



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

DÉBORA SANTA MARIA MARQUES

**O PROCESSO CIVIL E A COLABORAÇÃO DE
TERCEIROS**

*Dissertação de Mestrado na Área de
Especialização em Ciências Jurídico-
Civilísticas/Menção em Direito Processual
Civil, apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra
Orientador: Professor Doutor Luís Miguel
Andrade Mesquita*

Julho, 2015

«A verdade não conhece perífrases; a Justiça não admite reticências.»

Guerra Junqueiro

Aos meus queridos pais, Alberto e Isabel

AGRADECIMENTOS

«Deus quer, o homem sonha, a obra nasce».

Ei-lo Fernando Pessoa que advogara a trilogia perfeita para a concretização do sonho. O sonho que nos comanda, o sonho que nos impele e nos faz voar.

Os agradecimentos que pretendo fazer têm o mesmo intuito deste cânone literário: imortalizar e eternizar aqueles que tornaram possível este projeto.

Assim, agradeço, com profunda admiração, ao meu orientador de dissertação, Professor Doutor Luís Miguel Andrade Mesquita, por todas as ideias inspiradoras que me transmitiu e pelas quais me pauto. Não poderia deixar de lhe agradecer por toda a disponibilidade e simpatia, por todas as palavras de motivação e alento, e por todos os conselhos que me deu. Muito obrigada!

Aos meus pais, Alberto e Isabel, pelos valores que me inculcaram, reflexo de uma vida árdua de trabalho, assente na persistência e na luta para alcançar os nossos objetivos. Indubitavelmente, o vosso apoio, a todos os níveis, foi preponderante. Obrigada por nunca desistirem de mim!

À minha irmã Ana, companheira de luta, por ter caminhado ao meu lado em todas as fases da minha vida. Agradeço-te por seres a minha outra metade, por me completares. Conheces-me melhor do que ninguém, sempre soubeste compreender-me e motivar-me. Obrigada por seres a minha alma gémea!

À minha irmã Natércia, exemplo de determinação e perseverança, por ter sempre acreditado em mim e, principalmente, por me ter mostrado o caminho. Mais do que uma irmã, sabes aquilo que significas para mim!

Ao meu sobrinho Tomás, por me ter mostrado o lado sorridente da vida. Agradeço-te por me ofereceres um mundo onde existe apenas fantasia e relaxamento. Foste a minha «lufada» de ar fresco!

Um agradecimento especial ao Dinis, por todo o amor. Revelaste uma paciência que, sem dúvida, foi essencial para conseguir chegar até aqui. Nunca esquecerei que foste e és o meu porto seguro.

Gostaria de agradecer à Dra. Isabel Bastos, por ter mudado a minha vida. As suas palavras foram determinantes para que eu pudesse trilhar o meu caminho com

garra e convicção. A tranquilidade e orientação que trouxe aos meus dias foram essenciais para esta vitória!

Finalmente, um agradecimento a todos os meus amigos por terem compreendido as minhas ausências e por todas as palavras de estímulo.

«O valor das coisas não está no tempo que elas duram, mas na intensidade com que acontecem. Por isso existem momentos inesquecíveis, coisas inexplicáveis e pessoas incomparáveis».

Fernando Pessoa

A todos, muito obrigada!

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac. – Acórdão

ADN – Ácido Desoxirribonucleico

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

CC – Código Civil

CCom – Código Comercial

CDP – Cadernos de Direito Privado

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil

CPC fr. – Código de Processo Civil francês

CPC it. – Código de Processo Civil italiano

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

INML – Instituto Nacional de Medicina Legal

LEC – Ley de Enjuiciamiento Civil

MP – Ministério Público

OA – Ordem dos Advogados

OM – Ordem dos Médicos

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

RDC – Rivista di Diritto Civile

RDP – Rivista di Diritto Processuale

RDPC – Rivista di Diritto Processuale Civile

RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

RTDPC – Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile

SS - Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

ZPO – Zivilprozessordnung

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	9
§1 - Caráter do processo civil atual.....	12
1.1. Exposição do problema.....	12
1.2. Processo civil publicista, liberal... Ou cooperativo?	14
§2 - Princípio da cooperação.....	24
2.1. Cooperação noutros ordenamentos jurídicos	24
2.2. Cooperação no nosso ordenamento jurídico-processual.....	26
2.2.1. Tese de LEBRE DE FREITAS	27
2.2.1.1. Cooperação material	27
2.2.1.2. Cooperação formal	29
2.2.2. Tese de TEIXEIRA DE SOUSA.....	30
2.2.2.1. Deveres das partes	30
2.2.2.2. Deveres do juiz	31
§3 - Prova.....	39
3.1. Notas prévias.....	39
3.2. Regime jurídico da prova.....	43
3.3. Tipologias de prova	45
3.3.1. Conceito de prova.....	45
3.3.2. Provas diretas e indiretas.....	47
3.3.3. Provas preconstituídas e provas constituídas.....	48
3.3.4. Prova livre e prova legal.....	49
§4 - Colaboração de terceiros no processo civil	51
4.1. Nota introdutória.....	51
4.2. Dever de colaboração.....	52
4.3. Sanções à violação do dever de colaborar	53
4.4. Limites	55
4.4.1. Limites absolutos.....	55
4.4.2. Limites relativos.....	56
4.4.2.1. Segredo profissional	59
4.4.2.1.1. Segredo bancário.....	59
4.4.2.1.2. Segredo do advogado	61

4.4.2.1.3. Segredo médico.....	62
4.4.2.1.4. Segredo do jornalista	63
4.4.2.1.5. Segredo religioso	64
4.4.2.1.6. Outros segredos.....	65
§5 - Colaboração de terceiros no âmbito probatório.....	67
5.1. Prova testemunhal.....	67
5.1.1. Regime jurídico	67
5.1.2. Apreciação crítica.....	75
5.2. Prova pericial	82
5.2.1. Regime jurídico	82
5.2.2. Apreciação crítica.....	87
5.3. Prova por inspeção.....	94
5.3.1. Regime jurídico	94
5.4. Prova documental	97
5.4.1. Regime jurídico	97
5.4.2. Apreciação crítica.....	101
5.5. Prova por confissão extrajudicial.....	103
5.5.1. Regime jurídico	103
CONCLUSÃO.....	107
BIBLIOGRAFIA	109
JURISPRUDÊNCIA.....	131

INTRODUÇÃO

O tema que iremos tratar neste estudo é o da *colaboração de terceiros no processo civil*. Procuraremos realizar um estudo cuidado e completo da temática, tentando também, ao longo da exposição teórica, formular as mais variadas questões que se revelem pertinentes. Enfim, é nossa preocupação dar um contributo positivo para a abordagem destas matérias. Porém, antes de tudo, é essencial tecer algumas considerações prévias, para que possamos precisar, com minúcia, o objeto do nosso trabalho.

Em primeiro lugar, há que dizer que não iremos estudar os *incidentes de intervenção de terceiros*¹. Este incidente opera a uma modificação subjetiva da instância², pois o terceiro que vai intervir em juízo entrará na causa para assumir a qualidade de *parte*. Não é este o objeto do nosso estudo. Iremos, sim, abordar a *colaboração de terceiros*³ no âmbito *probatório*. Na fase de *instrução*, o juiz da causa,

¹ Vide arts. 311º e ss do CPC, relativos à *intervenção principal*, à *intervenção acessória* e à *oposição*, e ainda FREITAS, Lebre de, *Introdução ao Processo Civil (Conceito e princípios gerais à luz do novo código)*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2013, p. 217 e ss; ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *Direito Processual Civil*, Volume I, Almedina, 2010, p. 604 e ss; REIS, Alberto dos, *Código de Processo Civil: Anotado*, Clássicos Jurídicos, Vol. I, 3ª Edição (1948), Reimp., Coimbra Editora, 2004, p. 421-528. Raciocínio oposto realizou o prezado processualista ALBERTO DOS REIS, «Intervenção de terceiros (Código de Processo Civil, artigos 325º e segs.)» in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. XXIII, 1947, p. 313 e 314: «A intervenção de terceiros que constitui o objeto da secção 3ª não deve confundir-se com outras intervenções de terceiros de que também se ocupa a lei processual. Quando uma testemunha é chamada a depor, por exemplo, há certamente a intervenção de terceiro na causa pendente; sucede o mesmo quando um perito dá o seu laudo, quando um técnico ou funcionário especializado presta o seu concurso, quando um intérprete realiza a sua função, quando se requisitam informações, esclarecimentos ou documentos a pessoas que não são partes. Mas não é qualquer destas formas de intervenção que o Código tem em vista nos artigos 325º a 364º. A intervenção aqui considerada é outra. Podemos caracterizá-la assim: intervenção que se propõe transformar um terceiro em parte.». Exemplos belíssimos dados pelo processualista, quando procura demonstrar que os não vai tratar; pois bem, estudá-los é o nosso desígnio.

² Alínea b) do art. 262º, do CPC. Doravante, todas as normas citadas, *na ausência de indicação expressa ao diploma respetivo*, pertencem ao vigente CPC.

