

**DIREITO PROCESSUAL CIVIL
VOL. II**

AUTOR

Francisco Manuel Lucas Ferreira de Almeida

1ª Edição: Maio, 2015

EDITOR

EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.

Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76-80

3000-167 Coimbra

Tel.: 239 851 904 · Fax: 239 851 901

www.almедina.net · editora@almедina.net

DESIGN DE CAPA

FBA.

PRÉ-IMPRESSÃO

EDIÇÕES ALMEDINA, SA

IMPRESSÃO E ACABAMENTO

PAPELMUNDE

Abril, 2019

DEPÓSITO LEGAL

431300/17

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação são da exclusiva responsabilidade do(s) seu(s) autor(es).

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infrator.



GRUPOALMEDINA

BIBLIOTECA NACIONAL DE PORTUGAL – CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de

Direito processual civil. – 2ª ed. – 2 v. – (Manuais universitários)

V. 2: p. – ISBN 978-972-40-7901-1

CDU 347

À memória de meus Pais

À Maria Teresa, minha mulher

Ao Francisco António, à Isabel e

Aos meus netos Afonso Maria e João Bernardo

participação ativa das partes, na estrita observância dos *princípios da cooperação e do contraditório*.

Uma das finalidades principais da audiência prévia é a prolação do *despacho saneador* (logo ditado para a ata) ou a ser proferido *por escrito* (art^os 591^o, n^o 1, al. *d*) e 595^o, n^o 2) depois de suspensa a audiência para o efeito, nos termos e com as finalidades do n^o 1 do art^o 591^o.

Não havendo lugar a ela (art^o 592^o) ou se houver sido dispensada (art^o 593^o), será proferido (no prazo de 20 dias) *despacho saneador autónomo* (art^o 593, n^o 2, al. *a*)), seguido, caso a ação nele não finde, *do despacho de identificação das matérias controvertidas e enunciação dos temas da prova* (art^o 596, n^o 1) e *do despacho destinado a programar (após audiência dos mandatários) os atos a realizar na audiência final, a estabelecer o número (previsível) de sessões (da mesma) e a sua (provável) duração e a designar as respetivas datas* (art^o 591^o, n^o 1, al. *g*)).

Secção I

Gestão inicial do processo

15.1. Despacho pré-saneador

15.1.1. Oportunidade. Finalidades

Nas hipóteses em que, por expressa *exigência legal* ou por *determinação do juiz*, a petição haja de ser objeto de *despacho liminar*, poderá haver lugar a *indeferimento liminar da petição inicial*, não só quando o pedido se profile como “manifestamente improcedente” (*inviabilidade substantiva*), como quando “ocorram, de forma evidente, exceções dilatórias insupríveis e de que o juiz deva conhecer” *ex-officio*, com aplicação do preceituado no art^o 560^o (benefício concedido ao autor de apresentação de nova petição no prazo de 10 dias com retroação dos efeitos à data da apresentação da primitiva petição – art^os 226^o, n^o 4 e 590^o, n^o 1).

Afora esse condicionalismo especial, é (normalmente) *finda a fase dos articulados* (com a apresentação do último legalmente permitido ou findo o prazo para a respetiva apresentação), que a secretaria faz o *processo concluso ao juiz* para que (se se justificar) profira despacho visando *quatro finalidades essenciais (principais)* (art^o 590^o, n^o 2): *a) providenciar pelo suprimento (sanação) da falta de pressupostos processuais (exceções dilatórias)*, nos termos do n^o 2

do art^o 6^o³⁸¹ (art^o 590^o, n^o 2, al. *a*)); *b) aperfeiçoamento/correção das irregularidades formais* (requisitos legais) *dos articulados* (art^o 590^o, n^os 2, al. *b*), e 3); *c) junção de documentos* com vista a permitir a apreciação de exceções dilatórias ou o conhecimento, no todo ou em parte, do mérito da causa no despacho saneador (art^o 590^o, n^o 2, al. *c*)); *d) completamento/suprimento das insuficiências ou imprecisões na exposição ou concretização da matéria de facto alegada* (art^o 590^o, n^o 2, al. *b*), e 4).

Excluídos, pois, os casos de *despacho liminar obrigatório* (é, por ex., o caso dos procedimentos cautelares – art^o 366^o, n^os 1 e 2), é este o momento em que o juiz toma pela primeira vez contacto com o processo.

A designação doutrinal de “*despacho pré-saneador*” deve-se ao seu escopo de *ato regularizador da instância* (suprimento de irregularidades ou deficiências dos articulados) em oportunidade precedente à do despacho saneador, que visa preparar).

15.1.2. Suprimento de exceções dilatórias e/ou sanção da falta de pressupostos processuais

Cumpra ao *juiz* – no âmbito do *dever de gestão processual* – providenciar *ex-officio* pelo *suprimento da falta dos pressupostos processuais suscetíveis de sanção*, *determinando* a prática dos atos necessários à *regularização da instância*, ou, quando a sanção dependa de ato que deva ser praticado pelas partes, *convidando* estas a praticá-los (art^o 6^o, n^o 2, *ex-vi* da al. *a*) do n^o 2 do art^o 590^o)³⁸²; isto (sem que tal acarrete necessariamente a inutilidade de todo o processado anterior), em ordem à remoção de todos os obstáculos ao proferimento de uma decisão de mérito³⁸³.

³⁸¹ O preceito aplica-se, não só ao suprimento das *exceções dilatórias imputáveis ao autor*, como também aos *vícios geradores da nulidade da contestação ou de outros atos imputáveis ao réu*, por ex., por falta de um pressuposto específico desses atos. Assim: a falta de autorização ou deliberação que o réu deva obter (art^o 577^o, *a contrario*); a falta de constituição de advogado pelo réu (sendo o patrocínio obrigatório); a falta, insuficiência ou irregularidade de procuração a favor de mandatário que por ele contestou ou em nome dele interveio no processo (art^o 577^o, al. *h*), *a contrario*).

³⁸² A não sanção dos pressupostos processuais relativos ao réu não gera *absolvição da instância*, mas a *nulidade total ou parcial* (com o eventual *desentranhamento* dos autos) da peça ou peças eivadas de vício relevante.

³⁸³ Assim, por exemplo, «a solução do art^o 37^o, n^o 4 (escolha pelo autor do pedido com o qual o processo deve prosseguir, em caso de coligação ilegal) deve ser estendida à cumulação simples de pedidos do art^o 555^o; mas já a ilegitimidade singular da parte, a ineptidão da petição inicial, a falta de personalidade judiciária (esta fora dos casos do art^o 14^o) ou a incompetência absoluta

Regula a lei especificamente a *forma de sanação* de alguns desses pressupostos, *v. g.*: – a *falta de personalidade judiciária das sucursais, agências, filiais, delegações ou representações* (artº 14º); – a *incapacidade judiciária e a irregularidade de representação* (artºs 16º e 17º e 20º a 27º); – a *falta de autorização ou deliberação* (artº 29º); – a *falta do consentimento conjugal* (artº 34º nº 2); – a *ilegalidade da coligação* (artº 38º); – a *falta de constituição de advogado* (artº 41º); – a *falta, insuficiência e irregularidade do mandato* (artº 48º); – a *preterição de litisconsórcio necessário* (artºs 261º a 263º e 278º, nº 1, al, c) e 279º, nº 3).

Sanação a *título oficioso (iniciativa do juiz)* sucede, *v. g.*, com a citação do representante do réu (artºs 16º a 24º), a citação do pai preterido do menor (artº 16º, nº 3) ou o chamamento para intervenção da administração principal da sociedade cuja sucursal, agência, filial, delegação ou representação houver sido demandada (artº 14º).

Na generalidade das situações, porém, a iniciativa oficiosa terá de ser seguida por um *ato (de cooperação) da parte, do seu representante ou curador ou do terceiro titular do poder de autorizar ou consentir*, atos complementares esses que podem traduzir-se: – na *ratificação ou de renovação do processado* (artºs 17º, nº 2, 24º, nº 2, 27º e 28º); – na *obtenção de uma autorização ou deliberação* de um terceiro ou de uma determinada entidade ou mesmo do cônjuge, salva a possibilidade do suprimento em caso de recusa deste (artºs 29º, nº 1 e 100º e ss.); – também a própria parte que não tenha advogado, ou cujo advogado não possua procuração ou tenha procuração insuficiente ou irregular, deverá ser instada a constituí-lo ou a corrigir o vício, ratificando o processado (artº 48º).

Casos há, ainda, em que o juiz se limita a *convidar* a parte a *suprir* a detetada irregularidade, como, por exemplo, no chamamento para intervenção principal da pessoa em falta (artºs 6º, nº 1, 33º e 34º) ou a *optar* (em caso de ilegalidade da coligação ou de dedução de cumulação simples de pedidos) pelo pedido que pretende ver apreciado na ação (artº 38º)³⁸⁴.

Tudo, sem embargo de, em caso de inércia do juiz, poder a parte (ou quem tiver originado o vício) vir aos autos, *sponte sua* (se dentro do prazo), praticar o ato regularizador do pressuposto em falta³⁸⁵. E, também, sem

prejuízo de só *na audiência prévia* se tornar evidente a falta do pressuposto e de o juiz apenas detetar a irregularidade *no momento da prolação do despacho saneador, podendo/devendo* o juiz, antes de proferir esse despacho, providenciar pela respetiva sanação (artºs 6º e 590º, nºs 2 a 4)³⁸⁶.

15.1.3. Aperfeiçoamento dos articulados

O aperfeiçoamento dos articulados, previsto na al. b) do nº 2 e no nº 4 do artº 590º, desdobra-se, em conexão com os nºs 2 e 3 do mesmo preceito, em três modalidades distintas: a) *suprimento das irregularidades (vícios formais)*, traduzidas na carência de requisitos legais (590º, nº 3); b) *suprimento da falta de apresentação de algum documento essencial ou de que a lei faça depender o prosseguimento da causa* (artº 590º, n. 3); c) *suprimento das insuficiências ou imprecisões na exposição ou concretização da matéria de facto alegada – vícios de substanciação* (artº 590º, n. 4).

Se quando da prolação do *despacho pré-saneador*, o juiz verificar que a *petição inicial* não vem acompanhada do *comprovativo do pagamento da taxa de justiça* ou da *concessão do apoio judiciário*, deve, nesse despacho, ao proceder ao (seu próprio) controlo formal externo desse articulado (artº 590º, nº 3) e não tendo a secretaria chegado a recusar previamente a petição com tal fundamento), convidar o autor a regularizar a situação no prazo de 10 dias a contar da notificação que lhe dê a conhecer a omissão, sob a cominação de ser declarada *extinta a instância por impossibilidade superveniente da lide* (artº 277º, al. e)³⁸⁷. *Despacho-convite* esse que também poderá ser feito em *despacho avulso subsequente* se a falta for detetada *ex-officio*, ou arguida pela parte contrária em fase ulterior da tramitação do processo³⁸⁸. Se a falta for do réu na apresentação da *contestação*, deve o juiz, ainda *no despacho pré-saneador* (ou eventualmente em despacho avulso subsequente se a falta só então vier a ser constatada oficiosamente ou invocada pelo autor), convidar o réu a proceder, em 10 dias, ao pagamento da taxa de justiça e da multa em falta, com o acréscimo de multa a que se reporta o nº 5, *in fine*, do

ser supridos mediante alegação que satisfaça o respetivo complemento e clarificação no articulado de réplica, se a esta houver lugar.

³⁸⁶ Cfr. LEBRE DE FREITAS, *A Ação Declarativa* cit., p. 159 e LEBRE DE FREITAS/ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil Anotado*, 3ª edição, Almedina, pp. 642-643.

³⁸⁷ Cfr., neste sentido, o acórdão da RC de 13-10-2009, Proc. 1485/09.51BACB.CI, in www.dgsi.pt/Des. EMÍDIO COSTA.

³⁸⁸ Cfr., quanto a este tema, SALVADOR DA COSTA, *As Custas Processuais, Análise e Comentário*, 7ª edição, Almedina, 2018, pp. 61-72.

do tribunal devem ser consideradas insanáveis» – cfr. LEBRE DE FREITAS, *A Ação Declarativa* cit., p. 158, nota 7.

³⁸⁴ Cfr., quanto ao suprimento da *coligação ilegal*, da *cumulação ilegal de pedidos* e da *pluralidade subjetiva subsidiária*, LEBRE DE FREITAS, *A Ação Declarativa* cit., p. 159, nota 9.

³⁸⁵ A regra da relatividade da *relevância das nulidades* e o *princípio de economia processual* justificam que vícios de insuficiência ou obscuridade da causa de pedir, qualificáveis como nulidade, possam

artº 570º, sob a cominação de, se, no termo desse prazo, persistir na omissão, «o tribunal determinar o *desentranhamento* da contestação» (artº 570º, nº 6)³⁸⁹; *desentranhamento* que equivale à falta de contestação, com a consequente incursão do réu em *revelia* (*operante*), com os *efeitos processuais* decorrentes do artº 567º (*juízo abreviado do mérito ou fundo da causa*) ou *inoperante* (nos termos do artº 568º), com a *prossegução da normal tramitação da lide*. Se houver sido enxertado na contestação um *pedido* (autónomo) *reconvencional*, aferindo-se a taxa de justiça a pagar pelo réu-reconvinte pela soma do valor da ação e da reconvenção (salvo na hipótese do nº 2 do artº 299º), mas, se o réu (*acatando parcialmente o convite*) apenas comprovar o depósito do valor da taxa de justiça correspondente à contestação, que não também o correspondente à reconvenção, *não deve ser admitido o pedido reconvencional*; e, se não admitido o pedido reconvencional, será também desentranhado e entregue à parte o eventual articulado de réplica que haja sido, entretanto apresentado.

§1º Suprimento da falta dos requisitos legais (formais)

A expressão «*requisitos legais*», utilizada pelo nº 3 do artº 590º, 1º segmento, reporta-se à *omissão dos requisitos externos*, quer da petição inicial, quer de qualquer outro articulado.

A *petição inicial* que não observe os requisitos formais (*específicos*) impostos *v. g.*, pelas *a), b) e f)* do nº 1 do artº 552º, ou infrinja os requisitos (*gerais*) dos atos escritos das partes (utilização de papel com determinados requisitos, redação em língua portuguesa, assinatura, etc.) deve ser *preliminarmente recusada pela secretaria* ou, em caso de inércia desta, *aquando da distribuição*, controlo esse a ser feito por *meios eletrónicos* nos termos definidos na Portaria nº 280/2018, de 26 de agosto) prevista no artº 132º (artºs 558º e 205º a 207º). Porém, caso este *controlo externo* haja sido omitido, deve o juiz da causa, no despacho pré-saneador, convidar o autor a corrigir a irregularidade entretanto detetada.

Já o *controlo formal dos restantes articulados* (normais, eventuais ou extraordinários) é feito, em última análise, pelo juiz (embora podendo também

³⁸⁹ A norma do nº 1 do artº 20º do Dec.-Lei nº 269/98 (REPCOPC) que determina o desentranhamento (imediate) do *requerimento inicial do procedimento de injunção*, na hipótese de falta de junção-cdo documento comprovativo do pagamento da taxa de justiça, não é aplicável à *ação declarativa de condenação dele transmitada*, já que esta deve seguir em tal situação, o iter procedimental próprio da ação declarativa comum – cfr., neste sentido, SALVADOR DA COSTA, *As Custas Processuais*, 7ª edição cit., 2018, p. 67.

ser feito preliminarmente pela secretaria). Deste modo, desrespeitando o réu as normas do artº 572º (contestação), quando «não individualize a ação e não exponha as razões de facto e de direito por que se opõe à pretensão do autor», *cumpra* ao juiz verificar, designadamente, se o réu distinguiu claramente a matéria da impugnação e da exceção, especificou separadamente as exceções deduzidas (artº 572º, al. c)), identificou e deduziu, de modo *destacado*, o pedido reconvencional (artº 583º, nº 1) e indicou o valor da reconvenção (artº 583º, nº 2).

É também requisito comum a *qualquer outro articulado* em sentido técnico a *dedução por artigos* (artº 147º, nº 2), formalidade que, se não observada, constitui *irregularidade*, como tal podendo dar lugar ao consequente *despacho de correção*.

No que especialmente se refere à *formulação do pedido*, ainda que a petição inicial seja apta (não enfermando, assim, de qualquer dos vícios geradores de *nulidade de todo o processo* constantes do artº 186º), pode o mesmo apresentar alguns *defeitos pontuais de inteligibilidade*, mormente se respeitantes à dedução de *pedidos genéricos ou ilíquidos*, caso em que competirá igualmente ao juiz dirigir ao autor (ou ao réu reconvinte) um convite à respetiva concretização³⁹⁰.

Por se tratar de uma peça processual, é qualquer articulado passível de *retificação por erro de cálculo ou de escrita*, desde que revelados no contexto do documento (artº 146º, nº 1). Podem ainda, por iniciativa do juiz, ou mesmo a requerimento da parte, ser supridos ou corrigidos quaisquer *vícios ou omissões puramente formais dos articulados* “desde que a falta não deva imputar-ser a dolo ou negligência grave e o suprimento ou a correção não impliquem prejuízo relevante para o regular andamento da causa” (artº 146º, nº 2).

§2º Suprimento da falta de apresentação de algum documento essencial ou de que a lei faça depender o prosseguimento da causa ou o julgamento imediato (total ou parcial) de fundo ou de forma no despacho sanador

São elementos essenciais para a *definição dos direitos (situações jurídicas) concretamente pretendidas fazer valer através da ação, da reconvenção ou da mera defesa* (artº 590º, nº 2, al. c) e nº 3 – 2º segmento), *v. g.*: – a certidão da sentença

³⁹⁰ Cfr., acerca deste ponto, ABRANTES GERALDES, *Temas da Reforma do Processo Civil*, 2ª ed. Rev. e Amp., vol. II cit., pp. 78-79.

estrangeira em ação de revisão (artº 981º); – as cópias ou peças do processo de que o autor disponha no processo de reforma de autos (artº 959º, nº 2º); – a cópia da ata da deliberação anulanda na ação de impugnação de deliberação social (artº 59º, nº 4, do CSC); – o documento titular de qualquer negócio jurídico arguido de nulo por falta de forma pelo réu ou reconvinte (artº 220º do CC).

Exemplos: – certidão de casamento (nas ações de divórcio, separação judicial de pessoas e bens e anulação do casamento (artºs 1781º, 1794º e 1632º do CC); – certidão de nascimento nas ações de impugnação ou investigação de maternidade ou paternidade ou de impugnação de perfilhação (artºs 1807º, 1814º, 1839º, 1859º, 1861º e 1869º, todos do CC); – certidão de nascimento do menor nos processos tutelares cíveis (artº 146º da OTM)³⁹¹; – certidões de casamento, divórcio, separação judicial, nascimento ou adoção, nas ações de alimentos entre cônjuges, entre pais e filhos, entre outros parentes ou afins ou entre adotante e adotado (artºs 108º, 1884º, 2000º, 2009º e 2016º, todos do CC); – certidão de óbito do *de cuius* nas ações de petição de herança e de liquidação da herança vaga a favor do Estado (artº 2075º e 1132º, ambos do CC); – certidão do registo cuja declaração de nulidade seja pedida (artºs. 16º e 17º, nº 1, do CRPRED); – certidão do documento autêntico ou do documento particular exigido por lei como forma do negócio jurídico cuja invalidade ou resolução se pretende seja declarada, a menos que o documento seja exigido apenas para a prova da declaração, caso em que pode ser substituído por confissão judicial (artº 364º, nºs 1, e 2, do CC)³⁹²; – certidão ou documento cuja falsidade se pretende seja declarada, devendo o portador do documento arguido de falso ser notificado para o apresentar (artºs. 372º e 376º, nº 1, do CC); – documento de que resulte a compropriedade de coisa imóvel na ação de divisão de coisa comum (artº 925º e ss.); – contrato de arrendamento em ação de despejo (artº 14º do NRAU); – contrato-promessa em ação de execução específica (artº 830º do CC).

Essenciais para o prosseguimento da causa, dando a sua falta temporária lugar à suspensão da instância e, a sua falta definitiva, ao indeferimento liminar ou à absolvição do réu da instância, são, por ex.: – a cópia da ata ou documento compro-

³⁹¹ Organização Tutelar de Menores aprovada pelo Dec.-Lei nº 314/78, de 27 de outubro.

³⁹² Se o documento particular estiver em poder da parte contrária, esta deverá ser notificada para o juntar (artºs 52º e 59º, nº 4, do CSC e 429º do CPC).

vativo da deliberação social suspendenda (artº 380º, nº 2)³⁹³; – o documento comprovativo do registo da reconvenção (artº 583º, nº 3)) – a falta de cópia da ata da deliberação social anulanda se o sócio requerente invocar impossibilidade de a obter (artº 59º, nº 4, do CSC); – os documentos titulares do registo dos factos a ele sujeitos nas ações e procedimentos cautelares a que se reportam os nºs 1, 2 e 4 do artº 15º do CRCOM.

Há sempre, que confrontar a exigência legal expressa de comprovação de certos atos como condição do prosseguimento da lide com as normas de registo aplicáveis, não olvidando que muitas das operações registrais (como por exemplo as relativas a uma vasta gama de ações, mormente sobre bens imóveis) são hoje processadas por *via eletrónica, e a título oficioso*, pelos tribunais, não dando lugar a qualquer *suspensão da instância* a respetiva falta (cfr., *v. g.*, quanto ao registo predial, os artºs 8º-B, nº 3, al. a), do CRPRED, aditado pelo artº 2º do Dec.-Lei nº 116/2008, de 4 de julho e a revogação do nº 2 do artº 8º pelo artº 34º do mesmo diploma).

Quanto aos *documentos comprovativos de inscrições registrais*, há que atender, desde logo, ao que dispõem o CRPRED (artº 110º) e o CRCOM (artº 75º). Para os *veículos automóveis*, existe um sistema registral idêntico ao do registo de bens imóveis, designadamente quanto às hipotecas que sobre os mesmos incidem (ainda que podendo ser tituladas por documento particular), sendo também obrigatório o registo de propriedade, do usufruto, de locação financeira e direitos dela derivados, bem como da reserva de propriedade (artºs 4º e 5º do Dec.-Lei nº 54/75, de 12 de fevereiro).

Tratando-se, porém, de documento destinado à *prova de um facto constitutivo da própria causa de pedir ou um dos seus elementos* ou do *facto constitutivo da invocada exceção*, a parte pode apresentá-lo, salvo preceito especial em contrário (e porque não constitui *irregularidade do articulado*), até 20 dias antes da realização da audiência final (artº 423º, nº 2). Podem, assim, ser juntos, *até esse terminus ad quem* os documentos destinados a exigir o cumprimento de uma obrigação ou a responsabilização pelo respetivo incumprimento ou a declaração de validade ou nulidade de um negócio jurídico para o qual a lei exija a forma escrita (escritura pública, documento particular autenticado ou outro documento particular).

³⁹³ “Formalidade *ad probationem*”.

Exemplos: os documentos tituladores do contrato-promessa de compra e venda de imóveis (artº 410º), do contrato de compra e venda de imóveis (artº 875º), do contrato de doação de imóveis (artº 947º, nº 1), do contrato de arrendamento urbano (artº 1069º), do contrato de mútuo (artº 1143º), todos esses preceitos do CC, do contrato de locação financeira (artº 3º do Dec.-Lei nº 149/95, de 24 de junho) e do direito real de habitação periódica (artº 6º, nº 1, do Dec.-Lei nº 257/93, de 5 de agosto).

§3º Suprimento das insuficiências ou imprecisões na exposição ou concretização da matéria de facto

Cumpra ao juiz *convidar* qualquer das partes ao suprimento de *insuficiências ou imprecisões na exposição ou concretização da matéria de facto, ou seja, a um correto cumprimento do ónus da alegação, afirmação ou dedução da matéria de facto* (artº 590º, nº 4).

Insuficiências, se faltarem elementos necessários à completa integração fáctica da causa de pedir ou da exceção concretamente invocada ou alegada (*articulados incompletos*). Por ex., numa ação para efetivação de responsabilidade por acidente de viação com base no risco (artº 503º, nº 1, do CC), o autor omitiu a alegação fáctica respeitante à “utilização do veículo no seu próprio interesse” ou “ainda que por intermédio de comissário”.

Imprecisões, se estiverem em causa afirmações produzidas relativamente a alguns desses elementos de facto de *modo conclusivo* (abstrato ou jurídico) ou equívoco (*articulados inexatos ou inconcretos*).

Exemplo: numa ação para efetivação de responsabilidade extracontratual (artº 483º e ss. do CC), o autor limita-se a referir que o veículo causador do acidente seguia a “velocidade excessiva”, sem esclarecer que velocidade concreta ou aproximada o condutor imprimia ao veículo no momento do embate e sem descrever as circunstâncias concretas de tempo, lugar e modo do teatro do acidente, ou que seguia “distraído e desatento”, sem aduzir os dados factuais comprovativos dessa afirmação.

O *despacho de aperfeiçoamento* pode, pois, ter lugar, quer *em face do autor* (para completar ou retificar a causa de pedir), quer *em face do réu* (para completar ou retificar uma exceção ou um pedido reconvenicional), considerado o conjunto dos articulados por cada um deles apresentado. Constitui um *remédio* no sentido da *clarificação* dos factos alegados por autor ou réu (destinados a substanciar a causa de pedir ou as exceções).

