelar, em termos análogos aos que estavam previstos no *processo experimental*, segundo o qual (art. 16º do DL 108/2006, de 8 de Junho) *quando tenham sido trazidos ao procedimento cautelar os elementos necessários à resolução definitiva do caso, o tribunal pode, ouvidas as partes, antecipar o juízo sobre a causa principal*.
- b) a eliminação, pura e simples, do requisito da *instrumentalidade* do procedimento cautelar, passando a subsistir apenas a característica da *provisoriedade*: assim, não existiria qualquer *ónus de proposição da causa principal*, nem a cargo de requerente, nem a cargo de requerido, tendo apenas *qualquer deles* – requerente ou requerido – a faculdade de, a todo o tempo, instaurarem acção principal em que discutissem o direito acautelado ou os efeitos antecipatórios da providência. Enquanto tal não ocorresse, a decisão cautelar subsistiria como *provisória*, sem formar caso julgado, podendo a estabilidade dos seus efeitos ser afastada pela decisão que, na causa principal impulsionada por qualquer das partes, a revogasse (veja-se a solução proposta no novo CPC brasileiro, arts. 289º e segs.);
- c) a **inversão do contencioso**, conduzindo a que, em determinadas situações, a decisão cautelar se consolide como definitiva composição do litígio, se o requerido não demonstrar, em acção por ele proposta e impulsionada, que a decisão cautelar não podia ter essa *vocação de definitividade*: consagra-se, pois, por esta via, uma *instrumentalidade atenuada ou mitigada*, já que:
  - por um lado, se admite que a medida cautelar decretada se possa **consolidar** como **definitiva** sem que seja interposta acção principal, mas neste caso como consequência de o requerido não cumprir o *ónus* que o juiz colocou a seu cargo;
  - por outro lado, esta solução evita que se possa *eternizar a provisoriedade* da medida ou providência cautelar decretada, já que se nenhuma das partes intentar, em prazo curto, acção definitiva a solução cautelar irá consolidar-se como definitiva composição da lide.



Ponderadas as vantagens e inconvenientes destes três possíveis modelos, acabou por se optar pelo terceiro, da *inversão do contencioso*, essencialmente por se considerar:

- que ele se configura como menos *agressivo* para os direitos e expectativas das partes e para o *princípio da confiança processual* do que o modelo da *antecipação da decisão final* no âmbito do próprio procedimento cautelar, uma vez que sempre será possível ao requerido no procedimento cautelar que, porventura, se considere injustiçado impugnar e *infirmar* a composição alcançada como solução tendencialmente definitiva para a lide;
- que evita a subsistência temporalmente indefinida de medidas meramente *provisórias*;
- que o regime de *inversão do contencioso* poderá ser aplicado a um muito maior número de situações práticas do que o regime de *convolação* constante do referido art. 16º; na verdade, a *antecipação da decisão*, aí prevista – para além de poder contender com o *princípio da confiança processual*, na medida em que se desencadeava uma solução definitiva do litígio no termo de um procedimento em que as partes tinham alegado e produzido prova na **justificada pressuposição** de que apenas podia estar em causa o decretamento de uma medida cautelar – só poderá razoavelmente ter lugar, no comum dos casos (em que não é possível antecipar e determinar com total precisão qual irá ser o objecto da causa principal), quando, proposta a causa principal pelo requerente antes de se mostrar dirimido o procedimento cautelar, se constatasse que os factos e as provas nela indicados coincidiam com a matéria a valorar no âmbito do procedimento cautelar (sendo, a nosso ver, inconcebível que se pudesse antecipar a decisão relativamente a pedido a formular em hipotética acção principal que, nesse momento, ainda se não mostrasse deduzido e cujo conteúdo fosse, pela plasticidade das situações jurídicas em litígio, relativamente indeterminável).

7. O regime estabelecido para a inversão do contencioso assenta nos seguintes traços fundamentais:

- a) a *inversão do contencioso* depende sempre de **requerimento** do interessado , a formular até ao encerramento da audiência final, não sendo, pois, *oficiosamente* decretável pelo juiz: é o requerente que deve valorar o seu interesse e, em consonância, decidir se lhe interessa ou não a *potencial definitividade e consolidação* da decisão cautelar;



Se o direito acautelado estiver sujeito a prazo substantivo de *caducidade*, (vg., acções possessórias, nos termos do art. 1282º do CC) esta *interrompe-se com o pedido de inversão do contencioso, reiniciando-se a contagem do prazo a partir do trânsito em julgado da decisão proferida sobre a questão.*

- b) tal requerimento está sujeito ao necessário *contraditório do requerido*: se tratar de procedimento sem contraditório prévio, o requerido pode opor-se ao pedido na oposição subsequente ao decretamento da providência, sendo a matéria da *inversão do contencioso* apreciada conjuntamente com a de tal oposição;
- c) o efeito de inversão do contencioso depende sempre de uma concreta valoração judicial: o juiz, *na decisão que decreta a providência*, pode inverter o contencioso, ***dispensando o requerente do ónus de propositura da acção principal, quando se verificarem cumulativamente dois requisitos:***
- a matéria adquirida no procedimento lhe permitir formar ***convicção segura*** acerca da existência do direito acautelado; e
  - a ***natureza da providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio***

A decisão que decreta a inversão do contencioso *só é recorrível em conjunto com o recurso da decisão sobre a providência requerida*; a decisão que a *indefira é irrecorrível*; e das decisões proferidas nos procedimentos cautelares, *incluindo a que determine a inversão do contencioso, não cabe recurso para o Supremo Tribunal de Justiça*, sem prejuízo dos casos em que o recurso é sempre admissível.

- d) Logo que *transite em julgado a decisão que haja decretado a providência cautelar e invertido o contencioso*, é o requerido notificado, com a ***admonição de que, querendo, deverá intentar a acção destinada a impugnar a existência do direito acautelado nos 30 dias subsequentes à notificação, sob pena de a providência decretada se consolidar como solução definitiva do litígio.*** Esse efeito verifica-se igualmente quando, proposta a acção, o processo estiver parado mais de 30 dias, por negligência do requerente ou o réu for absolvido da instância e o autor não propuser nova acção em tempo de aproveitar os efeitos da proposição da anterior.
- e) Como resulta do estipulado no art. 387º-C, n.º 1, o fim desta acção é ***impugnar a existência do direito acautelado***, o que significa – no nosso entendimento pessoal (embora este tema venha gerando interpretações divergentes na discussão da reforma) – que recai sobre o A. o **ónus** de demonstrar a *ilegalidade* ou *inadequação* da decisão que considerou como *tendencial composição definitiva* do litígio a



providência decretada, *infirmando-a*: não se trata, pois, de uma *acção de simples apreciação negativa*, em que, com base numa situação de *incerteza objectiva*, o A. se possa limitar a negar o direito reconhecido ao requerente da providência, fazendo recair inteiramente sobre este o ónus de provar os factos constitutivos do direito alegado, nos termos do n.º 1 do art. 342º do CC. A circunstância de o requerente *já dispor a seu favor de uma sentença jurisdicional favorável*, obtida embora num procedimento desprovido das garantias formais do processo comum, justifica e legitima, a nosso ver, a *inversão das regras normais sobre a repartição do ónus probatório*, cabendo ao A., na *acção negatória* que deve impulsionar, demonstrar ou que não existe, em termos de certeza prática, o direito acautelado ou que, afinal, a providência decretada não é idónea para servir de base à definitiva composição do litígio.

- f) Estabelece-se ainda que o regime de inversão do contencioso é aplicável, com as devidas adaptações, à generalidade dos *procedimentos cautelares nominados: restituição provisória da posse, suspensão de deliberações sociais* (com as particularidades de tempestividade e legitimidade para a causa principal previstas no art. 397º-A, em articulação com a disciplina da anulação de deliberações sociais estabelecida, nomeadamente, no Código das Sociedades Comerciais), *alimentos provisórios, embargo de obra nova, bem como às demais providências previstas em lei avulsa que tenham carácter antecipatório dos efeitos da acção principal*, (apenas se excluindo totalmente do âmbito deste instituto providências de cariz manifestamente conservatório, como o **arresto** e o **arrolamento**, ou fundadas em decisão precária e limitada quanto ao universo dos danos ressarcíveis, como é a que caracteriza o *arbitramento de reparação provisória*).

8. Exemplifiquemos o funcionamento deste regime de *inversão do contencioso* com uma situação banal: aquela em que os condóminos de certo edifício, lesados por *excesso de ruído* produzido por estabelecimento aí sediado, desencadeiam procedimento cautelar, destinado a obter a condenação do requerido a *abster-se da actividade lesiva*.

Como é sabido, no *regime actualmente em vigor*, decretada, por ex., a providência de *abstenção de funcionamento a partir de certa hora* – e ainda que tenha sido produzida prova cabal e plenamente fiável, incluindo pericial, no âmbito do procedimento cautelar, terá necessariamente de ser proposta a *acção principal* pelo requerente, sob pena de irremediável caducidade da providência - na qual se irá inevitavelmente reproduzir toda a argumentação já



deduzida no procedimento e repetir as provas ali produzidas, concluindo-se, vários anos depois, que o estabelecimento deve ser *definitivamente condenado a encerrar* na hora determinada na decisão cautelar.

Se o *novo regime* entrar em vigor, o lesado passará a poder:

- lançar mão do procedimento urgente autónomo, previsto e regulado no art. 1474º do CPC, desde que configure o efeito do excesso de ruído como uma lesão a *direitos fundamentais de personalidade*, obtendo nesse processo **autónomo urgente** uma decisão definitiva do litígio;
- se optar pela *via cautelar* e obtiver ganho de causa, poderá requerer ao juiz, até ao encerramento da audiência, a *inversão do contencioso*, o que fará naturalmente quando se lhe afigurar que a específica medida cautelar que irá presumivelmente obter *lhe serve como composição definitiva da lide* (não o fará, por ex., quando se lhe afigurar que a tutela definitiva do seu interesse só será alcançada, de modo satisfatório, através do encerramento *total* do estabelecimento ou da imposição de *obras de insonorização permanente*, optando então por obter tal efeito *mais intenso* em causa principal, por ele impulsionada);
- o juiz só decretará a inversão do contencioso quando o *grau de convicção* que tiver formado ultrapassar o plano do mero *fumus bonis juris*, face nomeadamente à amplitude e consistência da prova produzida e à evidência do direito invocado pelo requerente (ou seja, quando tiver por seguramente demonstrado que existe efectivamente um excesso de ruído inadmissível, lesivo dos direitos de personalidade afectados); e entender – ponderadas as razões invocadas pelas partes – que a composição de interesses alcançada a nível cautelar pode servir perfeitamente como *solução definitiva* para o litígio.

Note-se que, no sistema de *inversão do contencioso*, o juiz não profere (como sucede no caso de *antecipação da decisão*, nos termos do citado art. 16º) decisão para além do objecto típico do procedimento cautelar, decretando a providência requerida e que tenha por adequada à situação – limitando-se a aditar um *plus* a tal *decisão cautelar*: a sua vocação para representar uma *composição tendencialmente definitiva* do litígio, a qual se consolidará se o requerido não cumprir o ónus de propor a acção principal e de *nela infirmar* o juízo de certeza prática acerca da existência do direito acautelado ou a idoneidade da medida cautelar decretada para representar solução definitiva do litígio;



*Para aceder à videogravação da comunicação, clique no ícone abaixo apresentado*



C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## Saneamento e audiência preliminar



Texto inicialmente publicado na Revista do Ministério Público – Cadernos II, 2012,  
“Debate A Reforma do Processo Civil 2012”, pp. 23 a 35

O Centro de Estudos Judiciários agradece a autorização concedida pela Revista do  
Ministério Público e pelo autor

**[Paulo Pimenta]**



C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

### a) Preliminares

No momento em que nos encontramos, o tratamento do tema que me foi proposto – *saneamento e audiência preliminar* – implica o seu enquadramento na reforma, que está em curso, do processo civil português.

Quando se fala na reforma do processo civil, há que ter presente que, além da sempre necessária intervenção legislativa, nada será possível se não acontecer também uma reforma de mentalidades (talvez a reforma mais difícil de concretizar).

Tanto assim que o Preâmbulo do DL n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, diploma que sustenta o actual código, logo deixou esta advertência (a propósito do então novo princípio da cooperação):

*“Tem-se, contudo, plena consciência de que nesta sede se impõe a renovação de algumas mentalidades, o afastamento de alguns preconceitos, de algumas inusitadas e esotéricas manifestações de um já desajustado individualismo, para dar lugar a um espírito humilde e construtivo, sem desvirtuar, no entanto, o papel que cada agente judiciário tem no processo, idóneo a produzir o resultado que a todos interessa – cooperar com boa-fé numa sã administração da justiça”.*

Por outro lado, para reflectir, hoje, em Março de 2011, sobre a reforma do processo civil e para propor ou sugerir soluções (algumas delas bem simples de implementar, caso houvesse uma adesão efectiva dos seus destinatários, em vez da habitual rejeição, típica do *velho do Restelo*), mostra-se útil uma incursão por aquilo que foi sucedendo, em particular nos últimos 25 anos.

### b) Antecedentes do actual do CPC

Como é sabido, o nosso 1.º CPC data de 1876, tendo surgido na sequência do 1.º Código Civil (Código de Seabra), que remonta a 1867.

O 2º CPC é o de 1939 (DL n.º 26.637, de 28 de Maio), sendo muitas vezes referido como o “código do Professor José Alberto dos Reis”, tal o relevo do labor deste mestre de Coimbra, não só em toda a legislação que, com início em 1926, preparou o aparecimento do CPC de 1939, mas também no minucioso e extenso trabalho doutrinário que desenvolveu, antes e depois de 1939.

O 3º CPC é o de 1961 (DL n.º 44.129, de 28 de Dezembro), que vigorou até 31/12/1996.

Sucedem que, na vigência do CPC de 1961, a partir de 1984 e até hoje, é possível detectar um imparável (e, tanto vezes, tortuoso) movimento de intervenções legislativas que parece



não ter fim, a ponto de ser possível dizer que o legislador também não tem ajudado muito no sentido de termos um regime processual civil devidamente estabilizado e assimilado.

Este, digamos, *movimento perpétuo legislativo* remonta, pelo menos, ao ano de 1984<sup>1</sup> data em que foi empossada a Comissão Varela, como ficou conhecida, por referência à pessoa do seu presidente, o Prof. Antunes Varela.

Essa Comissão apresentou, logo no ano seguinte, um diploma que procedeu à chamada Reforma Intercalar (DL n.º 242/85, de 9 de Julho), procurando acudir às situações mais prementes do processo civil vigente.

Entretanto, prosseguindo os seus trabalhos, a Comissão Varela apresentou o Anteprojecto de 1988, o qual veio a ser reformulado e substituído pelo Projecto de 1990.

É curioso recordar que, tendo concluído os seus trabalhos em 1990, a Comissão Varela apresentou ao Ministro da Justiça o Projecto de Código de Processo Civil.

Em vez de lhe dar o seguimento que seria natural e previsível, o Governo reteve o dito Projecto, só o tornando público cerca de três anos mais tarde.

Pelo meio, no início do ano de 1992, foi lançada uma nova e diferente iniciativa, cometida a um outro grupo de trabalho, de cujo desempenho deveria resultar um novo anteprojecto de Código de Processo Civil<sup>2</sup>.

O primeiro passo desse grupo de trabalho foi a definição das “Linhas orientadoras da nova legislação processual civil” concluídas em finais de 1992, das quais se partiria, então, para a elaboração do dito novo anteprojecto<sup>3</sup>.

Essas “Linhas orientadoras” são o antecedente mais próximo do actual CPC, cujo diploma de suporte é o DL n.º 329-A/1995, de 12 de Dezembro, o qual apontava o dia 01 de Março de 1996 para o início de vigência do novo código.

Sucedo que, por força da alteração da conjuntura política então verificada (o DL n.º 329-A/1995 foi aprovado em Conselho de Ministros de 24/08/1995, no segundo governo de maioria absoluta do PSD), foi postergado para 15 de Setembro de 1996 aquele início de

---

<sup>1</sup> Como se compreende, para este âmbito, não importa tratar as alterações – algumas delas bem importantes – que o CPC de 1961 foi sofrendo ao longo dos tempos. Apesar disso, merecem registo as realizadas pelo DL n.º 47.690, de 11/05/1967, com vista a adaptar a legislação processual ao novo código civil, em vigor desde 01 de Junho de 1967, e pelo DL n.º 368/77, de 03/09, determinado pela nova ordem constitucional subsequente ao 25 de Abril de 1974.

<sup>2</sup> Cfr. o Despacho n.º 12/92, de 27/01, do Ministro da Justiça, Dr. Laborinho Lúcio.

<sup>3</sup> O texto das “Linhas orientadoras” foi tornado público numa edição, sem data, do Ministério da Justiça. Encontra-se também publicado no Boletim da Ordem dos Advogados, 2/93, ps. 51 e ss., bem assim na revista *Sub Judge – Justiça e Sociedade*, n.º 4, 1992, ps. 37 e ss.



vigência (cfr. o art. 1.º da Lei 6/96, de 29 de Fevereiro), acabando por ser diferido para 01 de Janeiro de 1997 (cfr. o art. 5º da Lei nº 28/96, de 2 de Agosto), o que deu tempo a que ainda fosse publicado o DL nº 180/96, de 25 de Setembro (aprovado em Conselho de Ministros de 14/08/1996, já no governo de maioria absoluta do PS).

Como se vê, a revisão do Código de Processo Civil durou cerca de 13 anos, tantos quantos passaram entre 1984 e 1997.

### c) CPC de 1995

Apesar de ter entrado em vigor em 1 de Janeiro de 1997, costumo designá-lo como CPC de 1995, por ser desse ano o diploma que lhe serve de suporte.

Por outro lado, entendo que se trata, realmente, de um novo código, já que marca a passagem para uma concepção social do processo (pondo fim, em definitivo, à vertente liberal que remontava a 1876).

Anotemos algumas das características principais do novo CPC, o que logo vai permitir perceber como, 15 anos decorridos desde 1997, há muita coisa por cumprir.

Assim:

- reforço do princípio do contraditório e proibição das “decisões surpresa” (art. 3º .4)<sup>4</sup>;
- consagração do princípio da adequação formal (art. 265º-A);
- consagração do princípio da cooperação (art. 266º);
- visão do processo como uma “comunidade de trabalho” em que participam activamente o juiz, os advogados e as partes;
- responsabilização de todos os intervenientes pela realização dos fins do processo;
- o fim do processo já não é só a descoberta da verdade (verdade processual), mas a justa composição do litígio (arts. 265º .3 e 266º .1);
- a decisão justa não é a que radica simplesmente na matéria originariamente alegada pelas partes, sem atenção aos factos realmente ocorridos;
- o objectivo é garantir a adequação da sentença à realidade extraprocessual;
- o processo é um serviço que o Estado presta aos cidadãos, fornecendo-lhes meios para realizarem o seus direitos subjectivos;

<sup>4</sup> Os preceitos sem indicação de origem respeitam ao Código de Processo Civil vigente desde 01/01/1997, com as alterações entretanto ocorridas.



- o processo não é mais orientado por uma visão privatística (liberal, duelística, em que o juiz é o mero “*convidado de pedra*” e as partes dispõem do processo como coisa sua – princípio do dispositivo);
- mas também não é orientado por uma visão autoritária (em que a administração da justiça civil é tida como uma questão de Estado, ao ponto de as partes estarem ao serviço do processo, e não este ao serviço daquelas; nessa visão, o poder de direcção do juiz (activismo judiciário) existia como forma de assegurar a realização dos fins do processo (descoberta da verdade), mas os fins do processo continuavam limitados ao tradicional dispositivo, num rígido esquema de Ónus, deveres, preclusões e cominações (verdade formal ainda);
- a nova concepção do processo implica poderes e deveres para as partes e para o juiz (os poderes do juiz são poderes-deveres ou poderes funcionais);
- restrição do dogma da prioridade formal dos pressupostos processuais e consagração do princípio da prevalência do fundo sobre a forma (art. 288º .2 e 3);
- consagração da regra geral da sanabilidade da falta de pressupostos processuais (art. 265º .2), impondo-se ao juiz providenciar nesse sentido<sup>5</sup>;
- atenuação de preclusões ligadas ao Ónus de alegação: às partes apenas compete alegar os factos que integram a causa de pedir e aqueles em que se baseiam as excepções (art. 264º .1);
- consagração do convite ao aperfeiçoamento fáctico dos articulados (art. 508º .3), a ser entendido como um poder-dever ou um poder funcional, como expressão do dever de esclarecimento do tribunal próprio da ideia de cooperação (art. 266º .2);
- ampliação dos poderes cognitivos do tribunal: na decisão podem ser considerados factos não alegados inicialmente, sejam factos instrumentais (art. 264º .2), sejam factos complementares ou concretizadores dos factos principais inicialmente alegados (art. 264º .3), o que pode implicar a ampliação da base instrutória (art. 650º.2.f));
- reforço dos poderes instrutórios do juiz, com o intuito de assegurar, além da descoberta da verdade (art. 264º.3 do CPC de 1961), a justa composição do litígio (art. 265º.3);
- consagração da audiência preliminar (art. 508º-A) como uma peça fundamental da nova arquitectura processual civil (meio de privilegiar a conciliação; meio de acionar o princípio da oralidade e do diálogo; meio de envolver todos intervenientes

<sup>5</sup> Recorde-se que Portugal era o *recordista europeu* das decisões de absolvição da instância.



processuais na definição dos contornos da questão decidenda e na definição do objecto da prova );

- flexibilização do acto de selecção da matéria de facto (art. 511º), com a criação da base instrutória, visando pôr fim ao *velho* questionário, figura instituída em 1932 (DL nº 21:694, de 29/09/1932) e que era uma idiossincrasia nacional, pois não encontrava paralelo nos ordenamentos estrangeiros;
- consagração do registo da prova e previsão de um duplo grau de jurisdição em matéria de facto (arts. 522º-B, 690º-A; 712).

Apesar de estarmos perante um novo código, que instituiu um novo paradigma, a verdade é que, no quotidiano forense, as diferenças em relação ao passado não são tão visíveis como seria de esperar.

Vejamos, pensando na 1.ª instância:

- os advogados continuam a elaborar articulados como antigamente, alegando tudo e mais alguma coisa, ignorando a distinção entre factos essenciais e factos instrumentais (dir-se-á que o fazem por cautela, pois mais vale de mais do que de menos);
- os juízes continuam a elaborar bases instrutórias como se ainda estivéssemos no tempo do “questionário”, perguntando tudo e mais alguma coisa (dir-se-á que a isso os obriga o modo como os articulados são construídos, mas esse argumento é menos certo, já que o juiz tem poderes e competências para pôr ordem no processo);
- a audiência preliminar, figura tão frutuosa noutros ordenamentos, foi mal recebida por todos ou quase todos;
- mesmo quando se realiza, a audiência preliminar é algo quase sempre sem sentido (desde logo, é comum ser convocada sem se cumprir realmente o n.º 3 do art. 508º-A; depois, raramente os mandatários e os juízes se preparam convenientemente para a diligência; além disso, fruto do modo como é entendida a “base instrutória”, é virtualmente impossível que seres humanos normais resistam à elaboração de dezenas ou centenas de “quesitos” que procuram cobrir ao pormenor o que, de forma desregrada, foi articulado; é ver os advogados a acharem que tudo é essencial para ser seleccionado; é ver os juízes a transporem para a base instrutória, em bloco e acriticamente, o que foi vertido nos articulados);
- como continua a raciocinar-se à *moda* do Prof. José Alberto dos Reis, leva-se a preceito a máxima segundo a qual a um facto deve corresponder um “quesito”, de



modo a que a resposta a tal “quesito” possa ser, tanto quanto possível, dada com as sacramentais fórmulas “*provado*”, “*não provado*”, “*provado apenas que*” ou “*prejudicado*”;

- em consequência, a produção de prova na audiência final, em particular a inquirição de testemunhas, transforma-se numa espécie de lotaria: há juízes que apenas permitem que o advogado pergunte à testemunha aquilo que está no “quesito” (pois, supostamente, é só a isso que o juiz vai responder); há juízes que, pelo contrário, não permitem tal técnica de inquirição (a pretexto de que induz a resposta, tendo os advogados de *jazer a pergunta por outras palavras*); há juízes que estão sempre a indagar a qual “quesito” corresponde cada pergunta feita pelo advogado; há advogados que se dedicam a interromper a inquirição do colega com o comentário (provocatório) de que a pergunta não interessa porque não está na base instrutória; há juízes que embarcam na provocação e logo advertem o advogado para que limite a instância ao “objecto da prova”, acrescentando que, se fosse para produzir prova sobre tais pontos, deveria isso ter sido alegado nos articulados, etc., etc.;
- não se trata de culpar ninguém, mas muitos profissionais forenses parecem não ter reparado que o art. 513º do CPC tem uma redacção nova desde 01 de Janeiro de 1997 (antigamente, a lei dizia que as diligências destinadas à produção de prova só podiam recair sobre os *factos constantes do questionário*; hoje, a instrução tem por objecto os *factos relevantes para o exame e decisão da causa* que devam considerar-se controvertidos ou necessitados de prova; esta diferença abissal resulta da atenuação do dispositivo e do ónus de alegação, em conjugação com o reforço dos poderes cognitivos do tribunal; enquanto não assumirmos isto, viveremos no processo civil do passado e conseguiremos sempre encontrar nas brilhantes páginas escritas por José Alberto dos Reis justificação para tal modo de vida ... );
- acresce que muitos profissionais forenses também parecem não ter reparado nos nºs. 2 e 3 do art. 264º e na alínea f) do nº 2 do art. 650º, que permitem, com toda a naturalidade, a ampliação da base instrutória;
- em perfeita articulação com essa visão retrógrada e formalista, o despacho de julgamento da matéria de facto que é proferido após a produção de prova acaba por redundar, tantas e tantas vezes, num conjunto desgarrado e fragmentário de respostas, a ponto de dar à estampa um quadro factual lacunoso, confuso e inerte, em vez de expressar a dinâmica que animava a realidade a que os autos se reportam,



em vez de traduzir um quadro fáctico coerente e sustentado, verosímil e compatível com a realidade da vida;

- desde 01 de Janeiro de 1997, nada obsta a que, no julgamento da matéria de facto, o juiz exponha *a sua versão integral* acerca do quadro fáctico litigioso, de acordo com a convicção que tenha formado a partir da prova produzida;
- estas são algumas das razões por que um advogado que tivesse falecido antes de 1997 se sentiria perfeitamente actualizado se ressuscitasse e entrasse hoje num dos nossos tribunais;
- estas são algumas das razões por que dois ilustres advogados, José Miguel Júdice e João Correia, há uns anos, publicaram na Revista da Ordem dos Advogados um artigo intitulado “*Morra Alberto dos Reis*” (sintomaticamente, o título do artigo mal recebido por muita gente);
- foi também pela constatação de que o passado continua a condicionar o presente que um ilustre processualista, José Lebre de Freitas, escreveu o seguinte:

*“O exemplo do velho despacho saneador é sintomático: durante anos, criticaram-se a especificação e o questionário; a revisão de 1995-1996 afirmou tê-los suprimido; rebaptizados, ambos, porém, permanecem, muito ao jeito do que José Alberto dos Reis concebeu; sobretudo, os juízes, seus principais críticos, hoje expressamente autorizados a aligeirá-los, raro é que não prefiram a segurança do velho esquema, que melhor lhes permite o controlo da prova e do julgamento.*

*Se a isto assistisse, e por muita seriedade que fosse a sua, José Alberto dos Reis por certo sorriria”.*

#### **d) Perspectivas de futuro**

Aqui chegados, pode dizer-se que as virtualidades do CPC de 1995, ao nível da acção declarativa, não estão suficientemente exploradas<sup>6</sup>.

Atentando no que ficou dito acima, importa enfatizar que há um indelével nexu entre a atenuação do ónus de alegação das partes, o reforço dos poderes cognitivos do tribunal, a abolição do questionário, o âmbito do objecto da prova, a possibilidade de ampliação da base

<sup>6</sup> Não significa isto que certas previsões do CPC de 1995 não sejam, elas próprias, aqui e ali, geradoras de equívocos.



instrutória e o julgamento da matéria de facto, sendo que estes pontos têm uma dimensão própria desde 01/01/1997.

Simultaneamente, há que dizer que a audiência preliminar, também criada com efeitos a 01/01/1997, desempenha uma função essencial na materialização da nova dimensão daqueles pontos.

A experiência dos anos de vigência do CPC de 1995 mostra que a desejada e necessária *reforma das mentalidades* não foi ainda alcançada.

Como não se pode esperar indefinidamente que os operadores judiciários (todos eles) mudem os seus hábitos quanto ao modo de agir em processo, mais a mais se muitos desses hábitos assentam numa atitude algo comodista (conformada) e individualista (egoísta), é caso para o legislador ser mais assertivo e incisivo, é caso para o legislador consagrar soluções que representem um efectivo corte com o passado, de tal forma que os operadores judiciários não consigam (ainda que queiram) manter os ditos hábitos, é caso para a lei deixar de prever algumas *muletas* de que uns e outros se vão socorrendo, neste, naquele e em todos os processos, acabando por levar a que tudo vá continuando na mesma.

É minha convicção que a promulgação de um código inteiramente novo teria a vantagem de, além de pôr fim a certa dispersão e confusão legislativa, nos fazer compreender que estamos mesmo perante um novo regime processual civil (de resto, só o facto de ser alterada a sistematização do diploma já seria um importante contributo).

Até lá, porque um código completo implica tempo e meios de que não se dispõe no imediato, é possível operar algumas benfeitorias no processo declarativo.

Uma das principais benfeitorias é a de *recentrar a audiência preliminar* enquanto plataforma de ligação entre a etapa dos articulados e a etapa da audiência final, tudo à luz da ideia de que a acção declarativa deve ser concentrada e organizada em função de três momentos capitais: articulados, audiência preliminar e audiência final. Com efeito, os articulados (que se destinam à apresentação do litígio em tribunal) devem confluir na audiência preliminar e desta se deve partir para a audiência final (cuja programação deverá ser feita na audiência preliminar).

Quanto aos articulados, importa salientar que o ónus de alegação que impende sobre as partes se limita aos *factos essenciais*, não sendo preciso incluir nessas peças escritas pontos de facto de natureza instrumental<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> O que radica na circunstância de os factos instrumentais terem uma função meramente probatória, não sendo próprio deles preencher tipos legais.



Equivale isto a dizer não há (nem pode haver) ónus ou preclusões relativamente a factos instrumentais, razão pela qual as partes não hão-de ter *receio* de que o Juiz desatenda ou ignore tais factos na altura própria.

Assim sendo, depois de, nos articulados, alegarem os *factos essenciais* que constituem a causa de pedir e aqueles em que se baseiam as excepções deduzidas, os mandatários das partes encontram-se com o juiz da causa na audiência preliminar.

Quer isto dizer que, em regra, e falando do processo comum ordinário, a audiência preliminar deverá ser de realização obrigatória<sup>8</sup>.

Tendo a audiência preliminar, essencialmente, as funções que vemos assinaladas no art. 508º-A, deve dizer-se que, numa perspectiva de futuro, há dois aspectos que só com a realização desta audiência podem ficar realmente assegurados.

Um é o da prolação, após debate, de despacho destinado à “fixação das matérias controvertidas” (identificação do *objecto* do litígio e *enunciação das questões essenciais de facto que constituem o tema da prova*).

O outro é o da “programação da audiência final” (os actos a praticar na audiência final, o número de sessões, a sua provável duração e respectivas datas).

Quanto à “fixação das matérias controvertidas”, importa assinalar que não tem qualquer correspondência com a actual “base instrutória”, menos ainda com o antigo “questionário”.

Do que se trata, por um lado, é de antecipar para a fase do saneamento do processo a delimitação (do *objecto* do litígio) que o juiz incluirá na sentença (art. 659º .1).

Por outro lado, em conjugação com a solução de que os articulados hão-de conter (primordialmente) “factos essenciais”, trata-se de delimitar o *objecto* (tema) da prova.

Numa perspectiva de cooperação e de diálogo, cabendo embora ao juiz proferir esse despacho destinado a delimitar o *objecto* do litígio e a delimitar o *objecto* da prova, é evidente que tal delimitação deverá ser antecedida de debate. A propósito, note-se que a alínea c) do n.º 1 do art 508º-A passará a ter uma real utilidade, porquanto uma discussão sobre as posições das partes poderá contribuir com efectividade para uma melhor delimitação do *objecto* do litígio e do *objecto* da prova.

Cumprir dizer que deixará de fazer sentido pensar em “quesitos” ou em algo de similar<sup>9</sup>, pois tudo será diferente, já que o conceito de “tema da prova” tem uma amplitude que não se coaduna com uma visão atomística e espartilhada de pontos de facto.

<sup>8</sup> Em princípio, só não será assim em dois casos: i) nas acções não contestadas que tenham prosseguido em regime de revelia inoperante; ii) nas acções que devam terminar no despacho saneador, desde que as excepções ou questões a apreciar já tenham sido debatidas nos articulados.



Em consequência, a previsão do art. 633º deverá ser abandonada, pois as testemunhas não serão arroladas para depor sobre concretos factos, atomisticamente considerados e previamente enunciados, mas sobre aquilo que for o tema da prova (com a alteração necessária do art. 638º)<sup>10</sup>.

Nessa medida, o que balizará o depoimento testemunhal será a razão da ciência da testemunha quanto ao tema da prova. De resto, destinando-se a prova à demonstração da realidade dos factos (art. 341º do Código Civil), tudo aquilo que for aportado aos autos pela testemunha haverá de ser tido em conta, salvo quando não interesse para a justa composição do litígio.

Ao mesmo tempo, tomar-se-á claro que, dentro dos limites da causa de pedir e das excepções que constam dos articulados, a instrução da causa não está sujeita a qualquer espartilho, sendo de considerar os factos instrumentais que surjam (dada a sua função probatória dos factos essenciais) e sendo também de considerar os factos complementares e concretizadores dos factos essenciais inicialmente alegados que brotem dessa instrução<sup>11</sup>. Daqui resulta, inequivocamente, a garantia que permitirá às partes apresentar articulados mais curtos e concisos.

Na mesma linha, o “julgamento da matéria de facto” implicará que o juiz indique quais os factos provados e não provados, mas isso numa formulação completa, estruturada e articulada, susceptível de expressar um quadro factual lógico, coerente e acabado, em vez das habituais respostas avulsas e sincopadas<sup>12</sup>. Por isso, será importante reforçar a previsão do art. 653º, em termos de ficar patente que, na decisão (de facto) a proferir, o juiz deverá tirar as devidas ilações dos factos instrumentais apurados nos autos, assumindo isso mesmo ao fumar as correspondentes presunções judiciais<sup>13</sup>

---

<sup>9</sup> Como sabemos, a actual “base instrutória”, tal como usa ser entendida (e praticada), reconduz-se à técnica dos antigos “quesitos”, quando não era esse o objectivo do legislador em 1995/1996.

<sup>10</sup> Afigura-se que, não obstante a evolução face ao CPC de 1961, previsões do género da contida no art. 633º e no n.º 1 do art. 638º do actual código contribuíram para os equívocos relativos ao conteúdo da base instrutória e ao modo de inquirir testemunhas em audiência.

<sup>11</sup> A consideração dos factos instrumentais e dos factos complementares ou concretizadores já está prevista no art. 264º, mas a sua formulação deverá ser afinada à luz do novo quadro.

<sup>12</sup> Aliás deixando de haver “questões” nos moldes a que estamos habituados, não pode haver respostas a questões que não se colocam...

<sup>13</sup> Do reforço da previsão do art. 653º resultará, mais uma vez, a confirmação de que não há preclusões em sede de alegação de factos instrumentais, dada a sua (nunca é de mais recordá-lo) função probatória relativamente aos factos essenciais.



Voltando às “*questões essenciais de facto que constituem o tema da prova*”, reparemos que a respectiva amplitude tornará a sua enunciação, além de mais racional e útil, um acto exequível em qualquer audiência preliminar<sup>14</sup>.

No que respeita à “*programação da audiência final*”, a audiência preliminar permitirá que a data da audiência final seja marcada “por acordo de agendas” entre o juiz e os mandatários. Além disso, permitirá que o juiz e os mandatários estabeleçam, sempre de modo cooperante e dialogante, os termos em que, previsivelmente, a audiência final deverá desenrolar-se.

Note-se que tal forma de marcação da data (ou datas) da audiência final deverá ter um importante reflexo na restrição dos casos de adiamento, pelo que se impõe reformular o art. 651º em conformidade, criando um quadro em que seja (praticamente) inadiável tal audiência.

Sobre este ponto, há que referir que estaremos muito para além daquilo que consta hoje do art. 508º-A.2.b), pois não é apenas uma questão de data, mas de um verdadeiro “plano de actividades”. Aliás, nas nossas actuais acções ordinárias, este preceito tem poucas hipóteses de ser cumprido, pois na esmagadora maioria das comarcas a marcação da data da audiência final compete, não ao juiz da causa, mas ao juiz de círculo, o que obsta a qualquer ideia de diálogo e consenso na definição dos actos a praticar em audiência final.

Como é evidente, a solução proposta implicará uma alteração ao nível da organização judiciária, pois a configuração do novo esquema exige que seja o mesmo o juiz do processo em todas as fases da tramitação em 1.ª instância<sup>15</sup>.

Ao mesmo tempo, deverá assumir-se o fim da ficção do tribunal colectivo, com a consequente vantagem de, por ser o mesmo o juiz que conduz a audiência final (proferindo o despacho de julgamento de facto) e o juiz que lavra a sentença, perder relevo a distinção formal entre questão de facto e questão de direito.

#### e) Síntese

A exposição que antecede permite assumir que só faz sentido pensar nas virtualidades da audiência preliminar à luz de uma perspectiva global da própria acção declarativa. Além disso, permite concluir que qualquer alteração substancial destinada a recentrar a audiência

<sup>14</sup> Não é o que acontece hoje, em que temos bases instrutórias que se alongam por dezenas ou centenas de perguntas sobre pequenos ou pequeníssimos pontos de facto (a grande maioria, de natureza instrumental).

<sup>15</sup> Neste momento, nas acções ordinárias, isso só acontece nas comarcas cujo tribunal tem juízes privativos, ou seja, nas comarcas que têm varas (não contando aqui com as três comarcas-piloto instituídas pela Lei n.º 52/ 2008).



preliminar na dinâmica e na economia da acção só será lograda em conjugação com alterações mais amplas, pautadas estas pela afirmação e reforço do indelével nexo entre a atenuação do ónus de alegação das partes, o reforço dos poderes cognitivos do tribunal, o âmbito do objecto da prova e o julgamento da matéria de facto.

Noutro plano, a exposição que antecede contribui para assinalar a diferença entre o que temos e o que poderíamos ter nas acções declarativas cíveis, na certeza de que aquilo que temos não satisfaz as exigências de uma verdadeira e plena justiça material, que é, afinal, o que se espera de uma decisão judicial, tanto mais que muitas das decisões que conhecem do mérito da causa estão (ainda) ancoradas em critérios decisórios nos quais a forma prevalece sobre a substância.

Paulo Pimenta

Mestre em Direito, Docente Universitário, Advogado

Membro da Comissão da Reforma do Processo Civil



## A reforma da base instrutória: uma regressão



Texto inicialmente publicado na Revista do Ministério Público – Cadernos II, 2012,  
“Debate A Reforma do Processo Civil 2012”, pp. 37 a 48

O Centro de Estudos Judiciários agradece a autorização concedida pela Revista do  
Ministério Público e pelo autor

**[Paulo Ramos de Faria]**



C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## Introdução<sup>1</sup>

Proponho-lhes um caminho para a análise da base instrutória de jusante para montante. Começarei com algumas ideias simples, embora discutíveis, sobre a decisão da matéria de facto e, num processo de regressão, tentarei chegar ao conteúdo útil da base instrutória. Para o fim ficarão algumas considerações sobre a audiência preliminar e sobre a autonomia dos sujeitos processuais na gestão do processo.

### Parte I – A base instrutória

#### O actual regime legal

1. O *objecto da decisão sobre a matéria de facto*. No processo comum na forma ordinária, assim como na forma sumária, o julgamento é caracterizado pela cisão entre a pronúncia sobre a matéria de facto, objecto do despacho (ou acórdão) previsto no art. 653/2, e a decisão de direito da causa, com lugar na sentença (art. 659) – embora nesta sede ainda possa ocorrer um julgamento de facto (art. 659/3).

A decisão sobre a matéria de facto não obedece à estrutura normal da pronúncia jurisdicional, paradigmaticamente descrita no art. 659/1/2 – enunciado da questão (relatório), discussão (fundamentação) e conclusão (decisão). Nela, inverte-se a ordem dos factores, principiando-se pelo segmento decisório (declaração dos factos que se *decidem* provados ou não provados), só depois se analisando criticamente a prova e se especificando os fundamentos que foram decisivos para a formação de convicção do julgador (a motivação) – cfr. os arts. 653/2 e 659 /3. Primeiro decide-se, e só depois se explica porque se decidiu como se decidiu.

O objecto deste *liminar* segmento decisório estava claramente descrito no art. 653, na sua redacção anterior à reforma de 1995/1996: *os factos quesitados*, ou seja, os factos constantes do questionário. Actualmente, a lei não é tão clara, embora se possa concluir do confronto entre diversas normas ( cfr., v.g., os arts. 650/2/f), 264/l/2, e 545/ 4) que o objecto

---

<sup>1</sup> O texto deste artigo serviu de ponto à minha intervenção no Debate sobre a Reforma do Processo Civil (Proposta da Comissão de Reforma), 15 e 16 de Março 2012, organizado pela Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa e pela Revista do Ministério Público. Construído ao correr da pena, sem quaisquer citações ou especiais referências doutrinárias ou jurisprudenciais, é agora divulgado mantendo algum do seu cunho coloquial, apenas se introduzindo alguns desenvolvimentos pontuais, exigidos pelo debate então mantido.



da pronúncia continua a ser a *matéria de facto descrita na base instrutória* sujeita a prova livre.

2. *O objecto da decisão sobre a matéria de facto (cont)*. Conforme se extrai do ponto anterior, e tomando como referência o julgamento com intervenção do colectivo, não se deve confundir o objecto do conhecimento do tribunal- que é o objecto da prova, conhecido não apenas no decisório do acórdão, mas também na argumentação probatória dispensada na motivação –, com o limitado objecto da decisão sobre a matéria de facto, isto é, com o objecto do segmento decisório liminarmente exarado nesta peça processual, que abre as portas da sentença à factualidade controvertida pertinente, dando-a por provada.

A sentença não tem de incluir, por serem para ela inúteis, os factos que já serviram os seus fins instrumentais. Por exemplo, na sentença não têm de constar (e, como tal, não devem) os factos respeitantes aos rastos de travagem, às manchas de sangue no pavimento ou à distância a que a viatura se imobilizou, mas apenas os factos essenciais deduzidos pelo tribunal a partir daqueles – como a velocidade a que circulava a viatura ou a circunstância de o atropelamento ter ocorrido sobre uma passadeira.

Os restantes factos referidos já serviram a sua função instrumental, devendo figurar na motivação da decisão sobre a matéria de facto, incluídos na explicação da presunção judicial que suportaram, sendo sindicáveis por instância superior, no contexto da impugnação da decisão que serviram e em que se inserem.