³ Quanto ao conceito de *terceiros*, para estes efeitos, englobamos *todas as pessoas alheias à causa*, pelo que excluimos o Tribunal, as partes – e respetivos mandatários judiciais – e ainda possíveis representantes em juízo. LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil (Conceito e princípios gerais à luz do novo código)*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2013, p. 185, apelida estes sujeitos de *terceiros intervenientes acidentais*. MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil* (com a colab. de Antunes Varela), Reimpressão, Coimbra Editora, 1993, p. 3, utilizava a designação de *auxiliares processuais* para aludir às testemunhas, peritos e intérpretes. Citamos ainda CÉSAR ABRANCHES, «O dever de colaboração dos terceiros para com a Justiça» in ROA, Ano 1º, 3º e 4º trimestres de 1941, Lisboa, p. 380, que do rol de *terceiros* excluiu a figura do «perito» e ainda a da «testemunha oferecida pelos litigantes». Discordo deste entendimento. Embora sejam, de facto, os sujeitos que, enquanto *terceiros*, mais atuam no âmbito dos processos, quer cíveis, quer criminais, a verdade é que essa circunstância não os torna pessoas interessadas no processo. Iremos, portanto, tomá-los em consideração. Por fim, há que realçar que a qualidade de *terceiro* se afere partindo da relação jurídica *processual*. Assim, todo aquele que não se

ao proceder ou decretar as diligências de *prova* necessárias para se esclarecer acerca da veracidade das alegações das partes, poderá necessitar da colaboração de *pessoas alheias ao processo*. É este o nosso *desideratum*: refletir, criticamente, sobre a colaboração de terceiros no âmbito das diligências probatórias.

De seguida, importa esclarecer que para o estudo iremos tomar como pano de fundo o *processo declarativo*⁴ dos tribunais judiciais de 1ª instância⁵. Não queremos dizer que a lei processual não impõe uma colaboração para terceiros no contexto de outros processos, nomeadamente do processo executivo⁶ e no âmbito dos procedimentos cautelares⁷. Simplesmente não os iremos tomar em consideração.

Para finalizar o acervo de notas introdutórias, importa agora dedicar algumas palavras ao *iter metodológico* adotado na nossa investigação.

Iniciaremos o estudo com um capítulo dedicado à natureza do *processo*. A cada vez maior exaltação do princípio da *cooperação* no nosso ordenamento jurídico-processual tem levado alguns autores a interrogarem-se sobre se se mantém a índole publicística, ou se, pelo contrário, estaremos perante uma tipologia de processo inovadora⁸.

Logo após este primeiro capítulo, dedicaremos um segundo, de forma integral, ao *princípio da cooperação*.

Posteriormente, concentraremos o terceiro capítulo na importantíssima temática da *prova*. Falar de *cooperação de terceiros*, nos termos expostos, é falar de *prova*.

encontrar *dentro dos limites do âmbito subjetivo* do processo será *terceiro*, ainda que o não seja em face da relação jurídica *material* (cfr. FREITAS, Lebre de, *A Ação Declarativa Comum (À luz do Código de Processo Civil de 2013)*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2013, p. 279).

⁴ Citamos as palavras de EDOARDO RICCI, «Verso un nuovo processo civile?» in RDP, 2003, n.º 1, p. 213, por nós traduzidas: «privilegiando o estudo do processo declarativo acredito que tal favorecerá, para além do debate entre nós, processualistas do âmbito cível, também a possibilidade de dialogar com os processualistas do âmbito penal e constitucional, que assistam ao nosso trabalho».

⁵ Além de excluirmos do estudo os tribunais de recurso, excluímos ainda os tribunais arbitrais e os julgados de paz.

⁶ É possível encontrar manifestações desta imposição de colaboração a terceiros no processo executivo. Veja-se, a título exemplificativo, o n.º 1 do art. 780º, através do qual se pretende a colaboração da entidade bancária onde o executado disponha de conta aberta, para efetivar a penhora de depósito bancário. No art. 747º impõe-se ao terceiro a entrega de um bem em sua posse.

⁷ O n.º 2 do art. 400º prevê a colaboração de terceiros no procedimento cautelar especificado de embargo de obra nova. Quando o dono da obra não queira ou não possa assinar o auto de embargo, será necessário recorrer à intervenção de duas testemunhas. É ainda de sublinhar que podemos encontrar casos semelhantes nos processos de jurisdição voluntária. Um exemplo é o do processo de *inquérito judicial à sociedade* (arts. 1048º e ss). Na alínea b) do n.º 3 do art. 1049º prevê-se expressamente a inspeção de bens, livros e documentos da sociedade, ainda que na posse de terceiros (o que pressupõe, pois, a sua colaboração).

⁸ Esta dúvida foi colocada por MARIANA FRANÇA GOUVEIA, «Os poderes do juiz cível na ação declarativa» in *Julgaz*, Lisboa, n.º 1, 2007, p. 51, que questiona se «este princípio da colaboração é ainda parte do paradigma autoritário, como defende Luís Correia de Mendonça, ou traduz realmente um novo arquétipo de processo civil».

Seguindo esta linha de raciocínio, não se afigura aconselhável prescindir de um enquadramento do tema da *prova*.

Estes três primeiros capítulos são, reconhecidamente, de caráter inaugural e destinam-se a contextualizar o que se seguirá.

No quarto capítulo, iremos tratar a *colaboração de terceiros no âmbito probatório*, o tópico nuclear do nosso trabalho.

No último capítulo, procuraremos tratar, de forma isolada, *cada meio de prova* em que seja configurável uma colaboração de terceiros. Culminaremos, naturalmente, numa breve síntese conclusiva.

§1 - Caráter do processo civil atual

SUMÁRIO: 1. Caráter do processo civil atual. 1.1. Exposição do problema. 1.2. Processo civil publicista, liberal... Ou cooperativo?

1.1. Exposição do problema

O itinerário da nossa atividade investigatória inicia-se com esta questão de *política processual*, alvo de intenso debate ao longo dos tempos. A doutrina maioritária do ordenamento jurídico-processual português⁹, bem como de ordenamentos jurídicos afins¹⁰, reconhece que o processo civil tem caráter eminentemente *publicista*¹¹. E, sendo assim, a questão parece desprovida de sentido.

⁹ ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *ob. cit.*, p. 12, 21 e 22; CARLOS, Adelino da Palma, *Linhas Gerais do Processo Civil Português*, Edições Cosmos, Lisboa, 1991, p. 30; FREITAS, Lebre de, *Introdução ao Processo Civil (Conceito e princípios gerais à luz do novo código)*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2013, p. 156, 191, 225 e ss; REIS, Alberto dos, «O Novo Código de Processo Civil Português» in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Suplemento VI, Coimbra, 1945, p. 341 e ss; SOUSA, Teixeira de, *Introdução ao Processo Civil*, 2ª Ed., 2000, Lex, Lisboa, p. 20, 24, 25 e 45; MESQUITA, Miguel, «A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno Processo Civil» in RLJ, Ano 143º, n.º 3983, Novembro-Dezembro 2013, Coimbra Editora, p. 134 e 150; VAZ, Alexandre Mário Pessoa, *Direito Processual Civil – Do Antigo ao Novo Código (Novas tecnologias ao serviço da justiça)*, 2ª Edição, Almedina, 2002, p. 322; SOARES, Fernando Luso, *Processo civil de declaração: história, teoria, prática*, Almedina, Coimbra, 1985, p. 56-76.

¹⁰ Sobre a corrente publicística em *Itália*, D'AMELIO, Mariano, «Le tendenze sociali del nuovo codice di procedura civile», in RDPC, Vol. XVIII, Parte I, 1941 (XIX-XX), Padova, p. 6 e ss; CARNELUTTI, Francesco, «Riforma tedesca e riforma italiana del processo civile di cognizione» (Postilla), in RDPC, Vol. XI, Parte I, 1934 (XII), p. 289 e ss; SATTA, Salvatore, «Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo» in RDPC, Vol. XIV, Parte I, 1937 (XV), p. 33, 34, 40, 41, 43 e 44; SPAGNOL, Gino, «Di un nuovo profilo pubblicistico dell'azione civile» in RDPC, Vol. IV, Parte I, 1927, p. 44 e 45; FAZZALARI, Elio, «La funzione del giudice nella direzione del processo civile» in RDP, Vol. XVIII, 1963, Padova, p. 66; CALAMANDREI, Piero, «Processo e giustizia» in RDP, Vol. V, Parte I, 1950, Padova, p. 278 e ss; PISANI, Andrea Proto, «Il processo civile di cognizione a trent'anni dal codice» in RDP, Vol. XXVII (II Serie), 1972, Padova, p. 37, 58, 62, 70 e 74; DENTI, Vittorio, «Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio» in RDP, Vol. XXIII (II Serie), 1968, Padova, p. 222.

Sobre a «invasão» do publicismo na *Alemanha*, vide VOLKMAR, Erich, «La nuova legge tedesca sul processo civile del 27 ottobre 1933 e la sua importanza dal lato della politica legislativa» (trad. Giovanni Cristofolini) in RDPC, Vol. XI, Parte I, 1934 (XII), p. 275 e ss; NEUNER, Roberto, «Il progetto di un nuovo regolamento per il processo civile tedesco» (trad. Giovanni Cristofolini) in RDPC, Vol. XI, Parte I, 1934 (XII), p. 63 e 64; HABSCHEID, Walter J., «A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direcção e instrução do processo (direitos alemão e suíço)» – trad. Catarina Serra in Scientia Iuridica, Tomo XLI, 1992, n.º 235/237, p. 123 e ss; CAPONI, Remo, «Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001» in RDC, n.º 4, Julho/Agosto de 2006, p. 529 e ss.