Exemplos: – o autor pede a *anulação do contrato por simulação* mas não substancia convenientemente os três requisitos do artº 240º do CC; – o autor denuncia o *contrato de arrendamento* e pede o *despejo* do réu com fundamento na necessidade que tem da casa arrendada para sua habitação, mas omite a alegação de que não teve no último ano casa própria ou arrendada na comarca (artº 1102º, nº 1, al. b), do CC); – o autor pede o *divórcio* com fundamento em alteração das faculdades mentais do outro cônjuge, mas não alega o grau de gravidade dessa alteração que seja em si comprometedor da possibilidade de subsistência da vida em comum (artº 1781º, al. b) do CC); – o réu deduz a exceção de *anulabilidade do contrato por erro*, mas não alega o reconhecimento por acordo da essencialidade do motivo que o induziu a negociar (artº 252º, nº 1, al. a), do CC); – o réu invoca a usucapião de imóvel (artº 1293º e ss do CC) dizendo-se possuidor da coisa, mas não concretiza os atos de exercício do poder de facto (v. g., os atos tradutores da posse, o exercício em nome próprio, com publicidade, exclusividade e falta de oposição de outrem); – numa *ação de dívida*, o réu, na sua contestação, indica duas datas diferentes como sendo a de celebração do mesmo contrato ou dois distintos lugares para o respetivo cumprimento.

Assim acontecerá também, em geral, se as partes tiverem limitado a sua alegação a expressões de *conteúdo puramente técnico-jurídico* sem a suficiente integração fáctica (v. g., *detenção, justo título, boa-fé, má fé, mera posse, incumprimento do contrato, venda de coisa defeituosa, erro sobre o objeto do negócio, dolo, simulação do contrato, abuso de direito, culpa, negligência grave*, etc.). Isto sempre ressalvada, quanto a tais termos ou expressões verbais, a *coincidência entre a linguagem vulgar ou corrente e o respetivo significado jurídico* (por exemplo *emprestei, vendi, doei, arrendei*), desde que não incidentes «sobre o *ponto dúbio do litígio*, equivalendo então à descrição dos vários elementos típicos do facto concreto em causa»³⁹⁴.

Tal *convite ao aperfeiçoamento*, devendo ser feito pelo juiz, em regra, no *despacho pré-saneador* (artº 590º, nº 3), poderá sê-lo também na *audiência prévia* (artº 591, nº 1, al. c)). Na *primeira hipótese*, é fixado *prazo* à parte para apresentação, *por escrito*, do *articulado de aperfeiçoamento* (artº 590, nº 3). Na *segunda*, o aperfeiçoamento é feito *verbalmente e ditado para a ata*, já que a *audiência prévia é sempre gravada* (cfr. artºs 155º, nºs 1 a 8 e 591º, nº 4).

Isto sem prejuízo de poder ser decretada a *suspensão da audiência*, a fim de o articulado ser apresentado *por escrito* (em paralelismo com o que expressamente dispõe o nº 2 do artº 595º para o despacho saneador).

³⁹⁴ Cfr. LEBRE DE FREITAS, *A Ação Declarativa* cit., pp. 194-195.

Uma condição impõe a lei a este respeito: «o despacho de aperfeiçoamento e o subsequente articulado da parte deverão conter-se no âmbito da causa de pedir ou exceção invocadas». É inadmissível a sua utilização para induzir a parte a suscitar uma nova (ou distinta) causa de pedir ou uma nova ou diferente exceção (o réu deve confinar-se aos limites da defesa); isto é, não pode, por esta via, suprir-se uma ineptidão da petição, ainda que só a omissão do cerne ou núcleo essencial da “causa petendi” não seja suprível pela via do despacho de aperfeiçoamento»³⁹⁵.

De salientar que as alterações à matéria de facto alegada previstas no n.º 4 (do art.º 590º) devem cingir-se aos limites estabelecidos pelos art.ºs 5º e 265º (se introduzidos pelo autor) e pelos art.ºs 573º e 574º (se introduzidas pelo réu) – cfr. o n.º 6 do art.º 590º.

De qualquer modo, «os factos objeto de esclarecimento, aditamento ou correção ficam sujeitos às regras gerais sobre a contraditoriedade e prova» (cfr. o n.º 5 do art.º 590º). Assim, constituindo o articulado apresentado um complemento de articulados (*normais* ou *eventual*) do processo, a parte contrária pode sempre *responder*, sem prejuízo de, quando o articulado-complemento tenha por objeto o aperfeiçoamento *exclusivo* do último articulado admitido na forma processual em causa, a resposta se dever fazer (nos termos do n.º 4 do art.º 3º) *na audiência prévia* (art.º 591º, al. c)), a qual para esse efeito não pode ser dispensada (art.º 593º).

Fora da previsão do preceito estão as situações em que a causa de pedir ou a exceção não se apresentem *identificadas com suficiente inteligibilidade*, mediante a alegação de elementos de facto bastantes para o efeito, o que poderá constituir causa de *ineptidão da petição inicial* ou de *nulidade da dedução da exceção*³⁹⁶.

³⁹⁵ Cfr. LEBRE DE FREITAS, *A Ação Declarativa* cit., pp. 143-146. No sentido de que a omissão do núcleo essencial da causa de pedir conduz à ineptidão, não sendo suprível através do instituto da correção dos articulados, sob pena de violação do princípio da estabilidade da instância prescrito no art.º 260º, cfr., v. g., o acórdão da RG de 16-2-2017, Proc. 243/II.ITCGMR.GI, in www.dgsi.pt/Des. JORGE TEIXEIRA.

³⁹⁶ «O articulado apresentado na sequência de despacho de aperfeiçoamento, nos termos do n.º 4 do art.º 590º constitui um complemento de articulados (normais ou eventuais) do processo. É processualmente válida e relevante a arguição da prescrição feita no articulado inicial, mesmo que ela se omita no articulado complemento. No caso de letra/livrança em branco, o prazo de prescrição da obrigação cambiária corre a partir do dia do vencimento inscrito pelo portador, desde que não se mostre violado o pacto de preenchimento e o princípio geral da boa fé. Uma vez extinta a obrigação cambiária, o aval não se transforma automaticamente em fiança da relação subjacente» – cfr. o

15.1.4. Suprimento da falta de documento destinado a permitir a apreciação de exceções dilatórias ou o conhecimento (total ou parcial) do mérito da causa no despacho saneador

Prevê-se na al. c) do n.º 2 do art.º 590º, o *suprimento da falta de documento destinado a permitir o julgamento de forma ou de fundo no despacho saneador* nos termos do art.º 595º, n.º 1, alíneas a) e b).

Impõe, por vezes, a lei às partes que os articulados sejam acompanhados de determinados *documentos essenciais* para o preenchimento (*sanação da falta*) de um dado pressuposto processual, v. g.: – a procuração forense (art.º 48º, n.º 1); – o documento de autorização, deliberação ou consentimento para aferição da capacidade ou da legitimidade (art.ºs 16º a 28º, 29º, n.º 1 e 34º); – a sentença ou a escritura para efeitos de habilitação-legitimidade (art.º 353º, n.º 1). A falta de qualquer desses documentos inquina o respetivo articulado de *irregularidade formal*³⁹⁷.

Daí que a al. c) do n.º 2 do art.º 590º cometa ao juiz a ordenação (*ex-officio*) à parte da junção de qualquer desses documentos, com vista a habilitá-lo ao julgamento imediato da causa *de simples forma* ou mesmo (total ou parcialmente) *de meritis*. Sempre, pois, que o juiz se propuser *decidir do mérito da causa no despacho saneador*, por, para tanto, dispor já dos necessários elementos a uma decisão conscienciosa (art.º 595º, n.º 1, al. b)), e se todos os factos (probandos) só puderem ser comprovados por documentos por *exigência legal* (art.º 364º do CC) ou *convenção (válida) das partes* (art.º 223º, n.º 1, do CC), deverá convidar a parte a apresentá-los em prazo que, para tal, fixará³⁹⁸.

Tudo salvas as hipóteses de a parte notificada *solicitar a prorrogação dos prazos* para a (ordenada) apresentação ou exibição (art.º 141º) ou para a *obtenção do documento da contraparte ou de terceiro* (art.ºs 429º e 432º), ou assumir o *compromisso de fazer essa apresentação até ao encerramento da discussão em 1ª instância*, situações cuja apreciação é deixada ao livre critério do juiz. E salvaguardando sempre a possibilidade de, contra a força probatória e/e ou a autenticidade de tal documento, poder ser deduzida uma qualquer *exceção probatória* nos termos dos art.ºs 444º a 446º.

acórdão da RC de 28-II-2018, Proc. 4762/16.5T8CBR-A.Cl, in www.dgsi.pt/Des. ARLINDO OLIVEIRA.

³⁹⁷ Quanto ao *processo executivo*, cfr. a al. a) do n.º 2 do art.º 726º (a falta ou insuficiências manifestas do título executivo são geradoras do indeferimento liminar do requerimento executivo) e 855º, n.º 2, relativamente aos processos ordinário e ao processo sumário respetivamente.

³⁹⁸ Cfr., neste sentido, LEBRE DE FREITAS, *A Ação Declarativa* cit., p. 164 e nota 21.

Se apresentado documento conclusivo dotado de força probatória plena dentro do prazo arbitrado, torna-se despicienda a realização da audiência final.

15.1.5. Regime. Natureza. Valor. Efeitos

Confere o artº 590º ao juiz, no âmbito da atividade de “*gestão inicial do processo*”, uma panóplia de *poderes-deveres*, cujo conteúdo e sentido decisório variam consoante o objetivo de saneamento e aperfeiçoamento que, em cada caso, se proponham e se confinem nos parâmetros legalmente estabelecidos.

Expressões como “*o juiz profere*”, “*providenciar por*”, “*determinar*”, “*o juiz convida*”, “*incumbe ao juiz convidar*”, traduzindo claros poderes-deveres de *gestão processual*, revestem-se, contudo, de carácter *vinculado* ou *obrigatório*. Escreve-se, com efeito, a dado passo, no relatório preambular da Reforma de 2013: «concluída a fase dos articulados, o processo é feito conclusivo ao juiz, cabendo a este, antes de convocar a audiência prévia, verificar se há motivos para proferir *despacho pré-saneador*. O âmbito do despacho é clarificado e ampliado. Continuando a destinar-se a providenciar pelo *suprimento de exceções dilatórias* e pelo *aperfeiçoamento dos articulados*, fica estabelecido o carácter *vinculado* desse despacho quanto ao *aperfeiçoamento dos articulados*» (sic)³⁹⁹.

A assunção da natureza *vinculada* do despacho a que se reporta o nº 4 do atual artº 590º veio pôr termo a uma querela que se havia já instalado na doutrina e na jurisprudência acerca da dicotomia *discricionariedade/vinculação* e do valor do despacho homólogo do nº 3 do artº 508º na versão do CPC 95/96. No domínio desta última Reforma, era salientada a subtil (ainda que significativa) distinção verbal constante dos então nºs 2 e 3 desse artº 508: – no nº 2 utilizava-se a expressão verbal “*o juiz convidará*”, o que logo inculcava a natureza essencialmente *imperativa/impositiva/vinculada* do convite à correção das irregularidades formais dos articulados; – no nº 3 empregava-se a expressão “*pode ainda o juiz convidar*”, o que logo sugeria o carácter essencialmente *facultativo/discricionário* do convite ao suprimento das insuficiências ou imprecisões na exposição ou concretização da matéria de facto alegada” (*despacho de aperfeiçoamento propriamente dito*)⁴⁰⁰.

³⁹⁹ Cfr. a “Exposição de Motivos” da Proposta de Lei nº 113/XII subjacente à Lei nº 41/2013, de 26 de junho.

⁴⁰⁰ Cfr., quanto a esta temática, entre outros, o acórdão do STJ de 21-11-2006 – 1ª Sec, in CJSTJ, Tomo II/2006 / Consº SEBASTIÃO PÓVOAS.

O *despacho (vinculado) de aperfeiçoamento* a que se reporta o nº 4 do artº 590º (bem como a al. c), *in fine*, do nº 1 do artº 591º), tem como objeto o *completamento* e a *concretização*, do quadro fáctico exposto no respetivo articulado, estimulando ou induzindo a parte a *pormenorizar, explicitar* ou *deta-lhar* as afirmações de facto nele *ex-ante* produzidas, em razão da sua relevância para a *eventual procedência da ação*. Mas apenas os factos que, *não possuindo embora uma função individualizadora do tipo legal (causa de pedir)* – sejam, todavia, *essenciais* (necessários) para a prolação de uma sentença final de mérito consentânea com a verdade (realidade) material. Isto sendo certo que, de harmonia com o regime da al. b) do nº 2 do artº 5º, não há *preclusão* quanto a *afirmações de facto* que, embora *essenciais*, sejam *complementares* ou *concretizadores* de outros inicialmente alegados, pelo que, «além dos factos articulados pelas partes, são ainda de considerar (mesmo *oficiosamente*) pelo juiz «os factos que sejam complemento ou concretização dos que as partes hajam alegado e resultem da instrução da causa, desde que sobre eles tenham tido a possibilidade de se pronunciar» (sic).

A *omissão do despacho pré-saneador* (na modalidade de *despacho de aperfeiçoamento alegatório*) integra, em abstrato, a *nulidade processual secundária* prevista nos nºs 1 e 2 do artº 195º, a ser necessariamente arguida pela própria parte no prazo de 10 dias, já que insuscetível de conhecimento oficioso (artºs 196º e 197º). Mas, a ter sido postergado, sem reação oportuna da parte, poderá, mesmo assim, eivar de *nulidade por excesso de pronúncia* a sentença que vier a conhecer do mérito nos termos do (artºs 615º, nº 1, al. d) – 2º segmento e 2) – a ser arguida em sede de alegação de recurso –, se essa decisão se louvar numa alegada deficiência do articulado para julgar improcedente o pedido, ou seja, quando a *não prolação do despacho de aperfeiçoamento* (com o seu eventual acatamento pela parte respetiva) vier a ser, afinal e *ex-post*, considerada ou reconhecida (expressa ou implicitamente) pelo juiz, na decisão final, como o real fundamento do julgamento de mérito desfavorável à parte, pois que só então se pode afirmar, com segurança, que «a irregularidade cometida *influiu no exame e discussão da causa*». A não arguição oportuna (pela parte interessada) da nulidade pelo *não uso (não prolação) do despacho de aperfeiçoamento* pode explicar-se pela convicção de que a matéria de facto por si alegada era mais que suficiente e precisa para respaldar a pretendida decisão de direito, e a que, por isso, não se tornava necessária qualquer correção do articulado em causa (que aliás até poderia ter sido ser espontaneamente operada), pelo que a parte poderia vir a ser confrontada com uma

verdadeira “*decisão-surpresa*”, originada pela violação ostensiva do *dever de cooperação* do juiz (para com as partes), na sua vertente *assistencial* (artº 7º, nº 1). Daí que, a ter assim procedido, o juiz haja conhecido prematuramente de questão de que não podia conhecer, já que deveria ter-se absterido de conhecer do fundo da causa sem haver previamente providenciado pelo suprimento da alegação fáctica. E, se coonestada e decretada a suscitada *nulidade da sentença por excesso de pronúncia*, deverá o juiz *a quo*, aquando da baixa do processo, notificar a parte prejudicada com a omissão para apresentar, no prazo adrede assinalado, um *articulado extraordinário*, suprimindo as apontadas *insuficiências* ou *imprecisões*, seguindo-se o necessário contraditório e eventual produção de prova complementar; isto é, reiniciar-se-à a normal tramitação da lide com a prolação do despacho em falta e a realização dos atos subsequentes. Nesta eventualidade, a *anulação da sentença recorrida por excesso de pronúncia como que consome ou absorve a nulidade processual secundária de que enferma o processo a partir da omissão do ato* de convite à correção. Já se não couber recurso da decisão, a nulidade processual terá de ser arguida e apreciada pelo juiz *a quo* dentro do prazo geral de 10 dias a contar da arguição da parte respetiva, sendo que, só a partir da notificação da sentença desfavorável, a parte ficará ciente da relevância ou influência da omissão cometida para a boa decisão da causa⁴⁰¹, e se julgada procedente a arguição, anular-se-à a decisão proferida, seguindo-se, ademais, o aludido procedimento processual corretivo. Neste âmbito, o que não pode é a inércia ou a conduta omissiva do julgador na *gestão proativa da lide* (que lhe é imposta por lei,) ser arvorada em fundamento decisivo para a improcedência do pedido⁴⁰².

De qualquer modo – reitera-se –, a prolação do *despacho de convite ao suprimento de irregularidades, insuficiências ou imprecisões dos articulados*, em qualquer das modalidades em que se desdobra, seja, pois, na modalidade de convite ao suprimento das irregularidades ou vícios formais, seja na modalidade de suprimento de insuficiências ou imprecisões na alegação/concretização da matéria de facto, face à sua natureza provisória e interlocutória,

⁴⁰¹ Cfr., a este respeito, M. TEIXEIRA DE SOUSA, em comentário aos acórdãos da RL de 15-5-2014, Proc. 26903/13.4T2SNT.LI-2/Des. EZAGUY MARTINS e da RP de 8-1-2018, Proc. 1676/16.2T80AZ. P1/Des. MIGUEL BALDAIA DE MORAIS, in *blog* do IPPC (*papers* de 19-1-2015 e de 11-4-2018, respetivamente) e demais doutrina descrita no segundo aresto citado, designadamente o mesmo M. TEIXEIRA DE SOUSA, In *Omissão do dever de cooperação do Tribunal: que consequências?*, p. 8, na entrada no *blog* do IPPC 1/2015.

⁴⁰² Cfr., neste sentido, o comentário de M. TEIXEIRA DE SOUSA, in *blog* do IPPC, de 19-1-2013 e 23-1-2015.

não é recorrível (artº 590º, nº 7). De realçar, contudo, a este respeito, que, face ao disposto no nº 2 do artº 630º, «não é admissível recurso das decisões proferidas sobre as nulidades previstas no nº 1 do artº 195º (nulidades secundárias), salvo se estas contenderem com os princípios da igualdade e do contraditório, com a aquisição processual de factos ou com a admissibilidade de meios probatórios». Daí que a supra-referida nulidade sempre seria apenas passível de reclamação perante o juiz da causa.

A *eventual inação ou inércia da parte convidada* não será geradora de qualquer consequência processual perentória: se a parte não corresponder, sofrerá as consequências inerentes (*sibi imputat*), passando então o juiz a julgar de harmonia com o *articulado (deficiente ou impreciso)* de que dispõe e que não foi corrigido⁴⁰³. Se, porém, o juiz não fizer o convite ao aperfeiçoamento no *despacho pré-saneador*, carecendo dele os articulados, nada impede que a parte o faça *espontaneamente* (e por sua iniciativa) na *audiência prévia*, com sujeição, todavia, ao controlo do juiz do processo e ao necessário contraditório⁴⁰⁴.

Convidada a aperfeiçoar os articulados, uma de duas hipóteses podem ocorrer: – se a parte *corresponder ao convite*, o juiz verificará se o aperfeiçoamento foi ou não suficiente, prosseguindo o processo, em caso afirmativo, a sua tramitação normal; – se a parte *não acatar o convite* ou o *aperfeiçoamento efetuado for insuficiente*, o juiz proferirá um segundo despacho em que extrairá as legais ilações da inércia do autor. O *juízo positivo* emitido pelo juiz sobre a suficiência do aperfeiçoamento, porque de carácter provisório, *não constitui* (porém) *caso julgado formal*⁴⁰⁵.

Podem assim extrair-se, quanto às *consequências (negativas)* do *não acatamento (total ou parcial) do despacho de aperfeiçoamento*⁴⁰⁶, as seguintes conclusões: a) se faltar *documento essencial à verificação dum pressuposto* processual, deve este ter-se por não verificado, ou a sua falta como não sanada, o que conduzirá normalmente, porque *exceção dilatória*, à *absolvição do réu* (ou do

⁴⁰³ Para a inação da parte ao convite de aperfeiçoamento de articulado formulado pelo juiz não estabelece a lei qualquer consequência processual. Daí que, não tendo a parte respondido ao seu convite, deverá o juiz limitar-se a extrair dos factos articulados as consequências jurídicas que se impõem – cfr., neste sentido, v. g., o acórdão do STJ, de 25-1-2007, CJ, 2007, T/1º, p. 45. e in www.dgsi.net/Consª PEREIRA DA SILVA.

⁴⁰⁴ Cfr., acerca deste tema, LEBRE DE FREITAS/ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil Anotado*, 3ª edição cit., pp. 626-627.

⁴⁰⁵ Cfr. M. TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos Sobre o Novo Processo Civil* cit., p. 303.

⁴⁰⁶ Cfr. LEBRE DE FREITAS, *A Ação Declarativa* cit., pp. 142-143.

autor-reconvindo) da instância no despacho saneador (art^{os} 278^o e 595^o, n^o 1, al. a)); b) se faltar algum requisito legal, o tribunal deve rejeitar (total ou parcialmente) por nulidade, o articulado eivado do apontado vício (por ex., uma réplica que extravase total ou parcialmente do balizamento dos art^{os} 584^o), levando, na 1^a hipótese, a um despacho de desentranhamento⁴⁰⁷; c) se faltar documento essencial ao prosseguimento da ação, esta ficará temporariamente paralisada até que tal documento seja junto, o que tem como consequência, quando a falta respeite ao autor, a suspensão da instância, podendo o não suprimento (definitivo) da falta do documento dentro do prazo para o efeito cominado gerar a absolvição do réu ou (no caso de reconvenção) o autor-reconvindo da instância; d) se faltar documento essencial à prova duma condição (de procedência) da ação ou do facto constitutivo de uma exceção, a consequência será, em geral a improcedência da ação ou da exceção.

A suspensão da instância deve ser decretada imediatamente após a deteção da falta do documento (ou de algum registo a efetuar por iniciativa da parte) dentro do prazo (inicialmente concedido ou em prorrogação do prazo inicial). Os restantes efeitos devem ser extraídos pelo juiz no despacho saneador.

Secção II

A audiência prévia

15.2. A audiência prévia

15.2.1. Oportunidade. Designação. Ata

Uma vez executado o despacho pré-saneador (ou seja, uma vez concluídas as diligências resultantes do preceituado no n^o 3 do art^o 590^o – correção das irregularidades formais dos articulados), ou, não tendo a ele havido lugar,

⁴⁰⁷ «A rejeição será parcial se, por exemplo, apenas alguns factos não forem alegados por artigos, apenas uma de várias exceções for deduzida juntamente com a matéria da impugnação ou o vício respeitar à reconvenção. Se for totalmente rejeitada a petição inicial, todo o processo é nulo (art^o 193^o, n^o 1 – atual art^o 186^o –, por analogia) e, no caso da falta indicação do valor (art^o 305^o, n^o 3), ocorre exceção dilatória conducente à absolvição instância (art^{os} 288^o, n^o 1 – atual 278^o, n^o 1 – e 494^o, n^o 1, al. b) – atual art^o 577^o, n^o 1, al. b)» – cfr. ANTUNES VARELA/J. M. BEZERRA/SAMPALTO E NORA, *Manual* cit., p. 388. Se a rejeição total incidir noutra articulado, tudo se passa como se ele não tivesse sido apresentado, havendo revelia relativa do réu (se se tratar da contestação) ou o efeito cominatório do art^o 505^o – atual art^o 587^o (se se tratar da réplica).

logo que o processo lhe seja feito concluso, após a fase dos articulados, o juiz, observado o preceituado pelo art^o 151^o, n^{os} 1 e ss.⁴⁰⁸, designa dia para a audiência prévia⁴⁰⁹ indicando o seu objeto e finalidade de entre os constantes do n^o 1 do art^o 591^o, a realizar num dos 30 dias subsequentes, salvo se ocorrer alguma das hipóteses previstas nos art^{os} 592^o (em que a mesma não pode ex-lege realizar-se) ou no art^o 593^o (em que o juiz a entenda dispensável).

Conforme a exposição de motivos da Reforma de 2013, «a audiência prévia é, por princípio, obrigatória, porquanto só não se realizará: – nas ações não contestadas que tenham prosseguido em regime de revelia inoperante; – nas ações que devam findar no despacho saneador pela procedência de uma exceção dilatória, desde que esta tenha sido debatida nos articulados» (sic)⁴¹⁰. E obviamente que também se não realizará no caso de revelia absoluta (operante) do réu, hipótese em que haverá lugar ao julgamento abreviado previsto no art^o 567^o, por reporte ao art^o 566^o. Daí que a não realização da audiência prévia, nas hipóteses em que é obrigatória, integre nulidade processual secundária, nos termos e para os efeitos dos art^{os} 195^o e ss.⁴¹¹⁻⁴¹².

⁴⁰⁸ Cumprir ao juiz, diretamente ou através da secretaria (que, para o efeito, fará os contactos necessários), procurar o prévio acordo dos mandatários judiciais quanto à marcação do dia e hora das diligências judiciais a efetuar; isto em ordem a prevenir o risco da sobreposição de datas dos atos em que os mandatários devam estar presentes e proporcionar a consulta às partes sobre algum eventual impedimento de algum dos intervenientes no processo, tudo com observância dos procedimentos previstos no art^o 151^o.

⁴⁰⁹ A audiência prévia sucedeu, assim, à audiência preliminar da Reforma de 95/96, cuja fonte inspiradora havia sido o § 129, I da ZPO alemã.