Na economia da decisão prevista no art. 653, os factos que virão a integrar a sentença constituem a *decisão (stricto sensu)*, o segmento decisório do acórdão.

São eles os factos *essenciais* que estimulam a norma de direito substantivo e os factos *instrumentais* necessários à afirmação de factos essenciais, quando este conhecimento só deva ter lugar na sentença – por exemplo, factos instrumentais (de prova livre) susceptíveis de servirem de base à presunção *legal* de um facto essencial ou que auxiliem na interpretação de um documento autêntico que deva ter lugar na sentença (art. 659/3). Os restantes factos instrumentais – que apenas servem de base a presunções judiciais, já afirmadas, como é devido, neste acto do tribunal colegial – integram os *fundamentos* da deliberação. Aqui se esgota a sua utilidade processual e daqui não devem passar para a sentença – daí se dizer deles que têm uma função meramente probatória. Têm de ficar exarados e claramente enunciados na exposição dos *motivos* a que o tribunal atendeu para considerar provado determinado facto principal; todavia, afirmado este, não serão reproduzidos na sentença.

O tribunal competente para o julgamento de facto já se pronunciou sobre os factos *essenciais* (ou *principais*, consoante a nomenclatura dilecta). Tomando em *consideração* (cfr. a



terminologia presente no art. 264) os factos *instrumentais*, o tribunal já deu como provado ou como não provado o facto (essencial) que espoleta uma determinada norma legal substantiva. Ora, se já houve pronúncia sobre todos os factos essenciais (de que o tribunal pode conhecer) servidos pelos factos instrumentais, de que serve transportar estes últimos para sentença? Acaso pode o juiz que profere a sentença, servindo-se desses factos instrumentais, desdizer o que o tribunal colectivo disse sobre os factos essenciais servidos por aqueles? O juiz que profere a sentença não é uma segunda instância com competência para reapreciar o julgamento de facto.

Do exposto se conclui que apenas integram o *objecto decisório* do acórdão (ou do despacho) sobre a matéria de facto, para além dos factos essenciais, os factos *instrumentais* de prova livre relativamente aos quais não pode haver pronúncia sobre o facto principal por eles servido (porque esta, excepcionalmente, deve ter lugar na sentença). Quando a pronúncia do facto essencial deve ocorrer nos referidos acórdão ou despacho, apenas aquele facto deve integrar o segmento decisório inicial. Os factos probatórios não integram o *objecto* da decisão, sendo antes *considerados* (art. 264) na sua *fundamentação*.

3. *O objecto da base instrutória*. Se a sentença, em razão da utilidade que para ela tem a matéria factual, condiciona o objecto da decisão de facto, este objecto condiciona o conteúdo da base instrutória; se a decisão de facto (o segmento decisório) serve a sentença, a base instrutória deve servir aquela decisão.

Como se disse, embora a lei não seja hoje tão clara (como era antes da reforma de 1995/1996), ainda se pode concluir que o *objecto da pronúncia* de facto (653/2) continua a ser a *matéria de facto descrita na base instrutória* sujeita a prova livre. Significa isto que a base da instrução é apenas *obrigatoriamente* integrada (inicial ou subsequentemente) pelos factos essenciais (em especial os de prova livre) alegados, pelos factos essenciais referidos no art. 264/3 e pelos factos instrumentais que servem factos essenciais que não podem ser objecto de prova livre.

Todo este sistema parece claro e coerente, sendo simples delimitar o objecto da base instrutória. Mas não é.

Desde logo, por um lado, o artigo 511, dedicado à organização da base instrutória, não nos diz exactamente isto (ou seja, que apenas integram a base instrutória os factos essenciais e, eventualmente, alguns dos instrumentais), mas sim que o juiz, ao fixá-la, selecciona a matéria de facto *relevante* para a decisão da causa (toda ela, *incluindo a factualidade meramente probatória*, que nem por isso deixa de ser da maior relevância para o julgamento



da causa), segundo as várias soluções plausíveis da questão de direito, que deva considerar-se controvertida.

Por outro lado, os conceitos em jogo são muitos e não são inequívocos: factos essenciais, principais, fundamentais, instrumentais (e *meramente* instrumentais), probatórios, acessórios, relevantes... Mesmo considerando apenas os conceitos empregues no art. 264, nem sempre a distinção entre os factos essenciais e os meramente instrumentais é fácil.

Acresce que, para além de ter de efectuar esta distinção, em face das diferentes soluções plausíveis de direito, de acordo com a sua perspectiva do litígio, o juiz, ponderando os ganhos e as perdas de tempo (elaborar uma base mais prolixa ou correr o risco de ter de vir a refazê-la), tem ainda que ter em conta o critério da parte, sempre lesta a reclamar (com o inerente aumento de serviço), e com o critério eventual do tribunal superior (que não hesitará em ordenar a correcção da omissão, quando entenda justificada).

Finalmente, quando os articulados são uma amálgama de factos e de direito sincreticamente expostos – o que ocorre com demasiada frequência –, justifica-se que a produção de prova seja, efectivamente, disciplinada, através de um instrumento rigoroso, operativo e fiável. De pouco serve elaborar uma base da instrução (enquanto ferramenta de simplificação da instrução) se nela se omitirem factos relevantes, apenas porque são apelidados de instrumentais, contando que, em sede de julgamento, os mandatários e o juiz mergulhem nos prolixos articulados, em busca de factualidade relevante (mas não essencial) não incluída, para sobre ela ser produzida prova ou para a fazer incluir, serodidamente, na base instrutória. Nestes casos, uma base que deixe de fora factos instrumentais relevantes, no lugar de simplificar, pode complicar a actividade instrutória e gerar equívocos<sup>2</sup>.

Estas contingências práticas e legais levam, actualmente, a que o juiz, prudencialmente, adopte uma solução maximalista, tudo incluindo na base instrutória, descrevendo todos os factos relevantes, quer essenciais, quer instrumentais e ainda que puramente probatórios).

### **A Reforma que se anuncia**

4. *A projectada reconfiguração da base instrutória.* O anteprojecto de revisão do Código de Processo Civil actualmente em discussão pública (que corresponde à proposta da Comissão da Reforma do Processo Civil, coordenada pelo Dr. João Correia, adiante Comissão) dá ao art.

---

<sup>2</sup> Se a demanda e a defesa se encontram bem estruturadas na petição inicial e na contestação, a base instrutória bem pode ser dispensada, quando a lei o autorize, ou organizada por remissão.



511/1, epigrafado de “Fixação das matérias controvertidas”, a seguinte redacção: “Quando a acção tiver sido contestada, o juiz profere despacho destinado a identificar o objecto do litígio e a enunciar as questões essenciais de facto que constituem o tema da prova”. Começo por salientar que este despacho tem aqui *dois* conteúdos que não se confundem: identificação do *objecto do litígio*; enunciação das *questões essenciais de facto que constituem o tema da prova*.

Exigindo-se que o tribunal enuncie as “questões essenciais de facto”, deixa a identificação do “objecto do litígio” de ter grande préstimo para a instrução da causa – embora permita orientar os sujeitos nas suas estratégias processuais, podendo facilitar uma maior objectividade no seu impulso instrutório<sup>3</sup>.

Sobre o objecto mais relevante do despacho agora previsto no art. 511, esclarece-nos a exposição de motivos que as “questões essenciais de facto”, ou a “matéria de facto relevante”, como ali é designada, no ponto A8.2., correspondem à “factualidade essencial controvertida”, “não havendo qualquer fundamento para incluir factos instrumentais ou probatórios” entre as “questões” assim enunciadas. Ora, este já é o sentido da actual lei, de acordo com a melhor doutrina e jurisprudência, a extrair da expressão “*matéria de facto relevante para a decisão da causa*”.

Tentando retirar algum sentido da alteração da redacção deste artigo, rapidamente concluiremos que, se antes era pacífico que a base instrutória podia (e devia, nalguns casos) incluir factos instrumentais, afigura-se que agora apenas os factos essenciais aí devem pontuar. Significa isto que estamos perante uma dessintonia entre o conteúdo da base instrutória<sup>4</sup> (contendo não mais do que os factos essenciais) e o conteúdo da decisão de facto (factos essenciais e *instrumentais* que devam arrimar à sentença) – cfr., *supra*, ponto 2. Com isto perde-se a primeira utilidade da base instrutória: delimitar o objecto da decisão sobre a matéria de facto.

Por outro lado, como já foi hoje aqui referido pelo Dr. Paulo Pimenta, pode retirar-se do confronto entre a actual redacção do art. 513 e aquela que existia antes da reforma de 1995/1996 que a instrução tem por objecto os factos relevantes alegados, e não apenas os que constam da base instrutória. Perdida está a segunda maior utilidade deste despacho: disciplinar a instrução da causa.

<sup>3</sup> O “objecto do litígio” poderá ter um conteúdo próximo das “questões que ao tribunal cumpre solucionar” (art.659/1).

<sup>4</sup> Por facilidade de exposição, assim continuaremos a designar o despacho de enunciação das questões essenciais de facto que constituem o tema da prova.



Exigindo-se ao juiz que elabore uma ferramenta de trabalho que, suposta e desejadamente, o deve auxiliar na instrução da causa e na decisão sobre a matéria de facto, ao elaborar esta putativamente nova base da instrução não deixará ele de tentar construir um instrumento processual que tenha tal préstimo, o que significa dizer que não deixará ele de elaborar uma base da instrução que inclua todos os factos objecto da instrução (art. 513) – todos os relevantes, ainda que meramente probatórios –, assim facilitando a sua disciplina a jusante, e objecto da decisão de facto (art. 653) – incluindo os instrumentais que devem, excepcionalmente, transitar para a sentença –, assim simplificando a sua decisão. Ou seja, não deixará o juiz de elaborar uma peça processual com as características que já hoje marcam as bases instrutórias elaboradas nos nossos tribunais.

Conclui-se, pois, que nada de verdadeiramente novo é agora consagrado, sendo a alteração, confessadamente – cfr. a exposição de motivos do projecto em discussão –, meramente terminológica. Mantendo-se os condicionalismos legais e práticos que levaram a que o antigo “questionário” sobrevivesse à reforma de 1995/1996, e não sendo possível, ao contrário do que parece resultar da exposição de motivos do anteprojecto, “quebrar definitivamente uma cultura” por decreto, há razões bastantes para temer que a nova redacção dada ao art. 511 não traga qualquer benefício ao processo civil *in action*<sup>5</sup>.

### **A Reforma desejável**

5. *Repensar a base instrutória.* Quer por força da lei actual, quer à luz da redacção do art. 511 agora projectada, os factos essenciais devem constar da base instrutória – sob pena da ocorrência de vício processual. Para além destes, como referi, mas agora apenas à luz da lei actual (e não da lei projectada), devem constar os factos instrumentais que servem factos essenciais sobre os quais o tribunal colectivo (ou o juiz singular competente para a decisão de facto) não se pode pronunciar.

Todavia, a base instrutória (ou a decisão equivalente) é uma mera ferramenta destinada a disciplinar a instrução da causa e a delimitar o objecto da decisão sobre a matéria de facto. Por esta razão, não devemos perder muito tempo com a discussão dogmática em torno do seu conteúdo – *v.g.*, se deve incluir apenas os factos essenciais, estes e os instrumentais ou quaisquer outros. O que importa saber é se a ferramenta especificamente construída é adequada ou não ao julgamento da causa concreta na qual foi elaborada. Sem grande

<sup>5</sup> Neste sentido, cfr. o parecer da ASJP, disponível em <http://www.asjp.pt/wp-content/uploads/2012/02/Parecer-reforma-do-CPC-Fevereiro-de-2012.pdf> (acedido em 15 de Março de 2012).



preocupação sobre a qualificação dos factos, há que construir uma *base* que permita uma instrução escoreta e esclarecida, assim como uma decisão sobre a matéria de facto completa.

Por esta razão, sendo o conteúdo da base instrutória aquele que acima se referiu, bem poderia ele ser outro – desde logo porque a enunciação de todos ou alguns dos factos essenciais é frequentemente dispensável (por não ser necessária para uma escoreta instrução ou para se apreender o objecto da decisão de facto), daí só ser obrigatória na forma comum ordinária. Poderia e deveria ser outro, muito mais plástico e verdadeiramente adequado ao caso concreto, permitindo uma instrução muito mais livre, conduzindo a uma decisão de facto mais fiel à realidade histórica.

Mas esta desejável maior plasticidade do conteúdo da base instrutória pressupõe uma mudança de paradigma, já perseguida pelo legislador desde 1995/1996, que passa pela aceitação, sem tibiezas, da elaboração de uma peça processual cingida à enunciação dos grandes *temas* probatórios, caminho que poderia pensar estar a ser trilhado na actual reforma, se a exposição de motivos não fosse tão clara a afastá-lo, deixando bem claro que “questões” significa “factos” essenciais articulados, e não grandes “temas” a tratar na instrução.

Esta limitação de conteúdo, por regra, não impede o juiz e os mandatários de elaborarem uma ferramenta mais pormenorizada, quando o caso o justifique. Pode esta base conter a descrição (ou enumeração, por remissão para os articulados) dos factos relevantes, principais ou principais e instrumentais, alegados pelas partes, assim como pode, se adequado fosse, assumir a forma de um verdadeiro questionário (factos sob interrogação), tal como previa a lei processual civil antes da reforma de 1995/1996 (art. 511). Deixa-se nas mãos dos juízes e dos advogados a elaboração da ferramenta adequada ao caso concreto.

Importante é, no modelo que proponho, que o tribunal enuncie com clareza qual é o tema geral da instrução – e já não delimitar preclusivamente o objecto da decisão de facto –, recorrendo para o efeito a qualquer estratégia de comunicação, a qualquer formulação escrita apropriada. O tema da instrução pode aqui ser identificado por referência a conceitos de direito ou conclusivos - *v.g.*, “a instrução da causa terá por objecto a residência permanente do locatário”, “terá por objecto o pagamento das quantias facturadas” ou “os danos não patrimoniais invocados”.

Apenas se exige que todos os sujeitos compreendam o que está em discussão.

6. *Devolver a centralidade à decisão da matéria de facto.* Já a decisão sobre a matéria de facto nunca se poderá bastar com tais formulações genéricas, de direito ou conclusivas, exigindo-se que o tribunal se pronuncie sobre os *factos* essenciais e instrumentais (que devam



transitar para a sentença) pertinentes à questão enunciada<sup>6</sup>. Significa isto que, neste modelo, ocorre a definitiva cisão entre o conteúdo da base instrutória (apenas esclarecendo o tema da instrução) e o conteúdo da decisão de facto (contendo os *factos* essenciais e instrumentais alegados relevantes naquele contexto temático).

A reformulação da base instrutória importa, assim, uma *deslocação do centro de gravidade* da discussão (em torno da classificação e da natureza da factualidade alegada) desse despacho, onde actualmente se encontra, para o despacho (ou acórdão) que decide a matéria de facto.

Apenas neste último despacho, e já não na elaboração da base instrutória, deve o tribunal ser rigoroso na restrição do seu objecto a determinada factualidade: os *factos essenciais* (em especial os de prova livre) *alegados*, os *factos essenciais referidos no art. 264/3*, e os *factos instrumentais* que servem *factos essenciais* que não podem ser objecto de prova livre – objecto este que deve resultar com clareza do texto legal, ao contrário do que ocorre na proposta de alteração do art. 511/1 em discussão. Ultrapassada a fase dos articulados e, findos estes, a possibilidade de julgamento imediato da causa – onde também assume especial relevância<sup>7</sup> –, só aqui deve o tribunal preocupar-se com a questão da delimitação dos conceitos de essencialidade ou de instrumentalidade (com vista à selecção criteriosa dos factos que devem ser incluídos no segmento decisório liminar do despacho sobre a matéria de facto). O legislador deveria, assim, cuidar em deixar bem claro no texto do art. 653 que a consideração (conhecimento) dos factos instrumentais que *não* sejam úteis à sentença – aqueles que servem *factos essenciais* sobre os quais cabe pronúncia do colectivo (actualmente) – deve ocorrer *apenas* na motivação do despacho que decide a matéria de

<sup>6</sup> No exemplo dado, não poderá dar por provado “habita no locado” – mas que lá dorme, confecciona e toma refeições, etc. –, “sofreu danos patrimoniais” – mas que ficou angustiado, etc. – ou “pagou as facturas” – mas que entregou um cheque que obteve pagamento, etc.

<sup>7</sup> Na fase dos articulados, alguma incoerência pode ser apontada à proposta da Comissão. Se, por um lado, consagra-se que as partes só devem alegar *factos essenciais* (nos articulados iniciais), por outro, em contraste com a solução experimentada sem engulhos no Regime Processual Civil Experimental, prevê-se a apresentação (regra) de um terceiro articulado, quando o réu se defende por excepção, ainda que esta seja meramente peremptória. Se a lei não previr a apresentação de uma réplica (por regra), a factualidade excepcionada pelo réu é tida por impugnada. Diferentemente, prevendo-se este articulado, serve ele a mesma função que resultaria da sua inexistência: com a sua dedução, o autor pode e deve (art. 505/1) impugnar os factos excepcionados pelo réu. Ora, se a factualidade *essencial* que ao demandante cabe alegar já está vertida na petição inicial, este terceiro articulado, a servir para algo que justifique a sua consagração – mais do que a mera impugnação das excepções, que já se alcançaria com a sua inexistência –, destinar-se-á à alegação de factos meramente *instrumentais* pelo autor.



facto, *não* integrando o seu segmento decisório. Recusar aos factos instrumentais este seu lugar na motivação da convicção, por se tratar de uma deterioração da sede do seu conhecimento (do decisório para a motivação), significa recusar a centralidade constitucional da fundamentação das decisões dos tribunais, no contexto da decisão sobre os pressupostos de facto da causa. Incluir os factos puramente instrumentais na motivação do despacho proferido (e não no decisório) não é degradá-los ou despromovê-los; é dotar de maior qualidade a decisão sobre os factos *essenciais* que vêm a ser os fundamentos da sentença, reconduzindo a motivação da pronúncia de facto, pelo enriquecimento que esta inclusão lhe proporciona, à centralidade que o art. 205/1 da CRP obriga. Só assim serão revelados, de modo claro e inteligível, os processos de formação da convicção, permitindo um controlo efectivo do dever de fundamentação e do julgamento de facto.

## Parte II – A audiência preliminar

7. *Autoritarismo, autonomia e processo judicial.* Nas últimas duas décadas, a Economia Comportamental, através dos seus principais cultores, como Dan Ariely e Daniel Kahneman, tem demonstrado que a maior *autonomia* dos agentes gera maior eficiência e produtividade na actividade desenvolvida (para além de bem-estar pessoal e comunitário).

No mesmo sentido, especialistas na organização e motivação dos sujeitos, como Dan Pink e Edward Deci, têm demonstrado que a gestão eficiente de qualquer organização ou projecto assenta, essencialmente, na *autonomia* dos agentes (mas também no desejo de mestria e na prossecução de um fim último de ordem superior).

Os seres humanos têm uma tendência inata para procurar novidades e desafios, para alargar e desenvolver as suas capacidades, para explorar e aprender. É esta a mais poderosa das motivações no desenvolvimento de uma actividade. No entanto, é uma motivação intrínseca frágil; para sobreviver exige um certo ambiente, marcado pela autonomia dos agentes.

As mais bem sucedidas empresas da actualidade, como a *Google*, a *Apple*, ou a *JM*, criaram ambientes de trabalho deste tipo, com resultados que falam por si. Elas apostam na autonomia dos seus profissionais para obterem resultados de excelência, sabendo e aproveitando-se do facto de todos termos uma necessidade inata de dirigirmos as nossas próprias vidas, de aprendermos ou de criarmos coisas novas e de nos melhorarmos, a nós e ao nosso mundo. O processo judicial é heurístico, envolve a permanente procura e descoberta de respostas individualizadas para a satisfação de cada concreto repto colocado. Não prescinde da criação, da originalidade, da inovação. Envolve a resolução novos e diferentes problemas a



cada passo. A satisfação destes desafios só é alcançável com um regime processual civil simples e flexível, que confie à capacidade e ao interesse dos intervenientes forenses a resolução rápida e eficiente do litígio<sup>8</sup>.

Promovendo-se a autonomia – colhendo-se os seus frutos, como a criatividade, a eficiência, a produtividade, a satisfação pessoal e o empenho-, não se está a encorajar a irresponsabilidade. Os sujeitos continuam a responder pelo resultado do seu trabalho e a generalidades das pessoas quer ser responsável e aceita ser responsabilizada por ele. Não se trata, pois, de um individualismo autocrático; trata-se de permitir a escolha, numa permanente interacção com os outros.

Todavia, no Código de Processo Civil português – avesso a estes modernismos –, os sujeitos processuais trabalham num ambiente *taylorista*. O processo desenvolve-se em actos simples e desinteressantes, como ferramentas pré-fabricadas. Neste ambiente, a estratégia seguida pelo legislador para motivar e levar os juízes a praticar tais actos é o recurso a incentivos extrínsecos e vigilância atenta. A reforma de 1995/1996 não veio alterar substancialmente este estado coisas. A cantada “comunidade de trabalho” continuou presa às formas preexistentes<sup>9</sup>, temendo-se a prepotência do juiz, a quem são limitados os efectivos poderes de gestão.

A pretexto de combater o autoritarismo judiciário, o legislador impõe um guião rígido a adoptar na marcha do processo, seguro de que pode reduzir toda a complexidade de uma lide a formas de processo preestabelecidas, supostamente integradas por actos de simples compreensão. Recusando conceder qualquer relevante autonomia aos sujeitos processuais – ao juiz, em especial –, controla-os, castigando qualquer desvio com a nulidade do acto – ferindo em especial os actos do tribunal- e convocando entidades disciplinares externas. Hoje, temos juízes mais preocupados em não praticar nulidades formais, em fazer sentenças para a inspecção, do que na sorte do processo, através da sua gestão dinâmica e criativa.

8. *A audiência preliminar obrigatória.* Fieis à tradição autoritária do legislador processual civil português, as mais recentes propostas de alteração do processo declarativo

<sup>8</sup> Cfr. a exposição de motivos do DL n.º 108/ 2006, de 8 de Junho.

<sup>9</sup> A doutrina, secundada pela jurisprudência, rapidamente se encarregou de reduzir o campo de aplicação do princípio da adequação formal (art. 265-A), sustentando-se que não permitiria adaptar o conteúdo dos actos previstos na lei, mas apenas a sua sequência, visando resolver os problemas surgidos com o fim de diversos processos especiais. De todo o modo, o instituto apenas permite uma intervenção quando a tramitação prevista na lei não se adequa às especificidades da causa, mas já não quando, não sendo desadequada, poderia ser substituída por outra ainda mais e eficiente.



comum aumentam o controlo dos sujeitos processuais, limitando a sua autonomia na adopção do rito processual mais adequado ao caso concreto<sup>10</sup>.

Considerando a audiência preliminar como a panaceia para todos os males do processo, a proposta da Comissão de Janeiro de 2011 previa a sua obrigatoriedade – assim como já previa a *obrigatoriedade* da imediata prolação do despacho saneador em ditado para a acta, por exemplo –, quer as partes e o juiz a tivessem por útil, quer não. Entendeu a Comissão – assim resultava do articulado proposto – que não são os juízes e os mandatários (com dezenas de anos de carreira, por vezes) quem está em condições de decidir se a audiência é um acto adequado ao caso concreto. Quem está em posição de o fazer é a Comissão – *rectius*, o legislador. No anteprojecto actualmente em discussão esta obrigatoriedade é atenuada (cfr. art. 508-C/1), embora a Comissão autora da proposta não deixe de continuar forçar a sua posição – no sentido de ser *sempre* adequada a realização da audiência preliminar –, pois admite que apenas um dos sujeitos imponha a sua realização, ainda que contra o entendimento de todos os restantes (cfr. o art. 508-C/3 da proposta). Ainda estamos longe de reconhecer na audiência preliminar – assim como na base instrutória – um acto de gestão, concedendo-se ao juiz e às partes uma total autonomia na decisão de a realizar, quando se entenda ser necessária, quer para o debate de qualquer questão, quer para a realização de uma tentativa de conciliação<sup>11</sup>.

Passando o texto proposto a letra de lei, continuaremos a ter um legislador “patrão”, que não confia ao juiz (coadjuvado pelos mandatários) a gestão do processo nos seus momentos determinantes.

---

<sup>10</sup> Refiro-me às propostas da Comissão de Janeiro de 2011 (já ultrapassada) e de Dezembro do mesmo ano (que corresponde ao anteprojecto em discussão).

<sup>11</sup> A lei processual civil portuguesa continua a não prever a obrigatoriedade do recurso a um procedimento conciliatório preliminar, o que evitaria a instauração da pesada e onerosa demanda judicial, sempre que essa conciliação fosse obtida. Hoje temos mandatários que apenas conversam sobre a possibilidade de transigirem no dia do julgamento... Diferente é o caminho seguido no recente Código de Processo Civil suíço, assim como era, por regra, o previsto no Código de Processo Civil de 1876, num tempo em que as dificuldades de deslocação tornavam esta solução muito mais exigente para as partes. Nem mesmo o regime de apoio judiciário onera os beneficiários com urna tentativa de conciliação preliminar, ou com o prévio recurso aos julgados de paz, assim se evitando maiores custos – sem que isto implique qualquer restrição de acesso ao direito e aos tribunais –, como seria normal, numa ajuizada gestão dos dinheiros públicos.



O bom exemplo do Regime Processual Civil Experimental não foi seguido, não obstante a sua experimentação ter revelado serem infundados os receios e desassossegos existentes perante a atribuição de uma maior autonomia ao juiz. Também aqui uma andorinha não fez a Primavera.

Mas se há vontade de realmente alterar o rumo da justiça civil, há que ter presente, com Albert Einstein, que é uma prova de insanidade fazer sempre da mesma maneira e esperar resultados diferentes.

Paulo Ramos de Faria – Juiz de Direito

Porto, Março de 2012



## Do conteúdo da base instrutória



Texto inicialmente publicado na Revista Julgar n.º 17, 2012, pp. 69 a 73

O Centro de Estudos Judiciários agradece a autorização concedida pela Revista Julgar e pelo autor

**[José Lebre de Freitas]**



C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

O<sup>1</sup> autor reflecte sobre as implicações que, consideradas as normas sobre a distribuição do ónus da prova, a opção por uma base instrutória compreendendo as “questões essenciais de facto” e os “temas controvertidos” terá na decisão sobre a matéria de facto relevante.

1. Desafiado a vir-vos falar sobre “A prova e a decisão de facto”, propus-me num primeiro momento, porque o tema é vasto, fazer incidir a minha atenção sobre dois pontos principais, ambos tratados na perspectiva das alterações ao nosso martirizado Código de Processo Civil (CPC): o primeiro trataria de saber das implicações que, consideradas as normas de distribuição do ónus da prova, a projetada atuação legislativa sobre a compressão da base instrutória terá na decisão de facto; o segundo trataria de alguns aspetos práticos da distinção entre questão de facto e questão de direito, nomeadamente no âmbito da aplicação dos arts. 712 CPC e 729 CPC, à luz da recente reforma dos recursos cíveis. O encurtamento do tempo concedido à minha comunicação leva-me a só tratar do primeiro ponto.

2. O novo anteprojeto de alteração do CPC vem, no campo da prova, fundamentalmente alterar os seguintes pontos: proposição da prova nos articulados, ainda que com possibilidade de reajustamentos na fase da condensação e com manutenção do art. 512-A CPC (o que levará a questionar se, ao invés, não seria preferível permitir que a proposição da prova a produzir em audiência tivesse lugar até um certo prazo – 20 dias? – antes da data da sua realização); redução da base instrutória às questões essenciais de facto e aos temas controvertidos; admissão do testemunho de parte, por iniciativa do próprio, do juiz ou da parte contrária; admissão da inspeção judicial intermediada por um técnico designado pelo juiz (tratar-se-á ainda de inspeção?); concentração da discussão de facto e de direito, em momento anterior à decisão sobre a matéria de facto (mistura que creio pouco saudável e castrante da contraditoriedade na discussão da matéria de direito).

Destas propostas de alteração retiro a que tem a ver com a definição do objeto da prova: alegados os factos nos articulados, o juiz – dirá o art. 511 CPC – selecionará, na base instrutória, os temas controvertidos e as questões essenciais de facto. Esta formulação causa perplexidade e merece algumas reflexões.

3. Quando, na revisão do CPC dos anos de 1995 e 1996, se substituiu o anterior questionário pela base instrutória, pretendeu-se que esta se confinasse aos factos principais da causa (factos constitutivos, integrantes da causa de pedir; factos impeditivos, modificativos

---

<sup>1</sup> Comunicação apresentada nas Primeiras Jornadas de Direito Processual Civil, “Olhares transmontanos”, Valpaços, 5 e 6 de Novembro de 2011. Depois destas jornadas, o projeto, indo ao encontro do sentido da comunicação, passou a referir “as questões essenciais de facto que constituem o tema da prova”.



e extintivos, base das exceções) – aqueles que o art. 264-1 CPC determina que sejam introduzidos no processo pelas partes, ainda que venham completar uma alegação inicial incompleta (art. 264-3 CPC; art. 508-3 CPC). Não é que tal não correspondesse já ao espírito do velho questionário, mas este apresentava-se, na prática, normalmente prolixo, reproduzindo tudo aquilo que as partes tivessem alegado, e pretendeu-se vincar que assim não devia ser: dos factos instrumentais, só **deveriam** ir à base instrutória aqueles que constituíssem a base duma presunção **legal** ou um facto contrário ao legalmente presumido; ao invés, os factos que constituíssem base duma presunção **judicial** ou visassem **a sua ilisão só poderiam** ser incluídos na base instrutória quando assumissem especial relevância concreta para a prova dos factos principais ou quando fosse duvidosa a ilação que, a partir deles, pudesse ser tirada para esta **prova**<sup>2</sup>.

Mais uma vez, os tribunais, na prática, embora com algumas simplificações (remissões para os articulados) e inegáveis progressos (juizes que sabem condensar e sintetizar), foram além do que lhes era exigido. Daí a nova formulação.

Esta é, porém, ambígua: questões essenciais de facto e temas controvertidos não estão no mesmo plano e entre as duas expressões o texto final terá de optar.

4. Sabemos que, diferentemente do que acontecia na vigência do CPC de 1876, o CPC de 1939 criou um **questionário único** para ambas as partes, baseando a formulação dos quesitos nas regras da distribuição do ónus da prova: no questionário não deviam figurar o facto e o seu negativo, mesmo quando este consistisse na negação indireta do primeiro; determinado quem tinha o ónus de provar determinada realidade fáctica, a formulação do quesito havia de ser feita de modo a permitir a prova do facto que, consoante os casos, onerasse o autor (facto constitutivo) ou o réu (facto impeditivo, modificativo ou extintivo), não cuidando nem da negação direta desse facto nem dos factos (instrumentais) a ele (indiretamente) contrapostos<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Remeto para a minha Acção declarativa comum, Coimbra. Coimbra Editora, 2011, n.º 13.2.1, a págs. 177. Refere-se também a finalidade de assegurar o direito à prova quando, de outro modo, ele seria severamente restringido por limitações legais como a do art. 633 CPC para a prova testemunhal; mas esta finalidade é igualmente atingida quando se entende que os factos do art. 633 CPC não são só os factos principais da causa, mas também os factos probatórios que hajam sido alegados como meio de atingir a prova dos factos principais (LOPES DO REGO, Comentários ao CPC, Coimbra. Almedina, 2004, 1, anotação II ao art. 633).

<sup>3</sup> Só quando a própria distribuição do ónus da prova seja controvertida é que faz sentido que, prevenindo as duas hipóteses (de ónus do autor e de ónus do réu), a mesma situação seja encarada, na base instrutória, nas duas perspetivas, uma vez que a resposta “não provado” não constitui fundamento de facto da sentença (art. 659-2 CPC).



A revisão de 1995-1996 do CPC de 1961 mais não fez do que deixar mais claro que assim era. Quando agora se fala em **questões essenciais de facto**, é também isso que se pretende deixar ainda mais claro: para terem um significado distinto dos grandes temas da prova, são questões essenciais de facto os factos constitutivos do direito e os que impedem a sua constituição, o modificam ou extinguem, desde que sejam controvertidos (questionados).

Uma base instrutória que inclua essas questões terá, pois, de ser entendida em função das regras de distribuição do ónus da prova, ainda que tal não comprometa a decisão final sobre esta distribuição<sup>4</sup>.

5. Mas uma base instrutória constituída pelos **temas controvertidos** ganha fisionomia diversa.

Agora, o juiz não tem de se preocupar, no momento em que a elabora, com as regras da distribuição do ónus da prova. Limitando-se a verificar a existência de **controvérsia**, entre as partes, sobre a verificação de determinadas ocorrências principais, vai delas o juiz dar conta ao elaborar a base instrutória, deixando para a decisão sobre a matéria de facto a **descrição** dos factos que, relativamente a cada grande tema, tenham sido provados ou não provados. Assim, por exemplo, alegados pelo autor os factos concretos que consubstanciam a celebração de determinado contrato, que o réu negue ter sido celebrado, o tribunal não os incluirá na base instrutória, limitando-se a enunciar como tema controvertido saber se o contrato foi ou não celebrado.

Com isto, a prova não deixará de incidir, tal como hoje, sobre os **factos concretos** que o autor alegou como constitutivos do seu direito, tal como plasmados nos articulados (petição, réplica, resposta à contestação, articulado complementar, articulado superveniente), bem como sobre os factos probatórios de onde se deduza, ou não, a ocorrência desses factos principais e sobre os factos acessórios que permitam ou vedem esta dedução, uns e outros denominados no art. 264-2 CPC como factos instrumentais<sup>5</sup>.

Os articulados continuarão a realizar a sua função de meio de alegação dos factos da causa, essencial no que respeita aos factos principais e facultativo no que respeita aos factos instrumentais.

---

<sup>4</sup> As normas de distribuição do ónus da prova destinam-se a ser aplicadas quando, no final, o juiz verifica que certos factos principais não foram provados, visto que tem, mesmo assim, que proferir a sentença. Remeto para a minha Introdução ao processo civil, Coimbra. Coimbra Editora, 2006, n.º 1.3.3., a ps. 35.

<sup>5</sup> Para a distinção entre facto probatório e facto acessório, veja-se **Introdução** cit., n.º II.6.4.3.



Por sua vez, a decisão de facto deverá, tal como hoje, incluir todos os factos relevantes para a decisão da causa, quer sejam os principais (dados como provados ou não provados), quer sejam os instrumentais, trazidos pelas partes ou pelos meios de prova produzidos, cuja verificação, ou não verificação, levou o juiz a fazer a dedução quanto à existência dos factos principais: o tribunal relatará tudo o que, quanto ao tema controvertido, foi provado, ainda sem qualquer preocupação quanto à distribuição do ónus da prova.

Sobre esta distribuição apenas o juiz, na sentença, se preocupará<sup>6</sup>. Com vantagem. Ficando assente tudo o que tenha sido provado, sem cuidar de saber se era o autor ou o réu quem tinha o ónus da prova, se o tribunal de recurso, em apelação ou em revista, vier a fazer uma interpretação, diferente da do tribunal da 1.ª instância, da norma, geral ou específica, de distribuição do ónus da prova, os factos que interessem a esta nova perspectiva constarão todos da decisão de facto.

Ao invés, se se optar pelas "questões essenciais de facto" em detrimento dos "temas de prova", não sendo lícito tirar ilações probatórias das respostas negativas aos factos da base instrutória, a mesma nova perspectiva do tribunal de recurso poderá (tal como hoje) implicar a baixa do processo à 1.ª Instância para obter prova do facto, contrário ao não provado, que a Relação entenda dever ser apurado.

Dou um exemplo.

É controvertido se, em face do art. 1380 CC, o preferente tem o ónus de alegar e provar que o adquirente não era, à data da transmissão, proprietário de nenhum prédio que confinasse com o transmitido. Suponhamos que, sendo este facto controvertido, o juiz da ação de preferência o entende como constitutivo do direito de preferência e, por isso, pergunta na base instrutória se o réu não era proprietário de nenhum dos prédios confinantes, o que tem a resposta "não provado". A Relação, entendendo – a meu ver, bem<sup>7</sup> – que se está perante um facto impeditivo e por isso cabia ao adquirente alegar e provar que era proprietário, à data da aquisição, de determinado prédio confinante com o alienado, terá de com ele aditar a base instrutória, seguindo-se novo julgamento (art. 712-4 CPC); e, se só o Supremo tiver este

---

<sup>6</sup> Assim, no essencial, se passam as coisas no direito alemão, no direito francês e quase sempre nas arbitragens internacionais. Os sistemas processuais dos outros países europeus não usam ter nada que se assemelhe à nossa base instrutória, *maxime* nos termos em que ela continua a ser entendida na prática dos tribunais portugueses. E não deixa, por isso, de vigorar aí o princípio dispositivo, bem como os ónus da alegação e da prova.

<sup>7</sup> Remeto para os meus **Estudos sobre direito civil e processo civil**, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, ps. 495-500.



entendimento, seguir-se-á a baixa do processo para a ampliação da matéria de facto (art. 729-3 CPC), percorrendo assim os autos a via-sacra de subidas e descidas em três graus antes da decisão de mérito definitiva.

6. Estando esgotados os 15 minutos que me foram concedidos, resta-me apenas desejar que a comissão revisora tenha em conta, não só que não pode enunciar, lado a lado, no art. 511 CPC, os temas controvertidos e as questões essenciais de facto, mas também que, ao escolher entre uma e outra das duas expressões, terá de ter bem em conta que elas cobrem realidades diferentes, cuja implicações devem ser bem ponderadas.



C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

# A aquisição e a valoração probatória de factos (des)favoráveis ao depoente ou à parte chamada a prestar informações ou esclarecimentos



Texto inicialmente publicado na Revista Julgar n.º 16, 2012, pp. 137 a 172

O Centro de Estudos Judiciários agradece a autorização concedida pela Revista Julgar e pelo autor

**[João Paulo Remédio Marques]**



C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

Nas palavras do autor, coloca-se, neste estudo, o problema de saber se, não tendo havido declaração confessória do autor ou do réu reconvinente, é lícito, e em que medida, ao tribunal valorar livremente as suas declarações no actual ordenamento jurídico-processual civil português.

Depois de uma breve descrição das mais fortes correntes doutrinárias e jurisdicionais sobre o tema, o problema é reformulado, questionando-se então a possibilidade de, em processo civil, serem obtidas provas de forma diferente daquela que é consentida, isto é, questionando-se a taxatividade dos procedimentos probatórios.

Marcando liminarmente a sua posição, o autor fundamenta-a apreciando criticamente os principais argumentos esgrimidos, quer internamente, quer nos ordenamentos jurídicos europeus de referência, e evidenciando, com recurso aos exemplos práticos mais emblemáticos, que só ela garante o respeito pelo direito à prova, no quadro da garantia constitucional de um processo equitativo e da tutela jurisdicional efectiva dos direitos subjectivos e das demais posições jurídicas subjectivas.

#### **Sumário:**

1. O problema. 2. Finalidade do depoimento de parte. 3. Tese que nega a livre apreciação do julgador relativamente às declarações da parte no esquema típico da prova por depoimento de parte. 4. A jurisprudência portuguesa que admite a livre apreciação das declarações da parte, ainda quando lhe sejam favoráveis. 5. Recolocação do problema. A taxatividade dos procedimentos probatórios e a aquisição de elementos probatórios diferentes daqueles por que normalmente se orientam. 6. A não taxatividade do catálogo legal de fontes de convencimento do julgador e de modos de aquisição probatória. 7. A colocação da denominada prova atípica no ordenamento processual civil português. 8. As razões justificativas da admissibilidade das provas inominadas. As situações *sub iudice*. 8.1. As soluções nominadas do “interrogatório das partes” no direito comparado e as suas justificações, em particular no ordenamento processual civil alemão e espanhol. 8.2. A aproximação entre o disposto no art. 552.º, n.º 1, do CPC e o regime de admissão e valoração do “interrogatório libero” do art. 117 do *Codice di Procedura Civile*. 8.3. Os princípios constitucionais do processo civil e as situações *sub iudice*. 8.4. Em particular, o princípio da proporcionalidade nos litígios que tocam a vida íntima ou privada dos litigante e as respectivas convicções; as situações *sub iudice* (cont.). 9. As proibições de (valoração) prova na perspectiva das declarações de parte. 10. A valoração de declarações favoráveis à parte depoente enquanto *prova atípica*. 11. A conversão das declarações favoráveis ao depoente enquanto “conservação” ou aproveitamento de actos viciados. A valoração de tais declarações. 12. A conversão das declarações favoráveis (cont.); a valoração de tais declarações. 13. O fim de protecção da norma violada e as proibições de valoração. O direito à prova. 14. A regra da indivisibilidade da confissão. 15. Conclusões.



## 1. Introdução

Coloca-se, neste estudo, o problema de saber se, não tendo havido declaração confессória do autor ou do réu reconvinte, é lícito, e em que medida, ao tribunal valorar livremente as suas declarações no actual ordenamento jurídico-processual civil português.

Esta questão vai associada a uma outra, qual seja a de saber se é lícito operar a ilação de factos (favoráveis ou desfavoráveis) a partir das declarações das partes, *maxime*, de factos não desfavoráveis obtidos do depoimento do autor, que não faça declaração confессória.

## 2. Finalidade do depoimento de parte

Não se duvida que o *depoimento de parte* - enquanto meio de prova típico e nominado - serve para obter a declaração do reconhecimento da realidade das afirmações sobre factos que sejam havidos como desfavoráveis ao depoente (*in casu*, o autor)<sup>1</sup>; que o mesmo é dizer, no anverso, para lograr o reconhecimento de factos constitutivos do direito da parte contrária, ou a negação da verificação da ocorrência dos factos constitutivos da contraparte.

Não se questiona, igualmente, que no modelo típico idealizado pelo legislador, o depoimento de parte a requerimento do tribunal (art. 552.º, n.º 1, do CPC) também não pode permitir que, de forma irremissível, o juiz valora positivamente as declarações de ciência nele efectuadas, que tenham como objecto factos favoráveis ao autor.

O art. 552.º, n.º 1, do CPC destina-se, essencialmente, no referido modelo típico de depoimento de parte por iniciativa oficiosa, à obtenção de confissão, mesmo que o juiz possa ouvir o depoente sobre factos por si alegados; e, outrossim, mesmo que esse depoimento se possa destinar a obter a negação desses mesmos factos pelo próprio depoente.

---

<sup>1</sup> Ou seja, factos que completam ou concretizam uma previsão normativa que o favorecem. Cfr. o art. 252.º do Código Civil, cujo conteúdo é praticamente igual ao do art. 2730 do *Código Civile* italiano.

Esta referência é importante, pois pode levar-nos a compreender melhor o sentido e o alcance de declarações não confessorias das partes, no que tange à valoração das suas declarações, juntamente com outros factos probatórios e indícios que resultaram da produção de prova.

Trata-se de um meio ou expediente probatório baseado numa *máxima da experiência* segundo a qual, em princípio, ninguém reconhece a existência ou a verificação de factos que o prejudiquem, se tais factos não tiverem tido existência ou verificação.