¹¹ No entanto, é possível encontrar no CPC resquícios da influência *liberal*. Um exemplo de extrema relevância na prática judiciária é-nos prestado por MIGUEL MESQUITA, *estudo cit.*, p. 135, que enuncia a manutenção de um arcaico *princípio do pedido*, de «raiz tipicamente liberal», no nosso ordenamento jurídico-processual. Também SERGIO LA CHINA, «Giusto processo, laboriosa utopia» in RDP,

No entanto, a introdução do *princípio da cooperação* e a sua cada vez maior importância no pensamento e política processuais parecem ter alimentado dúvidas a alguns autores, tendo alguns, inclusivamente, vindo a defender o surgimento de um *novo* modelo de processo civil – o denominado modelo *cooperativo*¹². Defensores deste modelo parecem ser, sem reservas, FREDIE DIDIER JR.¹³ e DANIEL MITIDIERO¹⁴.

Citando o primeiro: «A condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição assimétrica em relação às partes. Busca-se uma condução cooperativa do processo, sem protagonismos»¹⁵.

Os processualistas brasileiros acentuam uma *dupla* posição do julgador: posição paritária, na condução do processo¹⁶; assimétrica, no momento da decisão¹⁷.

MARIANA FRANÇA GOUVEIA propõe, por seu turno, um *novo* arquétipo de juiz – o juiz *colaborante*¹⁸.

Exposta a pertinência da questão, é hora de indagar sobre a natureza do nosso processo civil. Liberal? Publicista? Ou *algo novo*, decorrente da sacralização do princípio da cooperação?

Outubro-Dezembro de 2005 (LX), n.º 4, p. 1118, encontra manifestações *liberais* no CPC it. Assim, «o nosso Código de Processo – o código “fascista”, autoritário como às vezes se diz – ditou e ainda mantém viva e vigente uma norma que mais respeitadora da liberdade individual não poderia ser: “Fora dos casos expressamente previstos na lei, ninguém pode fazer valer no processo, em nome próprio, direitos de outras pessoas” (art. 81...)» (tradução nossa).

¹² DIDIER Jr., Fredie, *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*, 1ª edição, Coimbra Editora, 2010, p. 45 e 46.

¹³ DIDIER Jr., Fredie, *ob. cit.*, p. 49 e 50.

¹⁴ DANIEL MITIDIERO, «Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck» in *Revista de Processo*, Ano 36, Vol. 194, Abril de 2011, p. 57, expressa-se de forma cabal: «A colaboração é um *modelo de processo civil* e é um *princípio*. A colaboração é um modelo de processo civil que visa organizar o papel das partes e do juiz na conformação do processo. Em outras palavras, visa dar feição ao formalismo do processo, dividindo de forma equilibrada o trabalho entre todos os seus participantes».

¹⁵ DIDIER Jr., Fredie, *ob. cit.*, p. 47.

¹⁶ No entendimento de DANIEL MITIDIERO, modelo assimétrico é aquele em que o juiz goza de amplos poderes de condução do processo (cfr. DIDIER Jr., Fredie, *ob. cit.*, p. 49, nota de rodapé).

¹⁷ MITIDIERO, Daniel, «Processo justo, colaboração e ônus da prova» in *Revista TST*, vol. 78, n.º 1, Janeiro/Março de 2012, p. 70 e 71.

¹⁸ GOUVEIA, Mariana França de, «Os poderes do juiz cível na acção declarativa (Em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão) in *Julgar*, n.º 1, 2007, p. 50 e ss; MATOS, José Igreja, «O juiz e o processo civil (contributo para um debate necessário)», in *Julgar*, n.º 2, Maio-Agosto de 2007, p. 92 e 93.

1.2. Processo civil publicista, liberal... Ou cooperativo?

Um processo de índole *liberal* encontra-se claramente ultrapassado¹⁹. Dizer que está ultrapassado não significa que morreu. Não morreu; assumiu, sim, uma nova forma: a do movimento de *garantismo processual*²⁰. Os seus seguidores continuam avessos a um processo dominado por interesses *públicos*. Em Itália, tem-se verificado uma tendência para a *privatização* de alguns aspetos do processo civil, na esteira de FRANCO CIPRIANI²¹. Em Espanha, nomeadamente pela obra de MONTERO AROCA, a transformação do espírito processual na nova LEC foi tal, que se transitou de um (considerado) processo civil «autoritário» para «uma solução de compromisso», negando-se poderes ao órgão judicial para a investigação da veracidade dos factos alegados pelas partes²².

¹⁹ CASTRO, Artur Anselmo de, *Processo Civil Declaratório*, Volume III, Almedina, Coimbra, p. 168; REIS, Alberto dos, «O Novo Código de Processo Civil Português», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Suplemento VI, Coimbra, 1945, p. 358. Assevera MIGUEL MESQUITA, *estudo cit.*, p. 150: «No nosso tempo, com grande evidência, dois caminhos se abrem diante de nós: o que nos conduz a um juiz paralisado (o juiz “estátua” ou “convidado de pedra”) no domínio do *pedido* e da *causa de pedir*, e outro, bem diferente, que nos coloca diante de um juiz activo, sempre dialogante».

²⁰ Podemos sustentar a afirmação de que o processo *liberal* assumiu novas vestes, travestido como *garantismo processual*, através de MONTERO AROCA, *La paradoja procesal del siglo XXI: los poderes del juez penal (libertad) frente a los poderes del juez civil (dinero)*, Tirant to Blanch, Valencia, 2014, p. 27, que, ao tratar o movimento *garantista*, coloca como título «A opção garantista no século XX: O desenvolvimento da conceção liberal». Não será também aleatória a denominação dada por BARBOSA MOREIRA, que atribui a designação de *neoprivatismo* (cfr. MOREIRA, José Carlos Barbosa, «O neoprivatismo no processo Civil» in CDP, n.º 10, Abril-Junho de 2005, Braga, p. 3-12).

²¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa, «Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo» in CDP, n.º 7, Julho/Setembro de 2004, p. 6; MONTERO AROCA, Juan, «Il processo civile “sociale” come instrumento di giustizia autoritaria» in RDP, Abril-Junho de 2004 (LIX), n.º 2, p. 553 e ss. CIPRIANI, «Autoritarismo e garantismo nel processo civile (a proposito dell’art. 187, 3º comma, c.p.c.)» in RDP, Vol. XLIX (II Serie), 1994, Padova, p. 24, considera o CPC it. «antiliberal e autoritário». Correta observação é-nos prestada por BARBOSA MOREIRA, «A influência do direito processual civil alemão em Portugal e no Brasil» in ROA, Ano 51, 1991, Lisboa, p. 37: «Portugal e Brasil viviam em 1939, tal como a Alemanha, sob regimes políticos autoritários. É natural que se indague se a proximidade ideológica terá desempenhado algum papel na orientação das reformas ocorridas naqueles dois países. A resposta é que, se houve tal fenómeno, decididamente não se lhe deve atribuir senão importância secundária».

²² PICÓ I JUNOY, Joan, «I principi del nuovo processo civile spagnolo» in RDP, Janeiro-Março de 2003 (LVIII), II Serie, n.º 1, p. 65-80; MOREIRA, José Carlos Barbosa, «O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo» in *Scientia Iuridica*, Tomo LV, n.º 305, Janeiro/Março de 2006, Braga, p. 637. MONTERO AROCA, *La paradoja procesal del siglo XXI: los poderes del juez penal (libertad) frente a los poderes del juez civil (dinero)*, Tirant to Blanch, Valencia, 2014, p. 28 e 29, reconhece que as normas reguladoras do processo civil são de direito *público*, deixando as partes de ser, *plenamente*, «as donas do processo». No século XX pôs-se fim a esta ideia de limitação excessiva do papel do juiz no processo e deram-se passos no sentido de um processo entendido como liberdade e garantia. Ao juiz é atribuído apenas o papel de *direção formal* do processo; quanto às faculdades *materiais*, o juiz encontra-se privado delas (cfr. MONTERO AROCA, Juan, *ob. cit.*, p. 30). O julgador foi ainda destituído dos poderes de iniciativa probatória de que dispunha na LEC anterior (cfr. MONTERO AROCA, Juan, *ob. cit.*, p. 32-35).

Dedicaremos agora breves palavras à «invasão» da corrente publicista, nos países da designada *civil law*, cujos ordenamentos jurídico-processuais oitocentistas eram predominantemente dominados por um espírito liberal.

Estamos cientes de que CORREIA DE MENDONÇA tinha em mente a elaboração de uma metáfora em torno do, por si apelidado, «vírus autoritário», mas na verdade fez mais do que isso. Prestou-nos uma súpula da incursão do publicismo na Europa, e por isso, passamos a citá-lo:

*«No final do século XIX um vírus infectou o processo civil. Nem todos os processos sucumbiram, mas todos foram, de alguma forma, por ele afectados. A comunidade científica deu-lhe o nome de “vírus autoritário”. Segundo as investigações, esse vírus apareceu pela primeira vez na casa do imperador da Áustria e rei da Hungria, Francisco José (1810-1916), transmitido pelo Dr. Franz Klein (1854-1926). O vírus propagou-se por toda a Europa. Atacada a própria Áustria, em 1895, a epidemia alastrou para a Hungria, em 1911. Em 1923, depois de ter sofrido uma mutação, o vírus afectou a Rússia bolchevique. Em 1926, contaminou o processo civil português. Em 1933, foi a Alemanha nacional-socialista a atingida²³. Em 1939, atravessou o Atlântico e chegou ao Brasil. Em 1940, disseminou-se na Itália fascista. Depois da segunda guerra mundial, o vírus reapareceu no centro da Europa por influência da estirpe que entretanto se tinha desenvolvido na União Soviética. Apesar de ter sido considerado, durante anos, que a epidemia tinha sido controlada, o vírus acabou por reaparecer, de forma benigna embora, primeiro em França, em 1975²⁴».*²⁵

Franz Klein, o motor da revolucionária ZPO austríaca de 1895, é considerado o «pai» da corrente publicista. Debatendo-se contra os valores herdados do processo *liberal*, idealizava um processo orientado para o interesse do Estado na função pública de *boa administração da justiça*, da procura da *verdade*²⁶, da paz social²⁷, onde o juiz²⁸

²³ A obra de Klein foi prosseguida na Alemanha, nomeadamente, por FRITZ BAUR, tendo sido introduzida uma «conceção social de processo» (*soziale Prozeßauffassung*) – cfr. CAPONI, Remo, «Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001» in RDC, n.º 4, Julho/Agosto de 2006, p. 529 e 530; GOTTWALD, Peter, «Civil Justice Reform: German Perspective» in *Civil Justice in Crisis (Comparative Perspectives of Civil Procedure)*, Oxford University Press, p. 207, 228 e 229.