⁴¹⁰ A convocação da audiência prévia para os fins previstos no art^o 591^o, n^o 1, alínea b), nomeadamente quando o juiz tencione conhecer imediatamente do mérito da causa, visa assegurar o respeito pelo princípio do contraditório, evitando assim decisões-surpresa. Só é lícito ao juiz dispensar a audiência prévia, nestes casos, ao abrigo do disposto nos art^{os} 6^o e 547^o, se aquele conhecimento versar sobre questão suficientemente debatida nos articulados – cfr., neste sentido, o acórdão da RE de 30-6-2016, Proc. 309/15.9T8PTG-A.El, in www.dgsi.pt/Des. MÁRIO SERRANO. Não se realiza audiência prévia quando o processo tiver de findar no despacho saneador pela procedência de exceção dilatória já debatida nos articulados, nestes se incluindo o articulado ou requerimento apresentado pelo autor, na sequência de convite do tribunal, ao abrigo do princípio do contraditório e da adequação formal, para se pronunciar sobre a matéria da exceção (art^{os} 3^o e 547^o do CPC). Cfr., neste sentido, o acórdão da RL 25-10-2018, de Proc. 855/16.7T8AMD.LI-2, in www.dgsi.pt/Des³ LAURINDA GEMAS.

⁴¹¹ Cfr., neste sentido, e remetendo para este nosso segmento de texto, entre vários outros, os seguintes acórdãos: RP de 24-9-2015, Proc. 128/14.0T8PVZ.PI/Des³ JUDITE PIRES, de 27-9-2017, Proc. 136/16.6T8MALAP-1/Des. ARISTIDES R. DE ALMEIDA, da RL de 18-1-2018, Proc. 1885/160T8LSB.LI-2/Des. ARLINDO CRUA e de 8-2-2018, Proc. 3054-17.7T8LSB-A.LI-6, Des³ CRISTINA NEVES, todos in www.dgsi.pt.

A designação da audiência prévia (com indicação do seu objeto e finalidade) não forma caso julgado formal, não precludindo, pois, a possibilidade de o juiz conhecer imediatamente do mérito da causa no despacho saneador (artº 591º, nº 2).

Para ela são sempre notificados, não só os mandatários, como as próprias partes, estas (podendo fazer-se representar por mandatário judicial com poderes especiais para confessar, desistir ou transigir) quando: a) o objeto da causa se contiver no âmbito da disponibilidade dos direitos (artº 45º, nº 2); b) a tentativa de conciliação constituir um dos fins para os quais a audiência for expressamente convocada (artº 591º, nº 1, al. a)); c) se verifique o condicionalismo do nº 2 do artº 594º⁴¹³.

De salientar que “não constitui motivo de adiamento da audiência prévia a falta das partes ou dos seus mandatários” (artº 591º, nº 3).

Como ato processual presidido pelo juiz, “a sua realização e o seu conteúdo são documentados em ata, na qual são recolhidas as declarações, requerimentos, promoções e atos decisórios orais que tiverem ocorrido” – realização, pois, toda ela dominada pelos princípios da oralidade e do contraditório (artº 155º, nº 7).

15.2.2. Finalidades principais

São objetivos primordiais (ou principais) da audiência prévia nos termos do nº 1 do artº 591º: a) a tentativa de pôr termo ao litígio por autocomposição das partes e de delimitação dos termos da causa, nos termos do artº 594º; b) facultação às partes da discussão de facto e de direito nos casos em que ao juiz cumpra apreciar exceções dilatórias ou quando tencione conhecer imediatamente, no todo, ou em

⁴¹² «Nos termos dos artºs 591º nº 1 al. b) e 593º nº 1, a audiência prévia é obrigatória sempre que o juiz tencione conhecer imediatamente, no todo ou em parte, do mérito da causa». Se a audiência prévia não for convocada com vista a “facultar às partes a discussão de facto e de direito, nos casos em que ao juiz tencione conhecer imediatamente, no todo ou em parte, do mérito da causa”, nem no seu decurso tal intenção for comunicada às partes, deve entender-se que tal omissão influiu no exame ou decisão da causa, configurando uma nulidade processual (artº 195º nº 1), que inquina a própria decisão proferida (saneador sentença) e que pode ser arguida em sede de recurso a interpor da mesma – cfr., neste sentido, o acórdão do STJ de 22-2-2017, Proc. 5384/15.3T8GMR.G1.S1/Consº CHAMBEL MOURISCO e o acórdão da RG de 12-6-2018, Proc. 5/17.IT8MAC.G2/Desº Eva ALMEIDA, ambos in www.dgsi.pt.

⁴¹³ Torna-se imperativo que as partes residam na área da circunscrição judicial ou na ilha das Regiões Autónomas em que corre o processo ou, não residindo, o juiz considere, atenta a natureza e o valor da causa e a distância a que se encontram, que a sua deslocação não representa sacrifício considerável (artº 594º, nº 2).

parte, do mérito da causa; c) discutir as posições das partes com vista à delimitação dos termos do litígio e suprir as insuficiências ou imprecisões dos articulados na exposição ou concretização da matéria de facto que ainda subsistam ou se tornem patentes na sequência do debate adrede realizado; d) proferir, desde logo, despacho saneador, ou seja, decisão de forma ou mesmo de meritis, se para tanto o processo estiver em condições de ser decidido conscienciosamente face aos elementos disponíveis; e) determinar, após debate, a adequação formal, a simplificação ou a agilização processual nos termos previstos no nº 1 do artº 6º e no artº 547º; f) proferir, após debate, o despacho previsto no nº 1 do artº 596º (identificação do objeto do litígio e enunciação dos temas da prova) e decidir as reclamações deduzidas pelas partes; g) programar, após audição dos mandatários, os atos a realizar na audiência final, estabelecer o número de sessões e a sua provável duração e designar as respetivas datas.

Na hipótese da alínea b) do nº 1 do artº 591º e 595º, nº 1, alínea b), certificando-se de que o processo fornece já os elementos suficientes para que o litígio possa, com segurança, ser decidido (total ou parcialmente) de fundo ou que ocorre a falta de um pressuposto insuscetível de sanação, o juiz julga imediatamente a causa (julgamento antecipado da lide por razões de fundo ou de forma), hipótese em que a fase da audiência prévia – através do despacho-saneador – acaba por absorver, sob forma simplificada, a fase da audiência final (artº 599º e ss.).

Se não reunidos os pressupostos para o julgamento imediato ou se se houver frustrado a conciliação das partes sobre o objeto do litígio – e segundo um padrão de normalidade –, destina-se a audiência prévia (essencialmente) à fixação dos termos essenciais da causa (delimitação/identificação dos termos ou objeto do litígio e para enunciação dos temas da prova relativos aos factos controvertidos), naturalmente mediante um adequado funcionamento do princípio da cooperação (entre o juiz e os mandatários das partes)⁴¹⁴.

A Reforma de 2013 veio estabelecer, quanto a esta fase processual, duas relevantes inovações, traduzidas: – na determinação, após debate, dos atos de adequação formal, de simplificação ou de agilização processual, como decorrência da consagração do princípio da gestão processual (artºs 6º, nº 1, 547º e 591º, nº 1, al. e)); – na programação, após audição dos mandatários, dos atos a realizar na audiência final, esta-

⁴¹⁴ Cfr., acerca da audiência prévia e respetivas finalidades, LEBRE DE FREITAS, *A Ação Declarativa* cit., pp. 169 a 178, e respetivas notas e LEBRE DE FREITAS/ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil Anotado*, 3ª edição cit., pp. 638-647.

belecendo o número de sessões e a sua provável duração e designando as respetivas datas (art^{os} 151^o, n^{os} 1 a 7 e 591^o, n^o 1, al. g)) (sic)⁴¹⁵.

Deixaram de ter lugar: – a finalidade de *indicação dos meios de prova* (antigo art^o 508^o-A, n^o 2, al. a)) da versão de 95/96, (tal indicação passou a ser feita nos articulados); – as operações de *seleção da matéria de facto* (despacho de assentamento-especificação e base instrutória-questionário) previstas nos anteriores art^{os} 508^o-A, n^o 2, al. e) e 511^o, agora substituídos pela al. f) do n^o 1 do art^o 591^o e pelo n^o 1 do art^o 596^o (*despacho de identificação do objeto do litígio e enunciação dos temas da prova*).

Nos termos do n^o 1 do art^o 591^o, alíneas a) a g), constituem *finalidades exclusivas, cumulativas ou alternativas, da audiência prévia* (quando cumulativas definem também, em princípio⁴¹⁶, a *ordem sequencial* dos atos a nela serem praticados) as seguintes:

§1^o Realização de tentativa de conciliação das partes

A realização da tentativa de conciliação deve seguir o *iter* previsto no art^o 594^o, aplicável *ex-vi* da al. a) do n^o 1 do art^o 591^o.

A *necessidade/opportunidade* de tal realização depende de requerimento das partes ou de decisão do juiz, sendo que as “partes não podem ser convocadas exclusivamente para esse fim mais que uma vez” (art^o 594^o, n^o 1). Deste modo, tendo a audiência prévia sido convocada *exclusivamente* para fins conciliatórios, não poderá o juiz voltar a convocar, no decurso ulterior do processo, uma *segunda tentativa de conciliação*.

«As partes são notificadas para comparecer pessoalmente ou se fizerem representar por mandatário judicial com poderes especiais para confessar, desistir ou transigir quando residam na área da comarca ou na respetiva ilha (tratando-se de Regiões Autónomas) ou, quando, aí não residindo, a comparência não represente sacrifício considerável, atenta a natureza e o valor da causa e a distância da deslo-

⁴¹⁵ Esta última com vista a propiciar (ao juiz) “um poder efetivo de direção e de disciplina do processo, evitando um injustificável arrastamento das audiências com inúteis e prolongadas inquirições, de nulo ou escasso relevo, acentuando a ideia de que, “sendo os recursos afetados ao sistema necessariamente reduzido, não é possível agir como se se tivesse todo o tempo do mundo para apreciar e julgar cada litígio” – cfr. LOPES DO REGO, “A Propósito da Reforma do Processo Civil de 2012/2013, Princípios Orientadores da Reforma do Processo Civil em Curso”, in Revista “Julgar”, n^o 16, /janeiro/abril de 2012, Coimbra Editora, pp. 118-126.

⁴¹⁶ A ordem dos atos a realizar pode ser alterada pelo juiz (juízo de oportunidade ou conveniência) – cfr., neste sentido, LEBRE DE FREITAS, *A Ação Declarativa* cit., p. 170, nota, 4.

cação» (art^o 594^o, n^o 2). Representação por advogado com *poderes especiais* para esse ato (art^{os} 45^o, n^o 2 e 594^o, n^o 2)⁴¹⁷, com vista a uma negociação de que possa resultar um *acordo (transação)* que, no âmbito do *direito disponível* (art^o 290^o, n^{os} 1 a 4), conduza à *autocomposição total ou parcial do litígio* (art^{os} 277^o, al. d) e 287^o a 291^o).

O *empenhamento ativo do juiz* na «obtenção da solução de equidade mais adequada aos termos do litígio», imposto pelo n^o 3 do art^o 594^o, não deve, contudo, deixar transparecer ou antever um qualquer pré-juízo ou pré-convicção já formados acerca da decisão final do litígio, suscetíveis de pôr em crise a *imparcialidade do órgão jurisdicional*⁴¹⁸.

O n^o 1 do art^o 594^o, à semelhança do n^o 2 do art^o 604^o (*ato inicial da audiência final*) só admitem a realização da tentativa de conciliação se a causa se contiver «no âmbito do poder de disposição das partes».

ANSELMO DE CASTRO, no domínio do CPC 61/67, admitia a possibilidade da tentativa de conciliação (em sede da fase da então fase do saneamento) em ações tendo por objeto *direitos indisponíveis*, designadamente nas causas em que a cessação da instância pudesse findar por *desistência* da parte, como, por exemplo, as de divórcio ou de separação de pessoas e bens em que é livre tal desistência (cfr., hoje, o n^o 2 do art^o 289^o do CPC), bem como no (atual) *processo especial de jurisdição voluntária de divórcio ou separação de pessoas e bens por mútuo consentimento*, no qual a tentativa de conciliação com vista a obter a reconciliação dos cônjuges (designada por *conferência*) é obrigatória, *ex-vi* do art^o 1776^o do CC, podendo mesmo culminar na *desistência do pedido*, logo homologada, ou no acordo dos cônjuges quanto à subsistência do vínculo matrimonial (art^{os} 995^o e 996^o, n^{os} 1 e 2)⁴¹⁹.

Situações paralelas serão as das ações judiciais do *reconhecimento da paternidade*, em que a *perfilhação* pode ser feita «por termo lavrado em juízo» no seio da respetiva ação (art^o 1853^o, al. d), do CC) e de *averiguação oficiosa da paternidade*, hipóteses, no seio das quais, se o pretense progenitor confirmar a paternidade,

⁴¹⁷ Cfr., porém, o disposto no n^o 3 do art^o 291^o quanto ao suprimento da falta de poderes representativos do mandatário em caso de confissão, desistência ou transação.

⁴¹⁸ Para maiores desenvolvimentos acerca deste tema, cfr. L. F. PIRES DE SOUSA, “O empenho ativo do juiz na obtenção de uma solução de equidade em sede de tentativa de conciliação”, in Julgar, n^o 23, pp. 317 e ss. e PATRÍCIA COSTA, “A conciliação judicial à luz dos deveres de imparcialidade do tribunal, de cooperação e de boa-fé”, in Julgar, n^o 31, pp. 161 e ss. e demais doutrina pelos mesmos autores citada.

⁴¹⁹ In *Direito Processual Civil Declaratório*, vol. III, Coimbra, Almedina, 1982, p. 251.

será logo lavrado *termo de perfilhação* e remetida certidão para o competente averbamento registral (artº 1865º, nº 3)⁴²⁰.

Uma dúvida que pode suscitar-se, e que resolvemos em sentido positivo, é a de saber se poderá ou não o juiz, ao abrigo dos *poderes de gestão processual e de cooperação* (artºs 6º e 7º) e de *adequação formal*, (artº 547º), e face às posições já *ex-ante* assumidas pelas partes nos respetivos articulados, *designar uma tentativa de conciliação avulsa mesmo em sede de ações relativas a direitos indisponíveis*, perante a forte perspectiva de resolução definitiva precoce do litígio.

Não constitui, porém, *motivo de adiamento* a falta de qualquer das partes ou dos respetivos mandatários (artº 591º, nº 3).

A *tentativa de conciliação é presidida pelo juiz*, a quem cabe “empenhar-se ativamente na obtenção da *solução de equidade* mais adequada aos termos do litígio” (artº 594º, nº 3). Gorando-se, total ou parcialmente, a tentativa de conciliação, deverão ser *consignadas em ata as concretas soluções sugeridas pelo juiz, bem como os fundamentos que, no entendimento das partes, justificam a persistência do litígio* (artº 594º, nº 4)⁴²¹.

§2º **Facultação às partes da discussão de facto e de direito nos casos em que ao juiz cumpra apreciar as exceções dilatórias ou para conhecimento imediato, no todo ou em parte, do mérito da causa**

Esta discussão (debate) encontra-se prevista na al. *b*) do nº 1 do artº 591º.

O *suprimento das exceções dilatórias sanáveis pode* (e *deve*) ter, desde logo, lugar no *despacho pré-saneador* ou a *título oficioso* ou por *iniciativa da parte* (artº 590, nº 2, al. *a*)), remetendo-se para o *despacho saneador* o *conhecimento* (*verificação*) dos *pressupostos processuais* e, portanto, o “*juízo*” das *exceções dilatórias* decorrentes da sua falta (artº 595º, nº 1, al. *a*)).

Todavia, antes da pronúncia do juiz sobre essas exceções (*no despacho saneador*), deve incidir sobre as mesmas *prévia discussão*, em observância do *princípio do contraditório*, só de dispensar quando a falta do pressuposto seja de tal modo evidente (ou se não sanada apesar de convite expresso para o efeito) que se torne *manifesta a desnecessidade dessa discussão* (artº 3º, nº 3).

⁴²⁰ Cfr., neste sentido, o Consº URBANO DIAS, *in blog* do IPPC de 26-2-2018.

⁴²¹ O preceito não favorece a negociação *inter-partes*, para além de que se não harmoniza bem com a imposição aos advogados do dever de sigilo sobre negociações frustradas (artº 92º, nº 2, al. *f*), do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei nº 145/2015, de 9 de setembro). A imposição da consignação em ata imposta pelo nº 4 do artº 594º, destina-se, ademais, a obviar que a diligência seja realizada com fins meramente dilatórios.

Se qualquer outra exceção (*dilatória* ou *perentória*) só for invocada no último articulado (na contestação ou na réplica), assistirá à contraparte o direito de *responder na audiência prévia*, ou, não havendo lugar a ela, na *audiência final* (artº 3º, nº 4).

Quando o juiz tencionar *conhecer imediatamente* (no todo ou em parte) do *fundo, substância* ou *mérito* do (ou dos) pedidos deduzidos pelo autor ou pelo réu-reconvinte, deve igualmente convocar a audiência prévia com essa finalidade. Isto a menos que a apreciação da causa a torne dispensável, seja porque os fundamentos de direito aplicáveis ao caso *sub-judice* hajam já sido discutidos pelas partes, seja porque estas não tenham oportunamente satisfeito o ónus da fundamentação de direito (artºs. 552º, nº 1, al. *d*) e 572º, alíneas *b*) e *c*)), seja porque não se detetem insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de facto (artºs 590º, nº 4 e 591º, nº 1, al. *c*)).

§3º **Discussão das posições das partes com vista à delimitação dos termos do litígio e ao completamento dos articulados deficientes (suprimento das insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de facto que ainda subsistam – mesmo após o despacho-pré-saneador – ou se tornem patentes na sequência do debate)**

A possibilidade desta discussão encontra-se contemplada na al. *c*) do nº 1 do artº 591º.

Por força do princípio da cooperação (*vertente material*) plasmado no nº 1 do artº 7º e no nº 1 do artº 417º – *dever de cooperação para a descoberta da verdade* –, *pode* o juiz, em qualquer altura do processo, convidar as partes a *discutir as posições assumidas nos articulados* e a *prestar os esclarecimentos que se lhe afigurarem úteis e pertinentes*, quer sobre a matéria de direito, quer sobre a matéria de facto, em ordem a uma melhor «*delimitação dos termos do litígio*» (questões essenciais a dirimir), «*dando conhecimento à outra parte dos resultados da diligência*». O momento e local azados para tal *desideratum* situam-se na audiência prévia.

É também a audiência prévia a sede própria para *suprimento de eventuais insuficiências ou imprecisões dos articulados quanto à exposição da matéria de facto*, ainda residualmente subsistentes (apesar do convite endereçado às partes para tal fim no *despacho pré-saneador*) ou que sejam patenteadas na sequência do debate; isto sem prejuízo de o juiz poder (*discricionariamente*) optar entre convidar as partes ao seu aperfeiçoamento no *despacho pré-saneador* (artº 590, nº 4) ou fazê-lo diretamente na *audiência prévia*, quicá, não só

por razões de *economia processual*, como também por considerar que, através do debate a realizar *inter-partes*, pode resultar uma mais *eficaz clarificação da explanação fáctica ou fáctico-jurídica relevantes* ou mesmo por só então se ter apercebido da necessidade de clarificação dessas insuficiências ou imprecisões.

Optando o juiz pelo prévio *despacho de aperfeiçoamento*, se a parte *acatando o convite mas tendo procedido a um aperfeiçoamento insuficiente ou deficiente*, pode este ser complementado na própria audiência, assegurados sempre os *princípios do contraditório e da igualdade de partes*⁴²².

Sem que exista uma rígida precedência lógica, tornar-se-ia mais natural ou curial que o juiz determinasse a *discussão para delimitação dos termos do litígio e o completamento dos articulados deficientes* ainda antes de iniciada a discussão sobre o mérito, sendo que os esclarecimentos e aditamentos efetuados pelas partes podem reforçar a sua convicção (motivação) acerca da possibilidade de decisão do pleito no *despacho saneador*.

§4º Proferimento do despacho saneador

Prevê a al. *d*) do nº 1 do artº 591º a possibilidade de prolação (nos termos do artº 595º) do despacho saneador no *seio da própria audiência prévia*.

Se realizada esta (e se for esse o caso), o despacho saneador é (logo) *ditado diretamente para a ata*. Pode, contudo, o juiz, atenta a complexidade das questões a resolver, proferi-lo excepcionalmente *por escrito*. Se optar pela *forma escrita*, o juiz *lê-lo-á* em nova sessão da audiência (entretanto suspensa), fixando-se logo data para a sua continuação, “sendo caso disso” (artº 595º, nº 2)^{423, 424}.

§5º Determinação, após debate, da adequação formal, da simplificação ou da agilização processuais, nos termos do disposto nos nº 1 do artº 6º e no artº 547º

Esta a finalidade contemplada na al. *e*) do nº 1 do artº 591º.

⁴²² «Nada parece obstar ao *aperfeiçoamento espontâneo*, sempre sujeito à admissão e ao controlo do juiz, e sempre observado o princípio do contraditório» – cfr. LEBRE DE FREITAS, *A Ação Declarativa* cit., p. 174, nota 14 e supra nº 15.1.5.

⁴²³ A expressão “sendo caso disso” significa a eventualidade de «haver ainda, depois do despacho saneador, atos a praticar na audiência» – cfr. LEBRE DE FREITAS, *A Ação Declarativa* cit., p. 174, nota 15.

⁴²⁴ Acerca do despacho saneador, cfr., *infra*, nº 16.

No nº 1 do artº 6º institui-se o chamado *dever de gestão processual* que impende sobre o juiz da causa. Cumpre ao juiz do processo – «sem prejuízo do ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes» – dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo officiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório e, ouvidas as partes, adotando *mecanismos de simplificação e agilização processual* que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável» (*sic*).

No artº 547º institui-se o chamado *princípio da adequação formal*, segundo o qual impende sobre o juiz do processo o dever de, mesmo *ex-officio*, *adotar a tramitação processual adequada* às especificidades da causa e *adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir*, assegurando um processo equitativo» (igualmente *sic*).

Considera-se, a este respeito, na exposição de motivos da Proposta de Lei nº XIII/2012 subjacente à Reforma de 2013: «mantém-se e amplia-se o *princípio da adequação formal*, por forma a permitir a prática dos actos que melhor se ajustem aos fins do processo, bem como as necessárias adaptações, quando a tramitação processual prevista na lei não se adegue às especificidades da causa ou não seja a mais eficiente. Importa-se para o processo comum o *princípio da gestão processual* (já *ex-ante* consagrado e testado no âmbito do regime processual experimental, conferindo ao juiz um poder autónomo de direção ativa do processo), ao abrigo do qual pode determinar a adoção dos mecanismos de *simplificação* e de *agilização processual* que, *respeitando os princípios fundamentais da igualdade das partes e do contraditório*, garantam a composição do litígio em prazo razoável. No entanto, não descurando uma visão participada do processo, impõe-se que tais decisões sejam antecedidas da audição das partes» (*sic*).

§6º Proferimento, após debate, do despacho de identificação do objeto do litígio e enunciação dos temas da prova e decidir as reclamações contra o mesmo deduzidas pelas partes

Prevê a al. *f*) do nº 1 do artº 591º a prolação, após debate, do despacho previsto no nº 1 do artº 596º, bem como decidir as reclamações contra o mesmo deduzidas pelas partes.

Não tendo o despacho saneador posto termo ao processo, isto é, quando a ação deva prosseguir, o juiz proferirá (no seio da própria audiência prévia) despacho a *identificar o objeto do litígio* em função da causa de pedir e do pedido concretamente deduzidos ou invocados (quicá convolvando corretivamente

as qualificações jurídicas propostas ou sugeridas pelas partes) e a *enunciar* (*seleccionar*) os temas da prova, ou seja, as *questões essenciais de facto* relevantes (*rectius, pertinentes/impreescindíveis*) para uma boa e justa decisão do pleito que permaneçam controvertidos (assim concretizando o objeto da prova a efetuar subsequentemente), no fundo uma certa forma de *concentração ou condensação do processo*⁴²⁵.

Na fixação das matérias (temas) controvertidas, o juiz procura *seleccionar* (*circumscrever*) os temas ou *questões de facto* (real e efetivamente) relevantes para a uma boa e justa decisão da causa, ou seja, as *questões temáticas centrais de facto*, sobre os quais vai incidir a *prova constituenda* (pois que a *prova pré-constituída* já se encontrará, nessa fase, e em condições de normalidade, processualmente adquirida), não deixando de atentar, com vista a tal *desideratum*, nas *várias soluções plausíveis da questão de direito*, tal como postulava a sugestiva terminologia do n.º 1 do antigo art.º 511.º.

§7.º Programação, após audiência dos mandatários, dos atos a realizar na audiência final, estabelecer o número de sessões e a sua provável duração e designar as respetivas datas

Se o processo estiver em condições de prosseguir, deve o juiz, sempre que possível (e sê-lo-á normalmente), *programar/calendarizar*, na audiência prévia, após (prévia) audição dos mandatários, *os atos a realizar na audiência final*, estabelecendo, desde logo, o número de sessões que a mesma comportará e a sua provável duração, com designação das respetivas datas (art.º 591.º, n.º 1, al. g)), tendo, para o efeito, em conta o grau de complexidade e morosidade das diligências probatórias a efetuar antes da sua realização (atentas as proposições de prova que hajam sido requeridas nos articulados).

Trata-se, no fundo, de uma relevante emanção do poder-dever da *marcação e do início pontual das diligências* consagrado no n.º 1 do art.º 151.º – prececida do prévio acordo com os mandatários das partes (*cooperação em sentido formal*) –, com vista a uma melhor *economia de atos e formalidades* e a uma maior *celeridade processual*.

No caso de *dispensa da audiência prévia*, a “programação dos atos a realizar na audiência final” terá lugar no despacho a que se reporta a al. d) do n.º 2 do art.º 593.º.

⁴²⁵ Cfr., acerca das coordenadas deste despacho, o n.º 17 *infra*.