O fim do depoimento de parte, seja sob requerimento da parte contrária, seja por iniciativa oficiosa do juiz é este: lograr uma confissão. E esta somente pode incidir sobre *factos desfavoráveis* ao depoente. Todos convergem neste entendimento<sup>2</sup>.

### **3. Tese que nega a livre apreciação do julgador relativamente às declarações da parte do esquema típico da prova por depoimento de parte**

Por outro lado, também não se desconhece que há um sector da doutrina portuguesa que sustenta que – diferentemente do que sucede nos E.U.A., no Reino Unido, na Áustria, na Alemanha, nos países nórdicos, na Itália e na Espanha, ainda que em alguns esse depoimento valha como princípio de prova ou, a título subsidiário, ao arrimo de outros elementos probatórios – o depoimento de parte não pode ser livremente valorado pelo julgador num juízo reportado à sua globalidade, independentemente de quem provenham as declarações e não obstante sejam favoráveis ao depoente<sup>3</sup>. Outrossim. É sabido que, para esta doutrina, a *prestação de informações e esclarecimentos* ao tribunal previstos nos arts. 552.º. n.º 1, e 553.º. n.º 3, do CPC – que não tenham lugar no despacho pré-saneador ou na audiência preliminar – visa apenas a clarificação das posições das partes sobre a matéria de facto ou de direito; não visa fins probatórios<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Na doutrina, REMÉDIO MARQUES, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 3.ª edição, Coimbra, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2011, p. 269, nota 1; ANTUNES VARELA/SAMPAIO E NORA/MIGUEL BEZERRA, *Manual de Processo Civil*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1985, pp. 573-574; LEBRE DE FREITAS, *A Acção Declarativa Comum à Luz do Código Revisto*, reimpressão, Coimbra, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010, pp. 230-231 (a edição é de 2000); LEBRE DE FREITAS, *A Acção Declarativa Comum à Luz do Código Revista*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 242; LEBRE DE FREITAS/MONTALVÃO MACHADO/RUI PINTO, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 2.º, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 497; LEBRE DE FREITAS, *A Confissão no Direito Probatório*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, pp. 240-245; TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*, Lisboa, Lex, 1997, p. 325; LOPES DO REGO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2004, anotação ao art. 552.º; ABRANTES GERALDES, *Temas da Reforma do Processo Civil*, Tomo II, Coimbra, Almedina, 1997, p. 197.

<sup>3</sup> Neste sentido, LEBRE DE FREITAS, *A Acção Declarativa Comum*, 2010, 1.ª edição, cit., p. 231, 2.ª edição, 2011, p. 243.

<sup>4</sup> Assim, LEBRE DE FREITAS, *A Acção Declarativa Comum*, 2010, cit., p. 232; LEBRE DE FREITAS, *A Acção Declarativa Comum*, 2.ª edição, 2011, cit., p. 244.



#### **4. A jurisprudência portuguesa que admite a livre apreciação das declarações da parte, ainda quando lhe sejam favoráveis**

Perante um esquema formal típico desta natureza, poderá estranhar-se que alguma jurisprudência dos tribunais superiores admita a realização de procedimentos probatórios (*in casu*, o depoimento de parte) sem os respectivos pressupostos legais, destinado à aquisição e valoração de elementos probatórios distintos daqueles por que normalmente esse procedimento se orienta; para, em suma, à sombra do princípio da livre apreciação das provas. Adquirir e valorar o depoimento de parte que incida sobre factos que lhe são favoráveis, mesmo que as respostas à base instrutória não sejam fundadas exclusivamente em tais depoimentos, embora se mostrem com eles coincidentes.

Na verdade, para além do recente acórdão da Relação de Guimarães, de 19/05/2011 (RAQUEL REGO), proc. n.º 1498/08, esta orientação tem sido acolhida em alguns casos. É o caso do acórdão do STJ, de 09/05/2006, (MOREIRA CAMILO), proc. n.º 06A989 (<http://www.dgsi.pt>). Neste aresto sublinhou-se uma ideia importante, qual seja a de que *“no tocante a factos que não sejam passíveis de confissão ou que não sejam objecto de confissão judicial escrita ou a qualquer esclarecimento que o depoente de parte preste, o tribunal é livre na apreciação deste depoimento, tal como resulta do disposto nos arts. 358.º, n.º 4, e 361.º do Cód. Civil e do disposto no art. 655.º, n.º 1”*.

Também no acórdão do STJ, de 02/11/2004 (AZEVEDO RAMOS, *loc. cit.*), embora se tenha defendido que o art. 553.º, n.º 3, do C.P.C. apenas permite que se exija o depoimento de comparte se este toma posição ou alega factos diferentes do comparte que requer o seu depoimento, favoráveis a este e desfavoráveis àquele, acabou por ser perfilhada a ideia de que *“coisa diferente é o tribunal decidir que qualquer parte seja ouvida como declarante, para esclarecimento de factos que interessam à decisão da causa. Com efeito, incumbe ao Juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer, podendo ouvir todas as pessoas que entender – arts. 265.º n.º 3, e 653.º n.º 1, do C.P.C.”*

Os acórdãos da Relação do Porto, de 18/01/2001 (VIRIATO BERNARDO), proc. n.º 0131287 (<http://www.dgsi.pt>), e de 04/04/2002 (MOREIRA ALVES), proc. n.º 0230198 (*loc. cit.*) admitiram a livre apreciação do depoimento sobre factos favoráveis.

O acórdão da Relação de Coimbra, de 12/04/2011 (ALBERTO RUÇO), proc. n.º 737/09.9T6AVR-B.C1 (<http://www.dgsi.pt>), reconhecendo embora que o depoimento de parte *“não está previsto para exercer a função de “testemunho de parte”, para o caso da confissão não ser admissível, destinando-se a satisfazer a expectativa de que possam resultar do*



*depoimento de parte que não pode produzir confissão, elementos que sirvam para influenciar a convicção do juiz”, optou pela tese da “admissibilidade do depoimento de parte por ser aquela que melhor conjuga todos os interesses em jogo e por não se encontrar excluída a sua admissibilidade, antes se afigurando estar pressuposta”, pois, como opinou, “o próprio tribunal não está inibido de, num caso como o dos autos, ouvir oficiosamente qualquer das partes, ao abrigo do disposto no n.º 1 do artigo 552.º do Código de Processo Civil”. Dai que esta Relação, não obstante tenha reconhecido “a força vinculativa do reconhecimento feito pela parte”, decidiu que nada impede “a audição da parte sobre o facto, que o juiz apreciará livremente”.*

#### **5. Recolocação do problema. A taxatividade dos procedimentos probatórios e a aquisição de elementos probatórios diferentes daqueles por que normalmente se orientam**

A questão não se restringe, porém, ao depoimento de parte enquanto meio de prova previsto expressamente no ordenamento jurídico considerado (*meios de prova típicos*) e destinado precipuamente a *obter a confissão* do depoente relativamente a factos que olhe sejam *desfavoráveis*.

É verdade que o catálogo legal dos meios de prova inclui todas as *fontes materiais de aquisição* de meios destinados a formar a convicção do tribunal; *id est*, meios de conhecimento da realidade fenomenológica, tal como é alegada pelas partes) – conhecimento directo ou sensorial (*maxime*, inspecção judicial) e conhecimento indirecto através do recurso a determinadas tecnologias ou metodologias científicas, no quadro da prova científica, e as declarações de ciência ou os documentos.

A *atipicidade* pode resultar, ao invés, no *plano empírico*: embora os meios de prova estejam todos abrangidos e considerados pelas *fontes materiais de prova*, eles podem ser formados e adquiridos através de *modalidades lícitas, mas diferentes das que se acham expressamente previstas na lei processual*<sup>5</sup>.

Por exemplo, o escrito de terceiro é uma declaração de ciência, mas não se forma de acordo com os critérios legais formais de admissão e produção da prova testemunhal, o mesmo ocorrendo com as perícias extrajudiciais.

O que pode (e deve) questionar-se é, na verdade, a possibilidade de obtenção de uma prova através de outros procedimentos probatórios, que não dos expressamente consagrados na lei; se, em suma, pode conceber-se a obtenção de um meio de prova através de um

<sup>5</sup> Neste sentido, recentemente, ANDREA GRAZIOS, “Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile”, in: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* (2011), n.º 3, p. 693 ss., p. 706.



procedimento anómalo, ou a realização de um procedimento probatório típico desprovido dos respectivos pressupostos legais para a aquisição de elementos probatórios distintos daqueles por que normalmente tal procedimento se orientaria<sup>6</sup>.

Dito de outra maneira: deve perguntar-se acerca da possibilidade, em processo civil<sup>7</sup>, de obtenção de provas de forma diferente daquela que é consentida.

Estou a referir-me à obtenção de provas através de um procedimento anómalo (p. ex., o depoimento de parte não precedido de juramento ou das advertências respeitantes às consequências da falsidade), ou a realização de um procedimento probatório típico para a aquisição de elementos probatórios distintos daqueles a que normalmente visaria – *in casu*, o interrogatório das partes sem poderes para confessar enquanto instrumento de obtenção de declarações susceptíveis de livre apreciação. É da *prova atípica* que estou a falar<sup>8</sup>.

Neste sentido, a *atipicidade* a que aludo não legitima desvios ao modelo legal. Não está em questão a não taxatividade dos procedimentos probatórios<sup>9</sup>, mas saber se a *falta de algum*

<sup>6</sup> REMÉDIO MARQUES, *Acção Declarativa*, 3.ª edição, 2011, cit., p. 583; ISABEL ALEXANDRE, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, Coimbra, Almedina, 1998, p. 34 ss.

<sup>7</sup> Em *processo penal*, as regras sobre provas constituem normas de garantia de defesa do acusado, pelo que as valorações ético-judicativas são diferentes.

<sup>8</sup> Para além deste sentido de prova atípica, pode ainda conceber-se esta asserção no sentido da admissibilidade do uso de outras fontes materiais de prova, ou seja, de outros tipos de realidade sensível, e no sentido da admissão de outras formas de raciocínio do juiz (*judicial reasoning*). Neste último sentido, parece um pouco inútil falar de atipicidade, já que esse raciocínio é pautado, na sua génese, pelas *presunções naturais*.

Pode, ainda, falar-se de *prova atípica* noutros sentidos, quais sejam, a utilização para fins probatórios de instrumentos reservados para outros fins (*maxime*, a utilização de uma sentença como meio de prova, mesmo a sentença estrangeira não revista, ou que não tenha sido objecto de declaração de executoriedade); a assunção no processo civil de meios de prova recolhidos e produzidos em acção penal; as próprias sentenças penais; as afirmações sobre factos contidas numa sentença: as certificações administrativas – cfr. CRISANTO MANDRIOLI, *Corso di Diritto Processuale Civile*, II, *Il Processo di Cognizione*, Editio minar, 6.ª edição, Torino, Giappichelli Editore, 2007, pp. 119-120.

<sup>9</sup> Isto porque não existem outras vias de fazer ingressar na acção os instrumentos e os meios de convencimento do julgador, para além dos que a lei expressamente determina: produção ou exibição de documentos ou outras realidades corpóreas criadas pelos seres humanos; interrogatório de pessoas (partes, testemunhas, pessoas que não foram arroladas como testemunhas, ou, anda, peritos). Cfr. CRISANTO MANDRIOLI, *D1ritto Processuale Civile*, II, *Il Processo di Cognizione*, 17.ª edição, Torino, Giappichelli Editore, 2004, p. 184; LUIGI MONTESANO, “Le “prove atipiche” nelle “presunzioni” e negli “argomenti” del giudice civile”, in: *Rivista di Diritto Processuale* (1980), p. 233 ss..



*pressuposto legal desse procedimento é compatível com os princípios jurídicos atinentes à valoração da prova assim obtida.*

## **6. A não taxatividade do catálogo legal de fontes de convencimento do julgador de modos de aquisição probatória**

A este respeito, penso que, mesmo no ordenamento português, não faz sentido admitir a existência de um *catálogo legal* “exaustivo” de *fontes de convencimento* e de *modos de aquisição* probatória.

Isto na suposição de que o elenco legal das provas não abrange, em geral, a totalidade dos dados ou elementos da realidade sensível (ou seja, abarca apenas certos tipos de realidade sensível), já que, se assim for, não há lugar às provas atípicas. Donde, se o elenco legal abrangesse tais dados ou elementos da realidade sensível, as declarações prestadas por uma parte fora do esquema da confissão constituiria um meio de prova.

O Código Civil apresenta-nos, sem dúvida, um catálogo de provas no art. 349.º e ss. Todavia, este elenco não revela qualquer homogeneidade lógica dos elementos que o compõem. O legislador limitou-se a tipificar elementos que integram diversas áreas lógicas e semânticas.

Daí que tenhamos, nesse catálogo, provas *pré-constituídas* (*id est*, coisas materiais preexistentes ao processo) e *provas constituendas* (declarações efectuadas no processo: depoimento de testemunhas, confissões judiciais, esclarecimentos verbais de peritos, coisas materiais realizadas no processo, tais como os relatórios periciais); por outro lado, temos declarações realizadas fora do processo (*v. g.*, confissões extrajudiciais) e descrições do raciocínio por inferências (presunções judiciais ou presunções *hominis*) baseadas em múltiplos *indícios* ou *argumentos de prova* (*v. g.*, escrito proveniente de terceiro; elementos de prova recolhidos numa acção civil anterior, com ou sem contraditório precedente; prova recolhida em acção penal anterior; afirmações sobre factos constantes de sentença; afirmações sobre factos constantes de perícias; certificações administrativas; declarações de notário, etc.)<sup>10</sup>.

E ocorre um *desnível qualitativo* nas diferentes fontes de prova<sup>11</sup>: os indícios resultantes das presunções judiciais não são *coisas*, nem *acontecimentos processuais*, mas sim *factos* que

<sup>10</sup> Indícios que são assim *indícios* atípicos. Cfr. GIAN FRANCO RICCI, “Attipicità della prova, processo ordinario e rito camerale”, in: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, (2002), p. 409 ss., p. 412.

<sup>11</sup> Por *fonte de prova* quer-se significar a circunstância de a partir destas fontes de prova se poder extrair, através de *regras da experiência*, argumentos para determinar a existência ou a inexistência das afirmações sobre factos, cuja demonstração cabe às partes.



podem ser conhecidos do juiz exclusivamente através de outras fontes; o documento é uma coisa material representativa, a par de outras coisas materiais não representativas, que pode ser objecto de inspecção judicial (*v. g.*, bens móveis); o depoimento das testemunhas ou das partes acontece necessariamente dentro do processo.

A tipologia dos meios de prova não pressupõe assim uma *enumeração esgotante*. Além disso, essa tipologia é *heterogénea*. Nada impede que este elenco possa ser completado com outros tipos previstos fora do Código Civil – é, por exemplo, o caso da apresentação de coisas móveis (art. 518.º, n.ºs 2 e 3, do CPC). Não há nenhum preceito que exclua formas não expressamente reguladas de aquisição e valoração probatória<sup>12</sup>. Embora todos os meios de prova se possam subsumir a “tipos”, não se vislumbram, na verdade, normas que vedem o recurso a provas não reguladas na lei<sup>13</sup>.

Do facto de o legislador português ter enumerado os meios de prova não decorre que certos elementos probatórios não possam ser obtidos de uma forma atípica.

É precisamente o caso, de *iure condito*, das declarações das partes fora do esquema típico do depoimento de parte destinado a obter confissão (sobre factos desfavoráveis). Como veremos adiante, não pode dizer-se que estas declarações são totalmente irrelevantes, do ponto de vista da sua valoração.

A forma de obtenção de um determinado resultado emergente de tais declarações (digamos, por ora, e para alguns autores, um *resultado indiciário*, uma *presunção simples*, ou como *princípio de prova*<sup>14</sup>) é *atípica*, já que apresenta pontos em comum com a prova testemunhal (consoante a qualidade do depoente) e com a prova por confissão.

<sup>12</sup> TARUFFO, “Prove atipiche e convincimento del giudice”, in: *Rivista di Diritto Processuale* (1973), p. 389 ss., p. 393.

<sup>13</sup> Assim, ISABEL ALEXANDRE, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, 1998, cit., p. 40.

<sup>14</sup> TARUFFO, “Prove atipiche e convincimento del giudice”, 1973, cit., p. 397 ss. Não creio, como se verá, que todas estas provas sejam *atípicas* no sentido da aquisição de elementos probatórios fora do esquema típico de um procedimento probatório. Se a existência de uma regulamentação específica de certas provas não pode ser invocada para excluir as provas não previstas, a *maori ad minus* permite sujeitar estas provas atípicas a uma *disciplina especial* quanto à sua *eficácia*. Além de que a dita *prova atípica* não é necessariamente geradora de indícios: o facto conhecido (ou seja, o facto-base em que assenta uma *presunção*) é demonstrado pelos meios de prova previstos na lei e o conhecimento do facto principal (o facto originariamente desconhecido) é assim adquirido através de uma *presunção natural*, qual forma “mais típica” de prova. Cfr. B. CAVALLONE, “Critica della teoria delle prove atipiche”, in: *Rivista di Diritto Processuale* (1978), p. 679 ss., p. 700 ss.



## 7. A colocação da denominada prova atípica no ordenamento processual civil português

Entre nós, há quem defenda a não admissibilidade de meios de prova não previstos na lei<sup>15</sup>, o que significa a proibição da realização de procedimentos probatórios típicos desprovidos dos respectivos pressupostos legais, a fim de adquirir elementos probatórios distintos daqueles por que, normalmente, tais procedimentos se orientam. É o caso dos Profs. LEBRE DE FREITAS<sup>16</sup> e DIAS MARQUES<sup>17</sup>.

O Prof. CASTRO MENDES<sup>18</sup> expressou reservas sobre o reconhecimento das provas atípicas; todavia, sempre sustentou que o art. 345.º, n.º 2, do Código Civil – ao considerar nulas as convenções através das quais se admite meio de prova diverso dos legais – não obsta a que o julgador se socorra de provas não previstas, por mor dos poderes que lhe eram conferidos no então art. 264.º, n.º 3 (regime hoje vazado no art. 265.º, n.º 3, do mesmo Código).

O Prof. ANTUNES VARELA (e os Drs. SAMPAIO E NORA e MIGUEL BEZERRA)<sup>19</sup> sustenta a possibilidade da existência de um elenco não taxativo de elementos que podem ser utilizados como elementos de persuasão do juiz. Eu também tenho defendido esta possibilidade<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> Tb., assim, para certa doutrina italiana, segundo a qual as provas atípicas são totalmente inutilizáveis no processo civil, porque são estranhas ao catálogo previsto na lei processual o qual está provido de uma nota de taxatividade rígida, para além de que tais provas formam-se em infracção das garantias fundamentais de defesa das partes, *maxime*, as regras sobre a instrução probatória e decorrem, em muitos casos, do uso de ciência privada do julgador.

Cfr. LUIGI MONTESANO, “Le “prove atipiche” nelle “presunzioni” e negli “argomenti” del giudice”, in: *Rivista di Diritto Processuale* (1980), p. 233.

<sup>16</sup> LEBRE DE FREITAS, *A Confissão no Direito Probatório*, Coimbra. Coimbra Editora, 1991, p. 256 e nota 40; mais mitigadamente, hoje, em *A Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 212, onde se admite que as partes possam “criar um meio de prova diverso dos legais”, especialmente, como refere o Autor, “com os avanços da electrónica, é possível que tal aconteça (ver, já hoje, o art. 3.º/4 do DL 290-D/99, quanto ao meio de prova da autoria e da integridade do documento electrónico que as partes convencionarem)”.

<sup>17</sup> DIAS MARQUES, *Noções Elementares de Direito Civil*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1992, p. 126.

<sup>18</sup> CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil*, vol. II, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1987, pp. 719-720.

<sup>19</sup> ANTUNES VARELA e outros, *Manual de Processo Civil*, 2.ª edição, 1985, cit., p. 469.

<sup>20</sup> REMÉDIO MARQUES, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 3.ª edição, 2011, cit., p. 583 (já assim, na 1.ª edição, Coimbra Editora, 2007, p. 583). Para além dos exemplos referidos na nota seguinte, eu refiro-me ao regime do art. 1801.º do Código Civil (“quaisquer outros métodos cientificamente comprovados”).



O Prof. TEIXEIRA DE SOUSA<sup>21</sup> defende que “é desejável que a lei não exclua a admissibilidade de outros meios de prova, além daqueles que são típicos”, mais sustentando que “é salutar que a lei aceite a chamada prova atípica”<sup>22</sup>.

A Prof. ISABEL ALEXANDRE também defende a admissibilidade das provas inominadas, “só se impondo solução diversa na medida em que tal seja necessário para defender outros direitos ou interesses”<sup>23</sup>.

Contra a possibilidade do testemunho de parte livremente valorável pelo tribunal, tanto quando respeita a factos favoráveis, quer quando incide sobre factos desfavoráveis à parte depoente, tem-se esgrimido com base na recusa da proposta efectuada em nome da Ordem dos Advogados, pelo Prof. LEBRE DE FREITAS, por ocasião da reforma processual de 1995/1996<sup>24</sup>.

Porém, na tarefa de interpretação da lei, da circunstância de, por via do recurso à *ocasio legis*, se constatar não ter sido consagrada uma nova forma *típica e nominada de produção e valoração* da prova não decorre a sua inadmissibilidade nos *casos concretos*, em homenagem à relevância dos comportamentos processuais das partes, das máximas da experiência aplicadas aos casos concretos e dos princípios processuais adiante referidos.

## **8. As razões justificativas da admissibilidade das provas inominadas. As situações sub judice**

A doutrina tem-se pronunciado a favor da livre admissibilidade dos meios de prova, incluindo a realização de procedimentos probatórios típicos sem a verificação dos respectivos pressupostos legais, a fim de adquirir elementos probatórios diferentes daqueles para que tal procedimento normalmente se orientaria.

---

<sup>21</sup> TEIXEIRA DE SOUSA, *As Partes, O Objecto e a Prova na Acção Declarativa*, Lisboa, Lex, 1995, p. 198, dando como exemplo de afloramentos deste regime o art. 345.º, n.º 2, do CPC, o regime então em vigor do apoio judiciário (art. 19.º do DL n.º 387-B/87, de 29 de Dezembro, onde a prova da insuficiência económica podia ser efectuada por qualquer meio idóneo) e o n.º 2 do art. 1409.º do CPC, onde se admite que o tribunal possa coligir as provas, ordenar os inquéritos e recolher as informações convenientes, sem restrição aos meios de prova típicos.

<sup>22</sup> Tb. TEIXEIRA DE SOUSA, “A livre apreciação da prova em processo civil”, In: *Scientia Iuridica*, n.º 187-188 (1984), p. 113 ss., pp. 140-141.

<sup>23</sup> ISABEL ALEXANDRE, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, 1998, cit., p. 46.

<sup>24</sup> Neste sentido, a *prova por depoimento de parte* é apenas um meio de provocar a confissão, ou seja, a declaração da realidade de um facto desfavorável ao declarante (art 355.º do Código Civil).



Esgrime-se em favor desta posição com os princípios da *livre apreciação das provas*<sup>25</sup>, da *aquisição processual* (art. 515.º do CPC) e da *descoberta da verdade* (ao abrigo do *inquisitório*), com a existência de uma disciplina de presunções simples, com a garantia (constitucional) do *direito à prova* (direito de acesso ao Direito e aos Tribunais) e do *direito a um processo equitativo*.

Vejamos.

### **8.1 As soluções nominadas do “interrogatório das partes” no direito comparado e as suas justificações, em particular no ordenamento processual civil alemão e espanhol**

No ordenamento processual civil português (já o sabemos) não se encontra expressamente previsto o interrogatório, provocado ou oficioso, das partes<sup>26</sup> (formais ou materiais: p. ex., o substituído; ou o depoimento da pessoa humana designada como representante da pessoa colectiva no processo) sobre quaisquer factos ou circunstâncias pessoais que se relacionem com o objecto do litígio. O depoimento de parte é formalmente dirigido à obtenção de uma confissão, a provocar essa confissão (respeitante a factos desfavoráveis ao depoente), cuja valoração é tarifada, atribuindo ao juiz um poder vinculado.

O nosso CPC é, no momento em que escrevo estas linhas, omisso quanto à admissão, produção e valoração ou eficácia probatória das declarações de parte sobre quaisquer factos controvertidos (favoráveis ou desfavoráveis ao depoente) que interessem à causa. Tais declarações de ciência sobre factos desfavoráveis ou favoráveis não podem ser subsumidas a qualquer um dos meios nominados de prova constantes, expressamente, do Código Civil e do actual CPC<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Já CARNELUTTI, FRANCESCO, *Sistema di Diritto Processuale Civile*, I, Padova, Cedam, 1936, p. 746.

<sup>26</sup> Partes formais ou materiais: p. ex., o substituído; ou a pessoa humana que, sendo a parte uma pessoa colectiva, tenha tido intervenção pessoal nos factos controvertidos.

<sup>27</sup> A Comissão de Revisão do Processo Civil, que teve a honra de integrar, no XVIII Governo Constitucional (Dezembro de 2009 a Dezembro de 2010) e no XIX Governo Constitucional (Setembro a Dezembro de 2011), propôs, no novo artigo 567.º-A, n.º 3, respeitante à “prova por declaração das partes” (que não deve ser confundida com o “testemunho de parte”), a adopção da regra da livre apreciação dos depoimentos de parte, mesmo quando respeitem a factos favoráveis ao depoente, salvo se constituírem confissão. De harmonia com a redacção proposta neste normativo:

“1 -As partes podem requerer, até ao início dos debates em 1.ª instância, a prestação de declarações sobre factos em que tenham intervindo pessoalmente ou de que tenham conhecimento directo.

2 - Às declarações das partes aplica-se o disposto no artigo 519.º e ainda, com as necessárias adaptações, o estabelecido na subsecção anterior.



O facto de a proposta de introdução do “testemunho de parte” ter sido rejeitada na Reforma processual de 1995/1996, não obnubila, todavia, o relevo da discussão e consideração da prestação e valoração probatória do depoimento de parte sobre quaisquer factos controvertidos (quer sejam favoráveis ou desfavoráveis), uma vez que já vimos que a doutrina se inclina, igualmente, para a admissibilidade de meios de prova não previstos na lei (ANTUNES VARELA, MIGUEL BEZERRA, SAMPAIO E NORA, TEIXEIRA DE SOUSA, REMÉDIO MARQUES e ISABEL ALEXANDRE), ou para que o juiz se socorra de provas não previstas, usando dos poderes que lhe são conferidos pelo art.º 265.º, n.º 3, do CPC (CASTRO MENDES).

Mesmo nos ordenamentos onde é expressamente previsto o “testemunho de parte” ou este tipo de “depoimento de parte” por iniciativa oficiosa do tribunal<sup>28</sup>, admite-se a valoração de um depoimento não precedido de juramento; outrossim, se aceita um “interrogatório formal” da parte sem poderes para confessar ou o juramento deferido apenas a alguns dos litisconsortes necessários, como veículo de obtenção de declarações livremente apreciadas pelo tribunal<sup>29</sup>.

a) No ordenamento alemão, na verdade, o depoimento de parte por iniciativa oficiosa é muito importante – embora a sua convocação dependa do prudente critério do tribunal e a parte seja solicitada a efectuar uma exposição coerente dos acontecimentos e não tanto a responder a perguntas isoladas (§§ 451, 395 e 396 do ZPO), embora tal seja passível (§§ 451 e 397 do ZPO) –; se não existirem outros elementos probatórios para fundar a convicção do tribunal ou for provável que desse depoimento resultem indícios

---

3- O tribunal aprecia livremente as declarações das partes, salvo se constituírem confissão”.

<sup>28</sup> “Testemunho de parte”, este, cujas declarações se acham sujeitas à livre apreciação do julgador, independentemente da presença de outros meios de prova: p. ex., no Código de Processual Civil alemão (ZPO: § 445 ss., *maxime*, o seu § 453(1) e o § 454(1)) – cfr. WALTER Zimmermann, *Zivilprozessordnung*, 9.ª edição, ZAP Verlag, 2010, § 284, p. 588; HANS-WILU LAUMEN, in: HANS PRÜTTING/MARKUS GEHRLEIN (herausgegeben von), *ZPO Kommentar*, 3.ª edição, Köln, Luchterhand, 2001, § 284, pp. 772-773; BERND MÜLLER-CHRISTMANN, in: HANS PRÜTTING/MARKUS GEHRLEIN: (hersugs.), *ZPO Kommentar*, 9.ª edição, 2011, cit., § 453, p. 1213; no *Code Judiciaire* belga (arts. 992 a 1004); OTHMAR JAUERNIG, *Direito Processual Civil*, 25.ª edição (trad. portuguesa), Coimbra, Almedina, 2002, p. 300; no *Code de Procedure Civile* francês (arts. 184 a 198) – cfr. SERGE GUINCHARD/CÉCILE CHAINAIS/FREDÉRIQUE FERRAND, *Procédure Civile, Droit Interne e Droit de L'Union Européenne*, 30.ª edição, Paris, Dalloz, 2010, p. 469 ss., p. 472 (livre apreciação, excepto no caso de recusa em responder ou falta de comparência, aí onde esta conduta apenas tem o valor de *princípio de prova*).

<sup>29</sup> G. F. RICCI. “Le prove illecite nel processo civile”, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* (1987), p. 137 ss., p. 152; MICHEL T ARUFFO, “Prove atipiche e convincimento del Giudice”, in: *Rivista di Diritto Processuale* (1973), vai. XXVIII (II Série), p. 389 ss., p. 402.



sobre a veracidade dos factos controvertidos, independentemente de serem favoráveis ou desfavoráveis ao depoente<sup>30</sup>.

b) No ordenamento processual civil espanhol, onde, tal como no italiano (no que tange ao “interrogatório libero”: arts. 116.2 e 177 do *Codice di Procedura Civile*), também se aceita *expressamente* o “interrogatório de las partes” (art. 283.1 e segs. da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, de 2000), há uma norma nele inserida – o art. 304, que permite ao tribunal aplicar o mecanismo da *ficta confessio* quando a parte faltar injustificadamente e as perguntas que fossem feitas respeitem a factos pessoais que lhe fossem desfavoráveis<sup>31</sup> – cuja razão de ser ilumina a necessidade de valoração probatória do tipo de casos semelhantes ao *sub iudice*: existem eventualidades em que, não raramente, a única maneira de formar a convicção do tribunal sobre os factos controvertidos consiste nas declarações das pessoas (as partes) que neles intervieram, por não ser possível concretamente efectuar prova testemunhal, por não terem deixado qualquer rasto documental, por não poderem ser objecto de inspecção judicial ou de prova científica<sup>32</sup>.

Pois bem, nestes casos resulta óbvio que a falta de comparência (não justificada) da parte – ou a recusa em responder às perguntas – frustra totalmente este “depoimento de parte”, tornando virtualmente impossível à parte contrária alegar e demonstrar os factos<sup>33</sup>

<sup>30</sup> OTHMAR JUAERNIG, *Direito Processual Civil*, 25.ª edição, 2002, cit., pp. 298-299.

<sup>31</sup> No que tange ao valor probatório deste “interrogatório de las partes”, segundo o disposto no art. 316.2 da referida *Ley*, para além dos casos em que a prova é tarifada (ou seja, quando as respostas versem sobre factos em que a parte teve intervenção pessoal e cuja fixação lhe seja inteiramente prejudicial, contanto que tais factos não sejam postos em causa pelo resultado probatório de outros meios de prova e não se trate de acções de sobre a capacidade das pessoas, de filiação, acções matrimoniais e relativas a menores: art. 316.1 e 2 e art. 752,2, *idem*), a regra é a da livre apreciação deste “interrogatório das partes” (*valoración libre de la prueba*).

De igual modo, após a revogação expressa do art. 1233 do Código Civil espanhol, deixou de valer a *regra da indivisibilidade* da (antiga) confissão. Ou seja, o tribunal está livre para valorar a prova resultante deste interrogatório da forma que repute mais conveniente, de acordo com critérios lógicos e racionais, devendo, nessas eventualidades, explicar os motivos que o levaram, por exemplo, a considerar provado um dos factos de entre os afirmados pela parte, que lhe seja favorável; que o mesmo é dizer que o juiz está salvo de considerar os resultados probatórios isolada ou globalmente – veja-se, tb., recentemente, JOSÉ GARBERI LLOBREGAT, *Los Medios de Prueba en La Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, Bosch, 2009, pp. 56-57.

<sup>32</sup> Assim, José GARBERI LLOBREGAT, *Los Medios de Prueba en La Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2009, cit., p. 40.

<sup>33</sup> JOSÉ GARBERI LLOBREGAT, *Los Medias de Prueba*, 2009, cit., p. 40, citando uma decisão da 1.ª Sala da *Audiencia Provincial* de Cuenca, de 9/07/2003, segundo a qual “*es lo cierto que com relación a Iso hechos en los que la parte hubiere intervenido personalmente puede la contraria no disponer, en términos de*



constitutivos, impeditivos, modificativos ou constitutivos do respectivo direito, consoante a respectiva posição processual.

De salientar, ainda, que no direito espanhol, o referido “interrogatório” deve versar necessariamente “sobre hechos y circunstanciais de los que tenga noticia y que guarden relación com el objeto dei juicio” (art. 301.1 da referida Ley), e não somente sobre os factos probatórios que sejam desfavoráveis aos depoentes.

## **8.2 A aproximação entre o disposto no art. 552.º, n.º 1 do CPC e o regime de admissão e valoração do “interrogatório libero” do art. 117 do *Codice di Procedura Civile***

É enorme a semelhança semântica e de conteúdo entre a norma do n.º 1 do art. 552.º do CPC e a prevista no art. 117. do Código de Processo Civil italiano. A exegese desta norma da lei adjetiva civil italiana pode iluminar o sentido e o alcance do regime jurídico da inquirição das partes por iniciativa do tribunal previsto no nosso CPC. É o que irei, seguidamente, tentar fazer.

Se, no n.º 1 do art. 552.º do CPC, se estatui que:

“O juiz pode, em qualquer estado do processo, determinar a comparência pessoal das partes para a prestação de depoimento sobre factos que interessem à decisão da causa”,

o referido art. 117 do *Godice* determina que:

*“Il giudice, in qualunque stato e grado del processo, há la facoltà di ordinare la comparizione personale delle parti in contradditório tra loro per interrogarle liberamente sui fatti di causa”<sup>34</sup>.*

Este último é o “interrogatorio libero”. Distingue-se do “interrogatório formale”, já que este, através de uma sequência pré-ordenada de perguntas, se destina a (tentar) provocar a *confissão* judicial<sup>35</sup> – ressalvados os casos em que as declarações não possam ser havidas como

---

*razoabilidad, de otros médios probatón'os alternativos ai interrogatorio de las partes para acreditar la veracidad de sus afirmaciones fálicas, siendo que resulta inconveniente permitir que la práctica de dicha prueba puede a la voluntad de quien deve protagonizarla, de tal surte que su incomparenc1a impida a la contraria acreditar los elementos esenciales de su pretensión”.*

<sup>34</sup> Este “interrogatorio libero” ou “interrogatorio non formale” pode, igualmente, ser provocado pelas partes, se ambas nisso anuírem (art. 185 do *Codice di Procedura Civile*).

<sup>35</sup> MICHELE TARUFFO, “Interrogatorio”, in: *Digesto delle Discipline Privatitiche*, vol. X, reimpressão, Torino, Utet, 2004 (a 1.ª edição é de 1993), p. 59, coluna esquerda, negando que a real função deste “interrogatório formal” seja a de induzir a parte depoente a tomar posição relativamente aos factos alegados pela parte contrária, nem tanto a de provocar uma declaração com a força e eficácia probatória de uma confissão



confessórias (p. ex., por respeitarem a direitos indisponíveis) – e somente pode ter lugar por iniciativa da parte contrária daquela cujo depoimento é requerido (art. 115 do referido *Codice*)<sup>36</sup>.

A única diferença prevista expressamente pelo legislador italiano entre este “interrogatório libero” e as declarações das partes prestadas no âmbito do art. 552.º, n.º 1, do nosso CPC está nisto: o art. 116, n.º 2, do *Codice* atribui expressamente a estas declarações o valor de “argomenti di prova”, quer elas sejam favoráveis ou desfavoráveis ao depoente<sup>37</sup>; o legislador português é totalmente omissivo quanto ao valor probatório de tais declarações.

No ordenamento italiano, estas declarações insitas no quadro do “interrogatório libero”, não conduzindo a uma verdadeira e própria confissão<sup>38</sup>, permitem que a parte exponha livremente os factos do litígio – não sendo afastada a possibilidade de esta parte tentar fazer prevalecer a sua versão dos factos que lhe sejam favoráveis – e consente que o tribunal se informe (ou, inclusivamente, tenha o *dever de se informar*) e adquira livremente elementos probatórios sobre tais factos, assim se superando o esquema rígido da prova por depoimento de parte (o referido “interrogatório formale”) a requerimento da parte contrária<sup>39</sup>.

---

(judicial), mas, sobretudo, a de tentar provocar uma declaração sobre a realidade de factos desfavoráveis ao depoente e favoráveis à parte contrária.

<sup>36</sup> CRISANTO MANDRIOLI, *Diritto Processuale Civile*, II, *Il Processo di Cognizione*, 17.ª edição, Giappichelli Editore, 2002, p. 257-258, reconhecendo a parco relevo prático do depoimento de parte por iniciativa da contraparte, uma vez que serve, não tanto para conhecer a realidade sobre as afirmações dos factos controvertidos, mas essencialmente para tentar retorcê-la realidade (já, neste sentido, LASSERRA, “Interrogatorio (dir. proc. civ.)”, in: *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VIII, Torino, Utet, 1962, p. 914 ss.).

<sup>37</sup> Ainda que as declarações *pro se* – sendo embora, a par das declarações *contra se*, declarações de ciência provenientes das partes –, quando desacompanhadas de outros elementos probatórios, desfrutem de escassa inferência probatória. Isto por causa da regra da experiência segundo a qual é pequeno o grau de convencimento adquirido relativamente às declarações favoráveis que a parte faz sobre a sua própria conduta passada e às declarações desfavoráveis que a mesma parte realiza relativamente às condutas ou comportamentos da parte contrária.

<sup>38</sup> Aliás, o art. 229 deste Código exclui expressamente que, em sede de “interrogatório libero”, possa verificar-se uma confissão espontânea, admitindo alguma doutrina que nem mesmo quando a declaração confessória não for espontânea (mas provocada pela inquirição do tribunal) ela pode desfrutar da eficácia probatória da confissão efectuada no quadro do “interrogatório formale” – assim, MICHELE TARUFFO, “Interrogatorio”, in: *Digesto delle Discipline Privatistiche*, vol. X, Torino, Utet, reimpressão, 2004, p. 57 ss., p. 70, coluna esquerda.

<sup>39</sup> CRISANTO MANDRIOLI, *Corso di Diritto Processuale Civile*, II, *Il Processo di Cognizione*, Editio minor, 6.ª edição, 2007, cit., p. 163; CRISANTO MANDRIOLI, *Corso di Diritto Processuale Civile*, I, *Nozioni Introductive e Disposizioni Generali*, 14.ª edição, Torino, Giappichelli Editore, 2002, p. 105. Por outro lado, e excluindo obviamente qualquer relevo à ciência privada do juiz, este “interrogatorio libero”, tal como a inquirição



O mencionado art. 116, n.º 2, deste *Codice* não consagra uma norma de prova legal negativa delimitadora da eficácia destes indícios probatórios, permitindo, ao invés, uma apreciação não vinculada estreitamente ligada às *singularidades do caso concreto* e às *máximas da experiência*, exigindo uma motivação explícita e racionalmente perceptível<sup>40</sup> da apreciação probatória<sup>41</sup>.

De resto, admite-se, inclusivamente, que o tribunal possa fundar (e formar) o seu convencimento socorrendo-se de indícios probatórios (*argomenti di prova*), ou de apenas um indicio<sup>42</sup> – indícios que, nesta perspectiva, não têm uma eficácia probatória inferior à dos restantes meios de prova –, na medida em que tais *indícios* usados através de *regras de experiência indirectas* podem ser suficientes para justificar o acertamento de um facto controvertido, sempre que este for substancial e significativamente baseado numa inferência logicamente atendível<sup>43</sup>. Há, no entanto, que proceder com cautela e prudência no âmbito da utilização destes elementos probatórios<sup>44</sup>, impondo-se uma particular demonstração da coerência do raciocínio de justificação e a bondade dos argumentos que possibilitam o juízo de fundamentação.

Pode haver quem, entre nós, continue a defender que esta inquirição oficiosa das partes não é, nem pode ser livremente valorável em todo o seu conteúdo, tanto favorável como

---

oficiosa prevista no art. 552.º, n.º 1, do nosso CPC, serve como correctivo ao, por vezes, excessivo rigor formal da articulação entre o objecto da causa e as alegações de factos efectuadas pelas partes.

<sup>40</sup> MICHELE TARUFFO, “Interrogatorio”, 2004, cit., p. 70, coluna esquerda.

<sup>41</sup> Por exemplo, a falta de comparência de uma parte não deve ser, *sic et simpliciter*, causa de valoração probatória positiva de factos que lhe sejam desfavoráveis (cfr., tb., o art. 357.º, n.º 2, do Código Civil português, que apenas permite que o tribunal aprecie livremente o valor da conduta da parte); as respostas do depoente sobre factos controvertidos cuja prova lhe seja favorável não é, em regra, suficiente para, só *por si*, fundar uma apreciação probatória positiva sobre o acertamento desses factos (assim, PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, Jovene, 1991, p. 136 ss.; MICHELE TARUFFO, “La trattazione della causa”, in: TARUFFO, M. (cura di), *Le Riforme della Giustizia Civile*, Torino, Utet, 1993, p. 253.

<sup>42</sup> Cfr., *infra*, nota 48 deste estudo.

<sup>43</sup> Neste sentido, MICHELE TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 46; ANDREA PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, 1991, cit., p. 136 ss; ANDREA PROTO PISANI, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 3.ª edição, Napoli, Jovene Editore, 1999, p. 105, embora acentue que estas declarações favoráveis ao depoente apenas desfrutam de uma relevância probatória mínima (*inferenza probatóna mínima*) quando não forem acompanhadas de outros indícios ou elementos probatórios (*ult. ob. cit.*, pp. 104-105).

<sup>44</sup> Michele TARUFFO, “Interrogatorio”, 2004, cit., p. 70, fim da coluna esquerda e início da coluna direita.



desfavorável ao depoente<sup>45</sup>. Na minha opinião, o facto de, na reforma processual de 1995/1996, ter sido expressamente afastada a consagração do “testemunho de parte” – à semelhança da fisionomia da figura prevista no direito anglo-saxão –, não significa que este meio de iniciativa oficiosa do juiz apenas vise provocar a confissão ou se limite a exhibir uma função meramente informativa.

Na verdade, no quadro da estrutura procedimental probatória típica idealizada pelo legislador, ao invés do depoimento de parte requerido pela contraparte, esta iniciativa oficiosa do juiz visa, por um lado, (1) o esclarecimento das alegações de facto das partes, precisando melhor o objecto do processo (*função informativa*)<sup>46</sup> e, por outro (2) permite que a parte que faça as declarações explique melhor as razões subjacentes às afirmações de factos que efectuou, habilitando o juiz a extrair elementos probatórios para a valoração das provas sobre os factos controvertidos e sobre os elementos probatórios já, no entretanto, adquiridos pelo tribunal nessa fase do processo (*função probatória*).