²⁴ CADIET, Löt, «Civil Justice Reform: French Perspective» in *Civil Justice in Crisis (Comparative Perspectives of Civil Procedure)*, Oxford University Press, p. 315; LE MASSON, Jean-Marc, «La recherche de la vérité dans le procès civil» in *Droit et Société*, 38, 1998, p. 24.

²⁵ MENDONÇA, Luís Correia de, «Vírus autoritário e processo civil» in *Julgar*, Lisboa, n.º 1, Janeiro-Abril 2007, p. 67 e 68.

²⁶ Não iremos tecer considerações sobre o conceito de *verdade*, que tanto tem ocupado ilustres processualistas como CARNELUTTI e TARUFFO (*vide*, entre outros, CARNELUTTI, Francesco, «Verità, dubbio, certezza» in RDP, Vol. XX (II Serie), 1965, Padova, p. 4-9; CARNELUTTI, Francesco,

assume um papel ativo²⁹, com amplos poderes e com o relevante papel de diretor do processo³⁰.

Tendo como assente a necessidade de defesa do interesse público na realização da *Justiça*, importa não esquecer que não se deve absolutizar esse interesse, em detrimento dos demais presentes no domínio do processo civil. Portanto, quando nos pronunciamos sobre estas matérias, devemos fazê-lo com todas as cautelas³¹.

«A proposito di ricerca della verità» in RDP, Volume XV, 1960, Padova, p. 675-679; CALAMANDREI, Piero, «Verità e verosimiglianza nel processo civile» in RDP, Volume X, Parte I, 1955, Padova, p. 165 e ss; MONTELEONE, Girolamo, «Intorno al concetto di verità “materiale” o “oggettiva” nel processo civile» in RDP, Janeiro-Feveireiro de 2009 (LXIV), n.º 1, p. 1 e ss; VIDIRI, Guido, «Giusto processo, accertamento della verità materiale e “imparzialità” del giudice» in RDP, Novembro-Dezembro de 2012 (LXVII), n.º 6, p. 1547 e ss; LE MASSON, Jean-Marc, «La recherche de la vérité dans le procès civil» in Droit et Société, 38, 1998, p. 21 e ss). Sobre verdade, iremos dizer somente que é pacificamente aceite como uma das principais finalidades do processo civil moderno (cfr. TARUFFO, Michele, «Modelli di prova e di procedimento probatorio» in RDP, Abril-Junho de 1990 (XLV), n.º 2, Padova, p. 431 e 432; DENTI, Vittorio, «L’evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei» in RDP, Volume XX (II Serie), 1965, Padova, p. 43).

²⁷ BAUR, Fritz, «Il processo e le correnti culturali contemporanee» (trad. de Corrado Ferri) in RDP, Vol. XXVII (II Serie), 1972, p. 255.

²⁸ MARIANO D’AMELIO, «Le tendenze sociali del nuovo codice di procedura civile» in RDPC, Vol. XVIII, Parte I, 1941 (XIX-XX), Padova, p. 6, entende que se verificou, efetivamente, uma transformação psicológica e social do juiz. O juiz deixa de ser o típico magistrado «austero» e «impassível», que «assiste à contenda das partes com aristocrática indiferença».

²⁹ BAUR, Fritz, *estudo cit.*, p. 254; REIS, Alberto dos, *Breve estudo sobre a Reforma do Processo civil e comercial*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 1929, p. 208 e 209. Na Alemanha, continua a advogar-se um *Dispositionsprinzip* (princípio segundo o qual o objeto do processo é privado), porém, tem sido procurada uma *atenuação do Verhandlungsprinzip*, permitindo-se ao julgador que contribua para a descoberta da verdade (cfr. DENTI, Vittorio, *estudo cit.*, p. 40 e 41; TARUFFO, Michele, *estudo cit.*, p. 433).

³⁰ REMO CAPONI, «Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001» in RDC, n.º 4, Julho/Agosto de 2006, p. 530, nota que essa direção passa a ser entendida como um verdadeiro *case management* da parte do juiz.

Em Itália, CAPPELLETTI, «Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiudiziche della struttura del processo» in RDP, Volume XXII (II Serie), 1967, Padova, p. 417, manifesta-se a favor da atribuição deste papel ao órgão decisório. Alguns autores citam o art. 175º, 1º parágrafo do CPC it., onde se prescreve que «o juiz instrutor exercita todos os poderes orientando-os para um mais solícito e leal desenvolvimento do procedimento» (cfr. COMOGLIO, Luigi Paolo, «Istruzione e trattazione nel processo civile» in Dig. Disc. Priv. Sez. Civile, X, 1993, p. 224).

³¹ Damos como exemplo CARNELUTTI, «Carattere del nuovo processo civile italiano» in RDPC, Vol. XVIII, Parte I, 1941 (XIX-XX), p. 37. O processualista defendia que «os cidadãos, sejam partes, sejam terceiros, estão sujeitos ao *serviço público judiciário*, de modo puramente análogo ao *serviço militar*». Defendeu ainda: «*não é tanto o processo que deve servir as partes, as partes é que devem servir o processo*; o fim processual foi de facto invertido, mas mais do que uma desvalorização, resolveu-se a questão através do reconhecimento, à *atividade das partes de gestão do processo*, de um novo e mais alto valor» (cfr. CARNELUTTI, Francesco, «Riforma tedesca e riforma italiana del processo civile di cognizione» (Postilla) in RDPC, Vol. XI, Parte I, 1934 (XII), p. 289). CHIOVENDA, o «pai» do CPC it. de 1940, procurou explicitar o espírito da codificação que erigiu. Não visava transformar o juiz num sujeito que age de forma *paternalista*, servindo-se dos seus poderes acrescidos para remediar insuficientes defesas ou reforçar a tutela da parte mais fraca. O CPC *chiovendiano* pretendeu, de facto, introduzir estímulos de dialética defensiva. Quanto à figura do juiz, afirmava que «o campo do juiz e dos defensores deve ser claramente separado, porque existe uma verdadeira incompatibilidade psicológica entre o papel de *judicar* e o papel de procurar os elementos de defesa das partes» (por tudo, *vide* MONTESANO, Luigi, «Le prove» in RDP, Volume XXXIII (II Serie), 1978, Padova, p. 476; ALLORIO, Enrico, «La scienza, la pratica, il buonsenso e il processo civile» in RDP, Vol. I, Parte I, 1946, Padova, p. 190, 191 e 195). O *tónus* estava, portanto, no reforço da intervenção das partes, agora vinculada e comprometida.

ALBERTO DOS REIS foi, indubitavelmente, o principal responsável pela incursão do publicismo em Portugal. Tendo feito suas muitas das palavras de CARNELUTTI, implementou, no CPC de 1939, um processo que, para si, não poderia deixar de ser *publicista*: «*Não basta assinalar a feição pública do processo como espírito informador de toda a organização, como mola real de toda a mecânica, para se ficar a conhecer a fisionomia da nova lei. O carácter público do processo é hoje uma aquisição pacífica, uma ideia assente, que nenhum legislador compenetrado das suas responsabilidades pode razoavelmente desconhecer. Construir hoje um Código de Processo fora das exigências científicas do princípio publicístico equivaleria, na frase de CARNELUTTI, a levantar um hospital sem ter em conta a descoberta de PASTEUR*»³².

Consideramos que o ilustre Professor procurou aplicar o princípio publicista de forma cautelosa³³. Contudo, veio a defender algumas sanções processuais excessivamente severas.

Exemplo disso foi a sanção consagrada para a falta de colaboração das partes no processo (art. 524º do CPC de 1939). O processualista defendia que os factos se deveriam, desde logo, considerar *confessados*. Para além de conduzir a resultados que muitas vezes se revelavam contrários à verdade, desvirtuava as regras do ónus da prova. Outras críticas poderiam ser esgrimidas, mas não iremos prosseguir, já que a sanção foi substituída.

O mesmo não podemos afirmar sobre a sanção aplicada no caso de *revelia do réu*. Defendeu ALBERTO DOS REIS: «a revelia do réu aparece aos olhos do legislador como uma situação anómala e patológica, que compromete o fim último do processo e que urge eliminar por todas as formas. O meio mais eficaz e enérgico consiste em fazer sofrer ao revel uma consequência grave, que pode ir desde a confissão implícita da matéria de facto alegada pelo autor até à confissão tácita do próprio pedido»³⁴. Assim, e ainda hoje, perante um caso de *revelia operante*, porque não exerceu o réu o ónus que lhe incumbia de *contestar* (n.º 1 do art. 574º)³⁵, «consideram-se confessados os factos

³² REIS, Alberto dos, «O Novo Código de Processo Civil Português» in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Suplemento VI, Coimbra, 1945, p. 342.