15.2.3. Finalidades eventuais

Podem ainda ter (eventualmente) lugar (ser praticados) no seio da audiência prévia os seguintes atos: a) *alteração dos requerimentos probatórios* (art.º 598.º, n.º 1); b) *apresentação de articulados supervenientes* (art.º 588.º, n.º 3, al. a)); c) *prestação de depoimentos de parte* (art.º 456.º, n.º 3)⁴²⁶; d) *prestação de declarações de parte* (art.º 466.º, n.ºs 1 e 2).

Objetivos cuja ordenação dependerá, quer da iniciativa oficiosa do juiz, quer de requerimento expresso da parte interessada, sujeito este ao controlo das respetivas legalidade e necessidade/oportunidade/conveniência pelo magistrado da causa.

15.2.4. Preclusão

A realização da audiência prévia surte *efeito preclusivo* relativamente a uma eventual pretensão de renovação ou repetição dos atos que nela hajam tido já lugar e para os quais foi expressamente convocada, *v. g.*, eventuais novas *tentativas de conciliação* ao arrepio do disposto no n.º 1 do art.º 594.º, a apresentação de subsequentes (novas) *reclamações* contra o despacho do art.º 596.º ou a dedução de (ulteriores) *articulados supervenientes* de factos cujas superveniência objetiva e subjetiva sejam anteriores ou coevas da (data da) realização da audiência⁴²⁷.

15.3. Inadmissibilidade. Dispensa. Reclamações

§1.º Inadmissibilidade

Não haverá (*obrigatoriamente*) lugar à realização da audiência prévia em duas distintas situações (art.º 592.º): a) nas *ações não contestadas* que tenham prosseguido em obediência ao disposto nas alíneas b), c) e d) do art.º 568.º (art.º 592.º, n.º 1, al. a)); b) quando, *havendo o processo de findar no despacho saneador pela procedência de exceção dilatória*, esta já tenha sido debatida nos articulados (art.º 592.º, n.º 1, al. b))⁴²⁸. Não haverá também, logicamente, lugar a ela na já citada situação de *revelia absoluta (operante)* – art.ºs 566.º e 567.º.

⁴²⁶ Acerca das situações em que se justifica a prestação de *depoimento de parte*, na audiência prévia, cfr. LEBRE DE FREITAS, *A Ação Declarativa* cit., pp. 177-178.

⁴²⁷ Cfr., neste sentido, LEBRE DE FREITAS, *A Ação Declarativa* cit., p. 178.

⁴²⁸ Acerca da interpretação a dar à alínea b) do n.º 1 do art.º 592.º, cfr. LEBRE DE FREITAS/ISABEL ALEXANDRE, *Código de Processo Civil Anotado*, 3.ª ed. cit., pp. 640, 641 e 648.

§2º Dispensa

Nas ações que tenham de prosseguir (por revelia inoperante ou por o despacho saneador não haver posto termo à causa), o juiz *pode* (ao abrigo do disposto no artº 593º) *dispensar a realização da audiência prévia* quando esta se destine apenas aos fins indicados nas alíneas *d), e) e f)* do nº 1 do artº 591º.

Nesta hipótese, o juiz profere, no prazo de 20 dias subsequente ao terminus dos articulados: “a) despacho saneador nos termos do nº 1 do artº 595º; b) despacho a determinar a adequação formal, a simplificação ou a agilização processual nos termos previstos no nº 1 do artº 6º e no artº 547º; c) despacho de identificação do objeto do processo e de enunciação dos temas da prova, nos termos do nº 1 do artº 596º; d) despacho destinado a programar os atos a realizar na audiência final, a estabelecer o número de sessões e a sua provável duração e a designar as respetivas datas” (cfr. o nº 2 do artº 593º).

§3º Reclamações

Se uma vez notificadas as partes de qualquer um dos despachos a que se reportam as alíneas *b) a d)* do nº 2 do artº 593º, alguma delas pretender deles *reclamar*, “pode requerer, em 10 dias, a realização de audiência prévia”; nesta eventualidade, a audiência prévia deve realizar-se num dos 20 dias seguintes, tendo como objeto principal a apreciação das questões suscitadas e, acessoriamente, fazer uso do disposto na al. *c)* do nº 1 do artº 591º – *discussão das posições das partes, com vista à delimitação dos termos do litígio e suprir as insuficiências e imprecisões na exposição da matéria de facto que ainda subsistam* (isto é, que hajam passado o crivo do despacho pré-saneador) ou se tornem patentes na sequência do debate” (artº 593º, nº 3).

Destarte, não obstante ser facultado ao juiz impulsionar, desde logo, o processo, sem realização de audiência prévia, proferindo de pronto – e sem o debate oral em contraditório – as decisões que tiver por convenientes sobre as supra-referidas matérias, a dedução de reclamações acaba por obrigar à realização da audiência. Do que resultam evidentes ganhos em termos de economia, celeridade e eficiência processuais, a saber: – evita-se o inconveniente da decisão das reclamações deduzidas *por escrito*; – propicia-se ao reclamante a realização de uma qualquer diligência que considere indispensável aos fins do processo; – permite-se a realização de finalidades acessórias da audiência prévia, através da expansão do seu objeto para além da estrita dirimência da matéria das reclamações deduzidas.

Dúvidas, pois, não restam de que as supra-aludidas reclamações devem ser feitas *oralmente* em termos em tudo idênticos àquelas que sejam deduzidas na própria audiência e nela objeto de gravação (cfr. o nº 4 do artº 596º).

Secção III

Despacho saneador

16. Despacho saneador

16.1. Oportunidade

O despacho saneador será proferido pelo juiz *na audiência prévia* se a ela tiver havido lugar, sendo de imediato ditado *verbalmente* para a respetiva *ata* (artºs 591º, nº 1, al. *d)* e 595º, nº 2).

Poderá sê-lo também *excecionalmente por escrito*, no prazo de 10 dias, *no seio da audiência prévia entretanto suspensa* por exigência da complexidade das questões a resolver, “fixando-se logo data para a sua continuação se for caso disso” (artº 595º, nº 2, *in fine*).

Se o juiz houver *dispensado* a realização da audiência prévia – quando esta se destine às finalidades consignadas nas alíneas *d), e) e f)* do artº 591º – e a ação houver de prosseguir para julgamento, deverá (o juiz), no prazo de 20 dias *subsequente* ao termo dos articulados, *proferir despacho saneador (autónomo) nos termos do nº 1 do artº 595º (ex-vi da al. a) do nº 2 do artº 593º)*.

16.2. Finalidades

Tem o despacho saneador uma *tripla finalidade*: *a) verificação da regularidade da instância (conhecimento da falta de pressupostos processuais ou da existência de exceções dilatórias); b) apreciação de nulidade processuais; c) conhecimento imediato do mérito da causa* (artº 595º, nºs 1, alíneas *a) e b)*).

As duas primeiras – *conhecimento de exceções dilatórias* ou de *nulidades processuais* suscitadas pelas partes ou que sejam de conhecimento oficioso face aos elementos constantes dos autos (artº 595º, nº 1, al. *a)*) – constituem suas *funções normais* e a razão de ser da sua própria designação; a *terceira* assume caráter *eventual* e destina-se a permitir (ao juiz) a *prolação imediata da decisão de mérito* (na totalidade ou em parte) – acerca do ou de algum dos pedidos

deduzidos ou de alguma exceção perentória –, sempre que para tal se encontre desde logo habilitado sem necessidade de qualquer prova adicional (artº 595º, nº 1, al. b)).

§1º Conhecimento das exceções dilatórias

As exceções dilatórias e respetivo elenco reportam-se os artºs 278º, 576º, nº 2 e 577º.

A al. a) do nº 1 do artº 595º apenas impõe o *dever* de conhecer (no despacho saneador) das exceções dilatórias (e das nulidades) que hajam sido suscitadas pelas partes, bem como das que, face à matéria de facto processualmente adquirida, lhe caiba apreciar oficiosamente.

O tribunal deve conhecer *ex-officio* de todas as exceções dilatórias, salvo as de: – *incompetência absoluta decorrente da violação do pacto privativo de jurisdição* (artº 94º); – *preterição do tribunal arbitral voluntário*; – *incompetência relativa nos casos não abrangidos pelo artº 104º* (artºs 98º e 578º).

A ordem por que tal conhecimento deve ter lugar não surge imperativamente fixada na lei (artºs 278º e 577º), devendo, por isso, deixar-se aos princípios de precedência lógica a respetiva ordenação sequencial cognoscitiva. Assim: o conhecimento da falta de *competência do tribunal*, porque de interesse e ordem pública, deverá normalmente preceder o de qualquer outra exceção; o conhecimento das exceções de *litispêndência* e de *caso julgado* deverá preceder naturalmente o da exceção de ilegitimidade; o conhecimento da exceção de falta de personalidade judiciária deve anteceder o conhecimento das exceções dilatórias de falta de capacidade judiciária e de falta de legitimidade.

Não é obrigatória (ainda que de uso corrente) a adoção da *forma tabellar genérica* da ocorrência de todos os pressupostos processuais ou da inoccorrência de qualquer exceção ou nulidade⁴²⁹. A *referência individualizada* à procedência ou improcedência de uma ou mais exceções ou nulidades deve, todavia, ser feita quando objeto de polémica ou controvérsia expressa entre as partes, devendo, por isso, ser objeto de pronúncia fundamentada por banda do juiz do processo. Deste modo, se limitado a uma mera *alusão abstrata* a determinados

⁴²⁹ A fórmula (*tabellar genérica*) de antanho comumente adotada na *praxis forensis* era a seguinte: “O tribunal é competente em razão da matéria, da nacionalidade e da hierarquia e ainda do valor e do território; as partes gozam de personalidade e capacidade judiciária, encontram-se devidamente representadas e são legítimas; não há nulidades, exceções ou questões prévias que obstem ao conhecimento do mérito da causa”.

pressupostos constantes do elenco dos artºs 278º e 577º, o despacho saneador não constitui, nessa parte, *caso julgado formal*. A *força de caso julgado formal* (força obrigatória no próprio processo em que foi proferida) só é atribuída ao despacho (devidamente transitado) quanto às *questões nesse despacho concretamente apreciadas*, pelo que a discussão sobre um qualquer outro pressuposto processual não objeto de pronúncia específica (e especificada), e cuja falta seja geradora de absolvição do réu ou do autor reconvinido da instância, pode ser reacendida até à sentença final (artºs 595º, nº 3 e 620º).

Julgada procedente ou declarada a ocorrência de uma exceção dilatória não sanada nos termos do nº 2 do artº 6º ou 590º, nº 2, al. a) – quando suscetível de sanção –, o juiz profere uma *decisão absolutória do réu* (ou do autor-reconvinido) da instância, *salvas as sobreditas exceções* (artº 278º, nºs 1 a 3 e 576º, nº 2). Mas ainda, porém, que subsista a exceção, não haverá lugar à absolvição da instância quando, destinada a tutelar o interesse de uma das partes, *nenhum outro motivo obstar* (no momento da apreciação dessa exceção) *ao conhecimento do mérito da causa* e a decisão (de mérito) *deva ser inteiramente favorável à parte cujo interesse o pressuposto se destina a tutelar* (artº 278º, nº 3)⁴³⁰. No fundo, uma manifestação prática do *princípio da prevalência da matéria* (verdade material) sobre a *forma* (verdade processual).

§2º Conhecimento de nulidades processuais

Reporta-se a al. a) do nº 1 do artº 595º ao *poder-dever* de conhecimento das «*nulidades processuais* que hajam de ser suscitadas pelas partes, ou que, face aos elementos constantes dos autos, deva apreciar oficiosamente».

A exercitação desse poder-dever por banda do juiz pressupõe que o processo não haja findado já pelo conhecimento-procedência de alguma exceção dilatória, primeira finalidade do despacho saneador. Não havendo despacho saneador (revelia absoluta do réu – artº 567º, nºs 1 a 3), o juiz pode conhecer das *nulidades do processo* até à sentença final (artº 200º, nº 2, *in fine*).

Trata-se, contudo, da verificação-conhecimento dos chamados *erros in procedendo* (vícios de atos processuais em geral), que não também dos chamados *erros in judicando* específicos da sentença final (artº 615º). Não ainda das chamadas *nulidades substantivas* (isto é, das declarações negociais) impu-

⁴³⁰ Tem esse preceito o propósito de «evitar que a tutela formal dispensada ao beneficiário da exceção redunde em seu desfavor material» – cfr. J. RODRIGUES BASTOS, *Notas*, vol. II cit., p. 58.

tadas a um qualquer negócio jurídico que eventualmente sirva de causa de pedir na concreta ação. Apenas, pois, daqueles *vícios de caráter formal*, traduzidos num dos três seguintes tipos: a) prática de um *ato proibido por lei*; b) *omissão* de um *ato prescrito na lei*; c) realização de *ato* (imposto ou permitido por lei) mas *sem as formalidades por ela requeridas* (artº 195º, nº 1).

Na previsão do preceito cabem, não só as *nulidades absolutas* (ou *principais, típicas ou nominadas*) enunciadas nos artºs 186º, 187º, 193º e 194º, como também as *nulidades relativas* (ou *secundárias, atípicas e inominadas*), ou seja, todas as restantes objeto da menção genérica do artº 195º.

As *nulidades principais* são as quatro taxativamente contempladas no artº 198º: – a *ineptidão da petição inicial* (artº 186º); – a *falta de citação*, seja do réu, seja do Ministério Público quando deva intervir como parte principal (artº 188º); – o *erro na forma de processo* (artº 193º); – a *falta de vista ou de exame ao Ministério Público* quando deva intervir como parte acessória (artº 194º). Configuram, assim, estas (nulidades) irregularidades de que *o tribunal deve conhecer ex-officio*, a não ser que hajam sido sanadas; das restantes só pode conhecer mediante prévia *reclamação dos interessados*, salvos os casos em que a lei permita o seu conhecimento oficioso (artº 196º).

Nulidades secundárias serão, *ex-excludendo*, as demais não incluídas no elenco das nulidades principais (artº 195º) e que, em princípio, deverão ser arguidas pelos próprios interessados no prazo geral (supletivo) de 10 dias cominado no nº 1 do artº 149º e cujos prazos de suscitação arguição se contam nos termos do artº 199º.

Quanto à *regra geral sobre o prazo para a arguição das nulidades* (não sujeitas a regime específico de arguição, isto é, as *nulidades secundárias*) e à *respetiva contagem*, rege o artº 199º. Assim: – nº 1: “*se a parte estiver presente*, por si ou por mandatário, no momento em que forem cometidas, podem ser arguidas enquanto o ato não terminar; – *se não estiver*, o prazo para a arguição conta-se do dia em que, depois de cometida a nulidade, a parte intervier em algum ato praticado no processo ou haja sido notificada para qualquer termo dele, mas neste último caso só quando deva presumir-se que então tomou conhecimento da nulidade ou quando dela pudesse conhecer, agindo com a devida diligência” (nº 1). – nº 2: se “*arguida ou notada a irregularidade durante a prática de ato a que o juiz presida*, deve este tomar as providências necessárias para que a lei seja cumprida”; “se o processo for expedido em recurso antes de findar o prazo geral de 10 dias a contar do conhecimento do vício, pode a arguição ser feita perante o tribunal superior, contando-se o prazo desde a distribuição”.

Quanto aos *efeitos*, há que seguir a regra geral vertida no nº 1 artº 195º: será *anulado o respetivo ato* (*inquinado do vício invalidante*), *bem como os termos ulteriores*, mas só os que dependam absolutamente do ato ou omissão cometida. Se o vício de que o ato sofre impedir a produção de determinado efeito, não se têm como necessariamente prejudicados os efeitos para cuja produção o ato se mostre *idóneo* – fórmula *utile per inutile non vitiatur* (artº 195º, nº 3). Vigora, pois, nesta sede, o *princípio do aproveitamento do ato irregular* e tendo sempre presentes os princípios informadores das regras gerais estabelecidas no artº 195º (*efeitos das nulidades secundárias*): para além do *princípio utile per inutile non vitiatur*, os princípios gerais da *economia processual* (máximo aproveitamento dos atos e economia de atos e formalidades), da *limitação dos atos* e da *adequação formal* – simplificação e agilização que ao juiz cumpre assegurar *ex-vi* do nº 2 do artº 6º e do 547º.

De notar, entretanto, que a *renovação do ato nulo* (ou *anulado*) ou a prática do acto omitido (bem como a renovação dos termos ulteriores) só podem ter lugar se ainda não estiver exaurido o prazo legal para a sua realização, salvo se a renovação ou o suprimento da omissão aproveitarem a quem não tenha responsabilidade na nulidade cometida (artº 202º)^{431,432}.

Afora, pois, as hipóteses contempladas nos artºs 186º, 187º, 193º e 194º, vale a regra geral do nº 1 do artº 195º, «a *prática* de um ato que lei não admita, bem como a *omissão* de um ato ou de uma formalidade que a lei prescreva) *só integram nulidade quando a lei o declare ou quando a irregularidade cometida possa influir no exame* (*instrução e discussão*) *ou na decisão da causa*», isto é, quando possam surtir reflexos de ordem substancial (artº 195º, nº 1, *in fine*)⁴³³.

Há, também, que atentar na *regra especial de julgamento das nulidades* formulada no artº 201º: «a arguição (reclamação contra) de qualquer nulidade *pode ser indeferida* (sem audiência das partes), mas *não pode ser deferida* sem *prévia audiência da parte contrária*, salvo caso de manifesta desnecessidade».

De reiterar ainda que – tal como prescrito no nº 2 do artº 630º, – «não é admissível recurso das decisões interlocutórias sobre as *nulidades* previstas no nº 1 do artº 195º; salvo se contenderem com: – os *princípios da igualdade ou do contraditório*; – a *aquisição processual de factos*; – a *admissibilidade de meios*

⁴³¹ Cfr. ALBERTO DOS REIS, *Comentário*, vol. 2º cit., p. 483.

⁴³² Cfr. ALBERTO DOS REIS, *Comentário*, vol. 2º cit., pp. 345 e ss..

⁴³³ Cfr., quanto à matéria das nulidades e seu conhecimento, modalidades e conhecimento, os nosso *Direito Processual Civil*, vol. I, 2ª ed. cit., pp. 516 a 541.

probatórios. Tudo tendo sempre presente a máxima segundo a qual «*das nulidades reclama-se, dos despachos recorre-se*».

§3º Conhecimento do mérito da causa

O juiz conhece (total ou parcialmente) do mérito da causa no despacho saneador *quando não houver necessidade de provas adicionais* para além das já processualmente adquiridas, encontrando-se, por isso, já cabalmente habilitado a decidir conscienciosamente (artº 595º, nº 1, al. b)).

O que sucederá, designadamente, quando: a) os factos alegados pelo autor em qualquer dos *articulados legalmente admitidos forem inábeis ou insuficientes* para extrair o efeito jurídico pretendido (*inconcludência*), caso em que o réu será *absolvido do pedido*⁴³⁴; b) *todos os factos integradores de uma exceção perentória se encontrem já provados*, com força probatória plena (ou pleníssima), por confissão, admissão ou documento, do que resultará a *absolvição do réu do pedido*; c) *se deverem ter por provados todos os factos integradores da causa de pedir por não existirem exceções perentórias, serem os factos em que se fundariam inconcludentes ou plenamente provada a inoccorrência de alguns desses factos, v. g., por prova dos factos contrários (procedência do pedido)*⁴³⁵; d) *se se evidenciar a inconcludência dos factos em que se funda a exceção perentória ou prova, com força probatória plena, dos factos contrários (do que resulta ter a ação que prosseguir para apuramento dos factos que integram a causa de pedir)*. De realçar que a alínea b) do nº 1 do artº 595º faz equiparar ao *conhecimento/apreciação do mérito do ou dos pedidos* (total ou parcialmente) o *conhecimento de qualquer/alguma exceção perentória*.

É também de conhecer imediatamente do mérito da causa no despacho saneador naquelas situações em que *todos os factos probandos principais integrem causa de pedir (ou fundem exceções) apenas suscetíveis de prova documental*, constituindo o documento uma *formalidade legal ad substantiam* (artº 364º, nº 1, do CC) ou *pelas próprias partes* (artº 223º, nº 1, do CC) e, como tal, ser insubstituível por qualquer outra prova (artº 364º, nº 1, al. c), do CC). Não sendo necessária uma fase da instrução, o juiz limitar-se-á a mandar notificar a parte para a apresentação dos documentos em falta,

⁴³⁴ Para a delimitação da fronteira entre a *inconcludência* e a *contradição entre o pedido e a causa de pedir* (artº 186º, nº 2, al. b)), cfr. LEBRE DE FREITAS, *Código de Processo Civil Anotado*, nº 3 da anotação ao antigo artº 193º.

⁴³⁵ Cfr. LEBRE DE FREITAS, *A Ação Declarativa* cit., pp. 183-185.

em prazo para o efeito arbitrado (artºs 417º), a menos que o documento haja sido objeto de impugnação (artº 444º) ou contra ele houver sido deduzida uma exceção probatória (artº 446º), caso em que passará a haver prova a produzir.

Já se os documentos forem exigidos para a prova de determinados factos (formalidade *ad probationem*), «podem eles ser substituídos por confissão expressa judicial ou extrajudicial, contanto que, neste último caso, a confissão conste de documento de igual ou superior valor probatório» (artº 364º, nº 2, do CC); pode assim, a ação ser julgada no despacho saneador se, não tendo sido apresentado o (exigido) documento, for produzido *depoimento de parte* (pela parte legitimada para confessar) na própria *audiência prévia* ou em *prestação de informações ou esclarecimentos em juízo sobre factos que interessem à decisão da causa*, sendo que realizando-se *audiência prévia*, pode para ela ser convocada – *ex-officio* ou a *requerimento de parte contrária* – a pessoa de qualquer um dos litigantes (artºs 452º e 453º).

De igual modo, se em caso de *prescrição presuntiva* houver sido invocado pelo réu o cumprimento da obrigação e não existirem outros factos para apurar, pode/deve o devedor ser convocado para *depor na audiência prévia* (artº 313º, nº 1, do CC), não podendo o cumprimento ser dado como provado se o réu se recusar a depor ou a prestar juramento (artº 314º do CC)⁴³⁶.

Face à eventual diversidade de *causas de pedir* invocadas pelo autor e/ou de *exceções perentórias* deduzidas pelo réu, e à autonomia alegatória e cognoscitiva que lhes corresponde, se “proferida decisão apenas sobre *uma delas*, fica prejudicado o conhecimento das demais (v. g. sobre uma causa de pedir conducente à *condenação no pedido* ou sobre uma exceção conducente à *absolvição do pedido*)”, o que recomenda que a decisão de mérito só deva ser proferida no despacho saneador se o juiz dispuser desde logo “de uma razoável margem de segurança (não assim, por ex., quando a questão for objeto de controvérsia doutrinal ou jurisprudencial)”⁴³⁷.

O nº 5 do artº 595º contempla a situação peculiar das *ações destinadas à defesa da posse* (artºs 1276º e 1277º, ambos do CC): se o réu se houver nelas limitado a invocar a *titularidade do direito de propriedade* sobre a coisa, sem, todavia, impugnar a *posse* do autor e não for possível apreciar, desde logo,

⁴³⁶ Cfr. LEBRE DE FREITAS, *A Ação Declarativa* cit., pp. 185-187.

⁴³⁷ Cfr. LEBRE DE FREITAS, *A Ação Declarativa* cit., pp. 185-187.

a questão da *propriedade*, pode o juiz, no despacho saneador, proferir uma *decisão de mérito provisória*, consistente em ordenar a manutenção ou a restituição (do autor) na posse – cf. artº 1251º do CC –, caso em que *o saneador é proferido em conformidade com a situação de facto existente*. Isto sem prejuízo do que venha a decidir-se na sentença final quanto à questão da titularidade do direito, pois que, se o réu fizer a prova desse direito, o juiz ordenará, nessa sentença, que a coisa lhe seja restituída (a *título definitivo*).

16.3. Valor

Se no despacho saneador forem julgadas *questões processuais (exceções dilatórias e/ou nulidades)*, a decisão assume força vinculativa apenas no âmbito do processo – *caso julgado formal* (artº 620º), o qual se confina, porém, às questões que hajam sido nele «*concretamente apreciadas*» (cfr. o nº 3, por reporte à al. b) do nº 1, ambos do artº 595º). O que não impede, por tal razão, que a *questão formal não expressamente decidida não possa ser apreciada e conhecida numa outra e distinta ação com o mesmo objeto e entre as mesmas partes*.

Se o despacho saneador houver incidido sobre *questões de direito material ou substantivo* (conhecimento de mérito ou do fundo da causa, neste incluído o conhecimento das *exceções perentórias*), produz ele, em perfeita similitude com a sentença final de mérito, *caso julgado material* (artºs. 619º, 621º e 628º), sendo, por isso designado por *despacho saneador-sentença* ou simplesmente por *saneador-sentença*.

Assim, na hipótese da al. b) do nº 1 do artº 595º – despacho saneador que conheça (total ou parcialmente) do *mérito da causa* ou de alguma *exceção perentória* – “*fica tendo, para todos os efeitos o valor de sentença*” (cfr. o nº 3, *in fine*, do artº 595º. Daí que, na eventualidade de repetição da causa, imponha a sua força e autoridade *erga omnes* nas causas relativamente às quais a primeira seja prejudicial, pela sua *tríplice identidade* (sujeitos, pedido e causa de pedir) se devendo aferir as exceções dilatórias de litispendência e de caso julgado (artºs. 577º, al. i), 580º, nº 1 e 581º). Tudo, salvando sempre as hipóteses de *modificabilidade* permitidas pelos artºs 688º a 701º.