É verdade que as declarações prestadas no quadro desta inquirição oficiosa podem revestir natureza confessória, contanto que se verifique um *animus confidenti* e não ocorrer a verificação de qualquer um dos requisitos negativos (p. ex., arts. 353.º e 354.º do Código Civil). É certo que esta iniciativa oficiosa pode ser o *invólucro de uma confissão*. Trata-se, todavia, de um resultado probatório que não é conforme às funções normalmente assinaladas a esta actividade processual probatório de iniciativa oficiosa do tribunal.

O intuito que preside ao desencadear desta actividade probatória por iniciativa do tribunal não é o de provocar declarações *propter se* ou *contra se*. Esta figura processual está, sobretudo, ordenada a tutelar os interesses das partes declarantes e instaurar uma relação mais imediata, directa, genuína e sincera com o tribunal, rompendo, de alguma maneira, com o estado relacional “criado” entre as partes e o tribunal pelos respectivos mandatários.

<sup>45</sup> LEBRE DE FREITAS, *A Confissão no Direito Probatório*, 1991, cit., p. 240 ss.; LEBRE DE FREITAS/MONTALVÃO MACHADO/RUI PINTO, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 2.º, 2.ª edição, 2008, cit., p. 497.

<sup>46</sup> Esta *função informativa* desfruta, sobretudo, de uma maior incidência na audiência preliminar, quanto ao dever de prestação de informações e esclarecimentos (actual redacção do art. 508.º-A, n.º 1, alínea e), do CPC).



O ordenamento jurídico tende a ver, portanto, com algum desfavor as declarações confessórias que as partes possam efectuar no âmbito destas inquirições oficiosas<sup>47</sup>. Nesta medida, a inquirição oficiosa, a mais da sua função informativa, terá, sobretudo, uma *função probatória* importante, predisposta a fornecer ao julgador fontes de convencimento e formação da sua convicção acerca das afirmações sobre os factos feitas pelas partes. Neste sentido, as respostas das partes possuem a idoneidade para fundar o convencimento do tribunal, independentemente de o seu depoimento recair, total ou parcialmente, sobre factos que lhes sejam favoráveis.

Embora na jurisprudência italiana se encontrem decisões dos tribunais superiores que consentem que o resultado destas declarações suscitadas oficiosamente possa constituir a única fonte de convencimento do juiz<sup>48</sup> deveremos admitir, no direito constituído português,

<sup>47</sup> Note-se que, como salientei, no ordenamento italiano (art. 229 do *Codice di Procedura Civile*) estas declarações respeitantes a factos desfavoráveis à parte depoente não podem valer como confissão judicial.

<sup>48</sup> Decisões da *Corte di Cassazione* n.ºs 7800/91, 6344/91, 61117/93, 4833/94, 193/95, 3822/95, 914199, 9017199, 602312000, e 634712000.

Inicialmente, a *Corte di Cassazione* negava que este “interrogatorio libero” fosse considerado um meio de prova (acórdão de 13/02/1987, n.º 1574). Para esta corrente, o “interrogatório libero” servia apenas para corroborar os factos probatórios já adquiridos nos autos, ou para os negar (tb., neste sentido, o acórdão da *Corte di Cassazione*, de 14/11/1984, n.º 5762/84), como elementos probatórios subsidiários ou auxiliares livremente apreciados pelo tribunal, a fim de fortalecer ou enfraquecer um certo grau de convencimento já adquirido (assim, entre outros, vejam-se os acórdãos da *Corte di Cassazione*, de 14/01/1980, n.º 298, de 16/03/1981, n.º 1443, e de 02/09/1981, n.º 5025).

Todavia, tem vindo a prevalecer a corrente de acordo com a qual “*le dichiarazioni rese dalla parte nell’interrogatorio libero (...) possono essere fonte anche unica di convincimento del giudice* (acórdão da referida *Cassazione*, de 15/07/2005, n.º 15019). Cfr. CRISANTO MANDRIOU, *Diritto Processuale Civile*, I, *Nozioni Introdotte*, 14.ª edição, 2002, cit., p. 105, nota 9.

E mesmo após a reforma de 2006, que aproximou este “interrogatório” da figura da conciliação (art. 185 do referido *Codice*, segundo o qual “*il giudice istruttore, in: caso di richiesta congiunta delle parti, fissa a comparizione delle medesime ai fine di interrogarle liberamente e di provocarne la conciliazione*”), a mais recente decisão da *Corte di Cassazione*, de 28/02/2008, n.º 5290, *continua a atribuir eficácia probatória* (não vinculada) a este “interrogatorio libero”, contanto que existam nos autos outros resultados probatórios (valoração das declarações das partes em conjunto com outros elementos probatórios, incluindo presunções judiciais). Mais: a Cassação italiana já não vê com desfavor a omissão de valoração deste “interrogatorio libero”, se assim o tribunal o entender, pois que: “*financo la mancata valutazione dele interrogatorio non formale non costituisce invero violazione dell’art. 2697 c.c., riguardante l’onere della prova, o dell’art. 2733 c.c., concernente la confessione giudiziale, né può integrare vizio di omessa o insufficiente motivazione circa un punto decisivo della controversia, essendo la suddetta valutazione nmissa al potere discrezionale del giudice di merito, il cui omesso esame non é sindacabile in sede di legittimitá*”.



nas situações *sub iudice*, que a eficácia probatória das declarações das partes quando estas forem sopesadas com outros indícios probatórios qualificados e significativos, resultantes das declarações testemunhais que tenham levado o tribunal a formar, de acordo com prudentes regras de experiência, a convicção sobre um conjunto de factos conhecidos.

A partir de factos desta natureza pode o tribunal extrair, através de prudentes máximas da experiência, a afirmação processual do facto controvertido anteriormente ignorado.

O que tudo pode assim ficar sujeito ao *princípio da livre apreciação da prova*; para mais quando o tribunal realiza uma motivação racionalmente perceptível da apreciação probatória das declarações das partes e dos demais indícios probatórios, pois, neste caso, a valoração da prova não impõe ao tribunal um qualquer poder vinculado, desde que nenhuma das partes emita declarações confessórias.

### 8.3 Os princípios constitucionais do processo civil e as situações *sub iudice*

Os princípios constitucionais acima referidos impõem, quer ao legislador quer ao intérprete, critérios de admissão, produção e de valoração, em termos de permitir tratar igual aquilo que é igual e desigual aquilo que é desigual.

Atente-se, em particular, nos litígios cujos factos controvertidos não podem ser provados documentalmente, por perícia ou por testemunhas, na medida em que respeitam a acontecimentos do foro privado, íntimo<sup>49</sup> ou pessoal dos litigantes.

---

Tudo isto para observar que a enorme proximidade entre as duas normas (a do nosso CPC e a do *Codice* italiano), nunca fez a doutrina e a jurisprudência transalpina duvidar do relevo probatório, maior ou menor, destas declarações das partes suscitadas por iniciativa oficiosa.

Creio que, entre nós, esta dúvida também não tem razão de ser, pese embora o nosso CPC não contenha, actualmente, uma norma como a do art. 116, n.º 2, do referido *Codice*, que atribui expressamente um valor probatório a essas declarações, quando não forem (ou não puderem ser) qualificadas como confissão.

<sup>49</sup> Podem ser objecto de prova os factos pertencentes ao foro íntimo dos litigantes (ver, por todos, ANTUNES VARELA/MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, 2.ª ed., 1985, cit., p. 407; REMÉDIO MARQUES, *Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 3.ª edição, 2011, cit., p. 545), cujo ónus de alegação e prova cabe ao autor, segundo a regra geral prevista no art. 242.º, n.º 1, do Código Civil. Cfr. o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 389/99, de 23-6-1999 (MARIA DOS PRAZERES BELEZA), in <http://www.tribunalconstitucional.pt>, que não julgou inconstitucional esta norma quando aplicada nas acções de indemnização por danos não patrimoniais.

Todavia, nesta hipótese, coloca-se, igualmente, o problema discutido nas situações *sub iudice*: falta de quaisquer outros meios de prova (o que será, apesar de tudo, raro) e admissão da prestação de declarações por parte do autor ou inquirição oficiosa pelo tribunal, cujo resultado possa conduzir à valoração livre ou a um princípio de prova em cuja base estão declarações que lhe são favoráveis a partir das quais, com base



Na verdade, se ao autor compete alegar e demonstrar os *factos constitutivos* do seu direito subjectivo e se, na dúvida insanável sobre a realidade de tais factos, o tribunal deve decidir contra o autor – neste caso, contra a parte a quem o facto aproveita: art. 516.º do CPC (falta de prova sobre esses factos constitutivos) –, a recusa, nestas raras eventualidades, em admitir e valorar livremente ou apenas como base de presunções judiciais as declarações favoráveis do autor<sup>50</sup> volve-se, desde logo, numa concreta e intolerável ofensa do *direito à prova*, no quadro do direito de acesso aos tribunais e ao direito e de uma tutela jurisdicional efectiva (art. 20.º, n.º 1, da Constituição).

É verdade que o direito à prova, enquanto uma das componentes do direito geral à protecção jurídica e de acesso aos tribunais, implica a possibilidade de as partes utilizarem, em benefício próprio, os meios de prova que escolherem, apresentando-as no momento processual que escolherem, devendo a recusa de admissão de qualquer meio de prova ser fundamentado na lei ou em princípios jurídicos, assegurando-se, em geral, recurso da decisão<sup>51</sup>.

Conforme tem sido afirmado em diversas ocasiões pelo Tribunal Constitucional, o direito à tutela jurisdicional efectiva para defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, genericamente proclamado no art. 20.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa (CRP), implica *“um direito a uma solução jurídica 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 discretear sobre o valor e resultados de umas e outras”*<sup>52</sup>.

É claro que o direito à prova implica a previsão de certas limitações aos meios de prova utilizáveis, desde que essas limitações se mostrem materialmente justificadas e respeitadoras do princípio da proporcionalidade<sup>53</sup>.

---

em regras da experiência (*in casu*, directas) permitem extrair e formar uma certa convicção sobre factos que lhe sejam, total ou parcialmente, favoráveis.

<sup>50</sup> A mesma questão coloca-se relativamente às *excepções* (ou à *reconvenção*) formuladas pelo réu.

<sup>51</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 504/2004, de 13/07/2004 (ARTUR MAURICIO), § 4.

<sup>52</sup> Acórdão n.º 86/1988, reiterado em jurisprudência posterior no acórdão n.º 157/2008, bem como no acórdão n.º 408/2010, todos consultáveis em <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

<sup>53</sup> Tb. TEIXEIRA DE SOUSA, *As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*, Lisboa, Lex, 1995, p. 228.



#### 8.4 Em particular, o princípio da proporcionalidade nos litígios que tocam a vida íntima ou privada dos litigantes; as situações *sub judice* (cont.)

O *juízo de proporcionalidade* deve tomar em consideração três vectores essenciais: (1) a justificação da exigência processual em causa; (2) a maior ou menor onerosidade da satisfação por parte do interessado; e (3) a gravidade das consequências ligadas ao incumprimento dos ónus<sup>54</sup>. Além de que, a mais da conformação ao *princípio da proporcionalidade*, os regimes jurídicos processuais eleitos pelo legislador – que neste quadro está provido de grande discricionariedade legislativa – devem revelar-se *adequados* aos fins do processo, não estando o legislador e o intérprete autorizados a criar obstáculos que dificultem ou prejudiquem, arbitrária ou de forma desproporcionada, o direito de acesso aos tribunais e a uma tutela jurisdicional efectiva<sup>55</sup>.

Existe, de facto, a possibilidade de o legislador introduzir *limites* ao *direito à produção de prova*, ínsito no direito de acesso aos tribunais, consagrado no art. 20.º, n.º 1, da Constituição, que podem ir até à exclusão de um meio de prova (*constituenda*) como é, no direito estrangeiro, o “testemunho de parte”, o “interrogatório libero”, o “interrogatório de las partes”, ou as declarações de parte, a fim de produzir e valorar, globalmente e juntamente com outros meios de prova ou máximas da experiência (presunções judiciais ou *hominis*), factos favoráveis ao depoente. Mas isto é assim apenas desde que tal medida *não exceda o necessário para a salvaguarda do interesse geral da proibição da produção e valoração das declarações da parte sobre factos que lhe sejam favoráveis*.

A limitação plasmada na irrelevância ou na insusceptibilidade de valoração dos depoimentos de partes quando respeitam a factos, total ou parcialmente, favoráveis ao depoente não se mostra, nas situações *sub judice*, materialmente justificada e respeitadora do *princípio da proporcionalidade*.

Não se vislumbra a existência de uma justificação material para a restrição, ou seja, a necessidade de com ela se salvaguardar outros direitos ou valores constitucionalmente protegidos, e a relação de proporcionalidade entre a medida legal restritiva e os fins por ela visados.

<sup>54</sup> Assim, RUI MEDEIROS, in: JORGE MIRANDA RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 439.

<sup>55</sup> LOPES DO REGO, “Os Princípios constitucionais da proibição da indefesa, da proporcionalidade dos ónus e cominações e o regime da citação em processo civil”, in: *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003. p. 839 ss.



Na verdade, a admissão, a produção e a valoração das declarações das partes inseridas no depoimento de parte não configuram uma *situação excepcional* que justifique a irredutível inadmissibilidade da valoração da prova quando respeita a factos favoráveis ao depoente, diferentemente do que acontece com a postergação de outros meios de prova, por exemplo, como sucede para efeitos de admissão do recurso de revisão<sup>56</sup>, em que está em causa a tutela da segurança jurídica e na indiscutibilidade das decisões judiciais.

E se é certo que o direito de acesso aos tribunais e ao direito e o direito a um processo equitativo, consagrados no art. 20.º, n.ºs 1 e 4, da Constituição<sup>57</sup>, “*não vincula à admissibilidade de todo e qualquer meio de prova e em todas e quaisquer circunstâncias*”; e que o legislador “*goza, nesta matéria, de uma considerável margem de liberdade de conformação dos meios de prova que prevê, nada obstando a que, de acordo com critérios de razoabilidade, estabeleça condicionamentos à sua utilização, nomeadamente (...) tendo em conta os limites que a finalidade desses meios logicamente impõem*”<sup>58</sup>, não é menos verdade que uma interpretação da lei processual que impeça a valoração do depoimento de parte relativa ao factos favoráveis ao depoente como base de presunções judiciais e outros elementos probatórios adquiridos nos autos viola esse direito fundamental, exactamente quando (e só quando) estão apenas em causa factos da vida íntima ou privada dos litigantes não percebidos por ninguém senão pelos próprios e insusceptíveis de serem documentados.

Nos conflitos entre cônjuges, unidos de facto, ex-cônjuges, ex-companheiros, namorados ou ex-namorados, contraentes vinculados por estritos deveres de segredo, nos preliminares, na formação e na execução dos contratos, etc., os litigantes formaram convicções íntimas que, numas hipóteses, partilharam com o outro ou com terceiros; noutras, não. Manifestaram os litigantes estados de espírito e expressaram sentimentos, desejos e volições, através de certos comportamentos reiterados no tempo.

Em caso de litígio relativamente ao cumprimento de deveres de *dare* ou de *facere*, é natural que, perante estas ocorrências do mundo exterior ou do sentir íntimo das partes não documentáveis e não presenciados por outrem, cada parte somente possa (e tente) depor sobre factos que lhe são favoráveis à luz de uma determinada previsão legal. E esse depoimento não deve, nestes *casos especiais*, visar apenas fazer chegar o tribunal à conclusão

<sup>56</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 408/2010 (MARIA LÚCIA AMARAL), de 9/11/2010, § 5.

<sup>57</sup> Enquanto *norma-princípio estf1Jurante* do Estado de direito democrático – GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 409.

<sup>58</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 504/04. *loc. cit*



de que tais factos (favoráveis ao depoente) não se verificam – o que já constitui uma consequência desfavorável ao depoente –, mas também informá-lo acerca dos hábitos, dos comportamentos e das condutas dos litigantes, as quais foram exteriorizadas ao longo do tempo em que estiveram juntos.

A livre apreciação das declarações de ambos os depoentes, de uma forma global coadjuvada por outras condutas e comportamentos verificados pelo tribunal, pode formar a convicção do tribunal sobre os factos controvertidos baseada em máximas da experiência. Isto permite libertar o julgador de um esquematismo conceptualista, levando a que a sua convicção sobre a actividade probatória resulte de um grau de convencimento adquirido e alicerçado em argumentos que o *consensus omnium* considera adequados para a sua justificação<sup>59</sup>.

Por outro lado, verifica-se que não é possível constatar a existência de uma regra de experiência social que, sem mais – sem valorar na sua globalidade as declarações das partes e dos respectivos comportamentos, agregando-as ao comportamento típico de casos desta natureza, segundo as máximas da experiência – permita, nestes conflitos sobre factos não presenciáveis por testemunhas, não demonstráveis por leis científicas e não documentáveis, extrair a ilação (presunção) a partir de certos factos conhecidos.

Se, quanto à produção de prova, esta actividade (e a dimensão do *direito de acção* que lhe está subjacente) não implica necessariamente a admissibilidade de todos os meios de prova permitida em direito em qualquer tipo de processo, independentemente do objecto do litígio, e não exclui a introdução de limitações quantitativas na produção de certos meios de prova, deve, porém, afirmar-se – com o Tribunal Constitucional<sup>60</sup> – que tais limitações não podem ser *arbitrárias e desproporcionais*.

Ora, perante um regime jurídico que apenas admite o depoimento de parte para provocar uma confissão ou, não sendo o caso, para apenas admitir a valoração (livre) dos factos que sejam desfavoráveis ao depoente, deve reconhecer-se tal arbitrariedade e desproporcionalidade quando, em *concreto*, se verifica que o interessado, a quem compete

<sup>59</sup> Assim, em geral. TEIXEIRA DE SOUSA, “A livre apreciação da prova em processo civil”, 1984, cit., pp. 143-144.

<sup>60</sup> Veja-se o acórdão n.º 64612006, de 28/11/2006 (BRAVO SERRA), in: <http://www.tribunalconstitucional.pt>, onde se entendeu que as limitações são arbitrárias ou desproporcionadas quando certas normas apenas admitem prova documental quando, em concreto, se verifica que o interessado somente dispõe da possibilidade de lançar mão a outros meios de prova. Tb., no mesmo sentido. Veja-se o acórdão do mesmo Tribunal, n.º 157/2008, de 4/03/2008 (MARIO TORRES), *loc. cit.*; *idem*, acórdão n.º 681/2006, de 12/12/2006 (PAULO MOTA PINTO), *loc. cit.*



alegar e demonstrar os factos constitutivos do seu direito somente dispõe da possibilidade de lançar mão das suas próprias declarações, inseridas formalmente no esquema “típico” do depoimento de parte. Isto a fim de o tribunal, a partir de máximas da experiência, poder extrair de um conjunto de factos-base, formar a sua convicção e convencer-se sobre a veracidade das afirmações do depoente.

Constranger a parte a depor sobre factos que apenas possam ser objecto de confissão (factos desfavoráveis), ou permitir que ela deponha sobre factos que lhe são favoráveis, tendo em vista conduzir à conclusão de que esse facto não se verifica (facto que assim se torna desfavorável para o depoente<sup>61</sup>), significa, de antemão, coarctar-lhe *substancialmente* a mera *possibilidade* de lograr uma decisão de mérito favorável. O exercício de um direito não pode ser condenado, *de antemão*, nos casos em que as partes não dispõem, nem de testemunhas, nem de documentos para corroborar as suas afirmações sobre os factos controvertidos<sup>62</sup>, nem estes são passíveis de percepção por via de prova pericial ou de inspecção judicial.

Nessas situações, perante a determinação, ínsita na norma do Código Civil em causa, o interessado, face a uma manifesta e, provavelmente, insuperável, dificuldade em alcançar o objecto *probandi*, ver-se-á colocado numa situação de impossibilidade de demonstrar os factos que suportavam o direito subjectivo que quer fazer valer em juízo.

E, nesse contexto, uma interpretação da solução legislativa que isso consagre não pode deixar de considerar-se como materialmente desproporcionada e ofensiva do direito consagrado no n.º 1 do art. 20.º da Constituição, pois que preclude totalmente uma apreciação e valoração dos factos invocados como consubstanciadores de uma das pretensões deduzidas em juízo.

Aliás, não deve esquecer-se que, quanto maior for a latitude dos poderes instrutórios do juiz, maior é a possibilidade de aproximação da verdade judicial (isto é, a convicção do tribunal sobre a identidade dos factos aprovados com os factos reais) a verdade material<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> Admitindo que o depoimento de parte possa incidir sobre um facto favorável ao depoente, na medida em que esse depoimento pode conduzir à conclusão de que esse facto não se verifica, constituindo este comportamento processual uma consequência desfavorável ao depoente, cfr. LEBRE DE FREITAS/MONTALVÃO MACHADO/RUI PINTO, *Código de Processo Civil Anotado*, 2.º vol., 2.ª edição, 2008, cit., p. 506.

<sup>62</sup> Tb., nestes termos, na doutrina alemã, entre outros. OTHMAR JUAERNIG, *Direito Processual Civil*, 25.ª edição, cit., 2002, pp. 297-298.

<sup>63</sup> TEIXEIRA DE SOUSA, “A livre apreciação da prova em processo civil”, 1984, cit., pp. 129-130.



## 9. As proibições de (valoração) prova nas perspectiva das declarações de parte

Deveremos ainda questionar se, no ordenamento português, existe alguma proibição de valoração da prova plasmada nas declarações das partes e de utilização destas declarações.

Alguns dirão que tais declarações apenas poderão ser aproveitadas e valoradas pelo juiz, fora do esquema da prova (nominada) por confissão, se e quando respeitarem a factos desfavoráveis a parte que tenha efectuado as declarações. O art. 361.º do Código Civil parece apontar no mesmo sentido.

Todavia, num sistema em que vigora o princípio da *livre apreciação da prova* (art. 655.º do CPC), existe uma autorização para o juiz valorar a prova de acordo com a sua experiência. E aí os próprios comportamentos processuais ou materiais das partes (*v. g.*, recusar-se a parte a responder ao que o juiz pergunta ou recusar-se a efectuar um exame) podem ser relevantes.

Por outro lado, a par das regras sobre a valoração das provas, temos, ainda antes, de considerar o problema da admissibilidade ou da utilização de certas fontes (e procedimentos) de prova<sup>64</sup>.

Ora, em lado nenhum se diz, no nosso ordenamento positivo, que as declarações não confessórias de uma parte integram uma regra de exclusão de admissibilidade (uma espécie de *exclusionary rule*, à semelhança do que ocorre nos E.U.A.) ou de utilização dessas mesmas declarações. Aliás, as regras de exclusão da admissibilidade das provas visam tutelar certos princípios e direitos fundamentais previstos na Constituição (*v. g.*, dignidade da pessoa humana<sup>65</sup>, integridade física e moral<sup>66</sup>, intimidade da vida privada e familiar<sup>67</sup>, liberdade), que, *de caso pensado*, são vistos como limites à busca da verdade.

Nada disto sucede, porém, com as declarações de parte que respeitem a factos favoráveis.

Tão pouco a Constituição proíbe a produção de semelhantes declarações ou o CPC limita a sua utilização tendo em vista a concretização de imperativos constitucionais.

Estas regras não permitem afirmar a possibilidade de extrair proibições de prova da Constituição, uma vez que esta questão somente surge quando a lei ordinária é omissa quanto à admissibilidade de certos meios de prova ou apenas contém uma regulamentação incompleta da matéria. No nosso caso, é a lei processual que permite a prestação de tais

<sup>64</sup> Isto porque a *possibilidade de utilizar* uma certa prova tem que ser previamente afirmada antes da *apreciação* (e valoração) dessa mesma prova.

<sup>65</sup> Art. 612.º, n.º 1, do CPC.

<sup>66</sup> Art. 59.º, n.º 3, alínea *a*), do CPC.

<sup>67</sup> Art. 519.º, n.º 3, alínea *b*), do CPC.

declarações (*rectius*, declarações de parte), não proibindo essa prestação quando ela recaia sobre factos favoráveis à parte. Aliás, o *direito à prova* é um direito com estalão de *direito fundamental*.

Não se vê, igualmente, como se pode extrair uma proibição de valoração de tais declarações. A obtenção e a valoração destas declarações não violam o *núcleo essencial* dos direitos de personalidade ou a dignidade humana. A proibição de valoração de declarações favoráveis à parte é que é, isso sim, de expurgar, por violação (aliás, grosseira) deste direito fundamental à prova.

#### **10. A valoração de declarações favoráveis à parte depoente enquanto *prova atípica***

Mas ainda quando se admitisse a nulidade do acto de admissão de depoimento de parte sobre factos favoráveis a essa parte, haveria que perguntar se essa nulidade se comunica ao acto de produção de prova.

Não repugna admitir a atendibilidade do resultado probatório. O desrespeito dos limites plasmados na lei em relação às provas constitui um meio que o ordenamento jurídico utiliza para resolver *a priori* o problema da valoração da prova.

Ora, a falta de respeito por tais limites não fulmina com a invalidade a prova inadmissível que tenha sido produzida. A essa prova deve, antes e para muitos, ser atribuído um valor menor do que aquele que o ordenamento lhe reservara<sup>68</sup>.

Tais provas poderão ser assim valoradas enquanto *expressão do comportamento material das partes*; poderão, no mínimo, ser valorados e deles serem extraídas certas ilações constitutivas da base de *presunções judiciais*.

O recurso ao depoimento *de parte* não deve ser visto como a convocação de um instrumento cuja estrutura é rígida e formalmente vinculada insusceptível de promover um efeito não formal, qual seja: a valoração probatória *de* declarações favoráveis ao próprio depoente.

Pelo contrário, os resultados das *provas constituendas* de forma ilegítima- admitindo-se aqui essa alegada ilegitimidade por mera conveniência explicativa e argumentativa – e os respectivos elementos de convicção podem ser ponderados a título de *provas atípicas*<sup>69</sup>.

Repare-se: uma das espécies de *prova atípica* é, como referi, a prova adquirida por modo diferente daquele que é consentido. E se se admite a utilização, para fins probatórios, de meios destinados a outros fins (*v. g.*, a sentença estrangeira, mesmo não revista ou

<sup>68</sup> Neste sentido, G. F. RICCI, “Le prove illecite...”, 1987, cit., p. 47.

<sup>69</sup> G. F. RICCI, “Le prove illecite...”, 1987, cit., p. 63.



confirmada; a sentença penal condenatória e absolutória: arts. 674.º-A e 674.º-B do CPC), os quais não são sequer produzidos de modo diverso do previsto na lei<sup>70</sup>, então, por maioria de razão, faz todo o sentido admitir a valoração das declarações de parte favoráveis ao próprio depoente – seja como principio de prova, seja como indício ou base de presunção judicial, seja, para muitos, como *prova livre*.

A actual ausência de uma previsão expressa na lei portuguesa não pode inviabilizar a eficácia deste meio de prova, o qual será visto e recuperado como *prova atípica*<sup>71</sup>.

A irregularidade ou a nulidade do acto que afecta a produção da prova não impede a valoração dessa prova. Pois, não deixa de se tratar de uma *manifestação sensível* da demonstração de alegações sobre factos.

Para além da “prova privilegiada” extraída de uma confissão judicial – que impõe ao juiz a atribuição de um certo valor probatório, vinculando-o – e a livre apreciação da prova fundada na prudente convicção do julgador, temos ainda a possibilidade de, atenta a exclusão da ciência privada e o respeito pelo contraditório e pela defesa, o juiz poder retirar elementos de convicção de todo o material probatório que lhe é apresentado, incluindo a valoração de declarações favoráveis ao próprio depoente inseridas naturalmente num fundo mais vasto

### **11. A conversão das declarações favoráveis ao depoente enquanto “conservação” ou aproveitamento de actos viciados. A valoração de tais declarações**

Conceda-se que o juiz não possa atender ao resultado desta *prova constituenda* traduzida nas declarações favoráveis ao depoente. Suponha-se que existe mesmo um vício do procedimento probatório, que torna o resultado *nulo*, por isso mesmo que o direito processual civil português não admite a valoração do depoimento de parte senão para obter uma confissão (reduzida a escrito: art. 563.º, n.º 1, do CPC) ou para o valorar livremente se, não podendo valer como confissão, respeitar a factos desfavoráveis ao depoente.

Conquanto assim se entenda – o que somente aqui se admite por razões de retórica argumentativa –, tais declarações podem ser objecto de *conversão*.

Essa prova pode, com efeito, influir na convicção do julgador, na medida em que traduza a *actividade das partes no processo*. Estas declarações das partes relativas a factos alegados – insusceptíveis de adequação aos esquemas formais da prova por depoimento/confissão das

<sup>70</sup> A sentença é um instrumento (e um documento) que não é um meio de prova, mas uma estatuição autoritária de resolução de um litígio provida de certas qualidades (propriedades) e efeitos (v. g., o caso julgado, a constituição de título executivo, etc.).

<sup>71</sup> Neste sentido, já ISABEL ALEXANDRE, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, 1998, cit., p. 131.



partes – podem ser consideradas pelo julgador como *provas indiciárias*, ou seja, como factos conhecidos, com base nos quais a verdade pode ser argumentada<sup>72</sup>.

Visto o problema na perspectiva do n.º 1 do art. 201.º do CPC, a prática de qualquer acto – *in casu*, um acto de aquisição probatória – que a lei não admita pode estar na génese de uma *nulidade*. Pode conceber-se que quando o acto de admissão de um meio de prova seja nulo, com a conseqüente nulidade da produção dessa prova, ele pode converter-se num acto de tipo ou de conteúdo diverso, à semelhança do que se verifica para os negócios jurídicos nulos (art. 293.º do Código Civil).

A aproximação entre a *teoria geral do negócio jurídico substantivo* e o mecanismo da *conversão dos actos processuais* não é nova: sabe-se que o acto processual pode ser, de algum modo, assimilado ao negócio jurídico do direito substantivo, ainda que a ideia de conversão do acto processual desfrute de alguma *autonomia* perante a do direito material.

Os pressupostos da conversão do acto processual prescindem, por isso, dos pressupostos objectivos e subjectivos. Surpreende-se, todavia, um princípio geral respeitante ao acto processual no CPC, qual seja o contido no n.º 3 do art. 201.º do CPC, o qual estabelece que, se o vício de um acto processual impedir a produção de um determinado efeito, o acto pode, ainda assim, produzir os outros efeitos para que seja idóneo<sup>73</sup>.

Se os efeitos de um acto são mais do que um e o requisito em falta não é indispensável relativamente a todos eles, produzem-se aqueles efeitos em relação aos quais o vício não é essencial. É claro que no processo civil – uma vez que cumpre garantir ou observar a regularidade processual – este regime da conversão dos actos processuais não pode atingir, por um lado, a valoração do comportamento negativo se este for justificado e puder prejudicar

<sup>72</sup> Assim, MAURO CAPELETTI, “Efficacia di prove...”, 1961, p. 566.

<sup>73</sup> Entre nós, contra a ideia de conversão do acto processual, ANSELMO DE CASTRO, *Direito Processual Civil*, vol. III, Coimbra, Almedina, 1982. pp. 111-112, com base na ideia de que no domínio do processo civil não é possível dar um relevo tão grande à vontade, caso se indagasse a vontade das partes na realização de um negócio sucedâneo quando elas se apercebessem da deficiência do negócio principal. Porém, esta objecção não impede que se construa a figura da conversão a respeito dos actos processuais em termos autónomos dos que vigoram no direito civil, exactamente porque são diversos os interesses em jogo. No processo esta figura é erigida à luz da ideia da *conservação dos actos viciados* enquanto corolário do *princípio da economia jurídica*.

Ademais, como demonstrou plenamente PAULA COSTA E SILVA, *Acto e Processo – O Dogma da Irrelevância da Vontade na Interpretação e nos Vícios do Acto Postulativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 483-484, a natureza pública do direito processual não impede a aplicação das regras do direito substantivo aos actos processuais, relevando o *princípio do aproveitamento máximo do acto jurídico* no quadro das conseqüências da nulidade dos actos processuais (p. 494).



a parte e, por outro, não pode permitir que o procedimento instrutório inadmissível se torne admissível por força da conversão<sup>74</sup>.

Nada disto ocorre, porém, nos casos em que o tribunal inquire a parte, mesmo que desse depoimento brote um facto que é favorável à parte declarante.

Esta não se recusa a depor ou a responder à inquirição oficiosa do tribunal, nem há lugar à prática de um procedimento instrutório inadmissível; ocorre, isso sim, a *valoração desse depoimento fora do esquema formal típico do depoimento de parte*.

Na verdade, nestes casos a prova não é inadmissível: é que as partes podem requerer o depoimento de parte, bem como o juiz pode requerer oficiosamente o depoimento ou solicitar a inquirição prevista no art. 552.0, n.º 1, do CPC.

Sucedem apenas isto: o acto inidóneo a constituir prova em função do qual pode ter sido invalidamente praticado vai integrar uma outra prova *em si e por si admissível*, qual seja, vai integrar um conjunto de *presunções judiciais livremente valoráveis pelo tribunal*, a par de outras declarações de testemunhas.

## 12. A conversão das declarações favoráveis (cont.); A valoração de tais declarações

Neste sentido, a valoração das declarações de uma parte, que forem favoráveis a essa parte, fora do esquema *típico* do depoimento de parte poderá ser livremente valorada pelo julgador, ainda que com o apoio em outras *presunções judiciais*, ou valerá como indício ou princípio de prova, conquanto apoiado noutras provas ou em *presunções naturais* (*presunções simples* ou *hominis*) extraídas das regras da experiência. Não se esqueça que as *presunções judiciais* constituem apenas um *outro instrumento de convencimento do julgador*, devendo ser rejeitada a ideia de que não são meios de prova.

Estes outros instrumentos de formação da convicção do tribunal devem permitir que este convencimento seja logrado apenas e unicamente com base em *elementos indiciários*, mesmo quando promanam da parte a quem aproveitam.

Doutrina que tem na sua génese a ideia – radicada na tutela do direito à prova ancorado num contraditório e igualdade de armas suficientes à luz do princípio da investigação e da descoberta da verdade material – de que as provas ditas “atípicas” se podem tornar “típicas” através do mecanismo da *prova por presunção judicial*. Não se esqueça que na “hierarquia” dos instrumentos probatórios – que revelam no seu vértice a prova legal ou tarifada (*maxime*,

<sup>74</sup> MAURO CAPPELLETTI. “Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento delle parte”, in: *Rivista di Diritto Civile* (1961), parte I, p. 556, pp. 566-568.



a prova por confissão e a prova documental) – a prova por *presunção natural* (presunções judiciais ou *hominis*) fundada em indícios é livremente apreciada pelo tribunal, diferentemente dos *argumentos de prova*, que apenas oferecem, em regra, elementos para a valoração de outras provas e são insusceptíveis de, só por si só, servir de base a presunções judiciais.

Não deve aqui existir qualquer *proibição de valoração*.

Estas soluções compreendem-se e aceitam-se – mesmo num ordenamento provido de um *esquema formal probatório de estrutura rígida e formalmente vinculada*, como (ainda) é o português – especialmente nos casos em que o objecto do litígio tange a intimidade e a vida privada dos litigantes e os factos controvertidos não são presenciados por ninguém senão pelas próprias partes, nem podem ser provados por documento, inspecção judicial ou perícia.

### 13. O fim de protecção da norma violada e as proibições de valoração. O direito à prova

Mesmo que se considere que o fim de protecção da norma violada sobre a produção de prova pode, umas vezes, aceitar e, noutros casos, recusar a existência de proibições de valoração, o certo é que a norma que, alegadamente, impede a *livre valoração de declarações favoráveis à parte que deponha* não procura proteger interesses relevantes do direito material e processual - como, por exemplo, a intimidade da vida privada, o segredo profissional e de negócios, o direito a não responder a perguntas incriminatórias, a violação do princípio da imediação –; ela somente implicaria uma proibição de valoração quando a própria valoração contribuisse para a consumação ou o aprofundamento da lesão do interesse tutelado pela proibição de produção de prova<sup>75</sup>.

A uma eventual proibição de produção de declarações sobre factos favoráveis ao depoente não se segue uma proibição absoluta de valoração e, logo, daí não se retira uma ilicitude de valoração. O que se deve perguntar é, isso sim, se, para o efeito de retirar uma resposta adequada sobre uma proibição de valoração, a produção de um meio de prova pode contrariar uma norma constitucional<sup>76</sup>. Isso sucede quando a valoração da prova pode

<sup>75</sup> Em geral, ISABEL ALEXANDRE, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, 1998, cit., p. 144: HANS-WILLI LAUMEN, in: HANS PRÜTTING/MARKUS GEHRLEIN, *ZPO Kommentar*. 3.ª edição, 2011. cit., pp. 773-775.

<sup>76</sup> ISABEL ALEXANDRE, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, 1998, cit., P- 227, p. 233, referindo-se à doutrina de GEORG E. KODEK, *Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Zivilprozess, eine Untersuchung der oesterreichischen, deutschen und amerikanischen Rechtslage*, Wien, Manzsche Verlags – und Universitätsbuch, 1987, pp. 125-126, p. 137.



contribuir para o aprofundamento da lesão do interesse protegido pela proibição de produção ou quando significa a consumação da própria lesão a tal interesse<sup>77</sup>.

Ainda que se entenda que a solução no processo civil português deve ser mais simples, atenta a norma do art. 201.º do CPC, sobre nulidades processuais – que sempre apontará para soluções casuísticas –, não pode desconhecer-se que o tribunal deve tomar em consideração todas as provas produzidas, tenham, ou não, emanado da parte que devia produzi-las (art. 515.º, n.º 1, do CPC).

Esta norma plasma o *princípio da aquisição processual*, o qual deve ser intuído à luz do *direito à prova*. Este direito à prova decorre do *direito de acesso aos tribunais* e ao *direito* e a um *processo equitativo* (art. 20.º, n.ºs 1 e 4, da Constituição). Ora, quando o referido no n.º 1 do art. 515.º alude às “provas produzidas”, devem ter-se por incluídas no seu sector normativo as provas *constituendas* e as *pré-constituídas*.

Não se descortina que possa haver proibição de valoração das declarações de uma parte se estas não são obtidas mediante tortura, coacção tísica, ofensa à integridade tísica ou moral ou abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações ou em violação de qualquer outro direito fundamental, nos termos da aplicação analógica do n.º 8 do art. 32.º da Constituição<sup>78</sup>.

Ficamos, portanto e quanto muito, com uma eventual ilicitude verificada na própria fase de produção de prova em juízo a resolver mediante os arts. 201.º do CPC e o art. 18.º, n.º 1, da Constituição.

E esta eventual ilicitude resolve-se nos termos atrás analisados, quais sejam: a valoração das declarações da parte fora do esquema formal típico do depoimento de parte no segmento factual que lhe seja, alegadamente, favorável. Vale dizer: o acto inidóneo a constituir prova em função do qual pode ter sido invalidamente praticado, à luz do art. 201.º, vai constituir uma outra prova em si e por si admissível enquanto *expressão do comportamento material das partes*. Dito de outra maneira: tal acto e o respectivo resultado vão integrar, no mínimo<sup>79</sup>, um conjunto de presunções judiciais *livremente valoráveis pelo tribunal*, a par dos outros depoimentos testemunhais e das declarações dos restantes réus.

<sup>77</sup> Já assim, na tese de GERALD GRÜNWARD, “Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren”, in: *Juristenzeitung* (1966), n.ºs 15/16, p. 489 ss., PP- 496-497.

<sup>78</sup> ISABEL ALEXANDRE, *Provas Ilícitas em Processo Civil*, 1998, cit., p. 282.

<sup>79</sup> Isto para não dizer – o que, na minha opinião, pode ser dito sem reboço – que nada obsta a que esse depoimento possa ser *livremente apreciado pelo tribunal*, como alguma jurisprudência dos tribunais superiores, em Portugal, já tem vindo a decidir.



#### 14. A regra da indivisibilidade da confissão e o caso sub judice; A livre apreciação das declarações *pro se e contra se*

*Last but not the least*, ocorre agora considerar uma regra, muitas vezes esquecida nos casos concretos, particularmente nas situações em que os factos controvertidos ocorreram na intimidade dos litigantes ou quando a sua percepção não está directamente acessível à comprovação testemunhal ou documental<sup>80</sup>.

Estou a referir-me ao relevo probatório da indivisibilidade da confissão, segundo o qual a confissão somente pode ser aceita ou rejeitada ou integra (art. 360.º do Código Civil<sup>81</sup>), de tal forma que a parte contrária não pode aproveitar-se da parte da confissão que lhe é favorável e rejeitar a parte que lhe é desfavorável<sup>82</sup>. Pois bem.

Em alguns pontos da produção de prova através do depoimento de uma parte, é normal que esta faça declarações sobre a realidade de factos que lhe são desfavoráveis. Mas, ao invés, a mesma parte também pode realizar afirmações que lhe são alegadamente favoráveis.

Sobre tais declarações *pro se e contra se*, devo observar que é conveniente evitar – mesmo num ordenamento, como o português, aí onde não está expressamente prevista a possibilidade de apreciar como *princípio de prova*<sup>83</sup> ou a faculdade de *apreciar livremente a prova* resultante da inquirição efectuada ao abrigo do n.º 1 do art. 552.º do CPC – a tomada de

<sup>80</sup> Isto se for considerada inadmissível e violadora do direito probatório material a fundamentação da decisão de facto, com base em alegadas afirmações do autor sobre factos que lhe são favoráveis.

<sup>81</sup> Cujas redacção é (novamente) muito parecida com a do art. 2734 do *Codice Civile* de Itália.

Este último estatui que: “Quando alla dichiarazione indicata dall’art. 2730 si accompagna quella di altri fatti o circostanze tendenti a infirmare l’efficacia del fatto confessato ovvero a modificarne o a estinguerne gli effetti, le dichiarazioni fanno piena prova nella loro integrità se l’altra parte non contesta la verità del fatti o delle circostanze aggiunte. In caso di contestazione, è rimesso al giudice di apprezzare, secondo le circostanze, l’efficacia probatoria delle dichiarazioni”.

<sup>82</sup> Sobre a razão de ser, fundada nas regras da experiência, deste regime jurídico, cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I. 4.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1987, p. 320, para quem, “se a declaração confessional é especialmente valorizada pelas grandes probabilidades que tem de ser verdadeira ou exacta uma afirmação contrária aos interesses da própria parte, não faria sentido, nem seria justo, que este crédito de sinceridade concedido ao declarante não acompanhasse a parte restante da sua declaração”.

<sup>83</sup> Como é sabido, no estabelecer a medida de convicção que é necessária para que o tribunal possa julgar certo facto como provado, o *princípio de prova* – diferentemente da prova *stricto sensu* – apenas vale como elemento corroborante da prova de um facto, não sendo suficiente para estabelecer, por si só, a prova desse facto, mas coadjuva, juntamente com outros elementos probatórios (incluindo as presunções *hominis* ou naturais, fundadas nas máximas da experiência), a prova de um facto - em sentido análogo, TEIXEIRA DE SOUSA, *As Partes, o Objecto e a Prova na Acção Declarativa*, 1995, cit., p. 203.



posições abstractas fundadas em determinadas pré-compreensões ideológicas sobre a maior ou menor rigidez do processo nas fases que importam a produção e a valoração dos meios de prova.