³³ ALBERTO DOS REIS, *estudo cit.*, p. 342, repete, inclusivamente, a conhecida advertência de CARNELUTTI: «*O princípio publicístico é verdadeiramente um daqueles que, se não se souber manobrar com prudência, arrisca trazer mais males do que benefícios*» (vide CARNELUTTI, Francesco, «Carattere del nuovo processo civile italiano» in RDPC, Vol. XVIII, Parte I, 1941 (XIX-XX), p. 38).

³⁴ REIS, Alberto dos, *estudo cit.*, p. 351.

³⁵ N.º 1 do art. 574º: «Ao contestar, deve o réu tomar posição definida perante os factos que constituem a causa de pedir invocada pelo autor».

articulados pelo autor» (n.º 1 do art. 567º)³⁶. Vigora, entre nós, um sistema de *ficta confessio*, à semelhança de países como a Alemanha, a Áustria e a Suécia, embora nestes três se consagre um sistema de *ficta confessio moderado*, prevendo-se a possibilidade de o revel deduzir oposição à sentença proferida³⁷. Sistema diverso vigora nos sistemas de *ficta litis contestatio* ou de *contestação ficta*, «em que a omissão de contestar não tem o valor de prova legal e mantém incólumes as normas sobre a distribuição do ónus da prova»³⁸. É este o sistema vigente no processo italiano, francês, belga e espanhol³⁹. Inclusivamente, este sistema de *ficta litis contestatio* vigorou entre nós⁴⁰, tendo sido (erradamente) abandonado.

Do exposto, consideramos que, *de iure constituendo*, deveríamos regressar ao regime da *ficta litis contestatio*, e, desse modo, fazer valer o ónus probatório que recai sobre o autor. Defender o inverso – o regime vigente, portanto – significará desonerar totalmente o autor de provar os factos por si alegados, significará uma arrepiante desconsideração pela verdade dos factos⁴¹, defender uma sanção manifestamente excessiva e desajustada, bem como revelará uma incomportável desigualdade entre autor e réu⁴². Em jeito de síntese: a sanção efetivamente positivada é materialmente injusta e processualmente incongruente⁴³.

³⁶ Assiste razão a LEBRE DE FREITAS, *A Ação Declarativa Comum (À luz do Código de Processo Civil de 2013)*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2013, p. 87, quando defende que, em bom rigor, dá-se uma *admissão dos factos*. É o que, aliás, resulta da leitura do n.º 2 do art. 574º, que rege em matéria de *ónus de impugnação*.

³⁷ CASTRO, Artur Anselmo de, *Processo Civil Declaratório*, Volume III, Almedina, Coimbra, p. 164 e 165 e 227-229; SANTOS JÚNIOR, Eduardo dos, «Ónus de impugnação e admissão por acordo de factos não impugnados (artigo 490º do Código de Processo Civil) – Ac. do STJ de 14.12.2004, Proc. 4044/04» in CDP, n.º 12, Outubro/Dezembro de 2005, p. 60; GRUNSKY, Wolfgang, «Processo civile (Germania)» (trad. de Alessandro Della Chà) in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civile*, XV, p. 150 e 151; HABSCHEID, Walther J., «Giurisdizione civile e processo civile nella Repubblica Federale Tedesca», Parte I in RDP, Vol. XLII (II Serie), 1987, Padova, p. 660 e 661. TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª edição, Lex, 1997, p. 210, sustentou a aplicação analógica do disposto na atual alínea d) do art. 696º, procedendo-se à *revisão da sentença proferida*, por nulidade ou anulabilidade da confissão em que a decisão se fundou.

³⁸ FREITAS, Lebre de, *ob. cit.*, p. 87.

³⁹ *Ibidem*, p. 88, nota de rodapé; CASTRO, Artur Anselmo de, *ob. cit.*, p. 228 e 229; MESQUITA, Miguel, «A revelia no processo ordinário» in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. I, Coimbra Editora, 2013, p. 1090; SANTOS JÚNIOR, Eduardo dos, *estudo cit.*, p. 60; PISANI, Andrea Proto, *La nuova disciplina del processo civile*, Jovene Editore, Napoli, 1991, p. 161.

⁴⁰ REIS, Alberto dos, *Breve estudo sobre a Reforma do Processo civil e comercial*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 1929, p. 118; SANTOS JÚNIOR, Eduardo dos, *estudo cit.*, p. 60; MESQUITA, Miguel, *estudo cit.*, p. 1087.

⁴¹ MESQUITA, Miguel, *estudo cit.*, p. 1094.

⁴² Sobre esta posição, lê-se no estudo citado de MIGUEL MESQUITA, p. 1090 e 1091: «Um sistema cauteloso não atribui à revelia o efeito automático da confissão dos factos articulados pelo autor: a falta de contestação apenas concede ao demandante o privilégio de provar os factos sem ter de confrontar-se com a contraprova levada a cabo pelo réu, o que já representa uma grande vantagem».

⁴³ O que se verifica, nos casos de *revelia operante*, é a aplicação de uma *cominação semi-plena*, pois não há uma imediata condenação no pedido (cfr. MESQUITA, Miguel, *estudo cit.*, p. 1088 e 1089;

É momento de nos concentrarmos no processo civil português atual. Entendemos que a faceta publicista do processo foi fortemente acentuada com a Reforma de 1995/1996 e ainda mais o foi com o «novo»⁴⁴ CPC de 2013⁴⁵. Será que o princípio da cooperação altera este quadro de relações?

Começamos por analisar a proposta de MARIANA FRANÇA GOUVEIA⁴⁶. A processualista defende um arquétipo de juiz *colaborante*, que se encontre em posição de igualdade com as partes⁴⁷, mas preocupado com o litígio privado⁴⁸.

Quanto à *primeira* posição da proposta, tal visão não será mais do que uma utopia. A relação jurídica processual⁴⁹ é triangular⁵⁰, iniciando-se com o recebimento da petição inicial pela secretaria do tribunal e terminando com o fim do litígio entre as partes. Estas encontram-se em posição de igualdade entre si, mas o juiz, enquanto

MARQUES, J. P. Remédio, *Acção Declarativa à luz do Código Revisto*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2011, p. 502; REIS, Alberto dos, *Código de Processo Civil: Anotado*, Volume III, 4ª Edição, Reimp., Coimbra Editora, 1985, p. 9 e 10). Partindo deste pressuposto, PAULA COSTA E SILVA, «Saneamento e condensação no novo Processo Civil» in *Aspectos do Novo Processo Civil*, Lex, Lisboa, 1997, p. 268, considera que pode vir a ser o *autor* o prejudicado, designadamente porque os factos por si articulados podem não ser suficientes para fundar uma condenação, ocorrendo uma absolvição do réu do *pedido*. Acrescentamos ainda a possibilidade de ocorrer uma absolvição do réu da *instância* pelo *conhecimento oficioso de alguma exceção dilatória* (cfr. AMARAL, Jorge Augusto Pais de, *Direito Processual Civil*, 11ª Edição, Almedina, 2014, p. 250).

⁴⁴ Novo? Esta expressão talvez não seja a mais adequada para catalogar o Código aprovado em 2013. Este «novo» código manteve, em grande parte, a letra do CPC que o precedeu (que entendemos ser o de 1939), embora se tenha alterado a numeração dessas mesmas normas, tornando difícil o labor de quem o emprega na prática judiciária. No mesmo sentido, MESQUITA, Miguel, «A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno Processo Civil» in RLJ, Ano 143º, n.º 3983, Novembro-Dezembro 2013, Coimbra Editora, p. 149; FREITAS, Lebre de, «Sobre o Novo Código de Processo Civil (uma visão de fora)» in ROA, Ano 73, Vol. I, 2013, p. 23 e ss; RAMOS, José Luís Bonifácio, «Desígnios do “novo” Código de Processo Civil Português» in Revista O Direito, Ano 145º, IV, 2013, p. 798, 802-804, 808, 809 e 815.

⁴⁵ «O novo código de processo civil enquadra-se na mesma estrutura dogmática que inspirou a anterior legislação, assente numa ideia *publicizadora* e *socializante* da relação jurídica processual, que dá origem a um modelo de cooperação entre os sujeitos processuais. Nesse sentido, a mesma foi imune aos ventos neo-liberais...» (cfr. PEREIRA, Fernando Silva, «Princípio da cooperação e dever jurídico de colaboração probatória – uma análise à luz do novo Código de Processo Civil» in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano 10, 2013, p. 128).

⁴⁶ Outras propostas foram realizadas, mas quanto a essas não nos pronunciaremos, porque não manifestam qualquer relação com o tema do nosso trabalho. Exemplo disso é a figura do *juiz assistencial*, propugnada por PESSOA VAZ, *Direito Processual Civil – Do Antigo ao Novo Código (Novas tecnologias ao serviço da justiça)*, 2ª Edição, Almedina, 2002, p. 320 e ss.

⁴⁷ GOUVEIA, Mariana França, «Os poderes do juiz cível na ação declarativa» in *Julgar*, Lisboa, n.º 1, 2007, p. 56.

⁴⁸ GOUVEIA, Mariana França, *estudo cit.*, p. 55.

⁴⁹ SALVATORE SATTA, «La dottrina del diritto processuale civile» in RDP, Vol. XLVII (II Serie), n.º 3, 1992, p. 704 e 705, ensina que, entre os sujeitos da relação jurídica *material* e o *juiz*, se estabelece uma relação *nova* e *autónoma* – a relação jurídica *processual*.