De referir que o *despacho que marque audiência prévia* se destina a indicar o seu objeto e finalidade, não *forma caso julgado sobre a possibilidade de apreciação imediata do mérito da causa no despacho saneador* a ser proferido no seu seio ou fora dele (artº 591º, nº 3). *Não cabe também recurso* da decisão do juiz que (no saneador) – invocando “*falta de elementos*” – *relegue para final* (isto é, para a sentença) “a decisão sobre a matéria que lhe cumpra conhecer” (cfr. o nº 4 do artº 595º).

Secção IV

17. Despacho de identificação do objeto do litígio e de enunciação dos temas da prova

17.1. Oportunidade. Razão de ser. Conteúdo

Uma vez proferido despacho saneador (*no seio da audiência prévia*) – artº 591º, nº 1, al. d)) ou *de forma avulsa/autónoma* nos 20 dias seguintes ao termo dos articulados (se a realização da audiência prévia houver sido dispensada – artº 593º, nºs 1 e 2), *se a ação, com a sua prolação, não houver terminado* (e houver, portanto, de prosseguir), “o juiz profere despacho destinado a identificar o objeto do litígio e a enunciar os temas da prova” (cfr. o nº 1 do artº 596º).

Com o CPC/1939, a *seleção dos factos* relevantes era operada através de duas peças fundamentais: a *especificação* e o *questionário*. Imediatamente após a prolação por escrito do despacho saneador, o juiz, em despacho identicamente elaborado por escrito, selecionava, dentre todos os factos articulados pelas partes, aqueles que, por um lado, considerava já plenamente provados, por ausência de impugnação (admissão por acordo), confissão ou prova documental, inserindo-os na *especificação* (futuro *sub-despacho de assentamento* na Reforma de 95/96), estrutura essa mantida no CPC 61/67; e, por outro lado, aqueles que, não estando provados, careciam de ulterior atividade indagatória/probatória através da chamada *prova constituenda*, inserindo-os no *questionário* (*sub-despacho de elaboração da base instrutória ou probatória* na terminologia da mesma Reforma). Na *base instrutória ou probatória* (antigo *questionário*) eram elencados os pontos de facto controvertidos com *subordinadação a números*, nos quais, atentas as regras da repartição do *onus probandi*, se *perguntava* se a matéria fáctica proposta em cada um deles se encontrava ou não provada. Com a Reforma de 95/96, passou a pedir-se ao juiz que, em vez de uma quesitação atomística, passasse a enunciar os pontos de facto objeto da controvérsia⁴³⁸.

Com a Reforma de 2013 ficou definitivamente postergada a antiga *fase intermédia* (entre a dos articulados e a do julgamento da matéria de facto) designada de “*saneamento e condensação*”, destinada, além do mais, a *seleção*

⁴³⁸ Acerca da subversão da *mens legislatoris* na instituição da base instrutória e da tábua rasa que dela fez a jurisprudência ao convertê-la num puro questionário, cfr. PAULO RAMOS DE FARIA/ANA LUÍSA LOUREIRO, *in Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil*, vol. I, 2ª edição, pp. 523 a 564.

nar e destrinçar adequadamente, de entre as *questões de facto relevantes, quais as que já pudessem ser declaradas como assentes e quais as carecentes de atividade instrutória*, nomeadamente no decurso da *audiência final*. Não há, pois, hoje, lugar, a uma “fase de condensação/seleção”, com o sentido e alcance técnicos tradicionais, com tratamento separado dos factos considerados “*assentes*”, por um lado, e dos “*controvertidos*”, por outro (antiga dicotomia processual *especificação – assentamento (factos assentes) e questionário (factos controvertidos)*)⁴³⁹.

Não há agora que proceder à *seriação expressa dos factos assentes por letras alfabéticas* – antiga “*especificação*” ou “*assentamento*” – bem como à elaboração/elenco de quesitos sob a forma numérica de proposições interrogativas – *antigo questionário ou base instrutória* –, resultando implícito da enunciação/delimitação dos *thema probanda* que os factos que dela extravasem ou se consideram já *plenamente demonstrados* ou se reputam de *matéria impertinente ou excrescente* e, *qua tale, irrelevante* para uma boa e justa solução da causa⁴⁴⁰.

Duas finalidades comporta este despacho a que se reporta o artº 596º: – por um lado, trata-se de *identificar* (fixar, delimitar) o *objeto do litígio*, sendo que este é definido, quer pela causa de pedir, quer pelo pedido; – por outro, enunciar (elencar) os *temas da prova* (aos quais se possam reconduzir os pontos ou conjunto de pontos da matéria de facto ainda controvertidos e, como tal, carecidos de prova).

Delimitado, ou seja, especificado prioritariamente o *objeto do litígio* (ou seja, da real e efetiva *controvérsia*) – identificação tanto quanto possível precisa da (s) causa de pedir invocada (s) e do pedido (s) deduzidos pelo autor e/ou pelo réu-reconvinte, isto é, os *thema decidenda* (1º segmento do nº 1 do artº 596º), surge logicamente como facilitada a tarefa de enunciação dos correlativos *temas da prova*, a submeter (posteriormente) ao escrutínio e dirimência do tribunal (2º segmento do mesmo preceito), para cuja elaboração são chamados a colaborar os advogados das partes no seio própria *audiência prévia* (artº 593º, nº 2, al. c))⁴⁴¹.

17.2. Critérios de enunciação

A definição dos *temas probatórios* deve circunscrever-se agora, face ao novel artº 596º, a uma enunciação que – tendo naturalmente por referência a *factualidade essencial para a resolução do pleito* segundo um juízo de prognose prévia acerca do (possível) conteúdo do juízo decisório (positivo ou negativo) a emitir na sentença (nos termos descritos no artº 607º) – se traduza na delimitação *genérica dos quadros ou epígrafes referenciais (questões temáticas centrais)*, com conexão substancial e nos quais possam ser abstratamente subsumidos os pontos factuais controvertidos do litígio, *sobre os quais devam incidir a instrução e discussão da causa*.

Enunciação (*seleção*) essa, pois, que – tendo presente o *princípio dispositivo* – deve reportar-se à matéria ou matérias consubstanciadas nos *factos principais (essenciais)*, não só os integradores da *causa de pedir*, como também daqueles em que se fundem as *exceções* deduzidas, todos eles resultantes do cumprimento do *onus da afirmação, alegação ou dedução* (artº 5º, nº 1). O que será de excluir é uma enunciação funcionalmente subordinada a uma pré-concebida e estrita distribuição das regras do *onus probandi*.

De arredar dessa tarefa enunciativa temas *secundários, laterais* ou *accessórios*, emergentes de *afirmações ou alegações de facto* “deduzidas (nos articulados) de forma atomística, fragmentada ou avulsa, e muitas vezes prolixa e complexa, sem conexão essencial com o cerne do litígio, tais como as afirmações de caráter *meramente instrumental*, sujeitas que estão ao *princípio de inquisitorialidade* no decurso da própria audiência, *princípio* este genericamente formulado no artº 411º alíneas a), b) e c). Com efeito, as afirmações relativas aos *factos instrumentais (indiciários dos factos principais e aos factos accessórios, permissivos ou impeditivos da dedução dos factos principais)*, não só não estão sujeitos ao *onus da alegação*, como não têm, em *princípio*, de ser selecionados para “*tema da prova*”, podendo contudo ser atendidos na decisão final pelo juiz os que «*resultarem da instrução da causa*» (artº 5º, nº 2)⁴⁴²⁻⁴⁴³. Podem, todavia, ser objeto de atividade seletiva

⁴⁴² Cfr. LEBRE DE FREITAS, *A Ação Declarativa* cit., pp. 197-198.

⁴⁴³ O que não prejudica a consideração na sentença como *factos instrumentais* (quá indispensáveis) para a prova da condução contravencional e negligente por banda do tripulante do veículo causador de um acidente de viação, os seguintes: “no local da ocorrência havia tombado, momentos antes do acidente, uma forte bâtega de água acompanhada de granizo”; “o pavimento da via encontrava-se nesse local molhado e escorregadio, dificultando a aderência dos veículos”; “o veículo X deixou no pavimento 15 metros de rastros de travagem”; “no momento do acidente, o condutor conversava ao telemóvel”.

⁴³⁹ Sub-peças essas cujo despacho de elaboração não formava *caso julgado formal (positivo ou negativo)* como já era então jurisprudência consolidada.

⁴⁴⁰ Cfr., a este respeito, C. LOPES DO REGO, “*A Propósito da Reforma do Processo Civil de 2012/2013, Princípios Orientadores da Reforma do Processo Civil em Curso*”, in Revista “Julgar”, nº 16, /janeiro/abril de 2012, Coimbra Editora, pp. 118-126.

⁴⁴¹ No sentido da “*natureza compósita*” do despacho previsto no artº 596º, face à indissociabilidade dos seus dois segmentos, e à integração de *nullidade processual secundária, ex-vi* do artº 195º, se omitido um qualquer deles, cfr. RUI PINTO, *Notas ao Código de Processo Civil*, vol. II, 2ª edição, Coimbra Editora, p. 59.

e eletiva «se constituírem a base duma presunção legal⁴⁴⁴ ou de um facto contrário ao presumido⁴⁴⁵» ou tendentes à neutralização de presunções judiciais (cfr. o art.^o 349^o do CC).

Não olvidar que foi muito de caso pensado que o legislador de 2013 se afastou de uma primitiva (proposta) de formulação do despacho do art.^o 596^o que apontava para que nele se fizesse referência expressa às “questões essenciais de facto que constituem os temas da prova”, passando a redação final do preceito a referir-se, tão-somente, a “temas da prova”.

Escreve-se, a certo passo, do relatório preambular da “Exposição de motivos” da Lei n.^o XIII/2012 que esteve na base da Reforma de 2013: «Relativamente aos temas da prova a enunciar, não se trata mais de uma quesitação atomística e sincopada de pontos de facto, outrossim de permitir que a instrução, dentro dos limites definidos pela causa de pedir e pelas exceções deduzidas, decorra sem barreiras artificiais, com isso se assegurando a livre investigação e consideração de toda a matéria com atinência para a decisão da causa. Quando, mais adiante, o juiz vier a decidir a vertente fáctica da lide, aquilo que importará é que tal decisão expresse o mais fielmente possível a realidade histórica tal como esta, pela prova produzida, se revelou nos autos. Estamos perante um novo paradigma que, por isso mesmo, tem necessárias implicações, seja na eliminação de preclusões quanto à alegação de factos, seja na eliminação de um nexos direto entre os depoimentos testemunhais e os concretos pontos de facto pré-definidos, seja ainda na inexistência de uma decisão judicial que, tratando a vertente fáctica da lide, se limite a “responder” a questões eventualmente até não formuladas» (sic).

A *ratio essendi* do preceito teve em mira o evitar as delongas da consideração atomística e espartilhada da panóplia de factos meramente circunstanciais (simplesmente indiciários) de que era usual enxamear os articulados,

⁴⁴⁴ Exemplos: “a entrega de um sinal ao promitente-vendedor num contrato-promessa de compra e venda constitui a base da presunção da convenção que afasta a possibilidade de o promitente-comprador fiel requerer a execução específica (art.^o 830^o, n.^o 2, do CC); a certidão de uma escritura pública de compra e venda constitui prova da presunção de que os outorgantes fizeram as declarações dela constantes perante o oficial público subscritor” (art.^{os} 371^o, n.^o 1 e 383^o, n.^o 1, ambos do CC)» (sic) – cfr. LEBRE DE FREITAS, *A Ação Declarativa* cit., p. 190, nota 31.

⁴⁴⁵ Por ex., os factos indiciários tendentes à ilusão dos que integram as presunções legais de cumprimento da obrigação constantes dos n.^{os} 1, 2 e 3 do art.^o 786^o do CC. Sobre o ónus da prova destes factos presuntivos e dos respetivos «factos contrários» – cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, 4.^a ed. cit., pp. 37-38.

por vezes deliberadamente “elaborados de forma prolixa, complexa e confusa”, quiçá com o receio, mais ou menos justificado, de que a ação pudesse soçobrar por ausência do cumprimento exaustivo do ónus da alegação, mormente o de a um qualquer dos factos omitidos vir a ser conferido algum grau de relevância em termos de desfecho final da lide; delongas essas que, não raras vezes, resultavam da própria *proximidade das reclamações cruzadas* subsequentemente apresentadas pelas partes e que obrigavam o juiz a um redobrado e, por vezes, redundante esforço de concretização e em que, sem dúvida, radicava um dos principais fatores de bloqueio e estrangulamento da sempre tão almejada *celeridade processual*.

O que importa agora elencar são as simples (mas sempre de conteúdo genérico) “proposições” ou “temas” da prova – elaborados sob forma meramente *enunciativa* ou até *disjuntiva* ou *interrogativa* – contendo (explícita ou implicitamente) subjacentes *questões essenciais de facto* que, nesse momento, subsistam como *controvertidas* – o que envolve um prévio juízo de prognose *jurídico-substantivo* ou *jurídico-qualificativo* da hipótese concreta na *fattispecie normativa* adequada à solução do litígio, tendo sempre em mente as diversas (e potenciais) *soluções plausíveis da questão ou questões de direito* submetidas ao *verdictum* final.

A montante (nos articulados) foi alegada toda a panóplia factual, em cumprimento do ónus da afirmação, dedução ou alegação (art.^o 5^o do CPC). Isto sendo sabido que, à míngua de uma adequada densificação ou concretização fáctica que se limite à alegação de *conceitos vagos, indetermínados, abstratos, genéricos e conclusivos*, sempre poderia ter o juiz usado dos seus poderes/deveres de *convite à correção* ou ao *aperfeiçoamento* do articulado respetivo, ao abrigo do disposto nos art.^{os} 590^o, n.^o 4 e 591^o, n.^o 1, al. b)⁴⁴⁶. Nesta fase, o que importa é determinar ou definir com clareza o objeto do litígio (por reporte aos respetivos causa de pedir e pedido) e enunciar os temas sobre os quais deve incidir a prova, devendo as partes cooperar nessas identificação e enunciação, mediante a *identificação dos pontos de divergência* que se revelem essenciais para a integração das respetivas pretensões, o que terá a sua sede própria no debate a ter lugar na audiência prévia (art.^o 591^o, n.^o 1, al. f)). Os factos pertinentes integradores dos termos da prova que hajam sido alvo da atividade probatória serão, depois, assentados e criticamente analisados pelo juiz aquando da elaboração da sentença

⁴⁴⁶ Cfr. a este propósito, C. LOPES DO REGO, in “Os Princípios Orientadores da Reforma do Processo Civil em Curso”, *Revista Julgar*, n.^o 16, 2012, pp. 124-125.

e nesta reconduzidos às normas de direito probatório material, *rectius* às regras distributivas do ónus da prova (artº 607º, nº 4).

Em suma: há antes que concentrar os esforços probatórios nos “temas” controvertidos que se mostrem de manifesta relevância para uma boa e justa decisão da causa. “Temas” esses aos quais possam reconduzir-se *grandes complexos* ou *blocos de factos*, correspondentes a outras tantas questões jurídicas que no processo se suscitem, sendo que o juiz se não se encontra vinculado a utilizar (conservar) na sua *elaboração* as afirmações e *expressões verbais contidas nos articulados*. Se as alegações (das partes) enfermarem de *deficit* alegatório e de imprecisão terminológica na exposição ou narração fáctica, quiçá se tais vícios radicarem na insuficiente integração dos conceitos de direito adrede enunciados ou convocados, devem elas, em princípio, ter sido objeto da exercitação (pelo juiz do processo) do *poder-dever* de convidar a parte ao devido suprimento no *despacho de gestão inicial do processo/ despacho pré-saneador* (artº 590, nº 4) ou na *audiência prévia* (artº 591, nº 1, al. c))⁴⁴⁷.

O *modus faciendi* assume, porém, *natureza eminentemente casuística*, que depende, não só dos contornos concretos do litígio *sub-judice*, como ainda do prudente e avisado senso prático do juiz da causa, respeitado que seja sempre o monopólio das partes na alegação fáctica e com ressalva dos factos de conhecimento officiosos⁴⁴⁸, tendo sempre em atentação o propósito de disciplinar a (futura) instrução e julgamento do processo. Não há que reproduzir os pontos de facto alegados e objeto de controvérsia, antes que discernir quais de entre eles justificam indagação instrutória para a justa decisão do pleito, sendo que a *prova* terá sempre que incidir *sobre factos concretos* e que a *instrução* deve ter por objeto os *temas de prova enunciados* (artº 410º), ou os *factos carecidos de prova* se não houver lugar a essa enunciação.

Em bom rigor, os *temas da prova* são *afirmações de facto controvertidas* (e não *afirmações de factos controvertidos*), ou seja, *enunciados de afirmações* que, por serem *controvertidas*, devem ser provadas pela parte sobre a qual impender o respe-

⁴⁴⁷ No sentido, porém, de que na elaboração da (antiga) base instrutória não teria o tribunal que conservar os próprios termos que as partes expressaram nos articulados, mas que não poderia substituir-se-lhes no cumprimento do ónus da afirmação da matéria de facto, cfr. o acórdão do STJ de 22-6-2005, Proc. 1993/2005 – 7ª Sec., in www.dgsi.pt/Consº SALVADOR DA COSTA.

⁴⁴⁸ Cfr. PAULO PIMENTA, *A Fase do Saneamento Antes e Após a Vigência do Novo Código de Processo Civil*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 314 a 324.

tivo ónus. Afirmações essas depois submetidas a escrutínio judicial, em ordem a indagar da sua veracidade ou inveracidade. Por exemplo: o autor afirma que o réu atuou com dolo; o *tema de prova* será essa afirmação de que é controvertida a afirmação do autor de que o réu tenha atuado (mediante qualquer sugestão ou artifício) com intenção de induzir em erro o autor da declaração negocial. «Não há factos verdadeiros, nem factos falsos: o que existe são *afirmações de facto verdadeiras* e *afirmações de facto falsas*. Daí que o *objeto da prova* coincida com o *tema da prova*, dado que a prova tem por função a demonstração da realidade de uma afirmação de facto controvertida» (artº 341º do CC)⁴⁴⁹.

A elaboração dos “temas da prova” não reclama ou exige, contudo, uma redação expurgada de *termos* ou *qualificações jurídicas*, mormente quando os mesmos assumam contornos coincidentes na linguagem vulgar e na conceitologia legal ou doutrinal técnico-jurídicas. O artº 596º aponta, com efeito, para um relaxamento ou esbatimento da sempre latente *vexata quaestio* da *distinção entre matéria de facto e matéria de direito*.

A respeito da elaboração do *despacho de enunciação dos temas da prova*, em contraste com o anterior sistema (formulação de quesitos ou elencação dos pontos controvertidos de facto na *base instrutória*) e do conseqüente esbatimento, pretendido pela Reforma de 2013, do ancestral rigorismo da distinção entre *matéria de facto* e *matéria de direito*, escreve ABRANTES GERALDES⁴⁵⁰ que «devem ser admitidas com mais naturalidade, asserções que, não correspondendo, no contexto da concreta ação, a *puras questões de direito*, sejam algo mais que do que *puras questões de facto* no sentido tradicional» (*sic*).

Não pode, neste âmbito, vir a mais a propósito a doutrina de CASTANHEIRA NEVES acerca da distinção entre “*questão de facto*” e “*questão-de-direito*”, no sentido de que as duas questões não são, afinal, mais do que as duas faces da mesma questão – a questão do Direito⁴⁵¹. Como sublinha este ilustre Mestre, «A *questão-de-facto*” e a “*questão-de-direito*” não são duas entidades em si, de todo autónomas e independentes, antes mutuamente se condicionam, além de que também mutuamente se pressupõem e remetem uma para a outra: a “*questão de direito*” é o desenvolvimento explicitante e judicativo do problema jurídico do caso jurídico decidendo e, como tal, não pode pensar-se e resolver-se

⁴⁴⁹ Cfr., neste sentido, M. TEIXEIRA DE SOUSA, in *blog* do IPPC, 26-1-2015, em comentário ao acórdão da RP de 12-1-2105, Proc. 1989/13.5TBPNF.P1.

⁴⁵⁰ Cfr. *Recursos no Novo Código de Processo Civil*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 238.

⁴⁵¹ Cfr. RLJ, ano nº 129, p. 166 e Digesta, vol. 1º, pp. 499 e 511 e vol. 3º, pp. 321 e ss..

senão numa solução desse problema, em unitária referência a ele; a “*questão-de-facto*” ocupa-se da objectivação e da comprovação da relevância objectiva de um concreto problema jurídico e, como tal, não pode pensar-se nem resolver-se senão na perspectiva da problemática da juridicidade concreta que exige aquela objectivação e comprovação» (*sic*). E, por isso mesmo, teremos de concluir que “o *direito* não pode prescindir do *facto* e o *facto* não pode prescindir do *direito*» (*sic*). E, mais adiante: «sendo *os factos* um problema concreto de *direito* – o objecto intencional da respectiva *questão-de-facto*, e por ela determinados –, não é menos certo que também eles não têm sentido sem referência à *questão-de-direito*, pois uma *quaestio facti* é necessariamente a *quaestio facti* de uma certa *quaestio juris*» – *sic* (fim de citação).

Com a Reforma de 2013, deixou de fazer sentido uma seleção factual que comporte as “*várias soluções plausíveis da questão de direito*”, formulação concebida no n.º 1 do art.º 511.º da Reforma de 95/96 para a seleção atomística (então ainda latente), *vis a vis* as regras distributivas do ónus da prova. Função hoje assegurada pela *identificação do objeto do litígio* (e repetivas questões integradoras), em concomitância com *enunciação dos temas da prova*⁴⁵².

A elaboração desse despacho constituirá (tal como a da sua antecedente homóloga base instrutória ou probatória) a pedra de toque, a principal marca evidenciadora da bagagem técnico-jurídica e da argúcia/eficácia intelectual e cognoscitiva do juiz titular do processo.

Exemplos:

– numa *ação para efetivação de responsabilidade civil extracontratual* por acidente de viação com base na culpa (art.º 483.º e ss. do CC), o juiz proferirá despacho (ao abrigo do disposto no art.º 596.º) começando por identificar com precisão a *causa de pedir* (evento danoso traduzido numa conduta ativa ou omissiva de carácter lesivo) e o *pedido* e respetivos desdobramentos ou segmentos (se os houver) concretamente deduzidos. Passará depois à enunciação, se for o caso, dos *temas de prova* integradores dos diversos pressupostos da obrigação de indemnizar: (facto ou evento e seu *iter* causal naturalístico), ilicitude do facto, imputação subjetiva (culpa ou grau de culpa dos agentes ou intervenientes), existência de danos (e respetivos tipos e modalidades) e o nexo de causalidade (adequada) entre o alegado facto gerador e a produção dos afirmados prejuízos dele decor-

rentes; quanto aos aventados prejuízos (ou danos resultantes do acidente), importa ter presente que, não raras vezes, se perfilam já como incontroversos os diversos tipos de danos sofridos pelo lesado e a respetiva quantificação pecuniária, bem como o apuramento e a descrição das respetivas sequelas, designadamente em termos de evolução clínica dos tratamentos e dos padecimentos psico-físicos e corporais sofridos, pelo que, em apreciável número de situações, resta apenas por apurar e circunscrever por via médico-pericial a fixação do grau de incapacidade do lesado para o trabalho (em termos da diminuição da capacidade geral de ganho) e à determinação dos rendimentos por ele auferidos à data do sinistro⁴⁵³;

– numa *ação para efetivação de responsabilidade civil pelo risco* (art.º 503.º, n.º 1, do CC), deverão constituir temas da prova os seguintes: – direção efetiva do veículo no momento do embate –; “interesse” (pessoal) na utilização do veículo aquando do acidente; – avaria nos travões; – danos casusados pelo condutor do veículo X; ou então, se o veículo causador do sinistro, fosse (aleadamente) conduzido por um empregado do respetivo titular (art.º 503.º, n.º 3, do CC), os seguintes temas da prova: – “condutor” do veículo aquando do evento; – “por conta” (ou em nome ou a favor) de quem o veículo era conduzido; – culpa na produção do evento; – danos causados pelo embate;

– com vista à subsunção da *fattispecie* no *tipo contratual de comodato* (art.º 1129.º do CC), o juiz deve enunciar preliminarmente a *causa de pedir* (o contrato celebrado) e o *pedido* (restituição da coisa comodatada) e passar a enunciar como temas de prova os seguintes: – conteúdo e programa do contrato celebrado, designadamente: – obrigações recíprocas dos contraentes; – prazos de cumprimento das cláusulas contratuais; ou interpelação para cumprimento (no caso de a obrigação pura ou sem prazo certo); – eventual concessão de uma (alegada) moratória do comodante ao comodatário; – cumprimento total ou parcial ou cumprimento defeituoso; – incumprimento por banda de qualquer das partes ou imputação do incumprimento; – danos advenientes do incumprimento;

– numa *ação relativa ao estabelecimento da filiação por reconhecimento judicial* (*v. g.* por investigação de paternidade – art.º 1869.º do CC), bastará a enunciação dos seguintes temas de prova: – “relações sexuais entre a mãe do investigante (autor) com o investigado (pretensão pai ou presumível progenitor) nos primeiros 120 dias dos 300 que precederam a data do nascimento do autor” (art.ºs 1798.º e

⁴⁵² Cfr., a este respeito, PAULO RAMOS DE FARIA/ANA LUÍSA LOUREIRO, *in Princípios Notas ao Novo Código de Processo Civil*, volume I, 2.ª edição, 2014, p. 546.

⁴⁵³ Cfr. LOPES DO REGO, *Princípios Orientadores* cit., *in* revista *Julgar*, 2012, p. 125.