É que as máximas comuns da experiência – como no-lo atestam as sábias afirmações há pouco reproduzidas dos Profs. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA – podem (e devem) atribuir particular relevo probatório a determinadas declarações *pro se* efectuadas pelas partes. Esse relevo especial relevo probatório decorre da consideração do mencionado art. 360.º, *maxime*, a 2.ª parte, do Código Civil.

Na verdade, se a declaração da parte sobre factos que lhe sejam desfavoráveis for acompanhada da narração de outros factos ou circunstâncias a infirmar a eficácia do facto confessado ou impedir, modificar ou extinguir os seus efeitos (*declaração complexa*), a globalidade das afirmações sobre os factos narrados pelo depoente deverá ficar sujeita ao *princípio da livre apreciação do julgador* – excepto se a parte contrária chamar a si, com êxito, o encargo de demonstrar a inexactidão dos factos ou circunstâncias que sejam favoráveis ao depoente<sup>84</sup>. Isto porque, abandonada, neste específico caso, a regra da prova legal (ou tarifada), é naturalmente aplicável a regra (geral) da livre valoração da prova submetida a um poder não vinculado.

---

<sup>84</sup> Tb., neste sentido, na doutrina italiana, ANDREA PROTO PISANI, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 3.ª edição, 1999, cit., p. 105 (segundo este Autor: “li richiamo all'art. 2734 c.c. è importante perché in sede di interrogatorio libero le dichiarazioni *pro se* sono destinate ad emergere – se non sempre, quanto meno molto spesso – nella forma complessa dell'art. 2734 c.c. e come tali sono quindi dotate di una inferenza probatoria anni luce superiore rispetto a quella astratta dichiarazione *pro se* pura ...” – os itálicos são do Autor); MARIA CARLA GIORGETTI, in: GIORGIO CIAN (dir.), *Codice Civile e Leggi Collegate, Commento Giurisprudenziale Sistemático*, Tomo II, Padova, Cedam, 2010, anotação II ao art. 2734, p. 4971. citando jurisprudência concordante da Cassação italiana. Tb., PASQUALE NAPPI, in: GIORGIO CIAN/ALBERTO TRABUCCHI, *Commentario Breve al Codice Civile*, a cura di GIORGIO CIAN, 9.ª edição, Padova, Cedam, 2008, anotação ao art. 2734, II e II, p. 3326, citando jurisprudência concordante da *Corte di Casazione*, no sentido de que a indivisibilidade da confissão é inaplicável ao “interrogatorio libero”, devendo as declarações *pro se* e *contra se* ser apreciadas livremente pelo tribunal (ainda que como elementos probatórios com valor probatório indiciário ou auxiliar ou secundário), citando jurisprudência concordante da *Corte di Casazione*. Tb., assim, entre nós, LEBRE DE FREITAS, *A Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 2.ª edição, 2011, cit., pp. 258-259, sustentando – bem (na nota 54) – que toda a declaração é livremente valorada pelo julgador, nos casos em que a parte contrária não pretenda prevalecer-se desta declaração como meio de prova plena (para o que deverá provar a inexactidão dos factos ou circunstâncias que lhe são desfavoráveis) – *ob. cit.*, p. 259.



A convocação, neste particular, do disposto na 2.ª parte do art. 360.º do Código Civil é importante no quadro da inquirição efectuada ao abrigo do art. 552.º, n.º 1, do CPC, visto que as declarações sobre factos favoráveis (*pro se*) podem ser, afinal, apreciadas no contexto deste art. 360.º, 2.ª parte, do Código Civil e, como tal, são dotadas de uma importância probatória relevante, atenta a aplicação ao caso, por maioria de razão, do regime da indivisibilidade da confissão. Devem, portanto, ser objecto de uma valoração unitária e conjunta por parte do Tribunal<sup>85</sup>.

Ocorre, neste caso, uma estreita conexão entre o facto constitutivo (favorável à parte) e os efeitos impeditivos do efeito decorrente do facto constitutivo.

Não vale pois dizer que tais declarações *pro se* estão, no caso, desligadas de outros dados ou elementos probatórios com quem mantêm uma conexão íntima e com o *thema probabum*.

Mesmo que as declarações da parte possam ser qualificadas sob o prisma de uma confissão qualificada – ou seja, quando os factos declarados se acham estreitamente ligados, seja porque um deles é a consequência necessária do outros, seja porque um deles incide sobre a existência e a eficácia do outro –, constata-se que os factos (constitutivo e impeditivo) estão intimamente ligados por um ser a necessária consequência do outro.

## 15. Conclusões

De tudo quanto se expôs, é possível retirar as seguintes conclusões:

- I. O esquema “típico” da prova por depoimento de parte no ordenamento processual civil português – mesmo o que é suscitado oficiosamente – tem como finalidade provocar uma eventual confissão do depoente, pelo qual este reconhece a veracidade de um facto desfavorável (*contra se pronuntiatio*); se as suas declarações não puderem valer como confissão, mas houver o reconhecimento de factos desfavoráveis, o tribunal parecia livremente tais declarações.
- II. Tem sido admitido, na doutrina portuguesa e na própria jurisprudência dos tribunais superiores, procedimentos probatórios (no caso, o depoimento de parte) destinados à aquisição e valoração de elementos probatórios distintos daqueles por que normalmente esse procedimento se orienta; já se admitiu, em suma, a aquisição e valoração das declarações de parte que incidam sobre factos probatórios que lhe são

<sup>85</sup> MARIA CLARA GIORGETTI, in: GIORGIO CIAN (dir.), *Codice Civile e Leggi Collegate*. Tomo II, 2010, *loc. cit.*, acórdão da Corte di Cassazione n.º 3244/09.



favoráveis, desde que as respostas à base instrutória não sejam fundadas exclusivamente em tais depoimentos, embora se mostrem com eles coincidentes.

- III. Existem casos em que a única maneira de formar a convicção do tribunal sobre a verificação (ou não verificação) dos factos controvertidos consiste nas declarações (não confessorias) das partes, por motivo de não ser possível realizar prova testemunhal, por tais factos não terem deixado qualquer rasto documental, por não poderem ser objecto de inspecção judicial ou de prova científica.
- IV. Trata-se de situações nas quais os factos essenciais incluídos na base instrutória respeitam a acontecimentos do foro privado, íntimo ou pessoal dos litigantes (ou de alguns deles), aí onde, tão pouco, é possível produzir prova testemunhal que sirva de base à convocação de máximas da experiência baseadas na normalidade das coisas susceptíveis de formar uma convicção sobre certas estipulações ou acordos do foro pessoal dos litigantes.
- V. Em casos desta natureza, tanto a falta de comparência da parte para depor (a pedido da parte contrária), quanto a não realização de inquirição oficiosa, quanto, ainda, a impossibilidade de a própria parte suscitar a realização do seu depoimento torna impossível a alegação e demonstração dos factos constitutivos do seu direito ou a alegação e demonstração dos factos extintivos, impeditivos ou modificativos, consoante a respectiva posição processual.
- VI. A recusa do tribunal em admitir e valorar livremente ou apenas como base de presunções naturais as declarações favoráveis do depoente implica, desde logo, uma concreta e intolerável ofensa do direito à prova, no quadro da garantia de um processo equitativo e da tutela jurisdicional efectiva dos direitos subjectivos e das demais posições jurídicas subjectivas.
- VII. Ocorrem casos em que os factos controvertidos ou os temas essenciais de prova respeitam a acontecimentos do foro privado, íntimo ou pessoal dos litigantes, que não foram presenciados por qualquer outra pessoa, nem foram passíveis de inequívocos “testemunhos de ouvir dizer”.
- VIII. O autor – a quem compete alegar e provar os factos constitutivos do direito – somente dispõe, nestas eventualidades, da possibilidade lançar mão das suas próprias declarações, embora inseridas formalmente no esquema “típico” do depoimento de parte.
- IX. Consagrar, neste caso, um limite à produção e valoração da prova, impedindo a valoração das declarações dos dois litigantes cujo conteúdo, globalmente



considerado (ainda quando integra declarações sobre factos favoráveis ao autor), pode servir de base à convicção sobre os factos-base de uma presunção judicial fundada em máximas da experiência para formar a convicção sobre os factos controvertidos – limites à produção e valoração da prova, que, em geral, integram a folga de livre apreciação e preenchimento do legislador ordinário, no quadro da sua *discricionariedade legislativa* – excede o necessário para salvaguardar o interesse geral da produção e valoração probatória do depoimento de parte sobre factos favoráveis ao depoente. Essa visão coarctá-lhe substancialmente a mera possibilidade de lograr uma decisão de mérito favorável.

- X. Nos casos em que os factos controvertidos somente podem ser provados a partir das declarações não confessórias das partes enquanto fundamento dos factos-base de presunções judiciais, é materialmente inconstitucional a interpretação do art. 552.º, n.º 1, do CPC, se e quando, no âmbito de uma inquirição oficiosa das partes, limitar o depoimento de parte apenas aos factos (desfavoráveis) que, por isso mesmo possam ser objecto de confissão judicial, impedindo a produção e a valoração probatória (como princípio de prova, livre ou estando na génese de factos-base de presunções judiciais) das declarações respeitantes a factos favoráveis ao depoente, por violação do *princípio da tutela jurisdicional efectiva* e do *direito a um processo equitativo*, na vertente da ofensa do direito à prova.
- XI. Aliás, o conteúdo desta norma é praticamente igual à do art. 117. do *Codice di Procedura Civile* italiano, respeitante ao *interrogatorio libero*, que permite adquirir e valorar (*livremente*, para a jurisprudência da *Corte di Cassazione*; como *prova indiciária* ou “*argomento di prova*”, para a maioria da doutrina).
- XII. De resto, em lado algum do nosso ordenamento jurídico as declarações não confessórias de uma parte integram uma regra de exclusão de admissibilidade ou de utilização dessas mesmas declarações, mesmo quando respeitam a factos favoráveis à parte depoente. Não há que extrair qualquer proibição de prova da Constituição, no que tange às declarações da parte sobre factos que lhe sejam favoráveis; nem há que as julgar totalmente irrelevantes.
- XIII. A eventual falta de respeito num procedimento probatório não fulmina com a invalidade a prova que tenha sido produzida. Ainda que a essa prova possa ser atribuído um valor menor do que aquele que o ordenamento lhe reservara (caso o procedimento probatório fosse o “típico”), tais declarações (sobre factos favoráveis ao depoente e de outros que não o são) podem ser valoradas enquanto expressão do



comportamento material do depoente. Essas declarações sobre a sua convicção acerca dos factos controvertidos podem, no mínimo, ser valoradas e delas podem ser extraídas certas ilações constitutivas de uma *presunção judicial* juntamente com outros elementos probatórios indiciários (prova *prima facie* ou de primeira aparência) que enriqueçam essa presunção.

- XIV. Este resultado probatório não viola as regras sobre o direito probatório, já que, *de minimis*, os respectivos elementos de convicção podem ser ponderados a título de *prova atípica*, em particular, de prova adquirida (e valorada) por modo diferente daquele que é formalmente consentido. Pois, se é admitida a utilização, para fins probatórios, de meios destinados a outros fins (p. ex., uma sentença, incluindo as sentenças estrangeiras), por maioria de razão faz todo o sentido admitir a valoração das declarações de parte favoráveis ao depoente, seja como indício ou base de presunção judicial (presunção *hominis*), seja mediante a sua sujeição ao regime da livre apreciação da prova.
- XV. Nada impede que o tribunal possa retirar elementos de convicção de todo o material probatório que lhe é apresentado, incluindo a valoração de declarações favoráveis ao próprio depoente inseridas num plano probatório mais amplo constituído no mínimo por elementos que permitem, no seu conjunto, retirar ilações sobre a verificação dos factos controvertidos, *v. g.*, os factos e os comportamentos das partes verificados antes e depois do evento causador do litígio.
- XVI. Aliás, mesmo que estivesse em causa a valoração probatória de factos favoráveis ao autor depoente (ou ao réu reconvinente), pode ser aplicado o regime e a consequência prática decorrentes da regra da *indivisibilidade da confissão* quando estão em causa declarações *pro se*, no quadro da inquirição oficiosa prevista no n.º 1 do art. 552.º do CPC. Ou seja: as declarações respeitantes a factos favoráveis ao depoente devem ser apreciadas unitária, global e conjuntamente pelo tribunal, ao abrigo de um poder (não vinculado) de valoração livre dos elementos probatórios delas resultantes - a somar aos demais elementos probatórios e às máximas da experiência prudentemente aplicáveis.
- XVII. Ainda que assim não fosse entendido, sempre se poderá afirmar que o acto, formalmente inidóneo a constituir prova em função do qual pode ter sido invalidamente praticado – caso seja aceita a versão dos agora recorrentes – vai integrar uma outra prova em si e por si admissível, isto é, vai integrar um conjunto de *presunções judiciais livremente valoráveis pelo tribunal*, a par de outras declarações



de testemunhas, atentos os comportamentos das partes, constantes dos autos, anteriores e posteriores à ocorrência do facto gerador do litígio.

- XVIII. Pode, destarte, aceitar-se a valoração das declarações (favoráveis ao autor ou ao réu reconvinte) fora do esquema típico do depoimento de parte dirigido à obtenção de uma confissão; valoração que ficará sujeita ao *princípio da livre apreciação do tribunal*, conquanto com o apoio de *presunções judiciais*; ou valerão tais declarações como indicias ou princípio de prova, ainda que apoiadas em presunções naturais extraídas das regras da experiência. Isto porque as presunções constituem, a par de outros meios de convencimento do tribunal, mais um instrumento de formação da sua convicção. Aliás, o convencimento do tribunal pode ser logrado apenas e unicamente com base em *elementos indiciários*, mesmo quando também promanam da parte a quem aproveitam, os quais são, também entre nós, apreciados livremente pelo tribunal. E não pode desconhecer-se que o tribunal deve tomar em consideração todas as provas produzidas, tenham, ou não, emanado da parte que devia produzi-las (art. 515.º, n. 0 1, do CPC).
- XIX. O eventual acto inidóneo – o que somente aqui se aceita por razões de retórica argumentativa – a constituir prova vai constituir uma outra prova, em si e por si admissível enquanto expressão do comportamento material das partes antes e depois do facto gerador do litígio. Ou seja: as declarações da parte e a respectiva valoração pelo tribunal vão integrar, no mínimo, um conjunto de *presunções judiciais* (presunções *hominis*) livremente valoráveis pelo tribunal, a par das declarações da contraparte, e dos depoimentos testemunhais, bem como de outros comportamentos anteriores e posteriores dos litigantes relativamente ao facto que esteve na génese da controvérsia.
- XX. Afinal, as referidas “provas atípicas” podem tornar-se “típicas” através do mecanismo da prova por presunção judicial. Não se esqueça que a prova por presunção judicial é livremente apreciada pelo tribunal, não desfrutando de um valor predeterminado pela lei.
- XXI. É assim admissível a produção e a valoração das declarações da parte, mesmo que respeitem a factos probatórios que lhe sejam favoráveis, contanto que o tribunal não se tenha baseado *exclusivamente* nessas declarações para formar a sua convicção sobre os factos controvertidos que deu como provados. Não existe uma proibição de valoração dessas declarações (pois não existe uma proibição de produção), se e quando elas forem enquadradas com outros elementos probatórios, mesmo os que



podem formar a convicção do tribunal e sejam extraídos das regras da experiência que o tribunal pode usar para fundamentar a sua convicção sobre a os factos controvertidos.

- XXII. Em suma, nos casos em que os factos controvertidos cuja prova compete a uma parte não são documentáveis, não foram percebidos (directamente) por testemunhas, nem são susceptíveis de prova científica ou inspecção judicial, a verdade material relativa a tais factos constitutivos, tal como é percebida pelo tribunal – com base nas declarações das testemunhas, nos depoimentos de ambas as partes e nas presunções judiciais –, deve prevalecer sobre a verdade formal marcada, ainda, por alguns constrangimentos processuais mantidos na actual versão do CPC, que, por via da imposição da realização de um procedimento probatório típico plasmado no depoimento de parte, impedem a aquisição e a valoração de elementos probatórios distintos daqueles por que tal procedimento probatório se orienta.
- XXIII. A valoração conjunta, global e unitária das declarações das duas partes – aliadas a outros comportamentos das partes processualmente relevantes (e percebíveis por testemunhas) –, enquanto base para a formação de *presunção judicial* ou prova *prima facie* (por via da atendibilidade de múltiplos *factos indiciários* constantes dos autos) pode levar o julgador à formação de uma convicção no sentido que seja favorável ao próprio depoente. E o mesmo se dirá dos factos extintivos, impeditivos ou modificativos cuja prova caiba ao réu: a valoração conjunta e global das declarações das partes e outros comportamentos das partes processualmente relevantes, enquanto base para a formação de *presunção judicial* ou prova *prima facie* (por via de outros contra-factos e factos indiciários eventualmente constantes dos autos), pode eventualmente conduzir o tribunal a fazer improceder a acção com base em declarações favoráveis ao próprio depoente.



C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

# A reforma da acção executiva de 2012: um olhar sobre o (primeiro) projecto



Texto inicialmente publicado na Revista Julgar n.º 17, 2012, pp. 75 a 108

O Centro de Estudos Judiciários agradece a autorização concedida pela Revista Julgar e pelo autor

**[Nuno de Lemos Jorge]**



C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

O autor descreve as principais alterações ao Código de Processo Civil propostas pela Comissão da Reforma do Processo Civil, na matéria da acção executiva, chamando a atenção para algumas dificuldades e desafios da sua implementação, designadamente no que respeita à extinção das execuções e a alguns aspectos da forma sumária de execução. Propõe algumas soluções alternativas ou complementares e conclui com uma apreciação geral do sentido da concreta reforma e, em geral, da utilidade das sucessivas reformas legislativas.

## 1. Introdução

O ocaso de 2011 deu a conhecer o projectado nascimento não apenas de um novo ano, mas também de uma nova reforma do Código de Processo Civil. Sendo injusto dizer que estas se sucedem ao ritmo dos anos, verdade é que têm sido frequentes. E também verdade é que tanto se têm lamentado as reformas feitas como a falta das que estão por fazer, pelo que os lamentos retrospectivos têm sempre um eco de esperança prospectiva na reforma seguinte.

O que procuro neste texto – no equilíbrio difícil de um ponto em que o optimismo moderado se encontra com o espírito crítico, sem que nenhum se sacrifique demasiado – é descrever e (brevemente) comentar o sentido geral da projectada reforma de 2012.

Impõem-se, todavia, duas delimitações prévias.

A primeira para dar conta de que tratarei apenas das alterações previstas para a acção executiva<sup>1</sup>.

A segunda para assinalar que – no momento em que este texto se prepara, entre finais de Dezembro de 2011 e inícios de Janeiro de 2012 – tenho por base, como é evidente, a proposta que por esta altura é pública e que se deixou à discussão, até agora a única conhecida. O texto fica, assim, *perigosamente datado*, podendo resultar ultrapassado pela evolução do processo legislativo mesmo antes de ser publicado. Valerá, ainda assim, como apontamento de memória e, se não encontrar lugar como análise do direito constituído (o que se espera que não venha a acontecer, porque o sentido das alterações é globalmente positivo), poderá arrumar-se como nota de rodapé histórico-jurídica.

---

<sup>1</sup> Ficam de parte pequenos ajustamentos formais sem particulares consequências na tramitação, como sucede, por exemplo, com as alterações ao n.º 2 do artigo 54.º (que se limita a actualizar a remissão para o artigo 53.º, face à introdução do artigo 53.º-A) e ao artigo 60.º (que substitui a expressão “tribunal de comarca” por “tribunal de primeira instância”).



## 2. Esboço da projectada reforma no que respeita à acção executiva

A reforma toca, diagonalmente, quase todos os momentos da acção executiva, desde a parte geral – títulos executivos e formas do processo, por exemplo – às diversas fases processuais.

Procurar-se-á analisar *o que muda*, sem descrever o que permanece igual a não ser na medida em que se mostre útil para compreender o sentido das alterações. Estrutura-se essa análise por fases, não necessariamente coincidentes com a arrumação do Código, sendo agrupadas em função das necessidades de exposição.

### 2.1 Parte geral

#### 2.1.1 Espécies de títulos executivos

O primeiro artigo alterado com directa implicação no regime da acção executiva é o 46.º, que regula as *espécies de títulos executivos*.

Regressa, em boa hora, a previsão expressa dos títulos de crédito, cuja omissão deu origem a dúvidas que criaram um lastro conhecido de jurisprudência.

Na alínea c) do artigo 46.º do CPC-R<sup>2</sup> prevê-se que são títulos executivos “os títulos de crédito, ainda que como meros quirógrafos, desde que, neste caso, sejam alegados no requerimento executivo os factos constitutivos da relação subjacente”. Toma-se assim posição expressa quanto a uma questão em que os entendimentos vinham flutuando<sup>3</sup>. O novo preceito visa indistintamente todos os títulos de crédito. Fica assim abrangido também o cheque, em relação ao qual poderia sobrevir, à falta de previsão expressa, a dúvida decorrente de o mesmo não importar o reconhecimento de uma obrigação pecuniária, como sucede com o aceite em letra ou livrança<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Usar-se-á a designação “CPC-R” para identificar as normas constantes do projecto de revisão e a designação “CPC” para identificar as normas do Código de Processo Civil na redacção actual.

<sup>3</sup> Não tanto no que respeita à possibilidade de dar à execução os títulos de crédito, mas principalmente no que toca ao problema, resolvido pela reforma, da necessidade de invocar a relação subjacente quando aqueles forem meros quirógrafos (cfr., no sentido agora consagrado, LEBRE DE FREITAS, *A acção executiva*, 5.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pág. 62; mais generoso, atento o reconhecimento da obrigação no título, face ao disposto no artigo 458.º do Código Civil, ABRANTES GERALDES, “Títulos executivos”, *Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, ano IV, n.º 7, 2003, pág. 60).

<sup>4</sup> Ainda assim, como se refere no acórdão do STJ de 21/10/2010, proferido no processo n.º 172/08.6TBGRD-A.S1 (LOPES DO REGO), na base de dados da DGSJ, à luz do regime actual, “mesmo que se entenda que o cheque, pela sua particular fisionomia, – contendo uma ordem de pagamento e não uma promessa de pagamento ou expresse reconhecimento de dívida – não é enquadrável no regime do art. 458.º do CC e sujeito à presunção aí prevista, pode valer como título executivo, enquadrável na al. c) do n.º 1 do art. 46.º



Quanto aos documentos particulares, para além de um aprimoramento formal, a alínea *d*) do artigo 46.º do CPC-R exige agora que o reconhecimento ou a constituição da obrigação seja expresso e inequívoco. O carácter *expresso e inequívoco* desse reconhecimento ou constituição parece afastar a exequibilidade de documentos que, atenta a generosidade do artigo 46.º do CPC, têm vindo por vezes a ser dados à execução nos nossos tribunais.

É o que sucede, por exemplo, com facturas<sup>5</sup> que o alegado devedor se limitou a assinar, sem nada declarar expressamente. Embora se possa aceitar que, na prática quotidiana do comércio, tal assinatura significa frequentemente um reconhecimento tácito da obrigação, não parece que tais documentos satisfaçam a exigência de um reconhecimento *expresso e inequívoco*.

A segurança que se pretende de um título executivo torna recomendável a clarificação operada, bem como a exigência, que se registam com agrado.

#### 2.1.2 Exequibilidade da sentença

Quanto à exequibilidade da sentença, o artigo 47.º do CPC-R estabelece, no seu n.º 4, uma de diversas novas normas de protecção da habitação efectiva do executado que haja sido penhorada, permitindo que o juiz determine que a venda aguarde a decisão definitiva do recurso, relativamente àquele concreto bem.

No n.º 5 do mesmo artigo mantém-se a regra do actual n.º 4 (prestação de caução pelo executado, quando ao recurso tenha sido fixado efeito meramente devolutivo), acrescida

---

*do CPC, o cheque que, não obedecendo integralmente aos requisitos impostos pela respectiva LU, seja invocado como mero quirógrafo da relação causal subjacente à respectiva emissão, desde que os factos constitutivos desta resultem do próprio título ou sejam articulados pelo exequente no respectivo requerimento executivo, – ao abrigo do preceituado na al. b) do n.º 3 do art. 810.º do CPC, – de modo a revelar plenamente a verdadeira “causa petendi” da execução e propiciar ao executado efectiva e plena possibilidade de sobre tal matéria exercer o contraditório”.*

<sup>5</sup> Refiro-me à *simplex factura* assinada ou carimbada mas sem qualquer declaração e não ao *extracto de factura*, instituído pelo Decreto n.º 19490, de 21 de Março de 1931 como documento obrigatório dos contratos de venda mercantil a prazo, entre comerciantes, quando não se saquem letras pelo respectivo preço. Sobre a distinção e consequências quanto à exequibilidade, cfr. os acórdãos do TRL de 31/03/2011, proferido no processo n.º 2384/11.6YYLSB.L1-2 (MARIA JOSÉ MOURO), e do TRE de 08/11/2007, proferido no processo n.º 2031/07-2 (FERNANDO BENTO), ambos na base de dados da DGSJ. Ainda sobre a matéria, num sentido mais favorável à exequibilidade das facturas, cfr. os acórdãos do TRC de 02/06/2009 (JAIME CARLOS FERREIRA), proferido no processo n.º 3996/08.0TBVIS.C1, e de 27/09/2011 (FALCÃO DE MAGALHÃES), proferido no processo n.º 226/10.9TBAVZ.C1, ambos na base de dados da DGSJ.



de uma remissão adicional para novas regras respeitantes ao regime da caução na pendência de recurso (artigo 693.º-A, n.ºs 3 e 4, do CPC-R).

### 2.1.3 Formas do processo

Prevê-se a dualidade de formas de processo executivo comum quando tenha por fim o pagamento de quantia certa, o qual passa a conhecer a forma ordinária e a forma sumária (artigo 465.º, n.º 1, do CPC-R), a acrescer aos processos que seguem uma forma de processo especial e aos que se destinam à entrega de coisa certa e à prestação de facto.

A forma sumária aplica-se se o título dado à execução para pagamento de quantia certa for (artigo 465.º, n.º 2, do CPC-R): (i) uma decisão arbitral ou judicial<sup>6</sup>; (ii) um requerimento de injunção ao qual tenha sido aposta fórmula executória; (iii) um título extrajudicial de obrigação pecuniária vencida, garantida por hipoteca ou penhor; ou (iv) um título extrajudicial de obrigação pecuniária vencida cujo valor não exceda o dobro da alçada do tribunal de 1.ª instância (ou seja, até 10.000,00 euros).

Ainda que se verifique uma daquelas hipóteses, a forma sumária não se aplica (artigo 465.º, n.º 3, do CPC) nos casos: (i) de prestação alternativa cuja escolha não caiba ao exequente (artigo 803.º); (ii) de obrigação condicional ou dependente de prestação; (iii) em que a obrigação exequenda careça de ser liquidada na fase executiva e a liquidação não dependa de simples cálculo aritmético; ou (vi) em que haja título executivo diverso de sentença apenas contra um dos cônjuges e o exequente alegue a comunicabilidade da dívida no requerimento executivo.

Sem entrar, por ora, em detalhe pelas diferenças entre a forma ordinária e a forma sumária do processo executivo para pagamento de quantia certa<sup>7</sup>, basta ter presente que o controlo jurisdicional é mais intenso e tendencialmente antecipado na forma ordinária, sendo menos intenso e tendencialmente mais tardio, na forma sumária. A opção de diferenciá-los parece assentar em boas razões.

O desenho do processo executivo nunca esqueceu que há títulos que oferecem mais segurança do que outros, sendo maior a necessidade de intervenção do juiz aqui e menor

<sup>6</sup> Nos casos especiais em que a sentença não deva ser executada nos próprios autos, o processo executivo para pagamento de quantia certa obedece à forma sumária por força do disposto no artigo 465.º, n.º 2, al. a), do CPC-R. Já quando a execução correr nos próprios autos, observará aquela forma por força do disposto no artigo 675.º-A, n.º 2, do CPC-R. Tudo sem prejuízo da ressalva dos casos previstos no artigo 465.º, n.º 3, do CPC-R, em que a forma prevista é a comum.

<sup>7</sup> Dessa análise se tratará *infra*, ponto “2.3.”.



ali<sup>8</sup>. Daí que a opção de ligar a forma sumária de execução à sentença e à decisão arbitral seja de louvar. A grande segurança do título justifica a opção legislativa. Também quando se tratar de um título extrajudicial de obrigação pecuniária vencida, garantida por hipoteca ou penhor, a escolha é razoável. A própria constituição da garantia envolve um compromisso estreito do devedor (e do garante, quando não seja o devedor) para com a obrigação, oferecendo um grau apreciável de segurança quanto à existência desta.

À partida, as considerações acabadas de tecer, são adaptáveis à hipótese de execução baseada em requerimento de injunção ao qual tenha sido aposta fórmula executória. No entanto, quanto a este levantam-se problemas particulares, que se analisarão mais adiante, no ponto dedicado à forma sumária<sup>9</sup>.

No que toca à atribuição da forma sumária quando em causa esteja um título extrajudicial de obrigação pecuniária vencida cujo valor não exceda o dobro da alçada do tribunal de 1.ª instância, compreende-se que a menor segurança do título resulta compensada pelo menor valor da execução. Será, dir-se-ia, *uma execução menos importante devido ao seu valor*. Neste ponto, todavia, suscitam-se algumas dúvidas. A primeira prende-se com a circunstância de *a execução de menor importância poder atingir um valor superior ao montante anual da remuneração de grande parte da população*<sup>10</sup>. A segunda passa pela constatação de que, por força das regras do processo sumário, escaparão ao controlo liminar títulos que quase sempre dão origem a execuções de valor inferior a 10.000,00 euros e carecem, frequentemente, de forte fiscalização pelo juiz, questão de que se cuidará mais adiante<sup>11</sup>. Em todo o caso, a opção de adaptar duas formas processuais claramente separadas, em vez de tentar agrupá-las sob a mesma forma comum, como acontece actualmente, é de saudar. O regime de hoje acaba ignorando que sob a pretensamente unitária forma comum, se escondem pelo menos duas formas muito diferentes, viu-se obrigado, como adiante se procurará ilustrar, a um

---

<sup>8</sup> Cfr., a propósito, MANUEL TOMÉ SOARES GOMES, “Balanço da reforma da acção executiva: benefícios e desvantagens da alteração do paradigma da acção executiva”, *Sub iudice*, n.º 29, 2004, pág. 32, e ABRANTES GERALDES, “O juiz e a execução”, *Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, ano V, n.º 9, 2004, págs. 39-40.

<sup>9</sup> *Infra*, ponto “2.3.”.

<sup>10</sup> Tendo por base dados do portal PORDATA, o valor anual médio da remuneração do trabalho, *per capita*, foi em 2010 de 8.283,40 euros (valores preliminares).

<sup>11</sup> *Infra*, ponto “2.2.3.”.



esforço de articulação de regimes, na fase introdutória da execução, cujo resultado nada tem de logicamente unitário.

#### 2.1.4 Cumulação de execuções

A cumulação de execuções conhece alterações de relevo, passando a existir uma divisão de regime ainda mais profunda entre execuções assentes em título judicial e execuções assentes em outro título.

Para as execuções fundadas em títulos não judiciais, os obstáculos actualmente previstos no n.º 1 do artigo 53.º do CPC mantêm-se na norma correspondente do CPC-R, mas prevê-se agora uma importante excepção: a cumulação de execuções com fins diferentes deixa de ser proibida se a execução se destinar à *entrega* de coisa dada em locação e ao *pagamento* de renda, encargo ou despesa em dívida. Entroncando no movimento legislativo de facilitação do despejo, a norma em causa permitirá aos senhorios que para tanto disponham de título executivo pedir a entrega do imóvel arrendado e o pagamento das rendas devidas, sem que para tal tenham que intentar duas execuções separadas. Tal como se prefigura, todavia, a previsão abrange qualquer situação de locação. Os “*encargos ou despesas*” são aqueles a que se refere o artigo 1078.º do Código Civil, como aliás resulta fortemente sugerido pelo uso da mesma expressão que constitui a sua epígrafe.

Para as *execuções fundadas em sentença*, o artigo 53.º-A do CPC-R prevê que é permitido cumular a execução de todos os pedidos julgados procedentes, neste caso sem qualquer obstáculo decorrente das distintas formas de processo.

Tal opção implica uma adaptação formal que se encontra no artigo 675.º-A do CPC-R, a qual pode sintetizar-se nos termos seguintes:

c) A execução não corre por apenso mas sim nos próprios autos (artigo 675.º-A, n.º 1, do CPC-R), não havendo por isso lugar à distribuição do processo (artigo 222.0-6.º do CPC-R, *a contrario*).

d) A execução *segue a forma sumária*, com ressalva dos casos previstos no artigo 465.º, n.º 3, do CPC-R (artigo 675.º-A, n.º 2, do CPC-R))<sup>12</sup>.

e) Na execução para *entrega de coisa certa*, feita a entrega, o executado é notificado para deduzir oposição, seguindo-se, com as necessárias adaptações, o disposto para o processo sumário (artigo 675.º-A, n.º 3, do CPC-R).

---

<sup>12</sup> V. *supra*, ponto “2.1.3.”.



f) Se o credor pretender *cumular uma execução para prestação de facto* com o pagamento de quantia certa ou com a entrega de uma coisa, a notificação para oposição à execução para prestação de facto (artigo 933.º, n.º 2, do CPC) é realizada em conjunto com a notificação para deduzir oposição ao pagamento ou à entrega (artigo 675.º-A, n.º 4, do CPC-R).

g) Se a execução tiver por finalidade o pagamento de quantia certa e a entrega de coisa certa ou a prestação de facto, podem ser logo penhorados bens suficientes para cobrir a quantia decorrente da eventual conversão destas execuções, bem como a destinada à indemnização do exequente e ao montante devido a título de sanção pecuniária compulsória (artigo 675.º-A, n.º 4, do CPC-R).

#### 2.1.5 Competência

Para além de uma pequena concretização levada a cabo no n.º 1 do artigo 90.º do CPC-R<sup>13</sup>, desaparece a regra da execução da sentença por apenso<sup>14</sup>, em linha com o já analisado estabelecimento da regra da execução nos próprios autos (artigo 675.º-A, n.º 1, do CPC-R), salvo nos casos de execução por custas, multas ou indemnizações, em que aquela se mantém (artigo 92.º, n.º 2, do CPC-R).

Precisamente nos casos de execução por custas, multas ou indemnizações, a norma de competência deixa de referir o tribunal *do lugar* em que haja corrido o processo em que foi notificada a conta, apontando agora para o tribunal em *que haja corrido* o processo (artigo 92.º, n.º 1, do CPC-R), assim tornando claro, no regime do CPC-R<sup>15</sup> que a execução por custas não deve correr num tribunal diferente daquele em que correu o processo em que se constituiu a respectiva obrigação, salvo em caso de condenação proferida pela Relação ou pelo Supremo, caso em que a execução corre no tribunal de primeira instância competente da área em que o processo haja corrido (artigo 93.º, n.º 1, do CPC-R).

<sup>13</sup> Passando a prever que, para a execução que se funde em decisão proferida por tribunais portugueses, é competente o tribunal em que a causa tenha sido julgada *em 1.ª instância*.

<sup>14</sup> Eliminando-se a norma correspondente (artigo 90.º, n.º 3, do CPC).

<sup>15</sup> Na verdade, face ao regime actual, a questão não é líquida, como se pode constatar lendo o acórdão do TRL de 15/12/2011, proferido no processo n.º 15107/05.OYYSB.L1-8 (MARIA AMÉLIA AMEIXOEIRA), na base de dados da DGSJ.



## 2.2 Principais alterações no processo de execução para pagamento de quantia certa (forma ordinária)

### 2.2.1 Repartição de competências no processo

É substancialmente simplificada e clarificada a repartição de competências entre o juiz, o agente de execução e a secretaria, sem pôr em causa a ideia geral de desjurisdicionalização<sup>16</sup> acolhida desde a reforma de 2003<sup>17</sup>.

Cabe ao agente de execução efectuar todas as diligências do processo executivo que não estejam atribuídas à secretaria ou sejam da competência do juiz, incluindo, nomeadamente, citações, notificações, consultas de bases de dados, publicações, liquidações de créditos e pagamentos aos credores (artigo 808.º, n.º 1, do CPC-R).

Incumbe à secretaria, para além das competências que lhe são especificamente atribuídas no Título do CPC reservado ao processo executivo, exercer as funções que lhe são cometidas pelo artigo 161.º na fase liminar e nos procedimentos ou incidentes de natureza declarativa, salvo no que respeita à citação (artigo 808.º, n.º 2, do CPC-R).

A designação do agente de execução fica arrumada no novo artigo 808.º-A do CPC-R, destacando-se as seguintes regras: (i) não tendo o exequente designado o agente de execução ou ficando a designação sem efeito, esta é feita pela secretaria, segundo a escala constante da lista oficial, através de meios electrónicos que garantam a aleatoriedade no resultado e a igualdade na distribuição (artigo 808.º-A, n.ºs 2 e 3, do CPC-R); (ii) o agente de execução pode ser destituído por decisão do juiz, oficiosamente ou a requerimento do exequente, com fundamento em actuação processual dolosa ou em violação reiterada dos deveres que lhe sejam impostos pelo respectivo estatuto, sendo que a destituição judicial implica a instauração de processo disciplinar e vincula o

<sup>16</sup> Sobre a diferença entre desjudicialização e desjurisdicionalização, cfr. LEBRE DE FREITAS, “Agente de execução e poder jurisdicional”, *Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, ano IV, n.º 7, 2003, págs. 21 e ss.

<sup>17</sup> Relatando a história político-legislativa da reforma de 2003, LEBRE DE FREITAS (nota 16), págs. 19 e ss. Sobre o tema, cfr. também PAULA MEIRA LOURENÇO, “Metodologia e execução da reforma da acção executiva”, *Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, ano IV, n.º 7, 2003, págs. 261 e ss. Resumindo as linhas de força da reforma em apenas duas páginas, para consumo exterior, LEBRE DE FREITAS, “A reforma da acção executiva”, *Janus-Anuário de relações exteriores*, 2004, págs. 162-163. Analisando os pontos essenciais da reforma, TEIXEIRA DE SOUSA, “Aspectos gerais da reforma da acção executiva”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 4, 2003, págs. 3 e ss. Num momento um pouco mais recuado, em contexto de preparação da reforma, cfr. ainda LEBRE DE FREITAS, “Os paradigmas da acção executiva”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 61, n.º 2, 2001, págs. 543 e ss.



destituído ao dever de imediata restituição ao exequente de todas as quantias que dele recebeu (artigo 808.º -A, n.º 4, do CPC-R).

A execução não prossegue se o exequente não efectuar o pagamento ao agente de execução de provisões que sejam devidas a título de honorários e despesas. Notificado o exequente para o pagamento em falta, a instância extingue-se logo que se mostre decorrido o prazo de 30 dias, sem que o tenha efectuado (artigo 808.º-B do CPC-R).

Resulta alargado o círculo de hipóteses em que as funções de agente de execução são encabeçadas por oficial de justiça, passando tal a ser possível (artigo 808.º-C, n.º 1, do CPC-R): (i) nas execuções em que o Estado seja o exequente; (ii) quando o juiz o determine, com fundamento em requerimento do exequente fundado na inexistência de agente de execução inscrito na área do tribunal e na desproporção manifesta dos custos que decorreriam da actuação de agente de execução de outra comarca; (iii) quando o juiz o determine a requerimento do agente de execução, se as diligências executivas implicarem deslocações cujos custos se mostrem desproporcionados e não houver agente de execução no local onde deva ter lugar a sua realização; (iv) nas execuções de valor não superior ao dobro da alçada do tribunal de 1.ª instância em que sejam exequentes pessoas singulares, e que tenham como objecto créditos não resultantes de uma actividade comercial ou industrial, desde que o solicitem no requerimento executivo e paguem a taxa de justiça devida; e (v) nas execuções de valor não superior à alçada da Relação, se o crédito exequendo for de natureza laboral e se o exequente o solicitar no requerimento executivo e pagar a taxa de justiça devida.

Para além de se clarificar que o juiz mantém o poder geral de controlo do processo<sup>18</sup>, a nova redacção introduzida no n.º 2 do artigo 809.º do CPC-R mantém a possibilidade de

<sup>18</sup> *Controlo e não direcção*. Sobre esta diferença e o que nela vai implicado, cfr. MARIANA FRANÇA GOUVEIA, “Poder geral de controlo”, *Sub Judice*, n.º 29, 2004, pág. 21, e, da mesma Autora, “A novíssima acção executiva: análise das mais importantes alterações”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 69, n.ºs 3-4, 2009, pág. 572. Registam-se ainda, pela autoridade na matéria de quem as escreveu, as palavras de LEBRE DE FREITAS a este respeito, quando ainda vigorava a reforma de 2003 e se anunciava a de 2009, em “Apreciação do projecto de diploma de reforma da acção executiva”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 68, vol. 1, 2008, págs. 21 e ss.: “Com o DL 38/2003, o juiz deixou de ter a direcção do processo de execução e o dever de promover as diligências executivas, o que passou a caber ao agente de execução; mas manteve as suas funções de tutela, intervindo em caso de litígio surgido na pendência da execução, e, em certa medida, de controlo desta (despacho liminar do requerimento executivo, resolução de dúvidas, protecção de direitos fundamentais em matéria sigilosa, garantia da realização, em geral, dos fins de execução). O art. 809-1 é expresso em que o juiz tem o “poder geral de controlo do processo”, que o art. 808-1 ressalva ao estabelecer a competência geral do agente de execução para as diligências do processo executivo. Não se confundindo



aplicação de multa processual ao agente de execução, em caso de apresentação ao juiz de requerimentos manifestamente injustificados.

Por fim, há um conjunto de normas alteradas no sentido de atribuir ao juiz competências que, no regime actualmente em vigor, são confiadas ao agente de execução<sup>19</sup>.

A destituição do solicitador de execução pelo juiz do processo parece ser solução melhor do que a vigente<sup>20</sup>. Evita-se, desde logo, que a actuação da Comissão para a Eficácia das Execuções (CPEE) fique assoberbada com todos os pedidos de destituição. Em boa verdade, a destituição do agente de execução no processo é uma questão que pode destacar-se da acção disciplinar. Compreende-se que o legislador, na reforma de 2009, tenha pretendido juntá-las na esfera de competência da CPEE, porque se relacionam de um modo evidente. Todavia, sendo a CPEE exterior ao processo, não só fica sobrecarregada com os pedidos de destituição em todas as execuções em que a questão se coloca, como acaba por ter um conhecimento *mediato* do mesmo<sup>21</sup>. Acima de tudo, sendo a destituição – antes e para além da acção disciplinar sobre o agente de execução – um mecanismo para que o processo se mantenha ágil e funcional, caberá mais naturalmente dentro do *poder de controlo do juiz*, cujas imparcialidade e vocação natural

---

*direcção e controlo dos actos processuais. O poder geral conferido ao juiz podia, em certa interpretação, levar à excepcional avocação oficiosa de processos para verificação da sua regularidade e à solicitação oficiosa de qualquer informação ou esclarecimento sobre procedimento adaptado ou omitido, bem como à possibilidade de o juiz oficiosamente ordenar as actuações ou orientações que julgasse adequadas”.*

<sup>19</sup> Assim acontece com a apreciação da oposição do exequente ao levantamento da penhora sobre bens do herdeiro (artigo 827.º, n.º 3, do CPC-R), a autorização para fraccionamento do prédio penhorado (artigo 842.º-A do CPC-R), a prática de actos necessários à conservação do direito penhorado (artigo 856.º, n.º 6, do CPC-R), a nomeação de pessoa para fiscalizar, administrar ou ser depositária do estabelecimento comercial (artigo 862.º-A do CPC-R), a determinação da venda antecipada de bens (artigo 886.º-C do CPC-R) e o conhecimento e aprovação das contas nos termos e para os efeitos previstos nos artigos 936.º, n.º 1, e 937.º, n.º 1.