⁵⁰ FREITAS, Lebre de, *Introdução ao Processo Civil (Conceito e princípios gerais à luz do novo código)*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2013, p. 158; JAUERNIG, Othmar, *Direito Processual Civil* (trad. F. Silveira Ramos), 2002, Almedina, p. 182; MANDRIOLI, Crisanto, *Corso di Diritto Processuale Civile – I – Nozioni Introduttive e Disposizioni Generali*, 6ª Ed., 2007, Torino, p. 35.

terceiro imparcial, deve manter-se equidistante⁵¹ e exercer de igual forma⁵² a sua autoridade⁵³, relativamente às partes. A igualdade que importa garantir é a que se estabelece entre as partes; afinal, são estas que se encontram em conflito. O juiz tem como papel e *dever*⁵⁴ dirimir esse litígio. Decidir com força de *autoridade*⁵⁵. Quanto à *segunda* proposição, citamos CORREIA DE MENDONÇA, que considera que poderá pôr em risco as garantias de imparcialidade e de *terzietà* do juiz⁵⁶. Comungamos desta crítica até porque, como pensamos, colocar o julgador numa posição comprometida com o concreto conflito será aproximá-lo *demais* dos litigantes, será colocar em causa a sua imparcialidade psicológica. No limite, o juiz poderá mesmo acabar por *tomar um dos partidos das partes*. Tudo isto culminará, pois, numa *perversão* da teoria de FRANÇA GOUVEIA: advogar uma igualdade entre partes e juiz poderá desembocar numa desigualdade entre as próprias partes.

Que dizer da tese defendida por FREDIE DIDIER JR. e DANIEL MITIDIERO?

Vimos que os processualistas sustentam a necessidade de uma dupla posição do juiz, no processo: *paritária* na condução e diálogo processuais, e assimétrica na decisão. Como constatamos acerca da proposta de FRANÇA GOUVEIA, a ideia de paridade no desenrolar do processo dificilmente passará do plano da teoria para o plano da prática judiciária⁵⁷. Os argumentos utilizados para a rejeição da teoria da processualista valem também aqui. Quanto à assimetria na decisão, entendemos que esta premissa vence, mas não é suficiente para legitimar a teoria do processo *cooperativo*. Além de ser uma evidência, é também um dos pressupostos do próprio processo publicista, não existindo

⁵¹ MANDRIOLI, Crisanto, *ob. cit.*, p. 20; CAPELO, Maria José, «Os factos notórios e a prova dos danos não patrimoniais» in RLJ, Ano 143º, n.º 3985, Março-Abril de 2014, p. 297.

⁵² FAZZALARI, Elio, «La imparzialità del giudice» in RDP, Volume XXVII (II Serie), 1972, Padova, p. 199.

⁵³ O juiz do processo deve adotar uma postura de autoridade, *não de autoritarismo* (cfr. JORGE, Nuno de Lemos, «Os poderes instrutórios do juiz – alguns problemas» in Julgar, n.º 3, 2007, p. 82 e 84). FAZZALARI, *estudo cit.*, p. 196, defende que o Tribunal deve proceder em posição «*super-partes*».

⁵⁴ MANDRIOLI, *ob. cit.*, p. 35, 60 e ss, enuncia o «dever de prestar a tutela jurisdicional», a cargo do órgão jurisdicional, com o correlativo «dever de decidir».

⁵⁵ Citamos as ilustrativas palavras de IGREJA MATOS, «O juiz e o processo civil (contributo para um debate necessário)» in Julgar, n.º 2, Maio-Agosto de 2007, p. 102: «Quando as partes recorrem ao tribunal, existe um conflito e é com base nele que o juiz intervém. Não se pode (...) “iludir o antagonismo”, fingindo que o processo vive do contributo desinteressado de todos, juiz e partes, para que, de mãos dadas, se obtenha a solução mais justa».

⁵⁶ MENDONÇA, Luís Correia de, «Vírus autoritário e processo civil» in Julgar, Lisboa, n.º1, Janeiro-Abril 2007, p. 95.

⁵⁷ E acrescente-se que, no entendimento de DANIEL MITIDIERO, modelo assimétrico é aquele em que o juiz goza de amplos poderes de condução do processo. Portanto, o processo civil português é um modelo *assimétrico*.

traços distintivos entre aquele e o processo denominado *cooperativo*, que justifiquem a criação deste.

FREDIE DIDIER JR. defendeu ainda que o surgimento do princípio da cooperação serviu para equilibrar a estrutura do nosso ordenamento jurídico-processual, considerado por muitos como um processo *autoritário*. Assistir-lhe-á razão?

A introdução do princípio da cooperação no Código de 1939, com a Reforma de 1995/1996, não consubstanciou verdadeiramente uma *novidade*. Já em 1926, com o Decreto n.º 12.353 de 22 de Setembro de 1926, o legislador processual introduziu duas normas – a dos arts. 27º e 28º do decreto – cujo conteúdo prescrevia *deveres de cooperação* para as partes⁵⁸ e para terceiros⁵⁹. Esta tendência para a imposição de deveres de cooperação para as partes manteve-se com o advento do CPC de 1939, sem que se obtivesse, reflexivamente, a mesma imposição para o juiz. Com a Reforma de 1995/1996, a *cooperação* deixou de consistir um feixe de deveres impostos às partes, de forma dispersa pelo Código, para passar a ser consagrado como um dos mais importantes *princípios*⁶⁰ do ordenamento jurídico-processual, aplicável, quer às partes⁶¹, quer ao *juiz*.

⁵⁸ MATOS, José Igreja, *estudo cit.*, p. 103; MENDONÇA, Luís Correia de, *estudo cit.*, p. 88.

⁵⁹ REGO, Carlos Lopes, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. I, 2ª Edição, 2004, Coimbra, p. 266.

⁶⁰ No CPC de 1939, constava do art. 266º. No atual Código, consta do art. 7º, mantendo-se a redação herdada do «velho» CPC. Em termos de sistematização, o legislador procurou condensar os mais importantes princípios no Título I do Livro I e não deixou o princípio da cooperação de fora, o que evidencia a sua cada vez maior relevância no nosso ordenamento. Ficaram de fora deste *elenco* o princípio do inquisitório (art. 411º) e ainda o princípio da adequação formal (art. 547º). Quanto ao primeiro, podemos encontrar alguma razão de ser, se com esta opção o legislador quis aludir ao facto de este princípio dominar em sede de *instrução do processo* (daí se encontrando localizado no Título V, com a epígrafe «Da instrução do processo»). O que dizer relativamente ao princípio da adequação formal, quer porque deve influenciar *toda a tramitação processual*, quer porque deve ser interpretado em conjugação com o princípio da gestão processual (cfr. SOUSA, Teixeira de, «Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil» in CDP, n.º 43, Julho-Setembro de 2013, p. 10-12)? Não bastará ao juiz adaptar a tramitação processual, bem como o conteúdo e forma dos atos processuais, de acordo apenas com os parâmetros do processo equitativo (art. 547º). É necessário conjugar com o disposto no art. 6º, isto é, mais que respeitar o critério do processo equitativo, deve o juiz exercer a *adequação formal* com vista a uma *justa composição do litígio em prazo razoável* (cfr. SOUSA, Teixeira de, *estudo cit.*, p. 12). Mais ainda, entende que a adequação formal requer uma *prévia audição das partes*, fazendo alusão ao n.º 1 do art. 6º (cfr. SOUSA, Teixeira de, *estudo cit.*, p. 13). A própria lei parece plasmar esse entendimento. Por exemplo, em sede de *audiência prévia*, exige-se *debate* antes de se determinar uma adequação formal, simplificação ou agilização processuais, remetendo-se para os arts. 6º e 547º (alínea e) do n.º 1 do art. 591º). Dispensando-se a realização de audiência prévia pode o juiz proferir despacho a determinar uma adequação formal, simplificação ou agilização processuais (alínea b) do n.º 2 do art. 593º). Nesta norma não se faz referência expressa ao contraditório das partes, mas remete-se para o art. 6º. Também nas ações de valor não superior a metade da alçada da Relação se exige *audiência das partes* antes de se decretar uma adequação formal, simplificação ou agilização processuais (alínea d) do art. 597º). Também da própria natureza destes despachos se retira a necessidade de audiência prévia; afinal, são estes, em regra, *irrecorríveis* (n.º 2 do art. 630º). Perante o exposto, comungando da tese de

Aqueles que vêm na consagração do princípio da cooperação uma tentativa de o legislador temperar a disciplina normativa, têm, de facto, alguma razão. A imposição de deveres *também* ao juiz é, incontestavelmente, uma boa forma de equilibrar os pesos da balança. Absolutizando esta argumentação, poderíamos ser tentados a subscrever o entendimento de FREDIE DIDIER JR. e DANIEL MITIDIERO.

Mas não terminamos aqui a discussão.

Preconizar a *cooperação* como um dos princípios do ordenamento jurídico-processual provocou a atribuição de um conjunto de deveres ao juiz, com a correlativa obrigação deste em contribuir para um bom andamento do processo⁶² e para uma *justa composição da lide*. Assim, de uma perspectiva *prática*, a *cooperação* imposta ao julgador dá lugar a uma sua *maior intervenção* no processo. E aqui nos aproximamos do entendimento de LOPES DO REGO⁶³, que considera que o princípio da cooperação veio restringir a *passividade* do juiz⁶⁴.

Aquilo que o princípio da cooperação trouxe para o processo foi um papel *mais ativo do juiz*, um papel proativo. Portanto, não se quis derogar o carácter publicístico do processo civil português. Ocorreu, verdadeiramente, um seu reforço. O processo civil português é *publicista*, e cada vez mais o é⁶⁵.