1871º, nº 1, al. e) do CC), ou, em alternativa, “existência continuada de relações de amantismo entre a mãe do investigador e o investigado com coabitação e convivência conjunta debaixo do mesmo teto como se fossem marido e mulher durante os primeiros 120 dias dos 300 que precederam a data do nascimento do investigador” (artº 1871º, nº 1, al. e), do CC); – ter o investigador nascido das relações sexuais havidas entre a mãe do investigador e o investigado durante o período aludido no 1º tema (este último deve, aliás, ser objeto de prova pericial médico-legal, *v. g.*, de exames de sangue e outros métodos científicos *ex-vi* do artº 1801º do CC); – todos os demais factos serão (normalmente) meramente instrumentais desses temas essenciais mas que o juiz não deixará de ponderar, valorar e elencar na fundamentação da sentença como indiciadores desses factos principais;

– numa *ação sobre a execução de um contrato de empreitada* (artº 1207º e ss. do CC), haverá, *prima facie*, que indicar com precisão a *causa de pedir* e o pedido e, subsequentemente, enunciar os temas da prova que podem incidir sobre as seguintes questões autónomas: – execução da obra; – fiscalização da obra; – determinação e pagamento do preço; – alterações e obras novas; – defeitos da obra; – denúncia dos defeitos; – eliminação dos defeitos; – responsabilidade dos sub-empregados; – impossibilidade de execução da obra.

17.3. Valor. Modificabilidade

Deste despacho (proferido em ato seguido ao despacho saneador) podem as partes *reclamar* com base em *deficiência*, *excesso* ou *obscuridade*⁴⁵⁴⁻⁴⁵⁵, mas o despacho incidente sobre as reclamações (se proferido *na própria audiência se a ela houver lugar*) é *insuscetível de recurso autónomo*, já que só pode ser *impugnado no recurso* que (eventualmente) venha a ser interposto da decisão final (artº 569º, nº 3).

⁴⁵⁴ A *deficiência* consiste na omissão de temas relevantes para a decisão da causa; o *excesso* na inclusão de questões não submetidas ao escrutínio judicial ou para tal irrelevantes; a *obscuridade* em elaboração da peça ou do segmento de peça em termos não inteligíveis para qualquer destinatário médio.

⁴⁵⁵ A enunciação dos temas da prova será *deficiente* quando omita questões probandas indispensáveis para uma das soluções plausíveis da questão de direito. Será *excessiva* se contiver temas ou questões de todo em todo dispensáveis ou indiferentes (como tal excrescentes) para tal *desideratum*. A *complexidade* da peça traduz-se em a mesma conter temas eivados de notória prolixidade ou confusão, designadamente quando contiver mais que uma proposição lógico-discursiva, «correspondendo, assim, a complexidade à «transgressão do princípio da simplicidade». «Padece de *obscuridade* o tema redigido em termos tais que «suscite legítimas «dúvidas sobre o seu verdadeiro sentido e alcance» – *cf.* ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III cit., pp. 224-227.

É, assim, tal despacho suscetível de subseqüentes *modificações* ou *alterações*, em consequência de: a) *reclamação* deduzidas pelas partes decidida após contraditório (artº 596º, nº 2); quando ocorram na audiência prévia e esta seja gravada, os *despachos* e as *reclamações* podem ter lugar *oralmente*; b) *aditamento de novos factos* alegados em *articulado superveniente* antes ou depois da marcação da audiência final (artº 588º e 589º) ou em certos incidentes como o da *liquidação* (artº 360º, nº 2) e o da *exceção probatória documental* (artº 449º, nº 2); c) *decisão do Tribunal da Relação*, em recurso interposto da decisão final de 1ª instância sobre matéria de facto (artº 662, nºs 1 e 2); d) *decisão do Supremo Tribunal de Justiça* tomada ao abrigo do disposto no nº 3 do artº 682º (com vista à ampliação da decisão de facto pelas instâncias «em ordem a constituir base suficiente para a decisão de direito» ou se ocorrerem «contradições na decisão sobre a matéria de facto que inviabilizam a decisão jurídica do pleito»).

O Supremo Tribunal de Justiça vinha, de resto, e desde há muito, considerando os antigos *despacho de assentamento* (“Especificação”) e de elaboração da *base instrutória* (“Questionário”), *não como decisões definitivas*, mas como *meras peças provisórias, interlocutórias, preparatórias* ou *instrumentais* das fases subseqüentes, ou seja, simples repositórios de questões factuais, a poderem ser objeto de ulterior pronúncia do tribunal. No que particularmente se refere à *especificação* (depois sub-despacho de *assentamento*), com a Reforma de 95/96, o Assento nº 14/94, de 26 de maio⁴⁵⁶, firmara já jurisprudência no sentido de que essa peça «tenha ou não havido reclamações, tenha ou não havido impugnação do despacho que as decidiu, poderia sempre ser alterada, mesmo na ausência de causas supervenientes, até ao trânsito em julgado da decisão final do litígio». Não formava, pois, o despacho que a elaborou *caso julgado formal positivo*. E não também *caso julgado formal negativo*, pois que não deixava assente que os factos nela não elencados se não encontrassem já então (à data da sua elaboração) plenamente provados pelas mesmas vias (documento, acordo ou confissão das partes)⁴⁵⁷.

Na mesma senda, o mesmo Supremo Tribunal vinha entendendo que «quer antes, quer depois da entrada em vigor do Dec.-Lei nº 242/95, de 9 de julho, a fixação da *especificação* e do *questionário* (depois *base instrutória*) com ou sem *reclamação*, com ou sem recurso do despacho proferido, não conduz a caso

⁴⁵⁶ *Cfr.* o DR, IªS-A, nº 230, de 4-10-94, pp. 6072 e ss..

⁴⁵⁷ *Cfr.* LEBRE DE FREITAS, *A Ação Declarativa* cit., pp. 190-195.

julgado formal»⁴⁵⁸. Daí que o Supremo, através do AC UNIF nº 4/99, de 14 de abril de 1999⁴⁵⁹, haja fixado jurisprudência, no sentido de que «*não é admissível recurso para o Supremo Tribunal de Justiça das decisões respeitantes à organização da especificação (depois seleção dos factos assentes) e do questionário (depois base instrutória)*. Não por acaso, enquanto que na al. e) do nº 1 do artº 508º-A e nos nºs 1 e 2 do artº 511º (Reforma de 95/96) se falava em factos *considerados* como assentes ou controvertidos, no nº 2 do então artº 653º, subordinado à epígrafe “*juízo da matéria de facto*” (em sede de audiência final), exarava-se que “*a decisão proferida «declarará quais os factos que o tribunal julga provados e quais os que julga não provados»*”, terminologia que logo inculcava a citada dicotomia provisoriedade/definitividade⁴⁶⁰. Daí que tais despachos ou sub-despachos revestissem a natureza de *peças meramente ordenadoras ou disciplinadoras* da condensação da matéria fáctica, sem, pois, qualquer força obrigatória dentro do processo. O (agora revogado) nº 4 do artº 646º considerava, de resto, como *não escritas* as respostas (do tribunal que julgava a matéria de facto) sobre *matéria de direito* ou sobre factos apenas suscetíveis de prova documental ou sobre *factos já plenamente provados* (por documento, acordo ou confissão das partes), não fazendo qualquer ressalva para os factos já anteriormente objeto de seleção prévia para especificação. No âmbito do CPC 95/96, o assentamento factual operado pelos tribunais de 1ª instância era passível de modificabilidade, quer pelas Relações (artº 712º), quer pelo Supremo Tribunal de Justiça (artºs 729º e 730º).

⁴⁵⁸ Cfr. o acórdão do STJ de 27-11-90, in BMJ nº 401, p. 529 / Consº CURA MARIANO.

⁴⁵⁹ Cfr. DR; 1ª A- Série nº 165/99, de 17-7-99, pp. 4459 e ss., cuja doutrina foi reiterada, entre muitos outros, pelo acórdão do STJ de 5-5-2005, Proc. nº 865/2005 – 2ª Sec. / in www.dgsi.pt/ Consº FERREIRA DE ALMEIDA.

⁴⁶⁰ Cfr. LEBRE DE FREITAS, *A Ação Declarativa* cit., pp. 190-195.

Capítulo IV

A Instrução.

Direito probatório

SUMÁRIO: **18.** A instrução do processo. **18.1.** Noção. Função. **18.2.** Conceito de prova. Definições doutrinárias associadas. **19.** Direito probatório. **19.1.** Direito probatório material. **19.2.** Direito probatório formal. **20.** Objeto das provas. **20.1.** O tema probatório. **20.2.** Necessidade de prova. **21.** O Ónus da prova. **21.1.** O ónus da prova *versus* o ónus da alegação. **21.2.** Ónus da prova subjetivo e ónus da prova objetivo. Regras distributivas. **21.3.** Situações especiais. **21.4.** Inversão do ónus da prova. **22.** Meios e tipos de prova. **22.1.** Classificação legal. **22.2.** Classificações doutrinárias. **22.2.1.** Provas legais e provas livres. **22.2.2.** Provas pré-constituídas e provas constituídas. **22.2.3.** Provas pessoais e provas reais. **22.2.4.** Provas diretas ou imediatas e provas indiretas ou mediatas. **22.2.5.** Provas históricas ou representativas e provas críticas ou indiciárias. **23.** Força probatória dos diversos meios de prova. **23.1.** Prova livre e prova legal. **23.2.** Gradações do valor probatório das provas legais. **24.** Convenções sobre provas. Limites legais. **25.** Impugnação da admissibilidade ou da força probatória dos diversos meios de prova. Exceções probatórias. **26.** A ilicitude das provas. **27.** Procedimentos probatórios. **27.1.** Enunciação. **27.2.** Proposição das provas. Requerimentos probatórios. **27.3.** Produção antecipada de prova. **27.4.** O contraditório na produção das provas. **27.5.** Gravação. Registo da prova. **28.** Prova por apresentação de coisas móveis ou imóveis. **29.** Prova por presunções. Força probatória. **29.1.** Conceito. **29.2.** Classificação. **29.2.1.** Presunções legais. **29.2.2.** Presunções naturais. **30.** Prova documental. **30.1.** Conceito de documento. **30.2.** Momento da apresentação da prova documental. **31.** Classificação dos documentos. **31.1.** Documentos autênticos. Força probatória. **31.2.** Documentos particulares. Força probatória. **31.2.1.** Caracterização. Espécies. **31.2.2.** Força probatória. **31.2.2.1.** Documentos particulares assinados. **31.2.2.2.** Documentos particula-

res não assinados e que não é costume assinar. **32.** Cópias e reproduções mecânicas. Força probatória. **33.** Documentos eletrônicos. **33.1.** Enquadramento normativo. Noção. **33.2.** Forma e força probatória. **33.3.** Utilização da prova eletrônica em juízo. **34.** Documentos *ad probationem* e *ad substantiam*. **35.** Documentos legalizados no estrangeiro e legalização de documentos passados no estrangeiro. **36.** Prova por confissão. **36.1.** A confissão. Conceito e natureza jurídica. **36.2.** Conceitos associados. **36.3.** Espécies. **36.3.1.** Confissão judicial. Modalidades. Valor probatório. **36.3.2.** Confissão em depoimento de parte. Força probatória. **36.3.3.** Confissão em prestação de informações ou esclarecimentos ao tribunal. Impugnabilidade. Força probatória. **36.3.4.** Confissão extrajudicial. Modalidades. Força probatória. **37.** A confissão com força probatória plena. Requisitos de eficácia. **37.1.** Razões da força probatória. **37.2.** Requisitos formais. **38.** A confissão com força probatória livre. **39.** Princípios comuns às diversas formas de confissão. **39.1.** Irretratabilidade. **39.2.** Indivisibilidade. **40.** Prova por declarações das partes. Força probatória. **41.** Prova pericial. **41.1.** Objeto. **41.2.** Perícia singular e perícia colegial. Nomeação de peritos. **41.3.** Procedimentos probatórios. **41.4.** Segunda perícia. **41.5.** Valor probatório. **42.** Prova por inspeção judicial. **42.1.** Objeto. Iniciativa. Valor probatório. **42.2.** Prova por verificações não judiciais qualificadas. **42.3.** Valor probatório. **43.** Prova testemunhal. **43.1.** Noção. Natureza. **43.2.** Admissibilidade. **43.3.** Inabilidades para depor. **43.4.** Proposição. **43.4.1.** O rol de testemunhas. Limite legal. Alteração. **43.4.2.** Prerrogativas de inquirição. **43.4.3.** Impossibilidade de comparecimento por doença ou grave dificuldade. **43.5.** Procedimentos probatórios. **43.6.** Depoimento por escrito. **43.7.** Não comparecimento. Consequências. **43.8.** Substituição. **43.9.** Incidentes do ato de inquirição. **43.9.1.** Impugnação. **43.9.2.** Contradita. **43.9.3.** Acareação. **43.10.** Abono de despesas e indenização. **43.11.** Valor probatório. **44.** Meios de prova de gênese endoprocessual. **44.1.** Enunciação. **44.2.** Valor probatório. **45.** Valor extraprocessual das provas. **45.1.** Requisitos. **45.2.** Âmbito. **45.3.** Exclusão.

Secção I

Direito probatório geral. Conceitos probatórios

18. A instrução do processo

18.1. Noção. Função

A *instrução* do processo tem por base e objeto *os temas da prova pré-enunciados* (no despacho a que se reporta o artº 596º) ou, quando não tenha de haver lugar a esta enunciação, os factos (*relevantes/controvertidos*), carecidos ou necessitados de prova» (cfr. o artº 410º).

Destina-se a *atividade instrutória* (anteriormente uma fase, período ou ciclo processual autónomo) – se o processo não tiver terminado na fase da audiência prévia – à produção das provas destinadas à formação da convicção do tribunal quanto aos factos alegados que interessam à decisão e hajam sido impugnados. Isto é, a «fornecer ao juiz (*judici fit probatio*) os dados ou elementos necessários ao «controlo da veracidade das correspondentes afirmações das partes»⁴⁶¹, ou seja, à prova da *matéria de facto essencial ao julgamento da causa*⁴⁶². Através dela, são exercitados no processo (pondo à disposição do julgador) os diversos *meios de prova*, tendo por referência o objeto definido pelo citado artº 410º (*o elenco dos factos enunciados como temas da prova*) ou os *factos alegados pelo autor na petição em caso de revelia inoperante decorrente do disposto na al. a) do artº 568º (ex-vi do nº 3 do artº 567º)*.

Importa relevar, nesta sede, o *princípio do inquisitório*, em obediência ao qual «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» (artº 411º).

18.2. Conceito de prova. Definições doutrinárias associadas

As provas têm por função a *demonstração da realidade dos factos* (cfr. o artº 341º do CC)⁴⁶³. São, pois, os elementos que servem de instrumento à formação da convicção do juiz acerca dos factos controvertidos.

Associados ao conceito de prova, importa reter os seguintes outros conceitos (nomenclatura e terminologia de MANUEL DE ANDRADE)⁴⁶⁴:

- a) *prova como atividade probatória*: é o conjunto de atos processuais especialmente pré-ordenados aos fins específicos da instrução; deve, neste âmbito, distinguir-se a *atividade instrutória* da *atividade probatória* propriamente dita (ou de produção de prova), esta última a ser (normalmente) desenvolvida na audiência final como instrumental da *atividade instrutória* (cfr. o artº 604º, nº 3); incide a atividade probatória sobre os meios de prova trazidos ao processo pelas partes ou ordenados *ex-officio* pelo tribunal (cfr. os artºs 5º e 411º); e destina-se

⁴⁶¹ Cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares* cit., p. 177.

⁴⁶² Cfr. ANTUNES VARELA/J. M. BEZERRA/SAMPAIO E NORA, *Manual* cit., p. 240.

⁴⁶³ Sobre o conceito de prova e as aceções em que pode ser tomada, cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares* cit., pp. 177-179, ANTUNES VARELA/J. M. BEZERRA/SAMPAIO E NORA, *Manual* cit., pp. 434-437 e CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil*, 1987, vol. II cit., pp. 659-661.

⁴⁶⁴ Cfr. *Noções Elementares* cit., pp. 177-179.

a possibilitar ao órgão jurisdicional a formação (aquando da prolação da sentença) da sua *prudente e livre convicção* acerca dos factos submetidos ao seu escrutínio, salva sempre qualquer formalidade indispensável para a existência ou para a prova de um qualquer ato ou facto jurídico em especial (cfr. o n.º 5 do art.º 607.º);

- b) prova como *resultado probatório*: a real e efetiva (segundo a convicção do juiz) *demonstração da realidade dum facto*, ou seja, da veracidade ou verosimilhança da correspondente afirmação ou os simples dados (*material probatório*) emergentes da atividade probatória, mesmo que não conducentes à efetiva demonstração dessa realidade;
- c) *motivo ou argumento probatório*: qualquer elemento ou segmento do material probatório (indício, vestígio ou sinal) ou qualquer razão determinante para a formação da convicção do julgador;
- d) *meio de prova* (instrumento ou fonte de prova): todo e qualquer elemento apreensível pela atividade percetiva ou simplesmente indutiva do juiz (*percepção sensível direta ou indireta*), que lhe permita, de harmonia com os cânones legais, formar o seu juízo cognoscitivo acerca das afirmações de facto feitas pelas partes (*diretamente* através de coisas físicas ou corpóreas como a própria parte, a testemunha o documento o perito, etc., ou *indiretamente*, ainda que pela própria percepção imediata, através dos depoimentos, do conteúdo dos documentos ou das respostas dos peritos (o chamado *material probatório*);
- e) prova e *certeza*: a prova não traduz uma qualquer certeza lógico-matemática mas, tão-somente (em termos de resultado probatório), um elevado grau de probabilidade da ocorrência do facto demonstrando (certeza histórico-empírica);
- f) *prova de primeira aparência* (prova «*prima-facie*»): esta modalidade de prova, ao contrário da *prova suficiente*, não produz a plena convicção do juiz (segundo um critério histórico-empírico), mas apenas um certo grau de probabilidade suscetível de inverter o ónus da prova ou, pelo menos, de obrigar a parte contrária a contraprova;
- g) prova e *simples justificação*: a simples justificação é *prova sumária* (*summaria cognitio*), *superficial*, *perfunctória*, mínimo legal exigível para certos efeitos processuais, como por ex., nos procedimentos cautelares (cfr. os art.ºs 292.º a 294.º, *ex-vi* do n.º 3 do art.º 365.º, e o n.º 1 do art.º 368.º) e para outras medidas provisórias com carácter urgente; através dela, a parte procura convencer o juiz da séria credibilidade ou vero-

similhança das respetivas afirmações de facto; possui um *grau de probabilidade* (ou de *probatoriedade*) de nível inferior ao que corresponderia a uma verdadeira prova, e daí ser também designada por *prova* simplesmente *informatória*, cuja atividade produtiva se não encontra adstrita a um rigoroso formalismo legal⁴⁶⁵.

19. Direito probatório

O *direito probatório* é o conjunto de normas reguladoras da atividade probatória (*direito regulador das provas*). Importa nele distinguir entre *direito probatório material* e *direito probatório formal*.

19.1. Direito probatório material

O *direito probatório material* regula o *ónus da prova* (estabelecendo as respetivas regras distributivas), bem como a *admissibilidade* e a *força probatória dos diversos meios de prova*⁴⁶⁶.

Intimamente associado à relação jurídica material, cuja sorte pode por ele ser decisivamente influenciada, muitas das suas normas são encaradas, para certos efeitos, como *normas de direito substantivo*, como por exemplo as impositivas de formalidades específicas para a prova de determinadas declarações negociais (formalidades *ad probationem*) ou as que estabelecem especialmente o *ónus da prova* dos factos invocados em juízo (cfr., *v. g.*, os art.ºs 342.º a 344.º do CC). Isto porque as que exigem *formalidades ad substantiam* (para a própria existência ou validade do negócio) se perfilam inquestionavelmente como de *direito material*.

Mas porque as provas desempenham, não só uma *função judicial* (formação da convicção do julgador), mas também uma *função extrajudicial* (formação da convicção de terceiros em caso de exercício inter-subjetivo dos direitos e garantia da segurança dos diversos interessados deles titulares ou não), possuem as mesmas assento privilegiado (e originário) no direito substantivo, *maxime* no CC (cfr. os art.ºs 341.º a 396.º)⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ Cfr., quanto a este ponto, VAZ SERRA, *Provas-Direito Probatório Material*, Lisboa 1962, pp. 22-25.

⁴⁶⁶ Cfr., quanto a este tema, VAZ SERRA, *Provas*, *in ob.* e *loc. cit.*s.

⁴⁶⁷ Cfr., a este respeito, os comentários de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.ª ed., cit., pp. 304 a 345.

19.2. Direito probatório formal

O *direito probatório formal* regula o modo de produção das provas em tribunal sendo, pois, o conjunto de normas que disciplinam o *acionamento dos diversos meios de prova*, indicando o modo de requerer, produzir e valorar as provas, ou seja, os atos processuais que veiculam a sua *utilização em juízo*⁴⁶⁸.

A sua sede primacial é o CPC (art^{os} 410^o a 526^o), os quais integram o conjunto de normas que regem os chamados *procedimentos probatórios*. Estes, por seu turno, sequências de atos processuais respeitantes à produção (*utilização*) da prova em tribunal, atentos os fins específicos de cada meio de prova (*admissão, produção, assunção*, etc.).

20. Objeto das provas

20.1. O tema probatório

O *objeto da prova* (*tema probatório* ou *thema probandum*) é definido pelo art^o 410^o, confundindo-se com o próprio *objeto da instrução*.

O *objeto da instrução* consubstancia-se nos «factos relevantes para o exame e decisão da causa» (art^o 410^o) – factos esses que é suposto integrarem ou subsumir-se no acervo (elenco) dos *temas da prova* enunciados no despacho a que se reporta o art^o 596^o ou, na ausência desse despacho, os “factos necessitados de prova”, sendo que as provas (*pré-constituídas e constituendas*) a produzir «têm por função a *demonstração da realidade dos factos*» (art^o 341^o do CC).

§1^o Só os factos

A atividade instrutória incide, pois, sobre as questões essenciais de facto genericamente fixadas *no despacho a que se reporta o n^o 1 do art^o 596^o ou na petição inicial*, nos casos de *revelia inoperante*, salvo quando tal inoperância se funde na alínea *a*) do art^o 568^o. Questões essas que correspondem aos *factos articulados pelas partes* e subsistam controvertidos, os quais devam ser objeto de pronúncia jurisdicional (cfr. os art^{os} 5^o n^o 2 e 607^o, n^{os} 4 e 5 e 608^o).

Podem constituir objeto de prova⁴⁶⁹ não só os *factos principais* (*essenciais e complementares*) como os *factos instrumentais*: – os *factos principais* traduzidos em estados, acontecimentos ou ocorrências que (direta ou indiretamente) sirvam de pressuposto às normas de direito material aplicáveis e integrem a

causa de pedir na ação, bem como aqueles em que se baseiem as *exceções* invocadas (art^o 5^o, n^o 1); – os *factos complementares ou concretizadores* de factos essenciais à procedência das pretensões formuladas ou das exceções deduzidas que sirvam para concretizar outros que as partes hajam oportunamente alegado e resultem da instrução da causa, desde que a parte interessada manifeste vontade de deles se aproveitar e à parte contrária haja sido facultado o exercício do contraditório» (art^o 5^o, n^o 2, al. *b*)); – os *factos instrumentais* «que resultem da instrução da causa» (que sejam *indiciários dos factos principais ou de factos complementares* relevantes para uma boa e justa decisão do pleito), sem prejuízo da sua consideração a título oficioso (art^o 5^o, n^o 2, al. *a*)).

E também os chamados *factos acessórios* que apenas respeitam à admissibilidade de um dado meio probatório, tais como os relativos à admissibilidade de uma testemunha (art^o 496^o), ao impedimento ou suspeição de um perito (art^o 470^o) ou à impugnação da genuinidade de um documento particular (art^o 444^o).

No elenco de MANUEL DE ANDRADE⁴⁷⁰ cabem ainda, entre os factos objeto dos *thema probanda*, os seguintes: – os *factos externos* ou do mundo exterior, tais como uma declaração negocial, um embate ou uma colisão de veículos, as lesões corporais da vítima de um acidente; – os *factos internos* ou da vida íntima ou psíquica (uma atuação enganadora de outrem, o conhecimento das circunstâncias de um evento danoso ou das características de um dado objeto, a atuação como uma certa intenção, etc.); – os *factos reais* (na perspetiva da afirmação da parte); – os chamados *factos hipotéticos ou conjecturais* (*eventuais*), tais como os relativos ao apuramento dos lucros cessantes (futuros ou previsíveis) ou à suposta ou presumível vontade das partes, estes «para efeitos de redução ou de conversão de negócios jurídicos».

§2^o Não o direito

O direito não pode ser objeto de instrução e prova.

Se bem que só possa servir-se dos factos principais articulados pelas partes (eventualmente, a título oficioso, dos factos complementares ou concretizadores e dos factos instrumentais dos principais por elas alegados – art^o 5^o), o juiz não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito (art^o 5^o, n^o 3) – *princípio*

⁴⁶⁸ Cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares* cit., pp. 179-180.

⁴⁶⁹ Cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares* cit., pp. 180-181.

⁴⁷⁰ Cfr. *Noções Elementares* cit., p. 181.

da liberdade na aplicação do direito. Daí, em acentuação da *oficiosidade* da *indagação*, *interpretação* e *aplicação* do direito, os consabidos brocardos «*jura novit curia*», «*da mihi factum, dabo tibi juris*», «*la cour sait le droit*» ou «*le judge sait le droit*», com consagração no n.º 3 do art.º 5.º do CPC.

Nem sempre constitui tarefa fácil a *distinção entre facto e direito* ou a delimitação das *questões de facto* relativamente às *questões de direito*. Distinção que releva designada e especialmente em sede de emissão do juízo de *admissibilidade do recurso de revista* (*simples*, *excecional* e *per saltum* – cfr. os n.ºs 1 a 3 do art.º 674.º, 672.º e 678.º).