<sup>20</sup> O agente de execução pode ser livremente substituído pelo exequente ou, com fundamento em actuação processual dolosa ou negligente ou em violação grave de dever que lhe seja imposto pelo respectivo estatuto, destituído pelo órgão com competência disciplinar sobre os agentes de execução (artigo 808.º, n.º 6, do CPC). Esse órgão é a Comissão Para a Eficácia das Execuções (CPEE), criada pelo Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de Novembro, que instituiu a reforma de 2009. Desenvolvidamente, sobre a CPEE, veja-se PAULA MELRA LOURENÇO, “A Comissão para a Eficácia das Execuções”, *Scientia Jurídica*, tomo 58, n.º 317, 2009, págs. 129 e ss.

<sup>21</sup> Admite-se, no entanto, que este obstáculo tenha sido superado pela regulamentação do acesso ao sistema CITIUS pela CPEE, operada pela Portaria n.º 2/2012, de 2 de Janeiro.



para apreciar os diversos pontos de vista em jogo (das partes e do próprio agente de execução) garantem que a decisão de destituir, para além de tendencialmente mais célere, por se manter dentro dos muros do processo, não será menos justa do que a da CPEE.

### 2.2.2 Impulso inicial

O requerimento executivo deve ser entregue por via electrónica, regra que se mantém, agora sob cominação de multas pela mesma via (artigo 801.º, n.º 4, do CPC-R).

O registo informático de execuções passa a incluir a declaração de insolvência e nomeação do respectivo administrador, a repartição onde corre termos a execução fiscal, devidamente identificada por referência ao executado e aos créditos exequendos, bem como, sempre que possível, os bens penhorados (artigo 806.º, n.º 1, als. *h*) e *i*), do CPC-R) e ainda a extinção da execução laboral (806.º, n.º 2, al. *c*), do CPC-R), sendo que a primeira e a última são de menção eventual, sujeita a despacho judicial, no regime ainda em vigor (artigo 806.º, n.ºs 4 e 5, do CPC).

As alterações formais às regras de apresentação do requerimento executivo (artigo 810.º do CPC-R) passam, principalmente, para além de algumas novas arrumações formais e maior detalhe na identificação de bens penhoráveis: (i) pela possibilidade de requerer a intervenção do oficial de justiça para assegurar a prática dos actos previstos como pertencendo à esfera de actuação do agente de execução, em conformidade com a regra do artigo 808.º-C do CPC-R; (ii) pela exigência de apresentação do original do título executivo, quando se trate de um título de crédito<sup>22</sup>, cuja omissão conduz a um convite ao respectivo suprimento, sem o qual a execução é extinta, mantendo-se a obrigação de apresentação de cópia ou original nos restantes casos.

A falta de comprovação do pagamento ao agente de execução da provisão devida a título de honorários e despesas passa a constituir motivo de recusa do requerimento (artigo 811.º, n.º 1, al. *e*), do CPC-R).

<sup>22</sup> LEBRE DE FREITAS ("Apreciação...", nota 18), pág. 27, havia já criticado a anunciada exigência de meras cópias nos termos da projectada reforma de 2009: "*Constituindo o título executivo a prova mínima que o sistema jurídico considera exigível para que seja possível desencadear as diligências executivas e sendo ele que determina a dispensa da citação prévia do executado, não é prescindível a apresentação do documento original, se se quiser – e tem de se querer – que o desencadeamento de algumas execuções não fique exclusivamente nas mãos de exequentes menos honestos.*"



### 2.2.3 Despacho liminar

Uma das inovações mais importantes da reforma é a previsão da existência de despacho liminar *em todas as execuções para pagamento de quantia certa que sigam a forma ordinária* (artigos 812.º e 234.º, n.º 4, ai. e), do CPC-R).

Não havendo motivos de indeferimento ou aperfeiçoamento, é proferido despacho de citação para pagamento ou oposição no prazo de vinte dias (artigo 812.º, n.º 6, do CPC-R), sendo que, se o exequente tiver alegado no requerimento executivo a comunicabilidade da dívida constante de título diverso de sentença, o juiz profere despacho de citação do cônjuge do executado para declarar se aceita a comunicabilidade da dívida, baseada no fundamento alegado, com a cominação de que, se nada disser, a dívida será considerada comum, sem prejuízo da oposição que contra ela deduza (artigos 812.º, n.º 7, e 825.º-A, n.º 2, do CPC-R).

Resulta assim instituída *como regra a citação prévia à penhora e como excepção a sua dispensa*.

A dispensa da citação prévia depende, nos termos do artigo 812.º-A do CPC-R, da alegação de factos que justifiquem o receio de perda da garantia patrimonial do crédito do exequente e do simultâneo oferecimento dos meios de prova dos factos alegados. Aquele receio considera-se suficientemente comprovado sempre que, no registo informático de execuções, conste a menção da frustração, total ou parcial, de anterior acção executiva movida contra o executado (artigo 812.º-A, n.º 2, parte final do CPC-R). As provas são apreciadas em incidente com natureza urgente, que é decidido pelo juiz em função da verificação ou não, face ao resultado probatório, do receio de perda da garantia patrimonial.

*Um segundo fundamento de dispensa da citação prévia* é a dificuldade na sua realização, designadamente por ausência do citando em parte incerta, desde que a demora justifique o justo receio de perda da garantia patrimonial do crédito (artigo 812.º-A, n.º 3, do CPC-R).

Dispensada a citação prévia, o processo segue, na fase em questão, o regime da execução sumária, devidamente adaptado (artigo 812.º-A, n.º 4, do CPC-R).

Regista-se com muito agrado o abandono de um regime, instituído pela reforma de 2009, que primava pelo caos normativo na fase inicial da execução. O Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de Novembro, com um carácter marcadamente regulamentar<sup>23</sup>, do qual

<sup>23</sup> Mais parecendo “uma portaria do que um decreto-lei”, como notou, com humor e acertando no alvo em cheio, MARIANA FRANÇA GOUVEIA (“A novíssima...”, nota 18), pág. 601.



se pode dizer, com MARIANA FRANÇA GOUVEIA<sup>24</sup>, que não tem inscritos princípios gerais e dele os mesmos não parecem poder extrair-se, legou aos estudiosos do direito processual civil um labirinto normativo muito complexo, no que respeita à articulação entre o despacho liminar e a citação. Os actuais artigos 812.º-C a 812.º-F do CPC parecem ter sido escritos por Dédalo, aproveitando uma distração momentânea do legislador, não para aprisionar o Minotauro, mas o juiz. Uma inusitada sucessão de excepções a uma norma geral que se esqueceu de prever expressamente<sup>25</sup> gerou muitas dúvidas de interpretação e, na doutrina, escreveram-se artigos lamentando a confusão e tentando descrever a mecânica do processo nesta fase<sup>26</sup>. É, por isso, muito positivo o regresso a normas claras e de fácil compreensão: o despacho liminar existe e a citação precede a penhora; se o exequente pretender que a penhora preceda a citação, requerê-lo-á fundamentadamente e o juiz decidirá, à luz de um critério conhecido que o legislador expressamente enunciou.

Cumprir deixar uma nota positiva quanto ao regresso do despacho liminar como regra<sup>27</sup>, designadamente quando estejam em causa títulos executivos menos seguros, como são os documentos particulares e os títulos de crédito enquanto meros quirógrafos. O que a experiência vem demonstrando é que a ausência de despacho liminar resulta não poucas vezes em decisões que teriam o seu momento mais ajustado no início do processo (apreciando pressupostos processuais gerais, suficiência do título, etc.) e acabam por ser proferidos *a posteriori*, em momento incerto, quando o processo por alguma razão vai a despacho, com prejuízo para o executado, para quem o processo já terá trazido consequências, e para o exequente, que no limite pode ver a execução naufragar em fase adiantada.

Se algo há a lamentar é que ele não se estenda a alguns casos que, com o regime da reforma, escaparão pela forma sumária, atendendo ao seu valor, fugindo ao controlo

<sup>24</sup> MARIANA FRANÇA GOUVEIA (“A novíssima...”, nota 18), págs. 567-568.

<sup>25</sup> MARIANA FRANÇA GOUVEIA, mais uma vez certa (“A novíssima...”, nota 18), pág. 575.

<sup>26</sup> Cfr. MANUEL TOMÉ SOARES GOMES, “Da fase introdutória do processo executivo civil segundo as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de Novembro”. Revista do CEJ, n.º 12, 2009, pág. 147, PAULO PIMENTA, “A fase introdutória da acção executiva”, *Maia Jurídica*, ano 6, n.º 1, 2009, págs. 5 e ss., e RUI PINTO, “Notas sobre controlo liminar e citação na execução para pagamento de quantia certa após do Decreto-Lei n.º 226/2008”, Revista do CEJ, n.º 12, págs. 149 e ss., bastando ler o sumário deste último para constatar a impressionante lista de desvios a um percurso de base que acaba por não se entender muito bem qual é.

<sup>27</sup> Lamentando a sua ausência, MANUEL TOMÉ SOARES GOMES (nota 26), pág. 147.



liminar. Refiro-me, não só mas principalmente, às execuções cujo título seja uma acta da assembleia de condóminos. Será este, creio, na prática judiciária, o título que mais vezes conduz a indeferimentos liminares totais ou parciais. Compreende-se porquê. Ele não se forma nas condições mais seguras. Resulta da vontade da maioria reunida em assembleia, que não tem necessariamente conhecimentos suficientes para dar satisfação aos requisitos de exequibilidade previstos no Decreto-Lei N.º 268/94, de 25 de Outubro, ou sobrepõe aos conhecimentos uma vontade (vagamente punitiva) de moralizar os incumpridores através da imposição de obrigações civis. Os condóminos cumpridores (os que habitualmente comparecem à assembleia), pouco tolerantes com os devedores relapsos (por regra, ausentes), não costumam hesitar em carregar estes últimos de dívidas, nem sempre toleradas pelo título ou nele adequadamente vertidas. Ao tribunal chegam, assim, com frequência assinalável, requerimentos executivos que contam histórias diferentes das que se leem nas actas que os acompanham, encontrando-se com facilidade muitas divergências entre ambos ou insuficiências de cada um (por exemplo, liquidações de multas e penalizações que o título não consente, execuções movidas contra quem não era proprietário à data da constituição da obrigação, pedidos de honorários do mandatário do condomínio não justificados, em que esta obrigação não se venceu ou não foi adequadamente liquidada). Actualmente, as execuções fundadas em actas de assembleia de condóminos estão sempre sujeitas a despacho liminar (artigo 812.º-D, al. c), do CPC) e, em meu entender, assim deveriam continuar, não vendo como desajustada a penhora prévia à citação (regra agora consagrada no processo sumário), mas entendendo que deveria ficar sujeita a despacho liminar (eventualmente, com o aditamento de um n.º 5 ao artigo 924.º do CPC-R).

Nos restantes casos a que se aplicará o processo sumário, embora mal não houvesse em manter o despacho liminar (com excepção da decisão judicial ou arbitral), admite-se a razoabilidade da opção legislativa em agilizar a execução (sem prejuízo do que *infra* se dirá quanto ao regime da execução do requerimento de injunção ao qual foi aposta a fórmula executória).

#### 2.2.4 Oposição à execução

A citação do executado para se opor à execução é substituída por notificação quando, citado o executado para a execução de determinado título, se cumule depois, no mesmo processo, a execução de outro título, aplicando-se, neste caso, o disposto no artigo 235.º, devidamente adaptado, sem prejuízo de a notificação se fazer na pessoa do mandatário,



quando constituído (artigo 813.º, n.º 4, do CPC-R), regra que se encontra no artigo 864.º, n.º 8, do CPC actual, revogado pela reforma.

Mantêm-se *os fundamentos da oposição baseada em sentença*, desaparecendo todavia a equiparação “adaptada” do requerimento de injunção com fórmula executória (artigo 814.º, n.º 2, do CPC; artigo 814.º do CPC-R). No entanto, como se verá adiante<sup>28</sup>, o legislador reservou para o referido título um regime próprio no artigo 926.º do CPC-R.

Quanto à *tramitação da oposição*, aos articulados seguem-se os termos do processo *ordinário ou sumário*, conforme o valor da oposição (artigo 817.º, n.º 2, do CPC-R), ao contrário do regime actual, em que a forma observada é sempre a do processo sumário (artigo 817.º, n.º 2, do CPC), tornando-se a regra paralela à que existe no regime dos embargos de terceiro (artigo 357.º, n.º 1, do CPC)<sup>29</sup>.

Para além dos efeitos sobre a instância executiva, a decisão de mérito proferida na oposição à execução constitui, nos termos gerais, caso julgado quanto à existência, validade e exigibilidade *da obrigação exequenda* (artigo 817.º, n.º 4, do CPC-R). A diferente redacção face à norma paralela dos embargos de terceiro (artigo 358.º do CPC: *“a sentença de mérito proferida nos embargos constitui, nos termos gerais, caso julgado quanto à existência e titularidade do direito invocado pelo embargante ou por algum dos embargados, nos termos do n.º 2 do artigo anterior) sugere que o legislador optou pela formação, na oposição à execução, de um efeito de caso julgado limitado, que incidirá sobre “o pedido e a causa de pedir da execução e não sobre o fundamento da oposição”<sup>30</sup>*.

O regime de suspensão da execução em virtude da oposição, que é agora dual (conforme tenha ou não existido citação prévia – cfr. artigo 818.º do CPC), torna-se unitário com a reforma. A suspensão passa a ser excepcional (actualmente, é a regra nos casos em que não há lugar à citação prévia – artigo 818.º, n.º 2, do CPC). Grosso modo,

<sup>28</sup> *Infra*, ponto “2.3.”.

<sup>29</sup> As consequências desta opção são bastante mais profundas do que pode, à primeira vista, parecer. Quando, em função do valor, houvesse lugar ao uso da forma ordinária na acção declarativa, caso a questão julgada na oposição à execução fosse conhecida ali. Levantam-se questões que levam a repensar os limites do caso julgado. Cfr., a propósito, CARLOS OLIVEIRA SOARES, “O caso julgado na acção executiva”, *Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, ano IV, n.º 7, 2003, págs. 241 e ss.

<sup>30</sup> Expressão entre aspas de JORGE DE ALMEIDA ESTEVES, “A formação de caso julgado na decisão da oposição à execução”, *Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, ano X, n.º 18, 2010, pág. 75, defendendo ser esta a solução mais razoável, mesmo perante o regime actual. Sobre a matéria, cfr. também, desenvolvidamente, e em sentido não inteiramente coincidente, no que toca ao regime (ainda) vigente, LEBRE DE FREITAS (nota 3), págs. 191 e ss.



mantêm-se os casos de suspensão que são mais frequentes no regime ainda em vigor (nos casos em que haja lugar à citação prévia): a prestação de caução e, tratando-se de execução fundada em documento particular, a impugnação pelo oponente da genuinidade da respectiva assinatura, desde que apresente documento que constitua princípio de prova e o juiz entenda, ouvido o exequente, que se justifica a suspensão sem prestação de caução (artigo 818.º, n.º 1, als. a) e b), do CPC-R). Acresce ainda o caso de ter sido impugnada, no âmbito da oposição deduzida, a exigibilidade ou a liquidação da obrigação exequenda e o juiz considerar, ouvido o exequente, que se justifica a suspensão sem prestação de caução. No entanto, a suspensão da execução, decretada após a citação dos credores, não abrange o apenso de verificação e graduação dos créditos (artigo 818.º, n.º 2, do CPC-R).

Todavia, se o bem penhorado for a casa de habitação efectiva do executado, o juiz pode, a requerimento daquele, determinar que a venda aguarde a decisão a proferir em 1.ª instância sobre oposição, quando tal venda seja susceptível de causar prejuízo grave e dificilmente reparável (artigo 818.º, n.º 5, do CPC-R). Trata-se de mais uma norma introduzida para protecção do direito à habitação, como o foi também o já referido artigo 47.º, n.º 4, do CPC-R.

A regra que actualmente se encontra no artigo 819.º do CPC (responsabilidade do exequente quando haja procedência da oposição à execução sem que tenha tido lugar a citação prévia do executado) desaparece, para reaparecer em termos aproximados nas disposições do processo sumário de execução (artigo 927.º do CPC-R)<sup>31</sup>, precisamente por ser neste que a penhora antecede a citação<sup>32</sup>.

#### 2.2.5 Oposição à execução

E revogada a al. f) do artigo 822.º do CPC (impenhorabilidade dos bens imprescindíveis à economia doméstica, salvo tratando-se de execução destinada ao pagamento do preço da sua aquisição ou o custo da sua reparação), mas a norma mantém-se, agora, mais

---

<sup>31</sup> V. *infra*, ponto “2.3.”.

<sup>32</sup> Cfr., sobre a responsabilidade do exequente, CATARINA PIRES CORDEIRO, “A responsabilidade do exequente na nova acção executiva: sentido, fundamento e limites”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 10, 2005, págs. 13 e ss.



curialmente, transposta para o elenco dos casos de impenhorabilidade relativa (artigo 823.º, n.º 3, do CPC-R)<sup>33</sup>.

Quanto à impenhorabilidade parcial, alguns ajustamentos tornaram o regime legal mais sólido, claro e coerente, havendo a salientar os seguintes pontos:

a) Os limites de “dois terços” de impenhorabilidade dizem respeito às prestações periódicas *líquidas*, solução que se afigura já a mais razoável e que agora resulta inequívoca (artigo 824.º, n.º 1, als. *a*) e *b*), do CPC-R).

b) Aos vencimentos e salários são equiparadas já não “as prestações de natureza semelhante” (que o CPC não esclarece qual seja), mas sim “as prestações de qualquer natureza *que assegurem a sua subsistência*” (artigo 824.º, n.º 1, al. *a*), do CPC-R)<sup>34</sup>.

c) Fica expressamente estabelecido o *limite especial da impenhorabilidade quando o crédito seja de alimentos*, que é correspondente à pensão social do regime não contributivo<sup>35</sup>, prescindindo-se do limite de dois terços (artigo 824.º, n.º 3, do CPC-R).

d) Na penhora de dinheiro ou saldo bancário, o limite é ajustado aos critérios referidos no artigo 824.º, n.º 3, do CPC-R, quando o crédito seja de alimentos (artigo 824.º, n.º 4, do CPC-R).

e) A redução excepcional ou temporária da parte penhorável dos rendimentos regressa à esfera de competência exclusiva do juiz (artigo 824.º, n.º 5, do CPC-R).

## 2.2.6 Posição processual do cônjuge do executado

Com a reforma, ficam arrumadas separadamente as regras respeitantes à *penhora de bens comuns em execução movida contra um dos cônjuges* (artigo 825.º do CPC-R) e ao *incidente de comunicabilidade suscitado pelo exequente* (artigo 825.º-A do CPC-R)<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> O legislador aproveitou – e bem – para uniformizar terminologia. Onde se lia “residência permanente”, lê-se agora “habitação efectiva” do executado, expressão que, como se faz notar no texto, foi entretanto adaptada em diversos preceitos novos.

<sup>34</sup> É precisamente a função de assegurar a subsistência do executado que justifica o regime da impenhorabilidade dos rendimentos, independentemente da sua natureza – cfr. sobre o assunto, desenvolvidamente, LOPES DO REGO, “Penhorabilidade de vencimentos e pensões e garantia de um mínimo de sobrevivência condigna do executado”, *Sub Judice*, n.º 29, 2004, págs. 23 e ss.

<sup>35</sup> Em 2012, o valor da pensão social é de 195,40 euros, como resulta da conjugação entre a Portaria n.º 1458/2009, de 31 de Dezembro, a Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro, a Portaria n.º 320-B/2011, de 30 de Dezembro, e a Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro.



No primeiro caso, mantém-se o essencial das regras no artigo 825.º, n.ºs 1 e 7, do CPC: penhorados bens comuns em execução movida apenas contra um dos membros do casal, o cônjuge deste é citado para, no prazo de 20 dias, requerer a separação de bens ou juntar certidão comprovativa da pendência de acção em que a separação já tenha sido requerida, sob pena de a execução prosseguir sobre os bens comuns; apensado o requerimento de separação ou junta a certidão, a execução fica suspensa até à partilha; se, por esta, os bens penhorados não couberem ao executado, podem ser penhorados outros que lhe tenham cabido, permanecendo a anterior penhora até à nova apreensão (artigo 825.º, n.º 1 e 2, do CPC-R)<sup>37</sup>.

*Quando a questão da comunicabilidade for suscitada pelo exequente, o regime a seguir será o seguinte, na arquitectura da reforma:*

a) O exequente pode alegar, fundamentadamente, *no requerimento executivo*<sup>38</sup>, que a dívida, constante de título diverso de sentença, é comum. O cônjuge do executado é citado para, no prazo de 20 dias, declarar se aceita a comunicabilidade da dívida, baseada no fundamento alegado, com a cominação de que, se nada disser, a dívida será considerada comum, sem prejuízo da oposição que contra ela deduza. A impugnação da comunicabilidade deve ser deduzida em oposição à execução, quando o cônjuge a pretenda deduzir<sup>39</sup>, ou em articulado próprio, quando não pretenda opor-se à execução (artigos 810.º, n.º 1, al. e), 812.º, n.º 7, e 825.º-A, n.ºs 1, 2 e 3, al. a), do CPC-R).

b) Se não tiver alegado a comunicabilidade da dívida no requerimento executivo<sup>40</sup>, poderá o exequente fazê-lo até ao início das diligências para venda ou adjudicação, em *requerimento autónomo, deduzido nos termos dos artigos 303º e 304º do CPC e autuado*

<sup>36</sup> Para a necessidade de tratamento separado daquelas situações chamou a atenção MARIA JOSÉ CAPELO, “Pressupostos processuais gerais na acção executiva: a legitimidade e as regras de penhorabilidade”, *Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, ano IV, n.º 7, 2003, págs. 82-83.

<sup>37</sup> Considerando que, sendo a dívida própria do executado, caso venham a ser penhorados bens comuns, o cônjuge daquele deve ter *apenas* a possibilidade de requerer a separação, cfr. MARIA JOSÉ CAPELO (nota 36), pág. 89-90.

<sup>38</sup> Olhando criticamente o regime vigente, por manter a possibilidade de suscitar a questão da comunicabilidade até ao momento da verificação da insuficiência dos bens próprios do executado, MARIA JOSÉ CAPELO (nota 36), pág. 84.

<sup>39</sup> Neste caso, se o recebimento da oposição não suspender a execução, apenas podem ser penhorados bens comuns do casal, mas a sua venda aguarda a decisão a proferir sobre a questão da comunicabilidade (artigo 825.º -A, n.º 3, al. a), parte final do CPC-R).

<sup>40</sup> Se o exequente alegar a comunicabilidade logo no requerimento executivo, não poderá usar a forma sumária (artigo 465.º, n.º 3, al. c), do CPC-R).



*por apenso*. O cônjuge é citado nos termos referidos em “a)”<sup>41</sup> e pode impugnar a comunicabilidade da dívida na oposição do incidente. A dedução do incidente determina a suspensão da venda, quer dos bens próprios do cônjuge executado que já se mostrem penhorados, quer dos bens comuns do casal, a qual aguarda a decisão a proferir, mantendo-se entretanto a penhora já realizada (artigo 825.º-A, n.º 1, n.ºs 2 e 3, al. b), do CPC-R).

Decidida a questão da comunicabilidade: (i) se a dívida for considerada comum, a execução prossegue também contra o cônjuge não executado, cujos bens próprios podem ser nela subsidiariamente penhorados; se, antes da penhora dos bens comuns, tiverem sido penhorados bens próprios do executado inicial, pode este requerer a respectiva substituição (artigo 825.º-A, n.º 5, do CPC-R). Já se a dívida não for considerada comum e tiverem sido penhorados bens comuns do casal, o cônjuge do executado deve, no prazo de 20 dias após o trânsito em julgado da decisão, requerer a separação de bens ou juntar certidão comprovativa da pendência da acção em que a separação já tenha sido requerida, sob pena de a execução prosseguir sobre os bens comuns, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o disposto no n.º 2 do artigo 825.º do CPC-R (artigo 825.º-A, n.º 6, do CPC-R).

*Pode ainda a questão da comunicabilidade ser suscitada pelo próprio executado, em incidente de oposição à penhora de bens próprios* (desde que o título executivo não seja uma sentença), devendo nesse caso especificar logo os bens comuns que devem ser penhorados, seguindo-se a citação do cônjuge nos termos *supra* enunciados (artigo 825.º-B, n.º 1, do CPC-R). Neste caso, tanto o exequente como o cônjuge têm possibilidade de impugnar a comunicabilidade<sup>42</sup>, cabendo ao juiz decidir a questão no próprio incidente de oposição à penhora. A decisão terá as consequências descritas no parágrafo anterior. Em consequência das alterações acabadas de referir, as normas respeitantes à citação do cônjuge conhecem algumas alterações (artigos 864º e 864º-A do CPC-R), esclarecendo-se que é admitido, no prazo de 20 dias, a deduzir oposição à penhora e a exercer, nas fases da execução posteriores à sua citação, todos os direitos que a lei processual confere ao executado, podendo cumular eventuais fundamentos de oposição à execução, sendo que,

<sup>41</sup> Do artigo 825.º-A, n.º 2, do CPC-R parece resultar que, não obstante estarmos perante um incidente, o prazo de oposição é de vinte dias.

<sup>42</sup> Trata-se da solução pela qual, *de iure constituendo*, MARIA JOSÉ CAPELO se bateu (nota 36).



nos casos especialmente regulados nos artigos 825.º, 825.º-A e 825.º-B, é o cônjuge do executado admitido a exercer as faculdades aí previstas.

O regime instituído pela reforma – mais completo e coerente do que o actual – segue, no essencial, as recomendações emergentes dos estudos de referência sobre a matéria<sup>43</sup>, sendo positiva a arrumação separada das três grandes vias através das quais pode ser suscitada a questão da comunicabilidade, bem como a delimitação clara de momentos incidentais para apreciar as questões da comunicabilidade.

Uma vez que o exequente, alegando a comunicabilidade da dívida, não poderá lançar mão do processo sumário (artigo 465.º, n.º 3, al. c), do CPC-R), terá de pesar o interesse em usar esta forma processual perante o interesse em suscitar a questão à partida, o que dependerá, calcula-se, da perspectiva que tenha quanto ao património penhorável.

#### 2.2.7 Início da penhora e falta de bens penhoráveis

As diligências de penhora têm o seu início, conforme os casos (artigo 832.º, n.º 1, do CPC-R): (i) depois de proferido despacho que dispense a citação prévia do executado; (ii) depois de decorrido o prazo de oposição à execução sem que esta tenha sido deduzida; (iii) depois da apresentação de oposição que não suspenda a execução; ou (iv) depois de ter sido julgada improcedente a oposição que tenha suspenso a execução.

Cabe à secretaria notificar o agente de execução da verificação de uma daquelas circunstâncias, para que se dê início às diligências de penhora, sendo a primeira de todas a consulta do registo informático de execuções (artigo 832.º, n.º 2, do CPC-R)<sup>44</sup>.

Quando contra o executado tiver sido movida execução, terminada nos últimos 3 anos, sem integral pagamento e o exequente não haja indicado bens penhoráveis no requerimento executivo, o agente de execução deve iniciar imediatamente as diligências tendentes a identificar bens penhoráveis nos termos do n.º 2 do artigo 833.º-A do CPC-R<sup>45</sup>; caso aquelas se frustrem, é o seu resultado comunicado ao exequente, *extinguindo-se*

<sup>43</sup> MARIA JOSÉ CAPELO (nota 36) e, da mesma Autora, “Ainda o artigo 825.º do Código de Processo Civil: o alcance e o valor da declaração sobre a comunicabilidade da dívida”, *Lex Familiae – Revista Portuguesa de Direito da Família*, ano 3, n.º 5, 2006, págs. 57 e ss.

<sup>44</sup> Com a reforma, desaparece a possibilidade de remessa da execução nos casos actualmente previstos no artigo 832.º, n.ºs 4 e 5, do CPC.

<sup>45</sup> Quaisquer diligências *úteis* à identificação ou localização de bens penhoráveis, designadamente a consulta, nas bases de dados da administração tributária, da segurança social, das conservatórias do registo predial, comercial e automóvel e de outros registos ou arquivos semelhantes, de todas as informações sobre a identificação do executado junto desses serviços e sobre a identificação e a localização dos seus bens.



a *execução* se este não indicar, em 10 dias, quais os concretos bens que pretende ver penhorados (artigo 832.º, n.º 3, do CPC-R). Em todo o caso, deve lançar-se mão das averiguações previstas no n.º 2 do artigo 833.º-A do CPC-R<sup>46</sup> sempre que seja necessário.

Se, decorridos que estejam três meses desde a notificação ao agente de execução para iniciar as diligências de penhora, não forem encontrados bens penhoráveis, desencadeia-se um conjunto de actos processuais tendentes à *rápida identificação de bens ou extinção da execução*: o agente de execução notifica o exequente para especificar quais os bens que pretende ver penhorados na execução; simultaneamente, é notificado o executado para indicar bens à penhora, com a cominação de que a omissão ou falsa declaração importa a sua sujeição a sanção pecuniária compulsória, no montante de 5% da dívida ao mês, com o limite mínimo global de € 1.000,00, se ocorrer ulterior renovação da instância executiva e aí se apurar a existência de bens penhoráveis. Cumpridas tais formalidades, se nem o exequente nem o executado indicarem bens penhoráveis no prazo de dez dias, extingue-se sem mais a execução (artigo 833.º-B, n.ºs 2 e 3, do CPC-R). Estas regras valem também para os casos em que, decorridos três meses sobre o pagamento parcial, não tenham sido identificados outros bens penhoráveis (artigo 873.º-A do CPC-R).

Esclarece-se que, nos casos dos artigos 832.º, n.º 3, e 833.º-B, n.º 3, do CPC-R, acabados de analisar, a extinção se deve a *inutilidade superveniente da lide* (artigo 919.º, n.º 1, al. c), do CPC-R), podendo todavia ser renovada caso o exequente venha a descobrir bens penhoráveis (artigo 920.º, n.º 5, do CPC-R).

O sentido das alterações é muito positivo. A execução é um processo, destinando-se, como qualquer outro, a satisfazer uma pretensão. Ainda não foi descoberta uma forma de *a pretensão executiva tendo em vista o pagamento ser satisfeita a não ser através da penhora e da venda*. Sem bens, não há penhora e a pretensão fica por satisfazer. O processo executivo não pode, assim, ser *útil* à pretensão deduzida. As alterações introduzidas pela reforma têm o duplo mérito de, por um lado, (pelo menos, tentar) antecipar o momento em que a inutilidade do processo se constata e declara, traçando-lhe o correspondente destino de extinção, e, por outro lado, consagrar que tal extinção se reconduz a uma verdadeira e própria extinção por inutilidade superveniente da lide<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> Parece existir, no que respeita ao artigo 833.º-A do CPC, um lapso de escrita, porquanto o n.º 8 da norma não surge revogado nem mantido.

<sup>47</sup> Cfr., a propósito, a decisão do Juízos Cíveis do Porto de 21/01/2005 (PAULO RAMOS DE FARIA), *Sub Judice*, n.º 29, 2004, págs. 35 e ss.



Não obstante a nota positiva, creio que podem introduzir-se melhoramentos no artigo 833.º-B do CPC-R. Este poderá encontrar algumas dificuldades na sua aplicação. Para compreender porquê, impõe-se deter o olhar no regime de extinção das execuções ora vigente, que provém do Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de Novembro, aplicável às execuções intentadas ao abrigo do regime instituído pela reforma de 2003 (artigo 20.º, n.º 5, do Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de Novembro). No artigo 833.º-B, n.ºs 3 e 4, do CPC, estabelece-se que, não tendo sido encontrados bens penhoráveis, o exequente deve indicar bens à penhora no prazo de 10 dias, sendo penhorados os bens que ele indique. Mas, se o exequente não indicar bens penhoráveis, o executado é *citado* para, ainda que se oponha à execução, pagar ou indicar bens para penhora, no prazo de 10 dias, com a indicação de que pode, no mesmo prazo, opor-se à execução. Trata-se de um regime não muito diferente daquele que a reforma pretende estabelecer. Sucede, porém, muitas vezes, na prática quotidiana dos tribunais, que (sendo caso de dispensa de citação prévia), o processo acaba por deter-se nas diligências de citação. Ora, o procedimento tendente à extinção passa necessariamente pela citação<sup>48</sup>.

Quando a citação pessoal não se consegue realizar, chega-se ao ponto de avançar para a citação edital só para poder extinguir a execução, com os custos inerentes, que levam a que o exequente prefira muitas vezes desistir da execução, perdendo “apenas” a taxa de Justiça e os custos suportados até então com o agente de execução.

Penso que a reforma, evitando o problema, não o resolve. Prevê o artigo 833.º-B, n.º 2, do CPC-R: *“Se não forem encontrados bens penhoráveis no prazo de três meses a contar da notificação prevista no n.º 1 do artigo 832.º, o agente de execução notifica o exequente para especificar quais os bens que pretende ver penhorados na execução; simultaneamente, é notificado o executado para indicar bens à penhora, com a cominação de que a omissão ou falsa declaração importa a sua sujeição a sanção pecuniária compulsória, no montante de 5% da dívida ao mês, com o limite mínimo global de € 1000,00, se ocorrer ulterior renovação da instância executiva e aí se apurar a existência de bens penhoráveis”*.

Analise-se a norma citada.

O conjunto de actos ali previsto desencadeia-se decorridos três meses a contar da notificação do agente de execução para iniciar as diligências de penhora (artigos 833.º-B, n.º 2, e 832.º, n.º 1, do CPC-R). Porém, essa notificação pode ter lugar sem que tenha

<sup>48</sup> Que, na minha experiência, até hoje, quando se logrou, nem uma só vez conduziu à indicação de bens penhoráveis pelo executado.



havido citação do executado (artigo 832.º, n.º 1, al. *a*), do CPC-R). Em tal caso, não pode dizer-se que o executado é simplesmente *notificado*, porque a mera notificação pressupõe a prévia citação.

Para ser notificado, terá de ser citado, e assim o problema actual continuará a existir no regime decorrente da reforma.

Para evitá-lo, talvez fosse melhor prever, simplesmente, que, não sendo lograda a citação pessoal do executado, o processo se extinguisse, sem custas para o exequente, e sem prejuízo de, caso o paradeiro do executado viesse a ser descoberto, a execução poder ser renovada, quanto mais não fosse para lhe impor custas, sem prejuízo do contraditório.

A experiência diz que, na esmagadora maioria dos casos, praticamente todos, não se pode esperar do executado a indicação de bens penhoráveis que ninguém consegue encontrar. Acresce que, se o processo não conduziu ainda à penhora, não produziu ainda quaisquer efeitos na esfera do executado, pelo que não ficará este prejudicado pela extinção. A solução que proponho parece ser coerente com estas ideias, vem em linha com a vontade (justamente) manifestada pelo legislador de extinguir rapidamente as execuções inúteis e não fere, penso, os interesses de ninguém, nem sequer do Estado enquanto credor de custas, que as não conseguiria cobrar sem descobrir o executado. Quanto às despesas suportadas com o agente de execução, correriam pelo exequente (a não ser que o legislador alterasse o artigo 447.º -D, n.º 2, al. *c*), do CPC), eventualmente até poder cobrá-las do executado, mas, sem que o paradeiro deste último seja descoberto, não se afigura viável solução diferente.

#### 2.2.8 Realização da penhora

Abandonando a enumeração rígida prevista actualmente no artigo 834.º, n.º 1, do CPC, a norma correspondente do CPC-R prevê que a penhora começa pelos bens cujo valor pecuniário seja de mais fácil realização e se mostrem adequados ao montante do crédito do exequente.

Com a nova redacção do preceito, fica claramente prejudicada a jurisprudência que, entretanto, se ia consolidando (embora não com unanimidade) sobre a vinculação do agente de execução às indicações do exequente<sup>49</sup>, prevendo-se agora que aquele devesse

<sup>49</sup> No sentido consagrado pela reforma, mesmo à luz do regime actualmente em vigor, *cfr.*, *inter alia*, os acórdãos do TRL de 29/11/2007, proferido no processo n.º 9974/2007-8 (ILIDIO SACARRÃO MARTINS), de 05/06/2008, proferido no processo n.º 4224/2008-6 (PEREIRA RODRIGUES), e de 09/10/2008, proferido no



respeitar as ditas indicações sobre os bens que pretende ver prioritariamente penhorados, salvo se elas violarem norma legal imperativa, ofenderem o princípio da proporcionalidade da penhora ou infringirem manifestamente a regra estabelecida no n.º 1 do artigo 834.º do CPC-R (n.º 2 do mesmo artigo).

*Na penhora de coisas móveis não sujeitas a registo, prevê-se que não há lugar à remoção se a natureza dos bens for incompatível com o depósito, se a remoção implicar uma desvalorização substancial dos bens ou a sua inutilização, ou se o custo da remoção for superior ao valor dos bens; nesse caso, a penhora é seguida da imposição de selos ou de algum sinal distintivo nos próprios bens, ficando o executado como depositaria (artigo 848.º, n.º 2, do CPC-R).*

*A penhora de veículo automóvel pode ser precedida (actualmente, “é seguida”) de imobilização através da imposição de selos ou de imobilizadores (artigo 851.º, n.º 2, do CPC-R). Após a penhora, apreendem-se os documentos e, por regra<sup>50</sup>, remove-se o veículo (artigo 851.º, n.º 3, als. a) e b), do CPC-R).*

*Penhorado um direito de crédito, a execução da prestação incumprida pelo terceiro devedor passa a ter lugar nos próprios autos (artigo 860.º, n.º 3, do CPC-R).*

---

processo n.º 7618/2008-6 (PEREIRA RODRIGUES). Contra, tendo em conta, designadamente, a enumeração taxativa constante do n.º 1 do artigo 834.º do CPC, cfr. os acórdãos do TRL de 12/11/2007, proferido no processo n.º 10644/2007-8 (SALAZAR CASANOVA), de 22/11/2007, proferido no processo n.º 9716/2007-6 (OLINDO GERALDES), de 13/12/2007, proferido no processo n.º 9951/2007-7 (DINA MONTEIRO), de 24/06/2008, proferido no processo n.º 5213/2008-1 (JOÃO AVEIRO PEREIRA), de 05/12/2008, proferido no processo n.º 9049/2008-8 (PEDRO LIMA GONÇALVES), de 01/04/2009, proferido no processo n.º 4482/05.9YYLSB.L 1-6 (FATIMA GALANTE), de 28/05/2009, proferido no processo n.º 10806/07.4YYLSB-8.L1-6 (OLINDO GERALDES), de 09/06/2009, proferido no processo n.º 36084/04.9YYLSB-AL 1-1 (ROSÁRIO GONÇALVES), de 18/06/2009, proferido no processo n.º 47467/06.0YYLSB-B.L1-6 (GRAÇA ARAÚJO), de 25/06/2009, proferido no processo n.º 40949/04.0YYLSB-A.L 1-2 (MARIA JOSÉ MOURO), de 30/06/2009, proferido no processo n.º 31795/04.1YYLSB-A.L 1-1 (RIJO FERREIRA), de 17/09/2009, proferido no processo n.º 42073/06.1YYLSB-A.L1-6 (FATIMA GALANTE), de 07/10/2009, proferido no processo n.º 69415/05.4YYLSB.A.L1-7 (TOMÉ GOMES), de 15/10/2009, proferido no processo n.º 21623/04.3YYLSB-A.L 1-2 (MARIA JOSÉ MOURO), de 15/12/2009, proferido no processo n.º 10817/07.0YYLSB-A.L1-1 (MANUEL MARQUES), de 04/03/2010, proferido no processo n.º 12191/05.0YYLS8-A.I 1-6 (FATIMA GALANTE), e de 11.03.2010, proferido no processo n.º 29357/05.5YYLSB-A.L 1-6 (GILBERTO JORGE), todos na base de dados da DGSJ.

<sup>50</sup> Só assim não acontecerá se o agente de execução entender que a remoção é desnecessária para a salvaguarda do bem ou é manifestamente onerosa em relação ao crédito exequendo.

Na *penhora de rendimentos periódicos*, depois de garantidas as despesas da execução (artigo 861.º, n.º 3, do C PC-R), passam a ser directamente adjudicadas ao exequente as quantias vincendas, sem que tenham de ser depositadas.

A *penhora de depósito bancário prescindirá de despacho judicial*, sendo preferentemente realizada por *contacto pessoal* do agente de execução com o dirigente de qualquer filial, sucursal, agência ou delegação da instituição bancária (artigo 861.º-A, n.º 1, do C PC-R).

Consagra-se expressamente como *dever do agente de execução* providenciar pelo imediato averbamento no processo de todos os actos de penhora que haja realizado (artigo 837.º, n.º 1, al. *b*), do C PC-R).

É muito pontual e atomística a alteração de normas relativas à realização da penhora pela reforma, sendo todavia globalmente positiva.

Chama-se, todavia, a atenção para a circunstância de *na penhora de rendimentos periódicos*, a possibilidade de adjudicar ao exequente as quantias vincendas, sem que tenham *de* ser depositadas, dever ser preferencialmente acompanhada de um qualquer mecanismo de controlo, para determinar o momento em que a dívida fica paga, determinar a cessação da penhora-adjudicação e extinguir a execução, designadamente quando os rendimentos sejam variáveis. Poderá, por exemplo, prever-se uma obrigação periódica do exequente de comunicação ao agente de execução dos montantes recebidos, para que esse controlo se possa realizar.

#### 2.2.9 Oposição à penhora

Mantêm-se os fundamentos da oposição à penhora, alterando-se a norma do prazo para a sua dedução, que passa a ser sempre de dez dias contados da notificação da penhora (artigo 863º-B, n.º 1, do CPC-R).

A modificação processual mais relevante será, talvez, o abandono da regra da cumulação das oposições à execução e à penhora (com a correspondente alteração dos artigos 813.º, n.º 2, e 863.º-B, n.º 2, do CPC), na execução ordinária<sup>51</sup>. Porém, se a oposição respeitar à casa de habitação efectiva do executado, o juiz pode, a requerimento daquele, determinar que a venda aguarde a decisão a proferir em 1.ª instância sobre a oposição, quando tal venda seja susceptível de causar prejuízo grave e dificilmente reparável (artigo 863º-B, n.º 4, do CPC-R). Trata-se de mais uma norma introduzida para

<sup>51</sup> Já não assim quando o processo siga a forma sumária, como adiante se verá (cfr. *infra*, ponto “2.3.”).



protecção do direito à habitação, como o foram também os já referidos artigos 47.º, n.º 4, e 818º, n.º 5, do CPC-R.