TEIXEIRA DE SOUSA, entendemos não fazer sentido uma separação sistemática entre os princípios da adequação formal e da gestão processual, quer porque intimamente conexos, quer porque o primeiro enforma igualmente o processo em toda a sua extensão. Ademais, na Proposta de Lei n.º 113/XII que antecedeu a aprovação do «novo» CPC, o princípio da adequação formal constava do art. 7º (cfr. LOURENÇO, José Acácio, «Os direitos das partes no processo civil» in ROA, Ano 73, Abril-Setembro de 2013, Lisboa, p. 497).

⁶¹ Não somos da opinião dos que vêm a atitude colaborativa das partes no processo como algo de bondoso e altruísta. Não importa às partes *quem tem razão*. O que as partes querem é *vencer* (vide CALAMANDREI, Piero, «Il processo come giuoco» in RDP, Vol. V, Parte I, 1950, Padova, p. 30 e ss). Como ensina LIEBMAN, «o juiz importa-se com a verdade, as partes importam-se com o juiz» (vide citação em RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O ónus da prova no processo civil*, 3ª Edição, Almedina, 2006, p. 41 e 42).

⁶² Também se poderá dizer que esta imposição de deveres ao juiz, além de ter em vista a sua colaboração com as partes, procura concretizar objetivos de *celeridade processual*. Uma solução justa é, ou deveria ser, uma decisão *célere*, em tempo *útil*. Afirmava JEREMY BENTHAM: «Justice delayed is justice denied» (cfr. CHIARLONI, Sergio, «Il Nuovo art. 111 Cost. e il Processo Civile» in RDP, Outubro-Dezembro de 2000 (LV), n.º 4, p. 1020 e 1032). SCHWAB e GOTTWALD ensinavam que a *brevidade* do processo deve ser uma das garantias do *direito de ação* (citados em RICCI, Edoardo F., «Su alcuni aspetti problematici del “diritto alla prova”» in RDP, Volume XXXIX (II Serie), Padova, 1984, p. 161). Entre nós, TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª edição, Lex, 1997, p. 49, assevera: «Uma justiça tardia é melhor do que denegação dela, mas nunca será a justiça devida».

⁶³ REGO, Carlos Lopes do, *ob. cit.*, p. 266.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Escrevia FRITZ BAUR, «Il processo e le correnti culturali contemporanee» (trad. de Corrado Ferri) in RDP, Vol. XXVII (II Serie), 1972, p. 258 e 271, que o pensamento de Klein sobre a atividade do órgão judicial no processo não estava de modo algum superado, mas sim a ser reformulado. De modo

Dito isto, não podemos subscrever a tese de FREDIE DIDIER JR., DANIEL MITIDIÉRO e de todos os processualistas que se pronunciam no sentido da existência de um modelo *cooperativo*.

Para finalizar este capítulo introdutório, citamos ALBERTO DOS REIS, que considera que a própria colaboração imposta a *terceiros*, no âmbito da instrução do processo, é uma verdadeira prova da índole publicista do pensamento jurídico-processual português:

*«O direito judiciário moderno tomou, a respeito da posição dos terceiros, uma atitude enérgica e decidida: submete-os ao dever cívico de colaboração. Esta disciplina é uma consequência directa do princípio publicístico. Nos Códigos orientados pelo princípio individualista os terceiros já estavam sujeitos à obrigação de prestar o depoimento como testemunhas; mas nada mais se podia exigir deles. A concepção do processo como um fim de carácter público fez alargar o domínio do dever de colaboração imposto aos cidadãos».*⁶⁶

semelhante defendemos a manutenção do modelo publicista: não foi objeto de revogação, mas foi sujeito, sim, a sucessivas tentativas de adaptação às novas exigências da realidade judiciária.

⁶⁶ REIS, Alberto dos, «O Novo Código de Processo Civil Português» in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Suplemento VI, Coimbra, 1945, p. 355.

§2 - Princípio da cooperação

SUMÁRIO: 2. Princípio da cooperação. 2.1. Cooperação noutros ordenamentos jurídicos. 2.2. Cooperação no nosso ordenamento jurídico-processual. 2.2.1. Tese de LEBRE DE FREITAS. 2.2.1.1. Cooperação material. 2.2.1.2. Cooperação formal. 2.2.2. Tese de TEIXEIRA DE SOUSA. 2.2.2.1. Deveres das partes. 2.2.2.2. Deveres do juiz.

2.1. Cooperação noutros ordenamentos jurídicos

Data de 1966 o estudo de GRASSO em torno da *colaboração no processo civil*⁶⁷. O autor via na colaboração um *princípio organizativo* das relações estabelecidas entre Tribunal, autor e réu⁶⁸. De que *modo* se praticam e articulam os atos a cargo destes três sujeitos? Respondendo a esta interrogação, GRASSO assumiu a presença, no ordenamento jurídico-processual italiano, de uma «preordenada comunidade de trabalho» (*comunione di lavoro*)⁶⁹. Do mesmo modo, na Áustria e na Alemanha se advoga uma «cooperação ativa» entre juiz e partes (*Kooperationsmaxime*), que se traduz numa *Arbeitsgemeinschaft*⁷⁰ ou *Mitwirkung*⁷¹ entre as partes e o Tribunal, para a realização da função processual. Em França, com o advento do CPC de 1975, foi introduzido um modelo de processo civil mais *cooperativo*, com um claro afastamento do modelo assumido no Código liberal de 1806⁷².

⁶⁷ GRASSO, Eduardo, «La Collaborazione nel Processo Civile» in RDP, Vol. XXI (II Serie), 1966, Padova, p. 580 e ss.

⁶⁸ GRASSO, Eduardo, *estudo cit.*, p. 581-582 e 584. Entre nós, FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito Processual Civil*, Volume I, Almedina, 2010, p. 288, faz alusão à cooperação como uma *diretriz*, uma *regra pragmática*, orientadora da conduta processual.

⁶⁹ GRASSO, Eduardo, *estudo cit.*, p. 582. No mesmo sentido, COMOGLIO, Luigi Paolo, «Direzione del processo e responsabilità del giudice» in RDP, Volume XXXII (II Serie), 1977, Padova, p. 26 e 27.

⁷⁰ Contra o conceito de «grupo de trabalho», por considerar ser uma expressão «insípida e enganadora», vide JAUERNIG, Othmar, *ob. cit.*, p. 149.

⁷¹ VAZ, Alexandre Mário Pessoa, *Direito Processual Civil – Do Antigo ao Novo Código (Novas tecnologias ao serviço da justiça)*, 2ª Edição, Almedina, 2002, p. 317; COMOGLIO, Luigi Paolo, *estudo cit.*, p. 27, nota de rodapé.

⁷² CADJET, Löt, «Civil Justice Reform: French Perspective» in *Civil Justice in Crisis (Comparative Perspectives of Civil Procedure)*, Oxford University Press, p. 314, 315 e 317; TARUFFO, Michele, «Modelli di prova e di procedimento probatorio» in RDP, Abril-Junho de 1990 (XLV), n.º 2, Padova, p. 433.

A *colaboração* surgiu em Itália com o CPC de 1940, entendida de forma *tendencialmente integral*⁷³. Nas *relações entre as partes*, encontra fundamento nas regras processuais que impõem um *comportamento correto e leal* às partes e seus defensores, *ex vi* art. 88º do CPC it.⁷⁴. Contudo, há que reconhecer que não há uma norma *geral* que imponha uma *colaboração entre as partes*⁷⁵. O legislador italiano limitou-se a sancionar pontualmente a parte que não colabora⁷⁶. No que concerne às relações entre *juiz e partes*, GRASSO ressalta o incremento considerável dos poderes do primeiro, na instrução da causa, mas coloca o *tónus* da evolução na possibilidade de ocorrer um *diálogo*⁷⁷ entre os sujeitos privados e o Tribunal⁷⁸. Ao juiz tornou-se possível aproximar-se das partes e comunicar com elas, como disse ANDRIOLI, «não através de sentença, mas de homem para homem»⁷⁹.

GRASSO considera que a regra da *colaboração*, em Itália, «não será somente um critério informativo de singulares manifestações de atividade combinada, mas um

⁷³ GRASSO, Eduardo, *estudo cit.*, p. 599.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 599 e 600; MANDRIOLI, Crisanto, *Corso di Diritto Processuale Civile – I – Nozioni Introdotte e Disposizioni Generali*, 6ª Ed., 2007, Torino, p. 197; CALAMANDREI, Piero, «Il processo come giuoco» in RDP, Vol. V, Parte I, 1950, Padova, p. 26 e ss; SCARSELLI, Giuliano, «Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali» in RTDPC, Março de 1998 (LII), n.º 1, Milano, p. 91 e ss.

⁷⁵ Embora não haja uma menção *expressa* à obrigação de as partes colaborarem, MONTESANO, «Le prove» in RDP, Volume XXXIII (II Serie), 1978, Padova, p. 479, defende que são estas as melhores fontes de informação sobre os factos da causa, devendo, pois, colaborar com o juiz para a descoberta da verdade, perseguindo os seus interesses pessoais na causa de forma *não temerária*.