Escrevia ALBERTO DOS REIS⁴⁷¹ – reitera-se – «*é questão de facto* tudo o que tende a apurar quaisquer *ocorrências da vida real*, quaisquer eventos materiais e concretos, quaisquer mudanças operadas no mundo exterior. Por seu lado, *é questão de direito* tudo o que respeita à interpretação e aplicação da lei». Para CASTRO MENDES «*é matéria de direito* tudo o que se relaciona com a existência, validade ou interpretação das normas jurídicas, demarcando-se, por oposição, a *matéria de facto*». Para ANSELMO DE CASTRO⁴⁷², «*constitui uma questão de direito* determinar se os factos apurados se integram ou não na previsão legal, sendo através de um *juízo de direito* que se procede à subsunção do facto na norma». Já para ANTUNES VARELA/J. M. BEZERRA/SAMPAIO E NORA «a matéria de facto pode respeitar: a) às *ocorrências concretas da vida real*, ao *status pessoal*, *familiar* ou *conjugal*, à *situação real das pessoas* (por exemplo, o género da pessoa, a idade, o *status* de filho, de casado, de solteiro, de divorciado ou de simples unido de facto, a qualidade de devedor etc.) ou à *titularidade*, *contitularidade*, ou *mera detenção de coisas*, à *titularidade de direitos*, à *confinância entre prédios*, aos *encargos sobre prédios*, à *transmissão de uma coisa ou direito*, etc.); b) aos *acontecimentos do foro interno*, *emocional* ou *íntimo das pessoas* (por exemplo, às dores físicas e morais provocadas por um dado embate violento ou por uma determinada agressão física, ao relato de determinado evento concreto, à vontade psicológica refletida em qualquer declaração negocial⁴⁷³); c) às *ocorrências virtuais ou hipotéticas* (por exemplo, para

aférir dos alegados *excesso de velocidade* ou da *falta de conservação do veículo*, saber se o condutor teria ou não teria podido travar num espaço livre e visível à sua frente caso seguisse a uma velocidade mais moderada e se os travões tivessem sido corretamente verificados e inspecionados); d) aos *juízos periciais de facto*, como, por exemplo, saber qual a percentagem de diminuição da capacidade de trabalho (e/ou da capacidade de ganho) resultante para um sinistrado rodoviário (lesado) por um dado acidente de trânsito, bem como da degradação da sua acuidade visual ou auditiva» (*sic*)^{474,475}.

Apenas num caso concreto faz lei impender o ónus da prova do direito sobre a parte: «àquele que invocar *direito consuetudinário*, local ou estrangeiro, compete fazer a prova da sua existência e conteúdo» (art.º 348.º, n.º 1, do CC). Ainda assim, atribui esse preceito ao tribunal o poder-dever de «procurar, *oficiosamente*, obter o respetivo conhecimento», quer tal direito haja sido ou não expressamente invocado.

São, pois, suscetíveis de prova (e conseqüentemente passíveis de integrar os temas probatórios), não apenas os *eventos do mundo exterior* (os *factos externos*), mas também as realidades do *foro íntimo*, *emocional* ou *psíquico* (os *factos internos*); e não só os *eventos reais* como também os *virtuais* (os *factos conjeturais* ou *hipotéticos*)⁴⁷⁶. Os *factos internos*, não são apreensíveis pelos sentidos, não podendo, por isso, constituir objeto de prova como os *factos externos*, mas importa não olvidar que a *prova processual não é uma prova científica ou matemática*, já que se contenta com um razoável grau de *convicção* (ou de *probabilidade*) que é suposto ser o reclamado pelas exigências da vida em sociedade. Não raras vezes, também “os próprios *factos externos* só podem ser *provados por via indireta*, designadamente através de «*presunções* baseadas em regras da experiência, *leis da natureza* ou *cânones do pensamento*» que igual-

n.º 2175/2004 – 2.ª Sec. e de 21-9-2010, Proc. 2/05.5TBMNC.G1 – 6.ª Sec., in www.dgsi.pt/ Cons.º FERREIRA DE ALMEIDA.

⁴⁷⁴ Para estes autores, *Manual cit.*, p. 407, «dentro vasta categoria dos factos (processualmente relevantes) cabem, não apenas os acontecimentos do mundo exterior (da realidade empírico-sensível, diretamente captável pelas percepções do homem (*ex-propriis sensibus, visus et audictus*), mas também os do foro interno, da vida psíquica, sensorial ou emocional do indivíduo».

⁴⁷⁵ Para LEBRE DE FREITAS, in *A Confissão*, 1991, p. 44, «o *facto* «é um acontecimento ou circunstância do mundo exterior ou da vida íntima do homem, pertencente ao passado ou ao presente, concretamente definido no tempo e no espaço, e como tal apresentando as características de objeto (designadamente, da alegação processual e da prova feita em juízo)» (*sic*).

⁴⁷⁶ Estes últimos mais *juízos de facto* que *factos* em sentido próprio – cfr. ANTUNES VARELA/J. M. BEZERRA/SAMPAIO E NORA, *Manual cit.* pp. 407-409.

⁴⁷¹ Cfr. *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, pp. 206-207.

⁴⁷² Cfr. *Direito Processual Civil Declaratório*, vol. III, p. 268.

⁴⁷³ «A determinação/indagação da real intenção dos contraentes ou sua declaração concreta, quer no ato da vinculação negocial (emissão de declaração negocial expressa ou tácita), quer no desenvolvimento ou execução do “*iter negotii*” (*lex contractus*), constitui, a se, matéria de facto. Só quando se encontre em causa a interpretação de uma declaração negocial segundo (ou por aplicação de critérios normativos) – de harmonia com a *teoria da impressão do destinatário* acolhida no n.º 1 do art.º 236.º do CC, é que a questão passa a ser de direito» – cfr. os acórdãos do STJ de 7-10-2004, Proc.

mente indiciam a existência de factos internos⁴⁷⁷. O que vale por dizer que, «quer a *prova dos factos externos*, quer a *prova dos factos internos*, pode ser feita por *meios presuntivos e indiciários*, importando em qualquer caso, assegurar a fiabilidade da *razão de ciência* das fontes de prova pessoal, bem como a credibilidade ou fidedignidade dos demais elementos probatórios adrede recolhidos (art^{os} 638^o, n^o 1 e 653^o, n^o 2)»⁴⁷⁸.

A *matéria de direito* respeita à *tarefa de valoração a fazer pelo juiz* (na sentença) de harmonia com a *lei* e os *cânones dela interpretativos*, em ordem a, sobre a hipótese concreta, poder emitir os seus (próprios) *juízos subsuntivos* de ordem *indutiva* ou *conclusiva*.

Integram, por ex., *questões de direito expressões* ou *conceitos (abstratos ou indeterminados) tecnicamente jurídicos*, tais como: – o *sentido decisivo da declaração de vontade* (art^o 236^o do CC); – a *conflituação com a ordem pública* ou aos *bons costumes* do objeto ou do fim de certo negócio (art^{os} 280^o e 281^o do CC); – o *manifesto excesso* ou *injustificação* dos benefícios obtidos por um dos contraentes através do contrato (art^o 282^o do CC); – a *atuação de um determinado titular com abuso do direito*, isto é, com *manifesto excesso dos limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social e económico desse direito*» (art^o 334^o do CC); – a *qualificação da alteração das circunstâncias* básicas do contrato como *normal* ou *anormal* (art^o 437^o do CC); – saber se a *adveniência dos danos* causados por animal resultam de um *perigo especial* que envolve a sua utilização (art^o 502^o do CC); – se a *produção de um acidente é resultado de um caso de força maior* (art^o 505^o); – saber se a *falta de interesse do credor* no cumprimento parcial da obrigação, por impossibilidade parcial da prestação imputável ao devedor, tem ou não *escassa importância para o credor* (art^o 802^o, n^o 2); – saber se a *alteração das faculdades mentais do outro cônjuge* «*pela sua gravidade, compromete a possibilidade de vida em comum*» (art^o 1781^o,

⁴⁷⁷ Cfr. ANTUNES VARELA/ J. M. BEZERRA/SAMPAIO E NORA, *Manual* cit., p. 408, que, a este propósito, dão o seguinte exemplo: «a velocidade de um veículo em determinado troço do seu trajeto, se não houver velocímetro devidamente calibrado, só em puros juízos ou impressões subjetivas ou meras intuições sem controlo poderá ser muitas vezes calculada» (*sic*).

⁴⁷⁸ «Indagar se, na sequência do processamento (*causal*) *naturalístico* da ocorrência do evento danoso, determinadas circunstância funcionaram ou não como fator desencadeador ou como condição detonadora do dano, é algo que se insere no puro *plano factual (matéria de facto)*. A determinação da culpa, *versus* a violação do direito estradal, integra *matéria de direito* quando essa forma de imputação subjetiva se funde na violação ou inobservância de deveres jurídicos prescritos em lei ou regulamento, integrando, contudo, *matéria de facto* se estiver em equação a violação dos deveres gerais de prudência e diligência, consubstanciadores dos conceitos de imperícia, inconsideração, imprevidência, ou falta de destreza ou de cuidado» – cfr. o acórdão do STJ de 18-3-2004, Proc. n^o 675/2004 – 2^o Sec., in www.dgsi.pt/ Cons^o FERREIRA DE ALMEIDA.

al. b), do CC); – saber se «o comportamento do réu implica *responsabilidade civil extracontratual*»; – saber se «o negócio celebrado entre o autor e o réu é um *contrato de trabalho* ou um *contrato de prestação de serviço*»; – a *indagação sobre se o «autor e a ré vivem em «união de facto»*; – apurar se «o réu não tem *residência permanente* no imóvel»; – saber se «o réu atuou de *boa fé*»; – *indagação sobre se se ocorreram «quaisquer outros factos que, independentemente da culpa dos cônjuges, mostrem rutura definitiva do casamento»* (art^o 1781^o, al. d) do CC); – *indagação sobre se «o negócio celebrado entre as partes padece de impossibilidade de objeto»* (art^o 280^o, n^o 1, do CC)»⁴⁷⁹; – numa *ação de reivindicação radicada em usucapião* (art^{os} 1311^o a 1316^o), a *qualificação da posse sobre o bem* como de *boa ou má-fé, pacífica ou violenta, pública ou oculta* (art^{os} 1258^o a 1262^o do CC); – a *qualificação de uma dívida dos cônjuges* como *contraída em proveito comum* em ação tendente ao apuramento da *responsabilização dos cônjuges pelas dívidas comuns do casal*, (art^o 1691^o, n^o 1, al. c), 2 e 3, do CC), tendo sempre em atenção que «o *proveito comum do casal não se presume*, exceto nos casos em que a lei o declarar» (*sic*)⁴⁸⁰.

20.2. Necessidade de prova

São *necessitados (carecidos) de prova* todos os factos principais relevantes (pertinentes) para a decisão da causa em função da lei (material) aplicável, isto é, os *factos concludentes*. Não, assim, os *factos notórios*, isto é, os geralmente conhecidos, os quais não necessitam, nem de *prova*, nem sequer de *alegação* (art^o 5^o, n^{os} 1 e 2, alíneas a) a c) e 412^o)⁴⁸¹.

MANUEL DE ANDRADE⁴⁸² considerava como *notório* «tanto aquilo que é *geralmente sabido*, como aquilo que é de per si *evidente*», entendimento este depois refletido no n^o 2 do art^o 257^o do CC: «o *facto é notório* quando uma pessoa de normal diligência o teria podido notar».

Distinguiu, a este propósito, o mesmo ilustre Mestre, entre *notoriedade geral* e *notoriedade oficial ou judicial*⁴⁸³: – serão *geralmente notórios* os factos cujo conhecimento se integra no acervo do “saber privado ou cultural do juiz”, diretamente por si apreendidos porque *imanescentes na coletividade* (ou na circunscrição judicial

⁴⁷⁹ Cfr., acerca de alguns destes exemplos, ANTUNES VARELA/J. M. BEZERRA/SAMPAIO E NORA, *Manual* cit., pp. 409-410.

⁴⁸⁰ Cfr. o acórdão do STJ de 19-10-2004, in www.dgsi.pt/ Cons^o MOREIRA CAMILO.

⁴⁸¹ A LEC espanhola isenta de prova os *factos notórios*, mas não da respetiva alegação (cfr. o n^o 4 do art^o 281^o).

⁴⁸² Cfr. *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Coimbra, 1960, p. 89.

⁴⁸³ Cfr. *Noções Elementares* cit., p. 182.

em que preste funções) ou no todo nacional em que se insere e, como tal, também conhecidos pelo público regular e medianamente informado⁴⁸⁴; – serão *oficial ou judicialmente notórios* os factos chegados ao conhecimento do juiz através da sua atividade profissional, *v. g.*, através de atos processuais de instrução ou julgamento em que haja intervindo *no exercício do seu múnus funcional*. Se o juiz entender socorrer-se de tais factos, deve fazer dos mesmos (no concreto processo) a respetiva comprovação documental, *ex-vi* do n.º 2 do art.º 412.º.

Os *factos notórios* encontram-se dispensados de alegação e de prova (art.º 412.º, n.º 1, do CC) – exceção à regra do sistema (princípio) *dispositivo*⁴⁸⁵. Beneficiarão, porém, os “*danos não patrimoniais*” dessa dupla dispensa, face a uma sua hipotética catalogação como “*factos notórios*”? Em acórdão que se supõe isolado, datado de 22-6-2010⁴⁸⁶, a Relação de Coimbra chegou a entender afirmativamente, coonestando a possibilidade de o réu ser condenado em 2.ª instância com base em “*notoriedade*”, ainda que os factos subjacentes ao conceito hajam sido dados como *não provados* em 1.ª instância. Em sentido diverso, e em muito assertivo e acertado comentário a esse aresto, veio à liça MARIA JOSÉ CAPELO propugnar a necessidade de tais danos se encontrarem sujeitos ao *ónus da alegação*, «dada a sua relevância direta no preenchimento da previsão legal pertinente» (art.ºs 483.º e 496.º, ambos do CC)⁴⁸⁷. Tal alegação deve integrar a causa de pedir, não sendo lícito recorrer à figura dos factos notórios para efeitos de suprimento da omissão alegatória E, na realidade, uma coisa é a *dificuldade da prova* dos danos morais (não patrimoniais), o que legitimará o julgador a recorrer a *presunções judiciais ou naturais* a serem casuisticamente extraídas (art.º 349.º do CC), outra é a *dispensa da prova* desses danos através da sua artificial qualificação como “*factos notórios*”⁴⁸⁸.

A invocação da categoria de factos notórios a propósito de danos não patrimoniais revela-se, pois, despropositada. Assim, no âmbito da responsabilidade

civil extracontratual, não é razoável afirmar que é notória e portanto atendível a intensidade do sofrimento de uma mãe que em virtude do acidente se viu privada de cuidar devidamente do filho ou que “é uma evidência – só por si facto notório – o sofrimento moral da vítima ante a iminência da morte nos 30 minutos decorridos após o acidente»⁴⁸⁹.

Secção II

O ónus da prova

21. O ónus da prova

21.1. O ónus da prova versus o ónus da alegação

A *parte* a quem convenha que um dado facto seja dado como assente terá que afirmá-lo ou deduzi-lo perante o tribunal (*ónus da alegação, afirmação ou dedução*) e desenvolver para tal uma adequada e eficaz atividade probatória.

Ainda que se não confundam entre si o *ónus da alegação* (art.ºs 5.º, n.º 1, 552.º, n.º 1, al. *d*) e 572.º, alíneas *b*) e *c*)), do CPC) e o *ónus da prova* (art.ºs 342.º a 348.º do CC), funciona entre ambos um *princípio de coincidência*: a parte que tem o *ónus de alegar* (os factos substanciadores da causa de pedir ou das exceções ou contra-exceções) tem normalmente o *ónus de provar* esses mesmos factos (art.ºs 342.º, n.ºs 1 e 2 e 343.º, n.º 1, do CC).

Não vigora, entre nós, um *sistema dispositivo puro*, em que o tribunal tenha de julgar sempre e apenas *secundum allegata et probata partium*, mas um *sistema híbrido ou misto* que, conferindo embora prevalência ao princípio dispositivo quanto aos *factos principais*, mescla ou tempera este com o *princípio inquisitório*, designadamente quanto à prova dos *factos concretizadores e instrumentais* (cfr. o art.º 5.º, n.º 2, alíneas *a*) a *c*))⁴⁹⁰⁻⁴⁹¹⁻⁴⁹².

⁴⁸⁹ Cfr. acórdão do STJ de 7-11-2006, in www.dgsi.pt/Consº NUNO CAMEIRA.

⁴⁹⁰ Cfr. ANTUNES VARELA/J. M. BEZERRA/SAMPAIO E NORA, *Manual* cit., p. 449.

⁴⁹¹ O juiz «deve apoiar a decisão na prova feita pelas partes ou, de qualquer modo, constante do processo» – *princípios da disponibilidade das provas e da aquisição processual* – «fora as situações em que cabe ao juiz a iniciativa da instrução do processo» – *princípio inquisitório* –, sendo que funciona entre nós um sistema híbrido ou misto, que homenageia, quer o *princípio dispositivo*, quer o *princípio inquisitivo* – cfr., neste sentido, VAZ SERRA, *Provas* cit., pp. 14-15.

⁴⁹² Insurgindo-se contra a ideia de um processo excessivamente rígido, formalista, monótono e preclusivo propiciado por um conceção rígida do princípio dispositivo, escreve MIGUEL MES-

⁴⁸⁴ Por exemplo, que o dia 10 de junho é o dia de Portugal, que o Natal se celebra a 25 de dezembro ou que o rio Douro banha a cidade do Porto.

⁴⁸⁵ Cfr. ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III cit., 4.ª ed. reimp., Coimbra Editora, 1985, p. 262.

⁴⁸⁶ Cfr. Proc. 1803/08.3T1BVIS.CI, in www.dgsi.pt.

⁴⁸⁷ In RLJ, ano 143.º, março-abril de 2014, n.º 3985, pp. 286-304.

⁴⁸⁸ No sentido de que a adveniência de danos não patrimoniais pela imputação do uso de substância dopantes a um futebolista não é de qualificar como facto notório, mas sim como simples *presunção ad hominem* – cfr. o acórdão da RL de 31-5-2007, Proc. 4269/2007-6, in www.dgsi.pt / Des. OLINDO GERALDES. No acórdão do STJ de 1-3-2012, in www.dgsi.pt/Consº JOÃO BERNARDO, entendeu-se igualmente que «aquilo que se verifica em grande número de situações ou casos pode antes abrir caminho à figura das *presunções judiciais*, mas já não à figura dos *factos notórios*».

O que sobretudo importa é adregar a *verdade material* sobre os factos alegados pelas partes. Assim, embora o *ônus da iniciativa de prova* (*instrutória*) por banda das partes continue a ser prevalecente, ter o *ônus da prova* não significa que se tenha o *exclusivo da prova*; à semelhança do que acontece no plano da alegação, a parte (em princípio não onerada) pode vir a fazer a prova dos factos que lhe são desfavoráveis, os quais, uma vez provados, ficam definitivamente adquiridos no processo (*princípio da aquisição processual* – artº 413º).

Deste modo, o princípio a observar, em *caso de dúvida*, quer sobre a realidade de um facto, quer sobre a repartição do ónus da prova (até porque um *non liquet* acerca dos factos probandos não legitima a abstenção de julgar – cfr. os artºs 8º, nº 1, do CC e 3º, nº 2, do EMJ)⁴⁹³, é o de que a mesma se resolve *contra a parte a quem o facto aproveita* (artº 414º). Por força desta última norma, a prova de um facto pode, pois, fazer-se sobre elementos carreados para o processo, não só pela parte a quem o facto beneficia, mas também pela parte contrária (a quem o facto prejudica). Daí que ter o *ônus da prova* redunde, afinal, na *conveniência de assumir a iniciativa probatória*, em ordem a prevenir as consequências desfavoráveis da falta de prova de determinado facto-base da decisão⁴⁹⁴.

Não olvidar, todavia, que vigora, neste domínio – e salvas limitações específicas derivadas da exigência de prova legal qualificada – o *princípio da livre apreciação das provas segundo a prudente convicção do julgador acerca de cada facto* (artº 607º, nº 5), ao abrigo do qual o juiz «pode apreciar *livremente* as provas, quer no que toca à sua admissibilidade, quer no que respeita ao seu valor probatório»⁴⁹⁵, bem como o *princípio do inquisitório* (dever do juiz da realização ou ordenação, mesmo *ex-officio*, de “todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade (material) e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer” (artº 411º).

QUITA que «no processo não conta apenas o interesse das partes, mas também o interesse público da boa administração da justiça e, logo, o interesse no não afastamento entre a sentença e a verdade» – cfr. *A «morte» do princípio dispositivo?*, in RLJ, ano 147º, nº 4007, pp. 86 e ss..

⁴⁹³ «Os magistrados judiciais não podem abster-se de julgar com fundamento na falta ou obscuridade da lei ou em dúvida insanável sobre o caso em litígio, desde que este deva ser juridicamente regulado» (artº 3º, nº 2, do EMJ).

⁴⁹⁴ Cfr. LEBRE DE FREITAS, *A Ação Declarativa* cit., p. 211, nota 30.

⁴⁹⁵ Cfr. VAZ SERRA, *Provas-Direito Probatório Material*, Lisboa, 1962 cit., p. 15 e o nosso *Direito Processual Civil*, vol. I, pp. 274-277.

21.2. Ónus da prova subjetivo e objetivo. Regras distributivas

O *ônus da prova* (*burden of proof* nos sistemas anglo-saxónicos), ou seja, o *cargo da prova dos factos controvertidos*, é *repartido pela lei entre as diversas partes processuais* (*ônus da prova subjetivo ou formal*)⁴⁹⁶. Assim, estabelece o artº 342º do CC, como *critério geral* sobre essa repartição, o seguinte: «*àquele que invocarum direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado* nº 1); a prova dos *factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita*» (nº 2)⁴⁹⁷.

Compete, deste modo, e em princípio, ao *autor*, fazer a prova do *facto constitutivo do seu crédito* (por ex., do direito a perceber o preço da venda de uma coisa ou à restituição da quantia mutuada) ou dos *pressupostos* da responsabilidade civil extracontratual imputada ao réu (facto, ilicitude do facto, culpa do réu, dano e nexo de causalidade entre o facto e o dano). Ao *réu* competirá, por seu turno, fazer a prova dos *factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado pelo autor* ou seja, dos *factos constitutivos da exceção que oponha ao direito invocado pelo autor* (pagamento, prescrição, dação em pagamento, não decurso do prazo de cumprimento da obrigação, incapacidade, falta ou vícios da vontade, a impossibilidade do objeto, fraude à lei etc.).

A *qualificação de um facto como constitutivo ou impeditivo* depende da sua *conexão com o direito invocado e com a correspondente posição processual da parte*. Assim, os vícios da vontade (por ex., o erro, o dolo e a coação), sendo em regra, *factos impeditivos* (a invocar pelo réu como *exceção perentória*), podem funcionar como *factos constitutivos* da pretensão deduzida em juízo pelo autor, se este vier invocar um qualquer desses vícios como causa de pedir numa eventual ação de declaração judicial de anulação do negócio.

Estatui ainda o nº 3 desse artº 342º que, «*em caso de dúvida*, os factos devem ser considerados *constitutivos do direito*». Reporta-se esta regra à *natureza intrínseca dos factos* (constitutiva, impeditiva, modificativa ou extintiva) que *não às regras distributivas do ónus da prova* contempladas nos nºs 1 e 2 desse preceito.

⁴⁹⁶ Cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares* cit., p. 183.

⁴⁹⁷ Cfr., todavia, quanto à existência e conteúdo de direito consuetudinário, local ou estrangeiro, o nº 1 do artº 348º do CC (prova pela parte invocante).

No fundo, e na esteira de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA⁴⁹⁸, consagra a lei um *critério da normalidade*: «aquele que invoca determinado direito tem de provar os *factos que normalmente o integram*; a parte contrária terá de provar, por seu turno, os *«factos anormais ou excepcionais que excluem ou impedem a eficácia dos elementos constitutivos»*. Idêntico critério é de aplicar às próprias *«circunstâncias»* que enformam as causas da exceção (impeditiva, modificativa ou extintiva) invocadas pelo réu; assim, se este invocar em seu favor a *prescrição* do direito arrogado pelo autor (art.^o 303.^o do CC), impondrá, por sua vez, sobre o autor o ónus de provar as eventuais contra-exceções da *suspensão* ou da *interrupção da prescrição* (art.^{os} 318.^o e 323.^o do CC), como factos obstativos que são à consumação do facto extintivo da invocada prescrição.

Como adverte MANUEL DE ANDRADE, «a parte não tem propriamente que empenhar-se em trazer provas para os autos; o que está é sujeita ao risco de perder o pleito se aos autos não vierem provas que façam luz sobre esse ponto»⁴⁹⁹. A essência da postulação legal das normas de distribuição do ónus da prova não reside propriamente na distribuição do *encargo da prova* pelos sujeitos processuais (autor ou réu ou outros intervenientes). O que tais regras, no fundo, visam é determinar o *sentido em que o tribunal deve decidir (e contra quem deve decidir)* quando o resultado probatório não é alcançado, isto é, quando *aquele que invoca o direito não faz prova dos factos constitutivos do direito alegado* (art.^o 342.^o, n.^o 1, do CC) ou *aquele contra quem a invocação é feita não consegue provar os factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado, ou seja, da exceção perentória alegada* (art.^o 342.^o, n.^o 2, do CC). Daí que se fale, a este propósito, da *instituição de uma regra de julgamento* ou *regra de decisão* ou de um *ónus da prova objetivo ou material*⁵⁰⁰.