À semelhança da conhecida regra da oposição à execução (artigo 818.º, n.º 4, do CPC), prevê-se que, quando a oposição à penhora prossiga, nem o exequente nem qualquer outro credor pode obter pagamento na pendência da oposição, sem prestar caução (artigo 863º-B, n.º 5, do CPC-R).

#### 2.2.10 Sustação da execução

As normas sobre a sustação da execução resultam clarificadas, mantendo-se intocada a regra basilar de sustação da execução em caso de penhora posterior, com reclamação do crédito no processo do qual emergiu a penhora anterior (artigo 871.º, n.º 1, do CPC-R).

Se o exequente ainda não tiver sido citado no processo em que a penhora seja mais antiga, pode reclamar o seu crédito no prazo de 15 dias a contar da notificação de sustação; a reclamação suspende os efeitos da graduação de créditos já fixada e, se for atendida, provoca nova sentença de graduação, na qual se inclui o crédito do reclamante (artigo 871.º, n.º 2, do CPC-R). Na execução sustada, pode o exequente desistir da penhora relativa aos bens apreendidos no outro processo e indicar outros em sua substituição (artigo 871º, n.º 3, do CPC-R).

Especial interesse tem o novo n.º 4 do artigo 871.º do CPC-R, prevendo que *a sustação integral vale como extinção da execução* (cfr. também o artigo 919.º, n.º 1, al. *d*), do CPC-R), sem prejuízo da possibilidade que o exequente tem de requerer a renovação da execução extinta, quando indique bens penhoráveis (artigo 920º, n.º 5, do CPC-R).

#### 2.2.11 Pagamento em prestações e acordo global

Mantém-se, com pequenos arranjos de forma, a regra essencial do artigo 882.º: possibilidade de pagamento em prestações, com a conseqüente suspensão da execução durante a execução do plano de pagamento.

Introduz-se, ainda, uma nova solução processual, designada “acordo global”, tendo em vista uma composição de interesses alargada entre o exequente, o executado e os credores reclamantes, que pode consistir nomeadamente numa simples moratória, num perdão, total ou parcial, de créditos, na substituição, total ou parcial, de garantias ou na constituição de novas garantias (artigos 872.º, n.º 2, e 885.º-A, n.º 1, do CPC-R). O acordo global tem os mesmos limites temporais que se assinalam ao regime do pagamento em prestações e, à semelhança deste, determina a suspensão da execução.



O incumprimento do acordado, no prazo de 10 dias após interpelação escrita do exequente ou de credor reclamante, implica, na falta de convenção expressa em contrário, a caducidade do acordo global, prosseguindo a execução para pagamento do remanescente do crédito exequendo e dos créditos reclamados (artigo 885.º-A, n.º 4, do CPC-R), sem prejuízo dos efeitos entretanto produzidos (artigo 885.º-A, n.º 5, do CPC-R). O exequente e os credores reclamantes conservam sempre todos os seus direitos contra os co-obrigados ou garantes do executado (artigo 885.º-A, n.º 6, do CPC-R).

#### 2.2.12 Venda e pagamento

*Na venda por propostas em carta fechada*, prevê-se que o exequente, se estiver presente no acto de abertura das ditas propostas, pode manifestar vontade de adquirir os bens a vender, abrindo-se logo licitação entre si e proponente do maior preço; se o proponente do maior preço não estiver presente, o exequente pode cobrir a proposta daquele (artigo 893.º, n.º 5, do CPC-R), aplicando-se as regras gerais de caução e depósito, sem prejuízo das regras de dispensa do depósito aos credores do artigo 887.º (artigo 893.º, n.º 6, do CPC-R).

*A venda por negociação particular* passa a ser a modalidade-regra quando o bem a vender tenha valor inferior a 4 UC (artigo 904.º, al. g), do CPC-R).

As diligências necessárias para a realização do pagamento efectuem-se *obrigatoriamente no prazo de três meses a contar da penhora* (inovador o segmento em itálico), independentemente do prosseguimento do apenso da verificação e graduação de créditos, mas só depois de findo o prazo para a sua reclamação (artigo 873.º, n.º 1, do CPC-R).

Aproveitando a reforma, poderia regular-se expressamente o regime de adjudicação de bens ao exequente quando a venda avançou já para a modalidade de negociação particular, por falta de propostas em carta fechada, porquanto não é claro se há necessidade de repetir formalidades próprias desta última (anúncios de venda, etc.) para tentar evitar que o executado fique prejudicado (e o exequente beneficiado) com uma adjudicação por preço demasiado baixo.



### 2.2.13 Extinção e renovação da execução

Como se referiu já *supra*<sup>52</sup>, a falta de bens penhoráveis conduz à extinção da execução por *inutilidade superveniente da lide*, o que levou à previsão expressa da hipótese em causa na al. c) do n.º 1 do artigo 919.º do CPC-R, onde se incluiu também (pese embora a situação não pareça ser rigorosamente análoga) a extinção decorrente da adjudicação a título de dação *pro solvendo* do direito de crédito penhorado (artigo 875.º, n.º 6, do CPC).

A nova alínea d) do n.º 1 do artigo 919.º do CPC-R ajusta a norma da extinção da execução à previsão da também já referida situação de sustação integral da execução (artigo 871.º, n.º 4, do CPC-R)<sup>53</sup>.

Em qualquer dos referidos casos, o exequente pode requerer a renovação da execução quando indique bens penhoráveis (artigo 920.º, n.º 5, do CPC-R).

Quando ocorrer a interrupção da instância<sup>54</sup>, por o exequente deixar de dar impulso à execução, o credor cujo crédito esteja vencido e haja reclamado para ser pago pelo produto de bens penhorados pode requerer o prosseguimento da execução para verificação, graduação e pagamento do seu crédito (artigo 920.º, n.º 6, do CPC-R), não tendo assim- neste preciso caso- que aguardar pela extinção da execução (n.º 2 do artigo 920.º do CPC).

### 2.2.14 Recursos

No regime dos recursos, para além da remissão geral para as regras do processo declarativo, quer nos recursos de decisões proferidas na execução (artigo 922.º-A do CPC-R), quer nos recursos de apelação interpostos de decisões proferidas em procedimentos ou incidentes de natureza declaratória, inseridos na tramitação da acção executiva (artigo 922.º-B, n.º 1, do CPC-R), estabelece-se que cabe recurso de apelação, nos termos gerais, subindo imediatamente, em separado e com efeito meramente devolutivo (artigo 922.º-B, n.ºs 2, 3 e 4, do CPC-R) de:

<sup>52</sup> No ponto “2.2.7.”.

<sup>53</sup> A alínea d), na versão disponível para discussão pública, parece conter um lapso manifesto, porquanto refere que a execução se extingue também nos casos “da alínea e) do n.º 2 do artigo 811.º”, norma que não existe no CPC actual, nem no CPC-R.

<sup>54</sup> A reforma encurta o prazo previsto no artigo 285.º do CPC para seis meses.



- a) Decisões previstas no n.º 2 do artigo 691.º do CPC-R, quando aplicável à acção executiva<sup>55</sup>;
- b) Decisão que determine a suspensão, a extinção ou a anulação da execução;
- c) Decisão que se pronuncie sobre a anulação da venda;
- d) Decisão que se pronuncie sobre o exercício do direito de preferência ou de remição;
- e) Decisão que destitua o agente de execução<sup>56</sup>;
- f) Despacho de indeferimento liminar, ainda que parcial, do requerimento executivo, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 234.º-A do CPC.

Os recursos que sejam admissíveis sobre decisões que não ponham termo à execução nem suspendam a instância sobem também imediatamente, em separado e com efeito meramente devolutivo (artigo 922.º-B, n.º 4, do CPC-R).

Sem prejuízo dos casos em que é sempre admissível recurso para o Supremo Tribunal de Justiça, apenas cabe revista, nos termos gerais, dos acórdãos da Relação proferidos em recurso nos procedimentos de liquidação não dependente de simples cálculo aritmético, de verificação e graduação de créditos e de oposição deduzida contra a execução (artigo 922.º-C do CPC-R).

### 2.3 A forma sumária do processo de execução para pagamento de quantia certa

O processo sumário para pagamento de quantia certa<sup>57</sup>, que segue subsidiariamente as regras da forma ordinária (artigo 466.º, n.º 3, do CPC-R), tem as seguintes especialidades:

- a) O requerimento executivo e os documentos que o acompanhem são imediatamente enviados por via electrónica, *sem precedência de autuação do processo e*

<sup>55</sup> Decisões que apreciem o impedimento do juiz ou a competência absoluta do tribunal, decretam a suspensão da instância, admitam ou rejeitem algum articulado ou meio de prova, condenem em multa ou cominem outra sanção processual, ordenem o cancelamento de qualquer registo, sejam proferidas depois da decisão final ou cuja impugnação com o recurso da decisão final seria absolutamente inútil.

<sup>56</sup> Este recurso não obsta ao prosseguimento da execução, que segue até final com o agente de execução designado em substituição do destituído (artigo 922.º -B, n.º 5, do CPC-R), o que, aliás, resultaria já do efeito meramente devolutivo.

<sup>57</sup> Aplicável nos casos referidos *supra*, ponto “2.1.3.”.



de despacho judicial<sup>58</sup>, ao agente de execução designado ou nomeado, com indicação do número único do processo (artigo 924.º, n.º 1, do CPC-Recebido o processo, o agente de execução:

- Recusa o requerimento, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o preceituado no artigo 811.º do CPC-R (artigo 924.º, n.º 2, al. a), do CPC-R);
- Suscita a intervenção do juiz, nos termos do disposto na al. d) do n.º 1 do artigo 809.º do CPC-R, quando se lhe afigure provável a ocorrência de alguma das situações previstas no n.ºs 2 e 4 do artigo 812.º do CPC-R (casos de indeferimento ou convite ao aperfeiçoamento no despacho liminar), ou quando duvide da verificação dos pressupostos de aplicação da forma sumária (artigo 924.º, n.º 2, al. b), do CPC-R); ou
- Inicia as consultas e diligências prévias à penhora e só depois cita o executado (artigo 924.º, n.º 3, do CPC-R).

b) A citação realiza-se juntamente com a notificação da penhora e é para deduzir oposição à execução<sup>59</sup> ou à penhora no prazo de vinte dias, devendo o executado cumulá-las se pretender deduzir ambas (artigo 925.º, n.ºs 1 e 3, do CPC-R)<sup>60</sup>.

c) Se a execução se fundar em requerimento de injunção ao qual tenha sido aposta fórmula executória, a invocação de factos extintivos ou modificativos da obrigação, anteriores à notificação do requerido, só é admissível se, no procedimento de injunção, o executado tiver sido impedido de deduzir oposição por motivo de força maior ou devido a circunstâncias excepcionais, sem que tal facto lhe seja imputável (artigo 926.º do CPC-R).

d) Se a oposição à execução vier a proceder, o exequente, sem prejuízo da eventual responsabilidade criminal, responde pelos danos culposamente causados ao executado, se não tiver actuado com a prudência normal, e incorre em multa correspondente a 10% do valor da execução, ou da parte dela que tenha sido objecto de oposição, mas não

<sup>58</sup> Mas, se a execução se basear em título extrajudicial de obrigação pecuniária vencida, garantida por hipoteca ou penhor, a penhora de bens imóveis, de estabelecimento comercial, de direito real menor que sobre eles incida ou de quinhão em património que os inclua só pode realizar-se depois da citação do executado, mediante despacho judicial (artigos 924.º, n.º 4, e 465.º, n.º 2, al. c), do CPC-R).

<sup>59</sup> O executado que se oponha à execução pode, na oposição, requerer a substituição da penhora por caução idónea que igualmente garanta os fins da execução.

<sup>60</sup> Se não for cumulado com a oposição à execução, o incidente de oposição à penhora segue os termos dos artigos 303.º e 304.º, aplicando-se ainda, com as necessárias adaptações, o disposto nos n.ºs 1 e 3 do artigo 817.º (artigo 925.º, n.º 4, do CPC-R).

inferior a 10 UC, nem superior ao dobro do máximo da taxa de justiça (artigo 927.º do CPC-R)<sup>61</sup>.

A escolha de uma forma mais simplificada e ágil de execução em circunstâncias determinadas pelo título ou pelo valor da execução é, como tive já oportunidade de referir, muito positiva.

Subsiste, no entanto, um problema *de alguma importância*, que a reforma tentou contornar mas, a meu ver, não resolveu. Procurar-se-á ilustrá-lo através de um exemplo.

*“Corria o ano de 2007. António apresentou um requerimento de injunção contra Bernardo, reclamando deste o pagamento de 5.000,00 euros, em virtude de alegadas transacções comerciais. Notificado do requerimento, Bernardo dirigiu-se ao seu advogado de longa data, Carlos, em quem depositava toda a confiança, logo no primeiro dia do prazo para deduzir oposição. Explicou-lhe que não chegou a celebrar qualquer transacção com António, recentemente, embora em tempos tivessem realizado algumas, todas pagas e liquidadas, não tendo desde então recebido dele quaisquer bens ou serviços. Tudo não passaria de uma manobra de António para lhe arrancar algum dinheiro, visto que andava, segundo o exaltado Bernardo “doido por dinheiro”. Carlos, advogado sensato, sossegou-o e recomendou-lhe: – Bernardo, não faça nada por agora. Isto é o António a ver se a coisa pega. Não deduza oposição, que ele não terá coragem de o executar E, se o fizer, então o Bernardo deduzirá oposição nos termos do artigo 816.º do CPC e explicará tudo. Bernardo manifestou algum receio, mas Carlos insistiu: – Não se preocupe, Bernardo. Não gaste, por ora, dinheiro a opor-se. Tenho a certeza que depois vai poder opor-se nos termos do artigo 816.º do CPC. Sabe, a injunção com fórmula executória não é nenhuma sentença! Aliás, já houve um tribunal que pensou que era, aplicou-lhe os fundamentos de oposição à execução fundada em sentença e o Tribunal Constitucional lá esteve para dizer o que tinha de ser dito<sup>62</sup>! Vá sossegado, Bernardo”.*

A reforma da acção executiva de 2009 parecia trazer algumas más notícias a Bernardo. Introduziu no artigo 814.º do CPC um n.º 2, estabelecendo que os fundamentos, muito restritos, de oposição à execução baseada em sentença se aplicam *“com as necessárias*

<sup>61</sup> V. *supra*, nota 32.

<sup>62</sup> No acórdão do Tribunal Constitucional n.º 658/2006 (PAULO MOTA PINTO), julgou-se inconstitucional *“por violação do princípio da proibição da indefesa ínsito no direito de acesso ao direito e aos tribunais, consagrado no artigo 20.º da Constituição, a norma do artigo 14.º do Regime anexo ao Decreto-Lei n.º 269/98, de 1 de Setembro, na interpretação segundo a qual, na execução baseada em título que resulta da oposição da fórmula executória a um requerimento de injunção, o executado apenas pode fundar a sua oposição na alegação e prova, que lhe incumbe, de factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado pelo exequente, o qual se tem por demonstrado”.*



*adaptações, à oposição à execução fundada em requerimento de injunção ao qual tenha sido aposta fórmula executória, desde que o procedimento de formação desse título admita oposição pelo requerido*”. Não tendo previsto regra particular quanto à aplicação no tempo desta norma, a reforma de 2009 parecia pretender aplicá-la a *quaisquer execuções iniciadas ao abrigo da lei nova*, ainda que o procedimento de injunção fosse anterior. A própria norma era surpreendente, porque equiparava à sentença um documento muito diferente da decisão judicial, resultante de um procedimento em que não foram concretamente apreciadas quaisquer questões de facto ou de direito, o que gerou muitas dúvidas nos estudiosos do direito processual civil<sup>63</sup>. Entretanto, o Tribunal Constitucional, confirmou, em recurso, o despacho do Tribunal da Comarca de Mértola *“que recusou a aplicação da norma constante do artigo 814.º do Código de Processo Civil, por violação das disposições conjugadas dos artigos 2.º e 20.º da Constituição da República Portuguesa, na medida em que a interpretação e aplicação literal e imediata do aludido inciso legal, sem um regime transitório ou de salvaguarda aplicável às injunções a que foi conferida força executiva anteriormente à data da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 226/2008, permite obstar e fazer precluir o exercício do direito de defesa que até então era, maioritariamente, admitido*<sup>64</sup>”.

Sem explorar em detalhe os fundamentos daqueles dois acórdãos do Tribunal Constitucional, deles decorre, em suma, que não é admissível a súbita eliminação dos direitos de defesa do executado, que não podia contar, no regime anterior, com a limitação inovatória da reforma de 2009, vendo afectados os seus direitos de defesa de forma desproporcionada e violadora da confiança que depositou no regime anterior e nas possibilidades que este lhe deixava abertas.

<sup>63</sup> LEBRE DE FREITAS (“Apreciação...”, nota 18), pág. 28, escreveu, a propósito da norma do artigo 814.º na redacção emergente da reforma de 2009 que o *“art. 814-2 faz equivaler o requerimento de injunção com fórmula executória a sentença judicial, o que, tidas em conta as menores garantias da citação (aliás, notificação) do devedor no processo de injunção (arts. 12 e 12-A do regime aprovado pelo DL 269/98), constitui violação grave do direito de acesso à justiça: o processo de injunção não é um processo jurisdicional, o que explica as menores garantias que nele encontra o devedor; por isso, a oposição à execução tem de continuar a ter lugar com qualquer dos fundamentos do art. 816”* No seu manual (nota 3), pág. 182-183, faz notar que o artigo 814.º, n.º 2, do CPC não pode ser interpretado à letra, sob pena de inconstitucionalidade, devendo reservar-se o regime apenas para os casos, certamente diminutos, em que o executado se haja conformado com a diminuição de garantias registada no anterior processo de execução. MARIANA FRANÇA GOUVEIA (“A novíssima...”, nota 16), pág. 578, salienta que não pode o legislador pretender que fiquem precludidas questões que, na acção declarativa, seriam de conhecimento oficioso pelo juiz, como, por exemplo, a nulidade de uma cláusula contratual geral.

<sup>64</sup> Acórdão n.º 283/2011 (BORGES SOEIRO).

Pois bem, o artigo 926.º do CPC-R diz-nos que, se António quiser executar agora o seu título, Bernardo só poderá invocar factos extintivos ou modificativos da obrigação, anteriores à sua notificação em 2007, se, no procedimento de injunção, tiver sido impedido de deduzir oposição por motivo de força maior ou devido a circunstâncias excepcionais, sem que tal facto lhe seja imputável.

Sucedo que, para além do carácter difuso da expressão “circunstâncias excepcionais”, parece que a norma continua a ser demasiado limitadora, face à mencionada jurisprudência do Tribunal Constitucional, já que, anteriormente, os requeridos continuavam a contar com a invocação dos factos modificativos e extintivos, incluindo os mais frequentemente invocados, designadamente o pagamento.

Acresce que, nas normas transitórias constantes do projecto de reforma, não há qualquer salvaguarda dos títulos formados anteriormente (pelo menos daqueles que se formaram antes da vigência do Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de Novembro), pelo que poderá continuar a levantar-se o problema da inconstitucionalidade em termos análogos, porquanto o executado continua a ver excluídos direitos de defesa com os quais podia legitimamente contar.

Crê-se, aliás, que o legislador pode ser mais leal e respeitador da confiança gerada nos cidadãos, não “aproveitando” sequer os títulos formados durante a vigência do Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de Novembro. Isto porque, se pretende instituir um regime como aquele que prevê no artigo 926.º do CPC-R, contra o qual, considerado nos seus próprios termos e desligado da questão da aplicação da lei no tempo, nada tenho contra, talvez devesse considerar:

- a) Excluir todos os títulos formados antes da vigência do Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de Novembro, atenta a jurisprudência do Tribunal Constitucional (acórdão n.º 283/2011), a cuja censura a norma do artigo 926.º do CPC-R poderá não escapar, porquanto as razões essenciais do juízo de inconstitucionalidade se parecem manter.
- b) Excluir também os títulos formados na vigência do Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de Novembro, uma vez que a reforma de 2009 não adaptou as cominações da injunção, deixando intocado o artigo 13.º, n.º 1, al. c), do regime anexo ao Decreto-Lei n.º 269/98, de 1 de Setembro<sup>65</sup>. Por essa razão, os requeridos na injunção continuaram a não ser advertidos de que, para além de verem aposta a fórmula executória no requerimento,

---

<sup>65</sup> A notificação deve conter a indicação de que, na falta de pagamento ou de oposição dentro do prazo legal, será aposta fórmula executória ao requerimento, facultando-se ao requerente a possibilidade de intentar acção executiva.



ficaria precludido o seu direito a invocar como fundamentos de futura oposição à execução, os factos modificativos e extintivos da obrigação. E esta falta mostra-se ainda mais preocupante quando, como se viu já<sup>66</sup>, não existe uma posição segura, na doutrina, quanto ao sentido em que deve ser interpretado o actual artigo 814.º, n.º 2, do CPC.

c) Alterar o artigo 13.º, n.º 1, al. c), do regime anexo ao Decreto-Lei n.º 269/98, de 1 de Setembro, fazendo com que passe a constar da notificação ao requerido em processo de injunção a advertência da preclusão dos direitos de invocação de factos extintivos ou modificativos da obrigação, caso não deduza oposição<sup>67</sup>.

d) Aplicar o novo regime do artigo 926.º do CPC-R apenas às injunções em que o requerido tenha sido notificado nos termos constantes da alínea anterior.

Caso não se proceda conforme se sugere em “a)”, a questão da inconstitucionalidade poderá suscitar-se com alguma facilidade nos casos em que se der à execução um requerimento de injunção ao qual tenha sido aposta fórmula executória antes da vigência do Decreto-Lei n.º 226/2008, de 20 de Novembro. Admito que é mais discutível (porém... discutível) a questão da inconstitucionalidade nas situações referidas em “b)”, mas cabe ao legislador optar por legislar mais perto dos limites da constitucionalidade ou, em alternativa, aceitar que o regime até ao momento não primou pela clareza e ser consequente com essa apreciação, não sacrificando assinalavelmente a segurança jurídica para garantir a execução de um título contra o qual poderá haver algo a dizer pelo executado, sem dar a possibilidade de o rebater e sem assinalar devidamente tal consequência aos passíveis visados.

Em qualquer caso, parece-me imprescindível a alteração referida em “c)”<sup>68</sup>.

#### 2.4 Normas transitórias

Em matéria de acção executiva, relevam as seguintes normas transitórias:

a) As novas disposições respeitantes aos titulas executivos, às formas de processo, ao requerimento executivo e à tramitação da fase introdutória só se aplicam às execuções

<sup>66</sup> *Supra*, nota 63.

<sup>67</sup> Conhece-se, a esta data, que existe proposta complementar, prevendo a alteração do preceito em causa para a seguinte redacção: “c) A modificação de que, na falta de pagamento ou de oposição dentro do prazo legal, se considera reconhecido o crédito do requerente e de que este pode intentar uma acção executiva, na qual só em casos excepcionais será possível contestar o crédito” (cfr. texto da proposta disponível no website do Instituto Português de Processo Civil, acedido no endereço “<https://sites.google.com/site/ippcivil/>” em Janeiro de 2012), o que se afigura suficiente para alertar devidamente o requerido para as consequências da falta de oposição.

<sup>68</sup> Ver nota anterior.



iniciadas após a entrada em vigor do presente diploma legal (artigo 7.º do projecto de diploma preambular).

b) As alterações não se aplicam às execuções iniciadas antes da vigência do Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março (artigo 8.º do projecto de diploma preambular), com excepção das regras de extinção, que se aplicam às ditas execuções<sup>69</sup>, sem prejuízo da sua renovação nos termos do n.º 4 do artigo 920.º do C PC-R (artigo 10.º, n.º 3, do projecto de diploma preambular).

c) Às execuções iniciadas depois da vigência do Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março, aplicam-se:

- As alterações ao disposto nos artigos 808.º, 808.º-A e 809.º, ou seja, às normas relativas à repartição de competências (artigo 9.º, n.º 1, do projecto de diploma preambular).
- As disposições relativas aos procedimentos e incidentes de natureza declarativa, quando estes sejam deduzidos após a entrada em vigor da lei nova (artigo 9.º, n.º 2, al. a), do projecto de diploma preambular);
- As novas disposições relativas aos actos de penhora e às diligências destinadas ao pagamento quando sejam praticados posteriormente à entrada em vigor da lei nova (artigo 9.º, n.º 2, al. b), do projecto de diploma preambular).
- As disposições da lei nova relativas à extinção da execução (artigo 10.º, n.º 1, do projecto de diploma preambular)<sup>70</sup>, sem prejuízo da sua renovação nos termos do n.º 4 do artigo 920.º do CPC-R (artigo 10.º, n.º 3, do projecto de diploma preambular).

d) O juiz corrige ou convida a parte a corrigir o erro sobre o regime legal aplicável por força da aplicação das anteriores normas transitórias (artigo 11.º do projecto de diploma preambular).

<sup>69</sup> Sem prejuízo do pagamento de quantias já liquidadas, a extinção da execução não implica o pagamento de custas pelo exequente, não sendo devolvidas as quantias pagas- artigo 10.º, n.º 1, do projecto de diploma preambular, onde se refere o "*regime estabelecido no n.º 3 do artigo 832.º, nos n.ºs 2 e 3 do artigo 833.º-A, no artigo 833.º-B e no artigo 873.º -A*". Todavia, dizendo a norma respeito à aplicação da lei nova, crê-se haver lapso, devendo entender-se que se refere ao "*regime estabelecido no n.º 3 do artigo 832.º, no n.º 2 do artigo 833.º-A, nos n.ºs 2 e 3 do artigo 833.º-B e no artigo 873.º -A*". Cabe ao oficial de justiça a prática dos actos previstos nas referidas normas, nas execuções iniciadas antes da vigência do Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março (artigo 10.º, n.º 2, do projecto de diploma preambular)

<sup>70</sup> Vale a ressalva já constante da nota anterior, no sentido de se dever considerar o "*regime estabelecido no n.º 3 do artigo 832.º, no n.º 2 do artigo 833.º-A, nos n.ºs 2 e 3 do artigo 833.º-B e no artigo 873.º -A*".



### 3. Apreciação global e notas finais

A reforma introduzida é globalmente positiva, sem prejuízo das notas que se foram deixando escritas.

Melhora a *arrumação* dos assuntos nos artigos do Código (primeiro passo no sentido de uma interpretação mais segura).

Reforça a *clareza* do texto, assume (e por isso regula melhor) a dualidade de formas do processo.

Consagra a regra da *execução da sentença nos próprios autos e tendo por objecto todos os pedidos julgados procedentes*, com evidentes vantagens de economia processual.

Reposiciona ligeiramente o agente de execução, retirando-lhe competências que estão mais bem confiadas ao juiz e centrando-o na direcção dos verdadeiros e próprios actos de execução.

Institui o *despacho liminar como regra* no processo ordinário para pagamento de quantia certa, permitindo que o controlo sobre o título se exerça logo no início da execução.

Toma as regras da *impenhorabilidade* mais claras e fiéis à sua razão de ser.

*Aperfeiçoa grandemente* o regime relativo à posição processual do cônjuge do executado.

Seria, no entanto, a meu ver, uma oportunidade perdida se, para além das questões secundárias para as quais se foi chamando a atenção, não se resolvesse de forma cabal o problema da oposição à execução baseada em requerimento de injunção com fórmula executória, ou não se previsse expressamente a situação de extinção por falta de bens penhoráveis quando não se logra a citação do executado.

Oportunidade perdida seria também se, em 2013 ou 2014, nos deparássemos com a crítica que, pouco após a reforma de 2003, se dirigiu um pouco ao legislador, um pouco ao poder executivo: a reforma falhou, em parte, porque não foram disponibilizados os meios e instrumentos que as normas pressupunham que existiam<sup>71</sup>.

<sup>71</sup> Cfr. LEBRE DE FREITAS, “O primeiro ano de uma reforma executiva adiada”, *Sub Judice*, n.º 29, 2004, pág. 10, e, do mesmo Autor, “Apreciação...”, cit. (nota 18): “Cinco anos após a publicação e quatro após a entrada em vigor da reforma da acção executiva, o balanço de resultados que se impõe fazer colocar-se-ia com maior legitimidade no plano dos instrumentos legislativos se tivessem sido proporcionados, desde início, a montagem e o bom funcionamento das infra-estruturas de apoio que se sabia serem necessários. Não foi, como é sabido, o que aconteceu e assistimos, em vez disso, à falta de cobertura do território por tribunais de execução, fonte, além do mais, de muita incompreensão entre juízes e solicitadores de execução, à insuficiência destes, em grande parte por falta de incentivo económico, à impreparação informática dos funcionários judiciais, às faltas e deficiências das redes de comunicação electrónica entre os

Será essencial a previsão de uma *vacatio legis* suficientemente dilatada para permitir o estudo das normas a aplicar, aproveitada também para criar as condições para que a reforma possa atingir os fins a que se propõe.

Por fim, há todo um trabalho que está *antes do processo executivo* que, se for esquecido, comprometerá necessariamente o sucesso desta e de qualquer outra reforma. Estou convencido de que, na acção executiva, se tem incorrido frequentemente no erro de *pedir ao processo e aos tribunais que dêem soluções a problemas que não lhes cabe solucionar*.

As execuções são um problema sério há mais de uma década, ainda que tenha vindo a piorar. Na última década, nada de sério se fez contra os desmandos da concessão de crédito com poucas regras, excessivamente, sem garantias e com altas probabilidades de incumprimento, não apenas pelas sociedades financeiras, mas também por parte das pessoas singulares, que agem frequentemente sem cautelas e sem garantias. Foi o mercado que, recentemente, esbateu o problema, mas entretanto legou à sociedade e aos tribunais uma legião imensa de endividados. Estes não pagam a quem lhes emprestou o dinheiro, mas também não pagam a outros credores, estes não podem pagar aos seguintes e por aí adiante.

Este problema *não é solucionado* pela extinção rápida das execuções.

Trata-se de uma medida positiva, sem dúvida, porque o processo não deve prosseguir se *não servir para coisa nenhuma*. Mas a questão é precisamente *muitos processos executivos não servirem para coisa nenhuma*. Os processos vão desaparecer, mas com eles não desaparece a descrença na justiça.

Esta permanecerá, transferida agora para outro objecto. Já não se dirá, *“a justiça não funciona porque tenho uma execução parada há cinco anos”*, mas dir-se-á *“a justiça não funciona porque tentei uma execução e ela acabou num instante porque não me conseguiram satisfazer o crédito”*.

Tudo isto porque, para além das dificuldades que o processo encontra, e são muitas, e que o atrasam, um número considerável de execuções não satisfaz a pretensão do exequente pela razão mais chã: o devedor não tem bens penhoráveis. Peça-se ao tribunal e ao agente de execução que sejam diligentes nos actos que praticam, que detectem e apreendam com rapidez o património do devedor, que o vendam sem demora. Peça-se-lhes tudo isso, mas não se lhes peça o impossível, que é transformar um vazio de património em dinheiro para o credor.

---

*intervenientes no processo e organismos como os bancos e as conservatórias, à inexistência de depósitos públicos para guarda e venda dos móveis penhorados, etc., etc.”*



Para evitar que se pretenda o impossível, há toda uma tarefa gigantesca – de regulação do mercado, se for esse o caminho; de informação e educação do consumidor; de bom senso de cada um – que não é do juiz, do agente de execução, do tribunal, do processo.

Se nesse imenso campo de batalha nada se fizer, aqui estaremos um dia, lamentando o insucesso da reforma da acção executiva de 2012, olhos postos, cheios de esperança, na projectada reforma da acção executiva de 2017 ou 2018.

Nuno de Lemos Jorge



*Para aceder à videogravação da comunicação, clique no ícone abaixo  
apresentado*



C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## Algumas notas à Proposta de alteração do processo especial de tutela urgente da personalidade (adiante apenas a “proposta”)



Texto inicialmente publicado na Revista do Ministério Público – Cadernos II, 2012,  
“Debate A Reforma do Processo Civil 2012”, pp. 63 a 72

O Centro de Estudos Judiciários agradece a autorização concedida pela Revista do  
Ministério Público e pelo autor

[Rita Cruz]



C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

É de louvar a preocupação da Comissão constituída para proceder à Reforma do Código de Processo Civil em alterar um processo especial, que se tem mantido imutável ao longo dos tempos mas que efetivamente vinha pecando pelo desfasamento em relação à realidade.

Desde logo, por isso, procedeu-se à eliminação de alguns “pecados originais” da redação inicial.

Ao revogar a referência à tutela específica do direito ao nome e à correspondência confidencial que era feita nos n.ºs 2 e 3 do artigo 1474º<sup>1</sup>, clarifica a Proposta o que já vinha sendo defendido, no sentido de não se introduzir, pela via processual, qualquer restrição à tutela geral da personalidade física e moral proclamada no artigo 70º do Código Civil, em especial dos direitos de personalidade que, para além do nome ou dos escritos confidenciais, vêm expressamente regulados no Código Civil, mas que não mereciam qualquer especificação processual.

Também se eliminou no mesmo artigo 1474º a especificidade da legitimidade passiva neste tipo de ações, não prevista na lei substantiva, que acabava por ser restritiva da efetiva tutela da personalidade, nomeadamente quando se tornava necessário instaurar acção contra terceiros e não contra o autor da ameaça, para evitar efetivamente a lesão do direito (vg. Medida atenuante contra uma empresa em CUJO site ou outro meio um desconhecido colocou mensagem ou imagem suscetível de lesar direito de personalidade) e que obrigava a fazer uma interpretação restritiva. Desta forma, torna-se claro que funciona o regime geral da legitimidade.

Por outro lado, compreende-se no geral a intenção desta nova Proposta de criar um *“procedimento urgente autónomo e auto-suficiente, destinado a possibilitar a obtenção de uma decisão particularmente célere que, em tempo útil, assegure a tutela efetiva do direito fundamental de personalidade dos entes singulares”*, conforme se lê na respetiva Exposição de Motivos. No fundo, pretende concretizar-se o preceito constitucional do nº 5 do artigo 20º da Constituição da República Portuguesa que obriga a que o procedimento para tutela dos direitos, liberdades e garantias pessoais seja caracterizado pela celeridade e pela prioridade.

Teme-se, no entanto, que este novo processo acabe por absorver uma amálgama de soluções, sem que estas lhe confirmem identidade e utilidade próprias.

---

<sup>1</sup> Salvo indicação em contrário, todas as referências de artigos consideram-se feitas para o Código de Processo Civil.



## I. As vias atuais para a tutela da personalidade

Façamos uma breve análise ao cenário atual das vias judiciais e administrativas existentes tendentes a concretizar a tutela constitucional dos direitos, liberdades e garantias pessoais e, em especial, a tutela civil dos direitos de personalidade.

Em primeiro lugar, o processo especial de tutela da personalidade que, na configuração atual dos artigos 1474º e 1475º como processo de jurisdição voluntária, permite ao Tribunal decidir segundo a equidade, por via da aplicação do artigo 1410º, decretando a providência que considere mais adequada e oportuna ao caso concreto. Através deste processo, o Requerente pode ainda solicitar que se tomem providências antes da consumação da lesão, sem ter de alegar ou provar a culpa do autor da lesão ou o dano.

Apesar de expedito, atualmente este processo não dá garantias de celeridade, pois obriga à citação do Requerido. Suscita também muitas dúvidas quanto aos termos da sua execução, nomeadamente se esta pode ser desencadeada no próprio processo, podendo as providências decretadas serem imediata e oficiosamente decretadas ou se, pelo contrário, o Requerente tem de instaurar um processo autónomo de execução.

Para além disso, uma das grandes limitações deste processo reside no fato de não permitir deduzir pedido de indemnização por parte do lesado, o que leva este a optar, a maioria das vezes, pelo processo comum antecedido ou acompanhado de providência cautelar, onde consegue obter o mesmo efeito, como veremos melhor adiante.

O recurso a esta via processual tem sido também recusada pela nossa jurisprudência em caso de conflito de direitos, nomeadamente quando ocorra conflito entre direitos fundamentais ou entre direitos, liberdades e garantias pessoais (*vg.* direito à reserva da vida privada, ao bom nome e à reputação *vs.* liberdade de expressão ou de informação ou *vs.* direito propriedade), o que, convenhamos, constitui a maioria dos casos de violação de direitos de personalidade. Neste sentido podem ver-se os *Ac TRP1 06. 08. 89* ou o *Proc. Vara n.º 3131/08 que correu termos no 10.º Juízo de Lisboa*.

Muitas destas limitações são ultrapassadas pelo recurso ao **procedimento cautelar comum**, requerendo o lesado uma providência cautelar não especificada tendente a evitar a violação do direito de personalidade ou com vista à sua atenuação. Através deste procedimento consegue a mesma tutela preventiva que o processo especial.

Da mesma forma, o procedimento cautelar comum confere ao juiz poderes para decretar a providência concretamente adequada ao caso (*cfr.* n.º 3 do art.º 392º), equiparado ao papel que a equidade desempenha no processo especial.



Por esta via, o Requerente garante também a urgência na decretação da medida tutelar, concretizada quer na tramitação do procedimento quer na eventual ausência de contraditório.

Os direitos do Requerido estão assegurados pela aplicação dos princípios da proporcionalidade e do contraditório, ainda que posterior à decretação da providência e sempre garantido na ação principal. Por último, no procedimento cautelar acautela-se a lesão do direito de personalidade ou atenuam-se os seus efeitos, obtendo-se o efeito compensatório na ação principal, feito que já não se consegue no processo especial.

Em terceiro lugar, o **processo comum**, o qual teoricamente só deveria ser adotado para os casos de efetivação da responsabilidade civil, não sendo permitida a sua utilização para obtenção de medidas preventivas ou atenuantes de ofensa a direitos de personalidade, sob pena de existir erro na forma de processo.

No entanto, tem sido prática dos nossos tribunais admitir a via do processo comum não só para o ressarcimento das ofensas aos direitos de personalidade mas também com vista à sua reparação, através do decretamento de providências preventivas ou atenuantes<sup>2</sup>. A fundamentação geralmente utilizada para justificar esta aparente contradição assenta sobretudo na inaplicabilidade do processo especial à situação de conflitos de direito. No panorama processual português existem ainda outras medidas que, embora de âmbito mais restrito, garantem ao lesado nos seus direitos de personalidade, meios expedidos para atenuar os efeitos da consumação da ofensa:

- **Direito de resposta e de retificação**, previsto nos arts. 25 e 26.º da Lei de Imprensa, Lei n.º 2/99, de 13 de Janeiro. É um instrumento a nível administrativo que pode ser utilizado concretamente na reparação de violações à honra, ao bom nome e à reputação perpetradas através dos meios de comunicação social e que tem assento no n.º 4 do art. 37.º da Constituição da República Portuguesa. É um expediente rápido (tem de ser publicado em 48 horas no caso das publicações diárias), eficaz e barato. Em caso de recusa da publicação da resposta por parte dos meios de comunicação social, o lesado pode optar entre o recurso administrativo para a Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC) e a ação judicial de efetivação coerciva dos direitos de resposta e de retificação (art. 27.º da Lei de Imprensa). Neste último caso, o Juiz tem de decidir em dois dias. Apesar de expedito, esta via pode ser, no entanto, insuficiente para a plena reparação do direito de personalidade atingido, por não afastar os efeitos da notícia original.

<sup>2</sup> Neste sentido, vejam-se os *Ac STJ 22/10/1998*; *Ac TRP 02/02/1998*; *Ac TRL de 15/03/2000*, *Ac TRC de 16/05/2000*, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).



- **Procedimentos administrativos no âmbito do Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos (arts. 209º e 210º).** Tutelam especificamente o nome literário, artístico ou científico, permitindo não só requerer providências judiciais adequadas a evitar a confusão do público sobre o verdadeiro autor, como requerer às autoridades policiais e administrativas a imediata suspensão da representação, da recitação, da execução ou de qualquer forma de exibição da obra protegida que se esteja a realizar sem a devida autorização, bem como requerer a apreensão da totalidade das respetivas receitas.
- **Providência no âmbito do comércio electrónico (DL n.º 7 /2004, de 07 de Janeiro).** Meio célere e eficaz de retirar de imediato um conteúdo da internet em caso de estar a lesar manifestamente direito de outrem, mormente um direito de personalidade. A empresa onde o servidor está instalado é obrigada, com a simples notificação, a retirar o conteúdo ou até eliminar o *site*. Em caso de recusa, o órgão administrativo competente, consoante os casos, dirime o litígio em 48 horas. Esta providência administrativa, virtuosa nas suas intenções, acaba, no entanto, por não ter o alcance muitas vezes pretendido, na medida em que só actua quando o servidor está instalado em Portugal, não se aplicando, por isso, regra geral, aos blogues ou às redes sociais (vg. facebook).

## II. As alterações propostas pela Comissão

### 1. Âmbito de aplicação. Ampliação ou restrição?

A presente Proposta esclarece, por um lado, que este processo especial se aplica a toda e qualquer ofensa ou ameaça de ofensa a direitos de personalidade, mas por outro lado, restringe-o expressamente às pessoas singulares ofendidas.

Quando na jurisprudência é praticamente unânime o entendimento de que o artigo 70º do Código Civil põe à disposição de qualquer pessoa, (singular ou coletiva), mecanismo próprios e adequados de reacção a ofensas aos direitos de personalidade, os quais são reconhecidos constitucionalmente a essas pessoas desde que *“compatíveis com a sua natureza”* (n.º 2 do art.º 12º da Constituição), questiona-se se efetivamente existem interesses superiores a proteger que justifiquem esta discriminação. Apesar de admitirmos as dificuldades por vezes sentidas nesta adaptação, certo é que direitos como o bom nome, a reputação ou a honra, se aplicam às pessoas coletivas (e indirectamente às pessoas individuais que delas fazem parte e as representam). A jurisprudência mostra que também esses valores têm merecido preocupação e tutela. Justifica-se diferenciar a proteção concedida, por



exemplo, ao direito à honra e ao bom nome quando são veiculadas notícias falsas e tendenciosas sobre a situação económico-financeira de uma pessoa, pelo simples fato desta ser física ou coletiva, sabendo-se que neste último caso se pode destruir uma reputação que demorou anos a construir, fruto do trabalho de diversíssimas pessoas? Porquê restringir?

Noutra perspetiva e voltando a uma questão já referida supra, se a ideia é efetivar a utilização deste processo especial, porque não deixar claro que se aplica mesmo em caso de conflito de direitos?

Tem-se defendido que este processo tem como finalidade que o direito primordial da personalidade não seja violado e não a de apurar se o direito pode ou não ter de capitular face a outro direito concorrente. Por outras palavras, discute-se apenas o modo de evitar que o mesmo seja violado e, já o tendo sido, atenuar os seus efeitos.

Julgamos, no entanto, que esse argumento não é suficiente, por si só, para afastar a aplicabilidade do processo especial a situações de conflito de direitos.

Desde que se o diga expressamente. Caso contrário, corre-se o risco de não se avançar em nada com esta alteração, pois efetivamente – e para o efeito basta compulsar a jurisprudência existente – a maioria dos casos de violação dos direitos de personalidade conflitua com outro direito fundamental, seja a liberdade de expressão (caso dos blogues, das redes sociais), a liberdade de imprensa (caso dos jornais, das revistas ou da televisão), o direito de propriedade, o direito de iniciativa privada ou afins (caso dos restaurantes, fábricas ou outros estabelecimentos, ainda que legalizados, cuja suspensão de laboração é requerida por causa dos ruídos ou cheiros emitidos).