Exemplos:

– numa ação de dívida, na qual se pede a condenação do devedor a pagar ao autor, seu alegado credor, a importância X, o réu contesta alegando já ter pago

essa importância; se o juiz (após a produção da prova) ficar na dúvida sobre o facto “pagamento”, uma vez que recai sobre o devedor o ónus da prova deste facto (extintivo) da dívida (art.^o 342.^o, n.^o 2, do CC), dará o pagamento como não efetuado e *condenará* o réu no pedido (art.^o 414.^o do CPC); já a decisão seria de *absolição* do réu do pedido se, pelo contrário, sobre o credor recaísse o ónus da prova (do facto negativo) do não-pagamento;

– nas *ações baseadas em incumprimento contratual*, cabe ao réu o ónus da prova, quer da execução da prestação originária, quer da inexistência de culpa (da sua parte), isto é, de que cumpriu a prestação ou que o não cumprimento lhe não é imputável; recai também sobre o devedor a prova de que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua (art.^o 799.^o do CC – presunção legal de culpa); porém, quanto à existência de danos e ao nexo de causalidade entre o ilícito contratual e os mesmos danos, o encargo de prova impende sobre o autor; tratando-se, contudo, de uma obrigação negativa (por ex., de prestação de facto negativo ou abstenção de uma dada conduta), recai sobre o credor o ónus de provar o incumprimento por banda do devedor;

– nas *ações de indemnização por facto ilícito (responsabilidade extracontratual)*, incumbe ao autor a prova dos pressupostos da obrigação de indemnizar, intervindo amiúde a seu favor a chamada “*prova de primeira aparência*” (*presunções naturais ou simples*), *ex-vi* do n.^o 1 do art.^o 342.^o do CC; incumbe, todavia, e genericamente, ao lesado a prova da culpa do lesante, salvo se existir a seu favor uma presunção legal de culpa (art.^o 487.^o, n.^o 1, do CC);

– nas *ações de reivindicação de propriedade* (art.^o 1311.^o do CC) impende sobre o proprietário (autor ou réu-reconvinte) o ónus de provar os factos constitutivos da respetiva causa de pedir relativa à coisa reivindicada (*v. g.* a usucapião ou a acessão), bem como que a mesma se encontra na posse ou na detenção do réu; sobre o réu recai, por seu turno, o ónus de provar que é titular de um direito real ou de crédito (*v. g.*, de um direito de posse ou um direito de arrendamento) que legitima a recusa da solicitada restituição.

21.3. Situações especiais

A regra da coincidência ou correspondência entre ónus da prova e ónus da alegação não atua (e só não opera) nos *casos especialmente previstos na lei ou de (eventual) convenção das partes*. O que sucede, nas *situações especiais de ónus da prova* previstos no art.^o 343.^o e nos *casos de inversão das regras distributivas do ónus da prova* contemplados nos art.^{os} 344.^o e 345.^o, n.^o 1, todos do CC.

⁴⁹⁸ Cfr. *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.^a ed. cit., p. 306.

⁴⁹⁹ Cfr. *Noções Fundamentais* cit. p. 185, citando, a propósito, ROSENBERG, *Lherbuch*, §116.^o, I, 3., autor «que vê, nesta situação, algo diferente de um verdadeiro *ónus da prova*, chamando-lhe antes *ónus da averiguação*» (*Feststellungslast*). Acrescenta ainda que «de qualquer modo (com este nome ou com outro), trata-se de um *ónus incompleto ou impróprio*, uma vez que pode ser satisfeito pela actividade de outrem que não a própria parte» (*sic*).

⁵⁰⁰ Cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares* cit., p. 185.

Consagra o citado artº 343º, como (casos especiais) de desvio às regras gerais de repartição do ónus da prova do artº 342º, também do CC; – as *ações de simples apreciação negativa*; – as *ações que devam ser propostas dentro de certo prazo*; – as *ações baseadas em direito sujeito a condição suspensiva ou a termo inicial*.

Assim: – sobre o autor (ou sobre o réu-reconvinte) e sobre o réu nas *ações de simples declaração ou apreciação negativa*, recai o ónus da alegação dos factos constitutivos da situação jurídica ou dos elementos constitutivos do facto jurídico cuja existência pretende ver declarada; – sobre o réu (ou sobre o autor-reconvindo), bem como sobre o autor da ação de simples apreciação negativa, impende o ónus de alegar os factos impeditivos desse facto; – igualmente sobre o autor (ou sobre o réu-reconvinte), bem como sobre o réu nas ações de simples apreciação/declaração negativa), incide o ónus de alegar os factos impeditivos, modificativos ou extintivos dos efeitos dos alegados pelo réu⁵⁰¹.

Também nas *ações que devam ser propostas em certo prazo*, a contar da data em que o autor ou requerente tenham tido conhecimento da ocorrência de determinado facto (por exemplo nas ações de declaração de nulidade ou anulação de negócios jurídicos por erro ou dolo – artº 287º, nº 1 do CC), de preferência (artº 1410º, nº 1, do CC) e no incidente de oposição mediante embargos de terceiro (artºs 342º e 344º, nº 2, do CPC), cabe ao réu a prova de o facto já ter decorrido, salva disposição em contrário (artº 343º, nº 2, do CC). O mesmo se passa quanto ao decurso do prazo prescricional para a exercitação de certos direitos, como o direito à restituição por enriquecimento sem causa (artº 482º do CC) e o direito de indemnização por facto ilícito (artº 498º do CC).

Se o direito invocado pelo autor estiver sujeito a *condição suspensiva* ou a *termo inicial*, cabe-lhe (ao autor) a prova da verificação da condição suspensiva ou do vencimento do termo inicial do direito por si invocado; incumbe, por seu turno, ao réu a prova da verificação da condição resolutiva ou o vencimento do prazo (*termo final*) a que se encontrava sujeito o direito do autor (artº 343º, nº 3, do CC).

21.4. Inversão do ónus da prova

O artº 344º do CC tipifica os casos de *inversão das regras do ónus da prova* estabelecidas nos artºs 341º a 343º, todos do mesmo diploma, sendo, todavia,

⁵⁰¹ Cfr. LEBRE DE FREITAS, *A Ação Declarativa* cit., pp. 210-214.

de advertir que em nenhuma destas situações tal inversão dispensa a observância do *onus da alegação* por banda da parte com ele onerada (artºs 5º, nº 1, 552º, nº 1, al. d) e 572º, alíneas b) e c)). Inverte-se o ónus da prova nas seguintes situações:

§1º Existência de presunção legal

A primeira hipótese legal de inversão do ónus da prova respeita à *existência de uma presunção legal* (artº 344º, nº 1, do CC).

Presunção é a «*ilação* que a lei extrai de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido» (artº 349º do CC). A parte que tiver «a seu favor uma presunção legal escusa de provar o facto a que ela conduz» (cfr. o nº 1 do artº 350º do CC). Não se torna necessária a prova do *facto desconhecido* (*presumido*); basta que o seja a do *facto que serve de base à ilação* (*dedução ou inferência lógica*) permitida por lei. Esse nº 1 abrange apenas, na sua previsão, as hipóteses em que a presunção legal constitui um meio de prova autónomo (*presunção stricto sensu*). Só, pois, as *presunções legais* – sejam elas *juris et de jure* (as irrefutáveis por não admitirem prova em contrário) ou *juris tantum* (ilidíveis por prova em contrário) – importam a *inversão do ónus da prova*; não as *presunções judiciais, naturais ou simples* (meras presunções derivadas da experiência corrente).

A *presunção legal* baseia-se nas *regras ou máximas da experiência*, isto é, nos juízos correntes de probabilidade ou verosimilhança da ligação concreta entre o facto-base da presunção e o facto presumido (desconhecido): provado que seja o primeiro, pode o segundo ser dado igualmente como assente. Integram-se nesta epígrafe, por ex., os casos de *presunção legal de culpa* constantes dos artºs 491º (responsabilidade das pessoas obrigadas à vigilância de outrem pelos danos causados a terceiro), 492º (danos causados por edifícios ou outras obras que ruírem no todo ou parte por defeito de construção), 493º (danos causados por coisas, animais ou atividades perigosas) e 799º, nº 1 (presunção de culpa do devedor quanto à falta de cumprimento ou ao cumprimento defeituoso da obrigação), todos esses preceitos do CC⁵⁰².

⁵⁰² Cfr., acerca da natureza contratual da *responsabilidade civil do médico* (por ato médico), *rectius* do médico especialista, com a consequente *inversão do ónus da prova* em casos de decesso do paciente por alegada “negligência médica” (presunção legal de culpa do artº 799º do CC), os acórdãos do STJ de 5-7-2001 e de 7-10-2010, in CJSTJ, Tomo II/2001, pp. 167 e ss. e in www.dgsi.pt, respetivamente / Consº FERREIRA DE ALMEIDA.

Nessas quatro situações, a lei presume, até prova em contrário (*juris tantum*), certo facto desfavorável ao réu demandado (as condutas contraventoras dos seus deveres legais de vigilância ou conservação ou de cumprimento da obrigação). Fica, assim, o *autor* a quem tal facto aproveita (por ser pressuposto da norma em que a sua pretensão se funda) desonerado de fazer a prova da existência desse facto; «é o (*réu*) a quem o facto (*presumido*) prejudica quem tem de provar a sua inexistência». Assim, na hipótese daquele art.^o 493^o do CC (de responsabilidade civil extracontratual, que não de responsabilidade pelo risco ou objetiva), se os animais confiados à guarda do demandado (legalmente encarregado da vigilância) causarem estragos no *prédio* do vizinho, terá o mesmo de indemnizar os danos causados, «sem necessidade de o lesado (*autor*) provar a culpa do vigilante (*réu*) nem o nexo de causalidade entre a falta (presumida) de vigilância e os danos registados»⁵⁰³. Há, pois, uma inversão, não só às regras do art.^o 342^o, como também da do n.^o 1 do art.^o 487^o, ambos do CC, este por força do qual «é ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão» (ou seja, do lesante).

Exemplos de *presunções stricto sensu* previstas no CC: – art.^o 68^o, n.^o 3 (*presunção da morte de pessoa desaparecida em circunstâncias que não permitam duvidar do falecimento*); – art.^o 243^o, n.^o 3 (*presunção de má-fé por banda do terceiro que adquiriu o direito posteriormente ao registo da ação de simulação, quando a esta haja lugar*); – art.^o 312^o (*presunção do cumprimento pelo decurso do prazo da prescrição presuntiva*); – art.^o 458^o, n.^o 1 (*presunção da causa da obrigação invocada pelo credor com base em promessa de cumprimento ou reconhecimento de dívida*); – art.^o 830^o, n.^o 2 (*presunção de convenção contrária à execução específica quando haja sinal ou cláusula penal*); – art.^o 7^o do CRPRED (*presunção da titularidade do direito real por parte do titular de inscrição registral*)⁵⁰⁴.

Também a *sentença proferida em processo penal* constitui *presunção (legal)* ilidível (por prova em contrário) da existência dos *factos constitutivos* em que se tenha baseado a *condenação*⁵⁰⁵, bem como da *existência dos factos impeditivos* (dados como

assentes, não daqueles que não foram dados como não provados) *em que se tenha baseado a absolvição em quaisquer ações cíveis* em que se discutam relações jurídicas dependentes ou relacionadas com a prática da infração (art.^{os} 623^o e 624^o).

§2^o Dispensa ou liberação legal do ónus da prova

A segunda situação de *inversão do ónus probatório* resulta da *dispensa ou liberação*, em casos muito contados expressamente previstos pela lei, do encargo de prova (pela parte) de um determinado facto (constitutivo) por si alegado (art.^o 344^o, n.^o 1, do CC).

Ao contrário da *presunção legal*, que se baseia na *prova efetiva do facto-base*, a *dispensa ou liberação do ónus da prova presume* (conclui ou dá como) *obtido um resultado probatório*, mesmo sem a parte interessada apresentar um qualquer meio de prova ou exercitar uma qualquer atividade probatória⁵⁰⁶. Em tais hipóteses, *considera a lei como assente o facto dispensado de prova*, mas por razões diversas das derivadas das regras da experiência.

Hipótese típica é a do n.^o 2 do art.^o 1260^o do CC: «A posse titulada presume-se de *boa-fé* e a não titulada de *má-fé*»; desde que o possuidor use ou frua a coisa com base num título legítimo (por ex., um contrato), parte a lei do princípio de que a sua posse é de *boa-fé*; e, sendo possuidor de *boa-fé*, «pode fazer seus os frutos naturais percebidos até ao dia em que souber que está a lesar com a sua posse o direito de outrem» (art.^o 1270^o, n.^o 1, do CC). Deste modo, não precisa o possuidor (titulado), para manter ou reaver esses frutos, de alegar e provar o facto constitutivo da sua *boa-fé* (art.^o 342^o, n.^o 1), já que desse ónus se encontra dispensado pelo n.^o 2 do art.^o 1260^o, ambos os preceitos do CC. O proprietário da coisa é que passa a ter de provar a *má-fé* do possuidor⁵⁰⁷.

Outros exemplos, baseados em *opções legais diversas das das simples regras da experiência*⁵⁰⁸: – a “presunção” da comoriência com base na igualdade de probabilidades de sobrevivência de cada uma das pessoas falecidas, que não na mais normal de as duas vítimas do acidente terem falecido em momentos sucessivos e, por tal, diferentes (art.^o 68^o, n.^o 2, do CC); – a consideração do prazo da prestação como estabelecido a favor do devedor, por mero *favor debitoris*, que não

nidade do documento, em ação de simples apreciação desta; o *crime de corrupção de funcionário público* (art.^{os} 372^o a 374^o do CP) constituirá prova do fim ilícito do negócio jurídico de doação» (*sic*).

⁵⁰⁶ Cfr. LEBRE DE FREITAS, *A Confissão* cit., 22.3.4. (53 e 54), pp. 546-547.

⁵⁰⁷ Cfr. ANTUNES VARELA/ J. M. BEZERRA/SAMPAIO E NORA, *Manual* cit., p. 466.

⁵⁰⁸ Cfr. LEBRE DE FREITAS, *A Ação Declarativa* cit., p. 184.

⁵⁰³ Cfr. ANTUNES VARELA/J. M. BEZERRA/SAMPAIO E NORA, *Manual* cit., p. 465.

⁵⁰⁴ Exemplos dados por LEBRE DE FREITAS, *A Ação Declarativa* cit., pp. 207-210.

⁵⁰⁵ Cita, a este propósito, LEBRE DE FREITAS, *A Ação Declarativa* cit., p. 302, nota 10, como exemplo típico o da ação de indemnização: «provada, no processo penal, a prática dum ato delituoso integrador de ilícito civil, o lesado não tem o ónus de provar na ação cível subsequente o ato ilícito praticado nem a culpa de quem o praticou, sem prejuízo de continuar onerado com a prova do dano sofrido e do nexo de causalidade. Outros exemplos fornecidos pelo mesmo autor: o crime de falsificação de documento (art.^o 256^o do CP) constituirá prova suficiente da falsidade ou falta de genui-

em razão da simples não estipulação do prazo a favor do credor ou do devedor ou de ambos conjuntamente (artº 779º do CC).

§3º Existência de convenção probatória

Pode ter sido celebrada entre as partes uma *convenção sobre as provas* a produzir no seio de um determinado processo, hipótese legal de *inversão do ónus probatório*, ex-vi do nº 1 do artº 344º do CC. Isto porque, subjazendo às normas reguladoras do *onus probandi* meros *interesses de ordem particular*, nada impede que as partes (dentro dos limites legais) possam regular (entre si) a matéria probatória em termos diversos dos que aquelas normas de repartição prescrevem. Pode, assim, ser dispensada da prova a parte sobre a qual recairia, em princípio, o respetivo ónus (cfr. o nº 1 do artº 345º do CC).

Normalmente, a convenção visa onerar o *titular do direito* com a prova (do *facto negativo*) da *inocorrência* dum facto impeditivo ou o *titular do dever* com a prova (do *facto negativo*) da *inocorrência* de um facto constitutivo. Numa situação deste tipo, é de considerar que tornará *excessivamente difícil a posição do titular do direito* se, através dela, se encarregar esse mesmo titular da prova da *inocorrência* dum facto extintivo (por ex., a prova do não pagamento de determinada dívida)⁵⁰⁹.

§4º Impossibilitação culposa da prova pela contraparte do onerado

Há também inversão do ónus da prova quando a *parte contrária tiver culposamente impossibilitado (tornado impossível)* a prova do facto ao onerado (cfr. o nº 2 do artº 344º do CC).

Não considera a lei o facto controvertido como irrefutavelmente provado, mas inverte quanto a ele o ónus da prova com base na *regra da experiência* de que quem coloca *entraves excessivos, ou mesmo insuperáveis, à descoberta da verdade material* é quem mais descrê da consistência do seu direito, para além de que *viola o princípio básico da cooperação entre as partes*, na(s) sua(s) vertente(s) da *colaboração processual instrutória e probatória* (artº 417º, nº 1).

Daí que a inversão do ónus da prova funcione, nesta hipótese, como uma espécie de *sanção à parte não colaborante* «sem prejuízo das sanções que a lei do processo mande especialmente aplicar à desobediência ou às falsas declarações» (cfr. o nº 2, *in fine*, do artº 344º do CC e o nº 2 do artº 417º do CPC).

Costumam dar-se, a este respeito, os seguintes exemplos: – *o réu inutilizou um documento* que serviria ao autor para fazer a prova dum facto constitutivo do seu direito; – *o investigado recusou submeter-se a um exame hematológico ou serológico* para estabelecimento da paternidade do investigante; – *o réu (ou o executado) recusou submeter-se a um exame grafológico* para apuramento da autoria da sua assinatura aposta numa livrança de que é portador o autor ou o exequente; – *o condutor do automóvel, apontado como responsável pelo acidente, destrói os indícios ou vestígios* (pintura, vidros, fragmentos ou sinais de travagem) *indutores da sua culpa no acidente de viação*; – *o impedimento*, por uma das partes, da deslocação ao tribunal da testemunha oferecida pela contraparte; – *a falta de apresentação de um documento* pela parte para tal notificada (artºs 429º, nº 1 e 430º); – *a declaração, pela parte notificada, de que não possui o documento*, tendo-o já possuído, e não provando que ele desapareceu ou foi destruído sem culpa sua (artº 431º, nº 2)⁵¹⁰.

Deve entender-se que, quando o nº 2 do artº 417º, 2ª parte, preceitua que, havendo *recusa de colaboração*, nomeadamente em matéria de apresentação de meios de prova, «*o tribunal apreciará livremente o valor da recusa para efeitos probatórios*». Nesta situação, não é de dar por verificada uma situação de *inversão do ónus de prova*. Já quando se trate de parte *não onerada* com a prova do facto que se recusa a colaborar na descoberta da verdade, deverá entender-se que é aplicável o disposto no nº 2 do artº 344 do CC, ou seja, “passa a ser a parte que não colaborou a ficar onerada com a prova do respetivo facto”.

Outra questão é a de saber se, especificamente no que respeita às *ações de investigação de paternidade*, se deverá produzir *inversão de prova* nos termos do disposto no nº 2 do artº 344º do CC, quando o investigado se recuse a submeter ao exame hematológico ou serológico (de ADN) previsto no artº 1801º do CC. Isto porque, com esta atuação, o investigado parece frustrar culposamente a possibilidade decisiva de o autor (investigante) provar a sua filiação biológica. Passaria a ser o réu a ter de provar que não é o pai do autor (isto é, a fazer a *prova negativa da paternidade*). Porém, e sem embargo de tal poder ferir o sentimento jurídico dominante, a recusa do réu não integra um ato ilícito, «uma vez que em causa direitos fundamentais da pessoa humana, caracterizados pela sua indisponibilidade». Não pode o tribunal coagir o réu a sujeitar-se ao referido exame de sangue (*nemo potest praecise cogi ad factum*), o que, desde logo, afasta a ilicitude da recusa, não podendo, por isso, a conduta omissiva do réu ser considerada culposa, falecendo, assim, um dos pressupostos fundamentais para

⁵⁰⁹ Cfr. LEBRE DE FREITAS, *A Confissão* cit., 26 (33), p. 631 e *A Ação Declarativa* cit., pp. 209-210.

⁵¹⁰ Cfr. LEBRE DE FREITAS, *A Ação Declarativa* cit., pp. 209-210.

inversão do ónus da prova prevista no citado nº 2⁵¹¹. Perante tal recusa, só resta ao tribunal o recurso às *provas indiretas, mediatas ou indiciárias* (pelas vias *testemunhal, documental* e de *presunções naturais*) atestadoras do comportamento sexual dos progenitores no decurso do período legal da concepção^{512,513}.

Secção III

Meios e tipos de prova

22. Meios e tipos de prova

22.1. Classificação legal

Contempla e admite especificamente o direito probatório material diversos tipos ou espécies de provas quanto à sua natureza. Assim: – *prova por presunções* (artº 349º a 351º do CC); – *prova por confissão* e por *declarações das partes* (artºs 352º a 361º do CC e 452º a 466º do CPC); – *prova documental* (artºs 362º a 387º do CC e 423º a 451º do CPC); – *prova pericial* (artºs 388º e 389º do CC e 467º a 489º do CPC); – *prova por inspeção ou por verificação não judicial qualificada* (artºs 390º e 391º do CC e 490º a 494º do CPC); – *prova testemunhal* (artºs 392º a 396º do CC e 498º a 526º do CPC). Cfr., ainda, a *prova por apresentação de coisas móveis ou imóveis* prevista no artº 416º do CPC.

O critério legal distintivo assenta na *diversidade da função* dos meios (probatórios) facultados ao julgador «para percepcionar ou intuir a realidade do facto». Meios esses que podem ser: “uma coisa, que se exhibe, um *facto-base* de uma presunção, um *depoimento* (ou uma *declaração*) da parte ou um *depoimento testemunhal*, um *documento escrito*, uma *reprodução mecânica* de um facto, o *laudo* de um perito, o *exame* de uma pessoa ou de uma coisa feito pelo próprio juiz em ordem à apreensão ou intuição direta do facto, etc.”⁵¹⁴.

⁵¹¹ Cfr., neste sentido, RITA LYNCE DE FARIA, in “A inversão do ónus da prova no direito civil português”, Edição da Universidade Católica Editora, novembro de 2018, pp. 60 e 61.

⁵¹² Também a LEC espanhola aponta, no seu artº 752º, para a utilização relevante dos meios de prova livre nas ações de estado deste tipo.

⁵¹³ No âmbito do processo penal, «ninguém pode eximir-se a ser submetido a qualquer exame medico-legal, quando este se mostrar necessário ao inquérito ou à instrução de qualquer processo e desde que ordenado pela autoridade judiciária competente, nos termos da lei» (artº 6º, nº 1, do Dec.-Lei nº 45/2004, de 19 de agosto).

⁵¹⁴ Cfr. ANTUNES VARELA/J. M. BEZERRA/SAMPAIO E NORA, *Manual* cit., pp. 441-443.

22.2. Classificações doutrinárias

Entre as classificações (das provas) adotadas pela doutrina em função de critérios diversos do da sua natureza intrínseca, merecem especial menção as seguintes^{515,516}:

22.2.1. Provas legais e provas livres

Consagra a lei processual, no nº 5 do artº 607º, o *princípio da livre apreciação da prova, ou seja, o princípio da liberdade do juiz na apreciação das provas* que resultem da instrução e discussão da causa. Por mor deste princípio, «o juiz aprecia livremente as provas segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto; a livre apreciação não abrange, contudo, os factos para cuja prova a lei exija *formalidade especial*, nem aqueles que só possam ser provados por *documentos* ou que estejam *plenamente provados*, quer por documentos, quer por acordo ou confissão das partes» (*sic*). O que conduz à distinção doutrinária entre *provas legais* e *provas livres*.

Provas legais (*vinculadas ou tarifadas*) são aquelas cuja apreciação obedece a critérios legais padronizados (*regras probatórias*), fixados em abstrato segundo um *critério de normalidade* da respetiva ocorrência, e cuja *força probatória se encontra legalmente fixada ou tabelada*, proporcionando, por isso, ao juiz uma *verdade formal*. São os casos de *apreciação vinculada ou estatuída da prova*.

Exemplos de *provas legais ou tarifadas previstas no CC*: – as *presunções legais stricto sensu* (artº 350º); – a *confissão extrajudicial* constante de documento dirigido à parte contrária (artº 358º, nº 2); – a *prova por confissão em depoimento de parte ou em prestação de informações ou escalecimentos ao tribunal* (artºs 356º, nº 2 e 358º, nº 1); – a *prova documental* em geral (artºs 371º e 376º); – certa *prova documental* (artºs 371º, nº 1, 376º, nº 1 e 377º). Exemplos de *provas legais ou tarifadas previstas no CPC*: – a *confissão ficta* (artº 567º, nº 1); – a *admissão por acordo* (artº 574º, nº 2); – a *prova por declarações das partes* se não tiverem redundado em confissão (artº 466º, nº 3); – a *prova por depoimento de parte ou em prestação de informações ou escalecimentos sobre factos que interessem à decisão da causa* (artº 452º, nº 1).

Provas livres são as apreciadas segundo a *livre convicção do julgador*, ao qual proporcionam elementos para a reconstituição da *verdade material*.

⁵¹⁵ Cfr. ANTUNES VARELA/J. M. BEZERRA/SAMPAIO E NORA, *Manual* cit., p. 441.

⁵¹⁶ Nomenclatura e definições próximas das de MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares* cit., pp. 194-196.