Se a ideia é modernizar e assegurar a existência de um expediente eficaz e célere que garanta que a intimidade da vida privada, o bom nome, a reputação ou a imagem são efetivamente protegidos, principalmente no primeiro grupo de casos em que o meio de propagação da notícia difamatória ou da imagem utilizada sem consentimento é tão rápido e "mortal", então tem claramente que se alargar o âmbito de aplicação deste processo e fazê-lo expressamente, nem que para isso tenha de deixar de ser um processo de jurisdição voluntária, para ser tão- somente um processo especial.

Na verdade, outro dos obstáculos muitas vezes colocados é o da sua natureza de jurisdição voluntária, na qual, em teoria, não existe um conflito de interesses entre duas ou mais pessoas que tenha de ser dirimido, mas um interesse fundamental que o juiz procura regular da forma mais conveniente e oportuna, pelo que deve aproveitar-se esta reforma para fazer transitar o processo de tutela urgente da personalidade para a jurisdição contenciosa.



## 2. Tramitação do processo

Em termos analíticos, este processo, na Proposta, pode assumir uma de duas configurações:

Na primeira, prevista nos n.ºs 1 a 4 do artigo 1474º, o autor apresenta o requerimento inicial, juntamente com os meios de prova, seguindo-se despacho liminar, que indefere de imediato a pretensão ou marca julgamento. A contestação é apresentada na própria audiência. Se faltar alguma das partes ou não for possível conciliá-las segue produção de prova e sentença sucintamente fundamentada.

É nosso entender que este procedimento não garante a igualdade processual entre as partes na apresentação quer dos factos quer das provas. Na verdade, o Requerente escolhe o momento da propositura da ação (o que é comum a qualquer ação), os factos e os meios de prova que apresenta no seu requerimento, o qual será objecto de leitura atenta por parte do juiz. Já o Requerido, no limite, pode ter de apresentar a sua defesa em 48 horas atenta a natureza urgente do processo e, nesse mesmo prazo, organizar e levar ao tribunal os meios de prova necessários á sua defesa, sendo certo que com grande probabilidade não poderá requerer diligências probatórias, sob pena de se sacrificar a celeridade do processo.

Não se diga que este é um procedimento semelhante aos alimentos provisórios e ao arbitramento de reparação provisória, pois nestes o Requerido tem sempre garantida a sua defesa cabal e completa na ação principal. No processo especial essa defesa está claramente postergada, podendo inclusivamente o Requerente “jogar” com o *timing* do requerimento, tão perto da consumação do facto quanto possível.

Como sugestão, devia remeter-se expressamente para o artigo 303º/2, garantindo um mínimo de 10 (dez) dias para apresentação da contestação ou, em alternativa, até por razões de coerência, aplicar os 20 (vinte) dias previstos no n.º 6, evitando que este contraditório se torne meramente formal.

A segunda configuração possível para a tramitação deste processo resulta dos n.ºs 5 e 6 do mesmo artigo 1474º, em que que o juiz pode tomar uma decisão **provisória e irrecorrível**, verificados os seguintes requisitos: (i) O requerimento inicial permita reconhecer a possibilidade de lesão iminente e irreversível dos direitos de personalidade ou (ii) o tribunal, produzidas as provas, não consiga formar uma convicção segura sobre a existência, extensão ou intensidade da ameaça ou da consumação da ofensa.

A dificuldade surge quando se conciliam estas duas premissas: como pode o juiz decretar a providência, estando convicto de que a lesão é iminente mas sem que esteja seguro da própria existência da ameaça dessa lesão? Era necessário esclarecer.



Mais,

Refere o n.º 6 que esta decisão provisória pode ser posteriormente “*alterada ou confirmada no próprio processo*” como aliás é típico dos processos de jurisdição voluntária.

No entanto, as situações não são absolutamente idênticas. Na verdade, nos termos do artigo 1411º a providência decretada pode ser modificada se ocorrerem circunstâncias supervenientes. Ora, a provisoriedade da providência de tutela urgente da personalidade prende-se com o facto de o juiz, após a produção de prova, não ter formado convicção segura inclusive sobre a existência da própria ameaça ou ofensa. A partir daqui várias situações são possíveis: (i) o juiz não decreta a providência ou, decretando-a, fica aquém do pretendido pelo Requerente, o qual, nesse caso, terá que produzir mais prova de que existiu a ameaça ou que esta foi mais extensa; (ii) o juiz decreta a providência e corre o sério risco de invadir ilegitimamente direitos do Requerido, ficando por saber se é este que fica com o ónus de apresentar e produzir mais prova no sentido de que a ameaça não existiu, ou não foi tão extensa. Em qualquer caso, não se trata de circunstâncias supervenientes, mas de produção de prova respeitante a fatos já conhecidos e alegados, cuja tramitação para a obtenção de uma decisão definitiva era importante prever.

A segunda possibilidade prevista na Proposta para o tribunal tomar uma decisão provisória e irrecorrível é o de (i) reconhecer a possibilidade de lesão iminente e irreversível do direito de personalidade e (ii) razões justificativas de especial urgência imponem o decretamento da providência sem prévia audição da parte contrária.

Neste ponto inspira-se a Proposta no regime do procedimento cautelar, permitindo o desvio ao contraditório e assim obtendo o mesmo efeito prático, mas ignorando os mais elementares direitos do Requerido que estão previstos naquele regime quando a providência é decretada sem a sua audição prévia.

Desde logo, no regime dos procedimentos cautelares existe maior especificação e rigor dos casos em que o contraditório pode ser afastado (cfr. n.º 1 do art.º 385º), que tem vindo a ser jurisprudencialmente aperfeiçoado. No caso em apreço as “*razões justificativas de especial urgência*” podem ser puramente temporais, como a apreensão de uma fotografia ou de uma imagem que irá ser publicada no dia seguinte, podendo esse *timing* ser manipulado pelo Requerente.

Nas providências cautelares decretadas sem audiência prévia, os depoimentos são gravados (cfr. n.º 4 do art.º 386º), como única forma de garantir o efetivo contraditório.

Não se determinando expressamente a gravação dos depoimentos no processo de tutela da personalidade, a oposição do Requerido apresentada após a decretação da



providência, tal como prevista no n.º 6 do artigo 1474º, torna-se meramente formal e as suas garantias de contraditório, de defesa e de controlo da prova produzida pelo Requerente são totalmente esvaziadas. Nem se diga que a remissão para o regime dos incidentes operada pelo artigo 1409º assegura a gravação da prova, porquanto a aplicação do artigo 522º-A abrange apenas os depoimentos antecipados à luz do artigo 520º e por carta.

No procedimento cautelar, o Requerido tem sempre a possibilidade de optar pelo recurso (cfr. alínea a) do n.º 1 do artigo 388º), o que está afastado neste processo especial, tornando assim mais precários os direitos do Requerido.

No decretamento da providência cautelar, o juiz está obrigatória e expressamente submetido à observância do princípio da proporcionalidade, recusando o decretamento da providência quando o dano que se pretenda evitar for superior ao dano que se irá provocar (cfr. n.º 2 do art.º 387º), o que não acontece no processo ora alterado.

No procedimento cautelar comum, o juiz só decreta a providência, mesmo sem audiência do Requerido, após a produção de prova, ainda que com base na *sumario cognitio*, sendo que neste processo especial, aparentemente, tal como está redigido, o juiz decreta a providência só com base no requerimento inicial e independentemente da produção de prova.

Por último, no procedimento cautelar comum, o juiz só poderá decretar a providência quando a lesão for grave e dificilmente reparável (cfr. n.º 1 do art.º 381º).

Se o conceito “dificilmente reparável” é praticamente inseparável da violação, *per se*, do direito de personalidade – atendendo à natureza não patrimonial e essencial do direito cuja reposição, após violação, é por natureza impossível – e está preenchido na exigência de que a *lesão seja “iminente e irreversível”* já o mesmo não se poderá dizer do conceito “grave”. Tem sido defendido pela doutrina que, para ser decretada a medida da tutela da personalidade no âmbito do processo especial, não basta a ameaça da personalidade física e moral, sendo ainda de exigir que seja *“significativo o mal cominado e ponderável o receio, o medo ou a perturbação pela sua cominação”*<sup>3</sup>, mas tal não foi transposto para a lei. Atendendo ao fato de que com a Proposta, o juiz passa a ter a possibilidade – que não tinha – de afastar o contraditório, não se justificará a clarificação dos requisitos de que depende o decretamento da medida preventiva ou atenuante da personalidade?

Nunca é demais lembrar que o direito a ser discutido no âmbito de um procedimento cautelar – mesmo que a providência seja decretada sem audição prévia – pode ser sempre sujeito a uma dupla sindicância: do tribunal de recurso e do Tribunal onde corre a ação principal. No caso do processo especial de tutela da personalidade, em que a providência é

<sup>3</sup> CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Ed., 1995, pág. 475.



decretada sem a audição do Requerido, essa dupla sindicância não existe. Razão pela qual é forçoso garantir que não se verifica um retrocesso na garantia dos direitos, em especial do contraditório, do Requerido.

Em suma, se a revisão deste processo tem o mérito de imprimir celeridade, permitindo postergar o direito de audição prévia, dificilmente suplantarão a providência cautelar e os restantes meios administrativos se, para além de assumir expressamente a urgência de todo o procedimento, incluindo na fase dos recursos, não impuser um prazo para a sua conclusão em 1.ª instância e não equilibrar os direitos das partes.

Dificilmente suplantarão também o recurso ao processo comum se esse equilíbrio não permitir aplicar-se às situações em que se verifica conflito de direitos.

Rita Cruz

Advogada e docente de Processo Civil da Faculdade de Direito da Escola de Lisboa da UCP



C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## Recursos – um olhar convergente sobre aspetos dissonantes: questões práticas



[Maria Adelaide Domingos]



C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## I. A constatação das dissonâncias

Existem discordâncias na jurisprudência sobre algumas questões de caráter prático relativamente ao modo como se operacionalizam os pressupostos ou requisitos formais da impugnação da decisão sobre a matéria de facto e qual o grau de concretização exigível dos ónus previstos a cargo do recorrente, enunciados no atual artigo 685.º-B, do CPC (que corresponde ao artigo 690.º-A na anterior redação e ao artigo 641.º da proposta de revisão do CPC).

Assim:

Discute-se se:

- A concretização dos pontos de facto que se impugnam, por incorretamente julgados;
- A concretização dos meios probatórios que fundam a discordância;
- A indicação com exatidão das passagens da gravação, com referência ao início e termo da gravação;

devem constar necessariamente das conclusões das alegações não se bastando com a referenciação no corpo das alegações. Ou seja, se deve ser rejeitada a impugnação se tais especificações não constarem das conclusões.

E se o entendimento for no sentido da obrigatoriedade da inclusão nas conclusões, ainda se abre uma sub-hipótese, ou seja, se serão exigíveis todas essas especificações ou apenas algumas.

Também se discute, se havendo cumprimento deficiente destes ónus, se é admissível o convite ao aperfeiçoamento, este restrito, obviamente, às conclusões, já que é pacífico que não há convite relativamente ao corpo das alegações.

Controvertido, ainda, saber quais as consequências da rejeição da impugnação sobre a matéria de facto relativamente ao recuso quanto à matéria de direito.

Por outro lado, quando as gravações dos depoimentos apresentam deficiências, colocam-se dúvidas sobre o tempo e modo de arguição das mesmas e quais as suas consequências.

Outras controvérsias haverá. Mas a limitação temporal desta intervenção, impõe escolhas.

As questões enunciadas, sobretudo a relacionada com o cumprimento dos ónus de concretização e especificação acima referidos, têm a maior relevância porque se verifica que os recorrentes no cumprimento dos mesmos, apresentam práticas bastantes diferentes e, nalguns casos, bastante imaginativas.



Para além das situações, mais raras, de carência absoluta de concretização da matéria de facto impugnada e especificação dos concretos meios probatórios (que justificam inequívoca rejeição da impugnação), surgem várias *nuances* ou graus quanto ao modo como se cumprem os referidos ónus.

Exemplificando:

- Há casos em que existem disparidades entre a matéria de facto referida no corpo da alegação e nas conclusões (por omissão ou por excesso);
- Os meios probatórios mencionados no corpo da alegação, nem sempre são mencionados nas conclusões, ou não são todos mencionados. Assim, em relação à prova documental é frequente a falta de correlação entre determinado segmento fáctico e os respetivos documentos que probatoriamente o demonstrariam, bastando-se o recorrente (no corpo da alegação e/ou nas conclusões) por uma referência genérica “à prova documental”;
- Noutras vezes, chega-se ao exagero de transpor para as conclusões transcrições dos depoimentos das testemunhas;
- A identificação precisa e separada dos depoimentos e as referências ao início e termo dos depoimentos nem sempre são mencionadas nas conclusões; mesmo no corpo das alegações, observa-se que o recorrente muitas vezes se limita a identificar o número do ficheiro e o sistema de gravação – *Habilus Media Studio* – transcrevendo parcialmente os depoimentos;
- Quando a gravação era feita em fita magnética, era comum a omissão do início e fim dos depoimentos;
- Quanto não existe base instrutória, a menção à matéria de facto impugnada ganha maior fluidez por nem sempre se perceber, seja no corpo da alegação, seja nas conclusões, a que matéria em concreto o recorrente se está a reportar, por a reprodução que faz dessa matéria já estar “contaminada” com a redação que resultou da decisão sobre a matéria de facto, nem sempre se percebendo com clareza quais os factos que concretamente pretende impugnar;
- Nalgumas situações, percebe-se que o que se pretende impugnar, já não é a decisão fáctica reportada ao alegado nos articulados, mas a interpretação que o recorrente faz do alegado (ou do que pretendeu alegar) em função do resultado do julgamento de direito realizada na sentença;



- Nem sempre os recorrentes referem qual a decisão que, no seu entender, devia ter sido proferida e não foi, sobretudo existem dificuldades na identificação do pretendido quando as respostas foram restritivas ou explicativas.

Perante a variabilidade de situações, a questão que se coloca é a seguinte: quais são as situações que, face à lei, justificam a rejeição da impugnação da matéria de facto e quais são as que, embora com alguma deficiência de cumprimento dos ónus previstos na lei, não justificam a rejeição da impugnação.

E se algumas delas, justificam que haja aperfeiçoamento das conclusões das alegações.

Da consulta que fizemos da jurisprudência do STJ e das Relações, constatamos que existem dissonâncias quanto ao modo de solucionar estas questões.

## II. Alguns aspetos dissonantes

Quanto à rejeição da impugnação por as especificações previstas no artigo 685.º-B, do CPC, não constarem das conclusões, verifica-se o seguinte:

a) **Quanto aos concretos pontos de facto** (artigo 685.º-B, n.º 1, alínea a), do CPC):

A controvérsia acaba por se reconduzir a uma pergunta: a lei exige que se levam às conclusões do recurso os concretos pontos de facto impugnados, sob pena de rejeição da impugnação?

O STJ tem enfatizado que em relação à impugnação da matéria de facto a lei não prescreve, como o faz em relação ao recurso quanto à matéria de direito, que tal impugnação tem de constar das conclusões das alegações (compare-se, pois, a redação dos artigos 685.º-A, n.º 2 e 685.º-B, n.º 1 e 2, do CPC).

O n.º 2 do artigo 712.º do CPC, por sua vez, reporta-se às alegações e não às conclusões.

Daí, que alguns acórdãos do STJ afirmem que o cumprimento deste ónus se basta com a menção no corpo das alegações (Cfr., entre outros, **Ac. STJ, de 27/10/2009, proc. 1877/03.3TBCBR.C1.S1; Ac. STJ, de 21/04/2010, proc. 3473/06.4TJVNf-A.P1.S1; Ac. STJ, de 21/03/2010, proc. 1718/07.2TVLSB.S1, Ac. STJ, de 15/04/2010, proc. 9810/036TVLSB.S1; Ac. STJ, de 16/03/2011, proc. 263/1999.P1.S1, todos em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).**

Não é contudo, um entendimento que pareça pacífico, já que alguns acórdãos enfatizam que delimitando as conclusões o objeto do recurso (artigos 684.º, n.º 3 e 685.º, n.º 1, do CPC), a omissão nas mesmas, determina a rejeição do recurso (**Ac. STJ, de 18/05/2004, proc.**

**05A1334**, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) (mas já não quanto ao ónus de especificação dos meios probatórios, *cfr. infra*)).

Existe ainda outra vertente, que, diríamos, mitigada, que não dispensa o alegante de nas conclusões fazer uma alusão à questão que pretende ver apreciada, ainda que de forma resumida e remissiva para o corpo das alegações. Assim, só a completa omissão acerca da alusão à impugnação da matéria de facto nas conclusões poderia precluir o conhecimento dessa questão (*Cfr., exemplificativamente, Ac. STJ, de 23/02/2010, 1718/07.2TVLSB.L1.S1, www.dgsi.pt*).

Defendendo alguns, que caso a Relação considere que este tipo de menção compromete a correta delimitação do objeto do recurso, deve fazer um convite ao aperfeiçoamento das conclusões (*Ac. STJ, de 09.10.2008, proc. 07B3011, www.dgsi.pt*).

O que também deve acontecer quando existiam dissonâncias entre o corpo das alegações e as conclusões (*Ac. STJ, de 18/05/2004, proc. 05A1334, www.dgsi.pt*).

E até para o recorrente poder acrescentar as especificações dos concretos pontos de facto, quando os tenha omitido, mas resulte das alegações dados suficientes para se saber quais são esses factos (*Ac. STJ, de 09/10/2008, proc. 07B3011, www.dgsi.pt*).

Porém, o convite ao aperfeiçoamento não é aceite de forma pacífica, já que alguns acórdãos entendem que o legislador não previu essa possibilidade, não existindo qualquer lacuna legal, razão pela qual não há lugar à aplicação do n.º 3 do artigo 685.º-A, aplicável tão só às conclusões do recurso sobre a matéria de direito (*Cfr. Ac. STJ, 09/02/2012, proc. 1858/06.5TBMFR.L1.S1, www.dgsi.pt e jurisprudência aí citada, que indicia ser este o entendimento maioritário*).

Unânime, parece ser o entendimento que defende a rejeição das impugnações genéricas, que determinariam, se admitidas, um novo julgamento e não apenas uma reapreciação pontual de segmentos fácticos, única perspetiva contemplada na lei, pelo menos assim tem sido entendido, face ao preâmbulo e às alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 39/95, de 15/02 (*Cfr., entre outros, Ac. STJ, de 31/05/2012, proc. 1145/07.1TVLSB.L1.S1; Ac. STJ, de 09/12/2012, proc. 1858/06.5TBMFR.L1.S1, em www.dgsi.pt*).

Na prática, o carácter genérico da impugnação anda muito aliado ao pedido de reapreciação de toda ou praticamente toda a matéria e prova produzida na 1.ª instância, sustentado numa interpretação bastante subjetivada da prova por parte do impugnante.

Porém, nem sempre as impugnações extensas são genéricas. Tudo depende da própria extensão das questões controvertidas.



A ponderação acaba por ser feita casuisticamente. Relembre-se aqui o que atrás se disse sobre as variantes da concretização deste ónus e fácil é concluir que não poderá haver uma resposta unívoca para todas as situações.

Também é acentuado que uma interpretação formalmente desproporcionada e exigente do ónus de concretização dos pontos de facto obstaculiza o real e efetivo cumprimento do duplo grau de jurisdição e impede uma reapreciação substancial, entendimento este que não deve ser sufragado, conforme o STJ tem vindo a reiterar.

Quanto às Relações:

Embora seja temerário afirmar qual tem sido o entendimento dominante, dada a grande profusão de acórdãos sobre esta temática, encontram-se muitas decisões que tendem a exigir a inclusão da concretização dos pontos de facto ou matéria impugnada, nas conclusões, sob pena de rejeição da impugnação, acentuando a função delimitadora das conclusões quanto ao objeto do recurso.

No entanto, muitos acórdãos não fazem essa distinção, colocando o acento tónico mais na necessidade de estar concretamente delimitada a matéria de facto impugnada e os meios de prova que a suportam.

Contudo, parece-me, que em regra, rejeitam o convite ao aperfeiçoamento.

Em conclusão: a questão é controvertida. As interpretações mais restritivas adotadas em alguns arestos do STJ, salvo o devido respeito por opinião contrária, parecem funcionar como um travão a interpretações demasiado formais que redundam, na prática, na rejeição do pedido de reapreciação da impugnação por parte da Relação, colocando em crise o princípio do duplo grau de jurisdição em matéria de facto.

b) **Quanto aos concretos meios probatórios** (artigo 685.º-B, n.º 1, alínea b), do CPC):

Em regra, esta questão não ganha autonomia em relação ao requisito referido anteriormente, porque será menos frequente omitir nas conclusões os concretos pontos de facto impugnados e especificar os meios probatórios que suportam a discordância.

Daí que a solução preconizada seja semelhante, ou seja, considerarem-se cumpridos os ónus de concretização dos pontos de factos impugnados e de especificação dos meios probatórios quando tais menções constam do corpo das alegações **(Veja-se, exemplificativamente, Ac. STJ, de 21/04/2010, proc. 3473/06.4TJVNf-A.P1.S1, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).)**



Normalmente, a especificação dos concretos meios probatórios, sobretudo os documentais, por comparação com as provas testemunhais, é mais aligeirada, embora tudo dependa da matéria de facto em discussão.

O que nem sempre existe é uma alegação que correlacione os pontos de factos e cada meio de prova invocado (nem sequer no corpo das alegações, muito menos nas conclusões).

Portanto, a questão que se coloca é se a total ou parcial omissão nas conclusões, dos meios probatórios que no entender do recorrente impunham decisão fáctica diversa da proferida, determina a rejeição da impugnação da decisão sobre a matéria de facto.

A resposta passa, num primeiro momento, pela opção que se adotar quanto à obrigatoriedade de inclusão nas conclusões dos referidos ónus de concretização e de especificação.

Mas, num segundo momento, que cremos decisivo, há outra perspectiva a levar em conta.

Os meios probatórios, por terem precisamente essa natureza, não enformam, nem definem o objeto do recurso. Portanto, mais facilmente se aceita que não sejam incluídos nas conclusões das alegações, afastando-se a possibilidade de rejeição se ali não forem mencionados. Neste sentido, veja-se o *Ac. STJ, de 18/05/2004, proc. 05A1334, Ac. STJ, de 08/03/2006, proc. 05S3823; Ac. STJ, de 01/03/2007, proc. 06S3405, todos em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).*

Mas, importa dizer que, em relação ao cumprimento deste ónus – ainda que no corpo alegatório – não se deve ser menos exigente.

Ele é essencial para se aferir, em concreto, se há fundamento para a alteração pedida por aplicação do artigo 712.º do CPC.

Assim, para além da alegação da discordância, é fundamental a alegação do porquê da discordância, ou seja, a razão pela qual o recorrente entende existir divergência entre o decidido e o que consta dos meios de prova invocados.

Nesse sentido tem sido interpretado por alguns acórdãos o segmento normativo “*impunham decisão diversa*” inscrito no artigo 685.º-B, n.º 2, alínea b), do CPC, acentuando, aliás, que o cabal exercício do princípio do contraditório pela parte contrária impõe que sejam conhecidos de forma clara os concretos argumentos do impugnante (*Ac. STJ, de 15/09/2011, proc. 1079/07.0TVPR.T.P1.S1, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)*).

Por outro lado, também parece consensual que perante a omissão da referenciação de alguns meios de prova (normalmente aqueles que são menos favoráveis à tese do recorrente) ou a menção de aspetos parciais de certos depoimentos, não pode a Relação prescindir da audição integral do depoimento, nem sequer da audição dos demais depoimentos e análise

crítica de todas as provas relacionados com a matéria que serviram para formar a convicção do julgador em 1.ª instância.

Importa, neste momento referenciar, que a jurisprudência mais recente, quer do STJ, quer das Relações, tem vindo a acentuar que a reapreciação não se contenta com a sindicância da convicção formada na primeira instância, com o objetivo de apenas debelar erros grosseiros na valoração da prova, assente numa hipervalorização o princípio da livre apreciação (artigo 655.º do CPC) e da imediação por parte do juiz *a quo*, devendo ultrapassar o mero controlo formal da motivação da decisão da 1.ª instância em matéria de facto.

Pelo contrário, o pleno exercício dos poderes de reapreciação da matéria de facto da Relação, exige a formação de uma convicção própria, obtida ativa e criticamente em face dos elementos probatórios indicados pelas partes ou mesmo adquiridos oficiosamente (**Cfr., entre outros, Ac. STJ, de 16/12/2010, proc. 2401/06.1TBLL.E1.S1; Ac. STJ, de 02/03/2011, proc. 1675/06.2TBPRD.P1.S1; Ac. STJ, de 24/05/2011, proc. 376/2002.E1.S1; Ac. STJ, de 24/05/2012, proc. 850/07.7TVLSB.L1.S2, todos em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)**).

Entendimento este que levado ao extremo, poderá colidir com a interpretação do Tribunal Constitucional que julgou não inconstitucional a interpretação da alínea a) do n.º 1 do artigo 712.º do CPC, na parte relativa ao julgamento do recurso interposto da decisão sobre a matéria de facto com base em depoimentos prestados em audiência e gravados, como apenas impondo que a 2.ª instância se limite a verificar se a convicção expressa pelo tribunal *a quo* tem suporte razoável naquilo que o registo da prova revela (**AC. TC. n.º 415/2001, [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)**).

Acresce que, na prática, os princípios da oralidade, da imediação e da concentração, encontram-se mitigados em sede de recurso.

Não se pode ignorar tal realidade. A reapreciação estará sempre condicionada ao que se ouve e ao que não se vê, enquanto apenas houver gravação áudio dos depoimentos.

Para além da linguagem verbal, a linguagem não-verbal, tão cara à psicologia do testemunho, é relevantíssima na formação da convicção do julgador.

Para já não mencionar a desvantagem que resulta da não visualização dos locais, que a realização da inspeção ao local permite (aspeto muito relevante, por exemplo, em processos de acidentes de viação, nas ações de reivindicação, de demarcação, etc.).

A dificuldade da cabal apreensão de testemunhos que assentam em referências espaciais não visualizadas ou até algo mais simples, como a não concreta identificação dos documentos mostrados à testemunha em sede de audiência, ou a dificuldade em



compreender quais são os espaços que a testemunha identifica, por exemplo, quando lhe é exibida uma planta topográfica junta aos autos.

Alguns acórdãos têm sublinhado estas dificuldades de forma muito pertinente (**Ac. STJ, de 20/05/2010, proc. 73/2002.S1; Ac. RP, de 09/1172009, proc. 262/07.2TTVFR.P1; Ac. RL, de 26/04/2012, proc. 166/08.1TBSRQ.L1-2; Ac. RL, de 20/04/2010, proc. 709/07.8YXLSB.L1-1; Ac. RL, de 06/10/2009, proc. 12/09.9TBDDR-A.L1-1, todos em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)**).

Ao ler uma decisão sobre a matéria de facto, deparei-me com a seguinte fundamentação, que bem ilustra esta problemática. Nela, escreveu-se o seguinte:

A testemunha “...revelou um depoimento confuso, desviando sistematicamente o olhar quando afirmava alguns dos factos, o que não sucedia em relação a outros (quando afirmava factos relevantes, benéficos à tese dos RR, notava-se algum desconforto com desvio do olhar em relação a outros, aparentemente inócuos, não denotava qualquer desconforto, olhando os que lhe dirigiam a instância nos olhos, não sendo compreensível tal postura em que apenas relata a verdade dos factos)”.

Linguagem não-verbal, impossível, pois, de captar num registo sonoro. Valerá pouco ou muito em termos de formação da convicção de um juiz? Cada um ajuizará por si.

Mas é algo que, no sistema vigente, a Relação não pode sindicá-lo, já que, mesmo nos casos em que se admite a renovação de prova (n.º 3 do artigo 712.º do CPC), a espontaneidade do depoimento é irrecuperável.

**c) Quanto à indicação com exatidão das passagens da gravação, com referência ao início e termo da gravação (artigo 685.º-B, n.º 2 e artigo 522.º-C, n.º 2, do CPC):**

Este ónus, pelas razões já antes referidas quanto à delimitação do objeto do recurso, não parece que justifique a rejeição da impugnação se não for mencionado nas conclusões das alegações.

Deverá, contudo, ser mencionado no corpo da alegação, por força do disposto no n.º 2 do artigo 685.º-B e n.º 2 do artigo 522.º-C, do CPC, sob pena de rejeição da impugnação.

Neste sentido, embora reportando-se ao artigo 690.º-A, n.º 2, do CPC, veja-se: **Ac. STJ, de 15/04/2010, proc. 9810/036TVLSB.P1; Ac. STJ, de 21/04/2010, proc. 34730/06.4TJVNF-A.P1.S1 e Ac. STJ, de 16/03/2011, proc. 263/1999.P1.S1, todos em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)**.

No domínio da aplicação do referido artigo 690.º-A, n.º 2, nem sempre as partes conseguiam cumprir este ónus indicando o início e termo do depoimento, por as atas se limitarem a mencionar qual o sistema de gravação utilizado, outras nem isso, referiam apenas que o depoimento foi gravado.

Nessa situação não se encontra desrespeitado o ónus estabelecido neste preceito (**Ac. STJ, de 05/06/2012, proc. 5534/04.5, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)**).

Aliás, no sentido de se entender como desmesurada a sanção – rejeição da impugnação – por não ter sido indicado o início e termo da gravação tal como consta das atas (tendo havido transcrição de depoimentos), veja-se **Ac. STJ, de 17/04/2008, proc. 08P481, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)**.

O sistema de gravação atualmente usado permite a fácil identificação dos ficheiros respeitantes a cada depoimento, seu início e fim. É também fácil concretizar em que momento do depoimento a testemunha se pronunciou sobre uma determinada matéria, identificando a hora, minutos e segundos.

Esta circunstância determina que, em regra, não seja necessária a transcrição dos depoimentos (artigo 685.º-B, n.ºs 3, 4 e 5, do CPC).

Verifica-se, na prática, que as partes, continuam a transcrever, integral ou parcialmente, os depoimentos.

Contudo, quando ouvimos a gravação, nem sempre se pode dizer que a transcrição é rigorosa. Muitas vezes, é parcial e sincopada, no fundo, de pouca valia para a reapreciação. Porém, justifica-se a manutenção do ónus de identificação exata das passagens da gravação, como a proposta de revisão também contempla (n.º 2, alínea a), do artigo 641.º), desde logo porque permite à parte contrária o exercício do contraditório de forma mais eficaz. Finalmente importa questionar qual a consequência da rejeição do recurso quanto à matéria de facto por incumprimento dos ónus acima referidos, quando o recorrente interpôs o recurso esgotando o prazo suplementar de 10 dias previsto no n.º 7 do artigo 685.º do CPC?

Num processo em que se rejeitou a impugnação da matéria de facto e se julgou deserto o recurso quanto à matéria de direito, o STJ revogou o acórdão, por entender que a única consequência é a do não conhecimento do recurso quanto ao segmento da matéria de facto (**Ac. STJ, de 03/03/2009, proc. 09A293, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)**).

Não obstante, a questão não será de todo consensual.

Veja-se **Ac. RP, de 22/09/2009, proc. 2389/03.0TBPRD.P1, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)**, que também defendeu a deserção do recurso em caso semelhante.

Já o **Ac. RL, de 27/10/2011, proc. 190/09.7TCFUN.L1-6** considerou-o tempestivo, bem como o **Ac. RC, 25/01/2005, proc. 991/05, ambos em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)**.

De qualquer modo, não tendo a rejeição da impugnação da decisão da matéria de facto por inobservância dos ónus processuais legalmente impostos, reflexos sobre a tempestividade do recurso quanto à matéria de direito, não deixa de equacionar-se a possibilidade de tal



entendimento poder dar cobertura a situações de abuso e fraude à lei, beneficiando a parte de um prazo para interpor o recurso quanto à matéria de direito que a lei não lhe concede.

Contudo, será seguramente muito difícil comprovar que a parte lançou mão de tal expediente com vista à obtenção de tal finalidade.

**d) As soluções da proposta de revisão do CPC:**

O artigo 641.º da proposta de revisão do CPC mantém inalterada a redação do n.º 1 do artigo 685.º-B do CPC.

Acrescenta (no nosso ver explícita, já esse ónus estava implícito nas duas alíneas do n.º 1 do artigo 685.º-B) uma alínea c) que estipula que o impugnante tem de obrigatoriamente especificar, sob pena de rejeição, a decisão que, no seu entender, deve ser proferida sobre as questões de facto impugnadas.

Consideramos este acréscimo da maior relevância e esperemos que confira maior clareza à impugnação.

Como se disse, o n.º 2 do artigo 641.º da proposta de revisão do CPC mantém o ónus de indicação com exatidão das passagens da gravação em que se funda o recurso, colocando na órbita do recorrente e recorrido (como hoje já sucede) a transcrição dos excertos.

**e) Quanto às deficiências da gravação:**

O regime vigente instituído pelo Decreto-Lei n.º 39/95, de 15/02, não prevê uma data limite para ser requerida a entrega das fitas magnéticas contendo a gravação, atualmente, o CD com a gravação.

Prevê tão só um prazo de 8 dias para serem entregues, após terem sido solicitadas (artigo 7.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 39/95).

A deficiência da gravação, que pode ir desde a impercetibilidade total ou parcial de algum ou de todos os depoimentos, constitui uma nulidade, por poder influir no exame e decisão sobre a matéria de facto.

Alguns entendem que se enquadra no regime das nulidades processuais e segue o regime de arguição dos artigos 201.º e seguintes do CPC (*Ac. RL, de 25/05/2010, proc. 179/05.5TBSRQ.L1-8, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)*).

Outros entendem, que se trata de uma irregularidade especial com um regime especial de arguição, imposto pelo manifesto interesse de ordem pública que se visa alcançar com a gravação, conforme decorre do regime instituído pelo Decreto-Lei n.º 39/95 (*A. STJ, de 16/12/2010, proc. 170/06.4TCGMR.G1, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)*).

A questão dissonante reside no seguinte:

Se as deficiências apenas forem detetadas aquando da elaboração da minuta do recurso, decorridos mais de 10 dias após a entrega do suporte e no limite do esgotamento do prazo de interposição do recurso, influenciando as deficiências na apreciação no exame e decisão da impugnação da matéria de facto, poderá a parte argui-las em sede de alegações? Ou a nulidade encontra-se sanada por não ter sido arguida atempadamente, força do disposto nos artigos 201.º e 205.º, n.º1, do CPC?

As respostas da jurisprudência têm evoluído, e apesar de tudo, parecem tender a alguma consensualização.

Partindo da constatação que não compete à parte controlar as boas ou más condições da gravação, que é razoável que esta apenas ouça as gravações no momento em que elabora as alegações (o que poderá fazer até ao ultimo dia do prazo para interpor recurso motivado), e, por outro lado, a impossibilidade de se apurar o momento exato em que a parte se apercebeu da deficiência, tem alguma jurisprudência defendido a admissibilidade da arguição em sede de alegações (*Cfr. entre outros, Ac. RL, de 15/05/2011, proc. 64/1996.L1-2, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)*).

Também tem surgido como controvertido saber se a Relação pode oficiosamente conhecer da nulidade quando se apercebe das deficiências da gravação, sem que a mesmas tenha sido arguidas pelas partes.

A resposta positiva baseia-se no artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 39/95, na medida em que estipula “*Se, em qualquer momento, se verificar que foi omitida qualquer parte da prova ou que esta se encontre imperceptível, proceder-se-á à sua repetição sempre que for essencial ao apuramento da verdade.*” (*Cfr. Ac. STJ, de 16/12/2010, proc. 170/06.4TCGMR.G1; Ac. RP, de 23/02/2010, proc. 4595/05.4TBSTS.P1; Ac. RP, de 23/11/2009, proc. 640/08.0TTMTS.P1, todos em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); Ac. RL, de 24/03/2010, CJ 2010, II, P.160*).

O artigo 157.º da proposta de revisão do CPC encurta o prazo para entrega da gravação para 2 dias após a sua realização, mas continua a não estabelecer, pelo menos de forma explícita, qualquer prazo limite para as partes requererem a entrega da gravação.

### III. A desejável convergência:

Partindo do pressuposto que as convergências são desejáveis, já não as adesões acrílicas a soluções unânimes, sempre se dirá o seguinte:

Pelo já referido, não se afigura que a revisão do CPC contribua de forma decisiva para afastar dissonâncias em relação às questões enunciadas.



Continua a não se pronunciar sobre a questão crucial da inclusão ou não dos concretos pontos de facto que se julgam incorretamente julgados e dos concretos meios probatórios que impunham decisão diversa da recorrida, em sede de alegações, conforme resulta da leitura do artigo 641.º da proposta de revisão.

Continuam os artigos 640.º e 641.º da proposta a estabelecer uma diferenciação entre o ónus de alegar e formular conclusões diferenciando recursos quanto à matéria de direito e recursos quanto à matéria de facto.

Deixa em aberto a questão do aperfeiçoamento das conclusões, ou melhor, em nada altera a redação vigente do n.º4 do artigo 685.º-A, do CPC (artigo 640.º, n.º 3 da proposta de revisão).

Confessa-se que se desconhece se o Decreto-Lei n.º 39/95, de 15/02 irá ou não a ser revogado.

Aparentemente sim, pelo menos parcialmente, atento o disposto no artigo 157.º da proposta de revisão do CPC.

Este preceito, porém, não clarifica o cerne gerador das dificuldades ao não impor de forma clara a data-limite para as partes requererem a entrega da gravação.

Suscita-se a dúvida se o n.º 2 do artigo 157.º vai ser interpretado no sentido da disponibilização da gravação do ato, ser oficiosa, sem precedência de requerimento da parte.

E se assim for, parece ser de entender que o recorrente deixa de poder arguir a nulidade emergente das deficiências da gravação apenas em sede de alegações, recaindo sobre o mesmo o ónus de conferir a conformidade da gravação, nos 10 dias seguintes à sua disponibilização (n.º 4 do artigo 157.º) e arguir, nesse prazo, a nulidade.

Entendemos que é da maior relevância clarificar a questão de modo a que a apreciação das nulidades da gravação ocorresse na 1.ª instância, já que não se justifica que seja a Relação a apreciar, em primeira linha, essas questões, reservando a efetividade do 2.º grau de jurisdição na apreciação a matéria de facto, para a apreciação da impugnação propriamente dita e não para questões prévias e de carácter incidental.

O n.º 4 do artigo 197.º da proposta de revisão, que é aditado ao atual artigo 201.º do CPC, estipula que não é admissível recurso das decisões proferidas sobre as nulidades previstas no n.º 1 (onde se incluiria a nulidade decorrente das deficiências da gravação), salvo se estas contenderem com os princípios da igualdade ou do contraditório, com a aquisição processual de factos ou com a admissibilidade de meios probatórios.



Restará saber se a nulidade decorrente das deficiências da gravação, quando indeferida se poderá enquadrar-se na exceção prevista no preceito. Sendo a resposta positiva, esse despacho interlocutório seria apreciado aquando do recurso da decisão final (artigo 691.º do CPC e artigo 645.º da proposta).

Fica, ainda a dúvida, se desaparece a previsão do atual artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 39/95 que tem permitido o conhecimento oficioso das deficiências da gravação.

Ou seja, se a nulidade não for atempadamente arguida, e se a Relação constar que a deficiência compromete a compreensão do depoimento, sendo o mesmo essencial para apreciar a impugnação, qual a solução?

Deixa de reapreciar e decide com base nos demais meios probatórios, se os houver? Caberá esta possibilidade na alínea a) do artigo 663.º, entendendo-se que há séria dúvida sobre o sentido do depoimento e ordena-se a renovação daquele meio probatório perante a Relação?

No tocante às alterações propostas ao artigo 712.º do CPC (artigo 663.º da proposta de revisão do CPC), a renovação da prova na Relação (restrita às situações previstas na alínea a) do preceito – dúvidas sérias sobre a credibilidade do depoente ou sentido do seu depoimento) e produção de novos meios de prova (se existir dúvida fundada sobre a prova realizada, como refere a alínea b) do preceito), altera o paradigma até agora existente e abre a possibilidade de dar maior efetividade ao princípio do 2.º grau de jurisdição na apreciação em sede de matéria de facto, travando a maximização de decisões formais.

Terá, eventualmente, o óbice de aligeirar o julgamento da matéria de facto em 1.ª instância? É uma pergunta, uma inquietação, nem sequer um prognóstico...

Será, seguramente, um travão à celeridade das decisões da Relação. Apesar disso, justificável em nome da dignificação do sistema de justiça.

Esta alteração pressupõe, para ser eficaz, a criação de condições físicas, humanas e materiais que as Relações não dispõem e que o momento económico atual pode ter dificuldades em criar.

Quanto às possibilidades de anulação do julgamento da decisão sobre a matéria de facto a que se alude no artigo 663.º, alínea c) da proposta da revisão do CPC (decisão não devidamente fundamentada ou fundamentação insuficiente, obscura ou contraditória), parece não contemplar as atuais situações de ampliação da matéria de facto, que também parecem não estar incluídas nas situações previstas nas alíneas a) e b) do preceito.

A necessidade de ampliação da matéria de facto será, porventura, uma das situações mais frequentes de anulação oficiosa do julgamento.



A dúvida que suscita é se o novo paradigma quanto à identificação do objeto do litígio, enunciação dos temas de prova e poderes concedidos ao juiz e às partes quanto à delimitação do litígio, na sua aplicação prática, elimina de vez as situações em que a justa composição da lide exige ampliação da matéria de facto na fase de recurso.

A proposta de revisão elimina a atual alínea f) do n.º 1 do artigo 650.º do CPC (cfr. artigo 602.º), afastando, assim, a ampliação da base instrutória nos termos do artigo 264.º, em sede de julgamento.

Aparenta ter na base a ideia a suficiência da factualidade levada até ao julgamento para dirimir o litígio.

Curiosamente, não a proposta de revisão não altera o n.º 3 do artigo 729.º do CPC (artigo 683.º, n.º 3 da proposta de revisão), ou seja, o poder do STJ, em sede de revista, remeter o processo à Relação para ampliação da decisão de facto, nomeadamente, em ordem a constituir base suficiente para a decisão de direito.

Parece haver aqui alguma descoordenação.

A não ser que se entenda que os novos poderes da Relação abrangem esta situação. Só que, a ser assim, coloca-se em crise a existência de um duplo grau de jurisdição no julgamento do facto, o que contraria toda a evolução do sistema desde a reforma dos anos noventa.

São questões que deixo à vossa consideração e ao debate.

Lisboa, 30 de outubro de 2012

Maria Adelaide Domingos



*Para aceder à videogravação da comunicação, clique no ícone abaixo  
apresentado*



**Título: Caderno II – O Novo Processo Civil –  
Contributos da doutrina no decurso do processo  
legislativo designadamente à luz do anteprojecto  
e da Proposta de Lei n.º 113/XII**

Ano de Publicação: 2013

ISBN: 978-972-9122-44-6 (Obra completa)

ISBN: 978-972-9122-46-0 (Vol. II)

Série: Caderno especial – O Novo Processo Civil

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

[cej@mail.cej.mj.pt](mailto:cej@mail.cej.mj.pt)