⁷⁶ *Vide*, a título exemplificativo, o art. 116º, 2º parágrafo do CPC it., onde é possível encontrar exemplos da falta de colaboração das partes dos quais o juiz pode retirar *argomento de prova* (figura do campo probatório que nos é estranha). O legislador italiano retira *argumentos de prova* de comportamentos das partes como a ausência injustificada a *interrogatório livre*, a *recusa injustificada em consentir inspeções* ou em produzir *prova documental*, e ainda todas as deduções probatórias que se possam retirar do comportamento processual das partes, globalmente considerado (cfr. PISANI, Andrea Proto, *La nuova disciplina del processo civile*, Jovene Editore, Napoli, 1991, p. 133; MANDRIOLI, Crisanto, *ob. cit.*, p. 74; TARUFFO, Michele, «Interrogatorio» in Dig. Disc. Priv. Sez. Civile, X, p. 63 e ss; ANDRIOLI, Virgilio, «Prova (Diritto Processuale Civile)» in Nov. Dig. It., XIV, p. 267, 268 e 288).

⁷⁷ GRASSO, Eduardo, *estudo cit.*, p. 587. DENTI, «L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei» in RDP, Volume XX (II Serie), 1965, Padova, p. 43, antevia a necessidade de um contacto direto entre juiz e partes, podendo aquele interrogá-las *livremente* sobre os factos da causa. O sistema germânico faz alusão a um «*Rechtsgespräch*» (entenda-se, diálogo judiciário), que deve ser mantido entre partes, representantes e juiz ao longo de todo o processo. Mais que uma comunidade de *trabalho*, procura-se uma comunidade de *comunicação* (por tudo, TARZIA, Giuseppe, «Le istruzioni del giudice alle parti nel processo civile» in RDP, Outubro-Dezembro de 1981 (XXVI), II Serie, n.º 4, Padova, p. 655; SILVA, Paula Costa e, *Acto e processo – O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*, Coimbra Editora, 2003, p. 578 e 579; SOUSA, Miguel Teixeira de, *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª edição, Lex, 1997, p. 88).

⁷⁸ GRASSO, Eduardo, *estudo cit.*, p. 602. Afirma CARNELUTTI, «Il testimonio, questo sconosciuto» in RDP, Vol. XII, 1957, Padova, p. 182 e 183: «aquele que não entende o diálogo, não entende o processo».

⁷⁹ Citado em GRASSO, Eduardo, *estudo cit.*, p. 603.

princípio que caracteriza pontualmente toda a organização do processo»⁸⁰ (tradução nossa).

2.2. Cooperação no nosso ordenamento jurídico-processual

O legislador português foi claro, prescrevendo um dever de cooperação de forma *expressa* e em moldes *gerais*.

Oriundo da Reforma de 1995/1996, o *princípio da cooperação* foi inserido no art. 266º do CPC de 1939, constando hoje do art. 7º, com a mesma redação, e estando igualmente homenageado no conteúdo de outras normas, dispersas ao longo do Código. Determina o n.º 1º do art. 7º: «Na condução e intervenção do processo, devem os *magistrados*, os *mandatários judiciais*⁸¹ e as próprias *partes cooperar entre si*, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio⁸².» (itálico nosso). Assim, a atividade *colaborativa* e *dialógica*, que se exige de e entre todos os sujeitos processuais, é fundamentalmente dirigida à *justa composição do litígio*, através da pronúncia de uma decisão em prazo *razoável*.

O princípio da cooperação foi positivado de forma a abarcar *todo o processo*: desde a propositura da ação, pela entrega da petição inicial na secretaria do tribunal⁸³, até ao *terminus* do litígio.

Iremos estudar o tema seguindo as conceções de LEBRE DE FREITAS e de TEIXEIRA DE SOUSA.

⁸⁰ GRASSO, Eduardo, *estudo cit.*, p. 605. COMOGLIO, «Direzione del processo e responsabilità del giudice» in RDP, Volume XXXII (II Serie), 1977, Padova, p. 27, veio defender a cooperação, não como fruto de uma abstrata «moralização», como alguns processualistas afirmaram, mas como uma exigência *técnica* insuprível. As partes deixaram de ser configuradas como *dominae* do processo, para passarem a *collaboratrici* (cfr. CAPPELLETTI, Mauro, «Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiudicizie della struttura del processo» in RDP, Volume XXII (II Serie), 1967, Padova, p. 418).

⁸¹ ANTÓNIO MONTALVÃO MACHADO e PAULO PIMENTA, *O Novo Processo Civil*, 12ª Edição, Almedina, 2010, p. 32 e 33, sublinham a necessária cooperação *entre mandatários forenses*. Devem estes empenhar-se em afastar da sua atuação a mera litigiosidade técnica e aceitar uma intervenção ativa do juiz no processo.

⁸² Entendeu o TRC (em Ac. proferido a 11-12-2012, relatado por Maria Domingas Simões) que o *fim último do processo* é a *justa composição do litígio*, levando à conciliação do princípio do dispositivo, com o princípio do inquisitório (em sede instrutória), e com o princípio da cooperação (*vide* em www.dgsi.pt).

⁸³ REMÉDIO MARQUES, *Acção Declarativa à luz do Código Revisto*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2011, p. 210, refere a cooperação esperada da própria *secretaria do tribunal* (*verbi gratia*: deve assegurar o expediente e regular a tramitação dos processos pendentes, não praticar atos inúteis, efetuar os contactos necessários para a marcação de diligências).

2.2.1. Tese de LEBRE DE FREITAS

LEBRE DE FREITAS estuda a *cooperação*, operando a uma distinção amplamente conhecida por quem estuda o processo civil português. Para o autor, a cooperação pode ser *material* ou *formal*.

2.2.1.1. Cooperação material

LEBRE DE FREITAS define a *cooperação material* como aquela que, recaindo sobre os *intervenientes no processo*, se destina a apurar a *verdade* sobre a matéria de *facto* e, a partir das conclusões retiradas em sede factual, aplicar as regras de direito mais adequadas ao caso concreto⁸⁴. Esta conceção de *cooperação* pode ser encontrada no art. 417º e nos números 2 e 3 do art. 7º⁸⁵.

O legislador processual, no art. 7º, prescreve uma cooperação a cargo das *partes*. O art. 417º alarga o âmbito *subjutivo* da cooperação *material*, já que estende o dever para *todas as pessoas*.

O n.º 2 do art. 7º prevê o poder de o juiz convocar as partes, *em qualquer altura do processo*, para que estas, seus representantes ou mandatários, possam ser ouvidos, «*convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes*». LEBRE DE FREITAS defende que, por força das alterações operadas no «novo» CPC, esta possibilidade dada ao juiz transitou de um poder *discricionário* para um poder *vinculado*⁸⁶, levando-nos a aproximar do regime jurídico constante do §139 da ZPO⁸⁷ (*materielle Prozessleitung*)⁸⁸, ao arrepio dos processualistas que se mostram contrários a uma ideia de gestão *material* do processo⁸⁹.

⁸⁴ FREITAS, Lebre de, *Introdução ao Processo Civil (Conceito e princípios gerais à luz do novo código)*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2013, p. 186.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ FREITAS, Lebre de, *ob. cit.*, p. 188; RODRIGUES, Fernando Pereira, *O Novo Processo Civil – Princípios Estruturantes*, Almedina, 2013, p. 93 e 104.

⁸⁷ FREITAS, Lebre de, *ob. cit.*, p. 188 e 189; COMOGLIO, Luigi Paolo, *Le Prove Civili*, UTET Giuridica, 2010, p. 27, nota de rodapé. Aproximamo-nos do sistema alemão, onde se abandonou a tese de um *Fragerecht* (*direito de perguntar*) para se advogar um *Frage-und Aufklärungspflicht* (*dever de perguntar e esclarecer*), sendo admissível recurso de revisão quando tal dever não tenha sido exercido, quando devia tê-lo sido (cfr. FREITAS, Lebre de, *ob. cit.*, p. 189; JAUERNIG, Othmar, *ob. cit.*, p. 144). Seguindo a tradição alemã, afastamo-nos da experiência italiana, de onde ressalta a possibilidade de *interrogatório livre* a cargo do juiz instrutor (art. 117º do CPC it.). A figura do *interrogatório livre*, para

O momento paradigmático para a prestação de esclarecimentos ao juiz é o da *audiência prévia*⁹⁰, tal como consta da disciplina jurídica contida no art. 591º. Desta norma destacamos a alínea c), que estipula que os fins prosseguidos pela convocatória de *audiência prévia* podem ser os de «discutir as posições das partes, com vista à delimitação dos termos do litígio, e suprir as insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de facto que ainda subsistam ou se tornem patentes na sequência do debate». No entanto, o legislador entendeu que a prestação de esclarecimentos pode verificar-se em *qualquer estágio do processo*, no respeito pelo *contraditório* da contraparte⁹¹.

Paralelo a este regime do n.º 2 do art. 7º é, no plano dos *factos*, o do art. 452º, onde se lê: «1- O juiz pode, em qualquer estado do processo, determinar a comparência pessoal das partes para a prestação de depoimento, informações ou esclarecimentos sobre factos que interessem à decisão da causa». Tendo uma redação algo semelhante, pode conduzir a confusões de índole concetual. LEBRE DE FREITAS adverte que o âmbito de aplicação é *distinto*⁹²: o do n.º 2 do art. 7º diz respeito a simples esclarecimentos em torno do material fáctico carreado para o processo pelas partes; o do art. 452º é-nos remetido pelo regime jurídico do art. 417º, onde se visa, mais do que

PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Jovene Editore, Napoli, 1991, p. 137 e 139, plasma a colaboração que se exige do *juiz* do processo e é efetivada de modo a garantir o *contraditório* das partes. Tem como objetivos principais, por um lado, a indicação às partes das questões de conhecimento oficioso, e, por outro, o pedido de esclarecimentos sobre os factos já alegados pelas partes na petição inicial, na contestação ou ainda no decurso da 1ª audiência de julgamento. É visada, ainda, uma atividade *colaborativa* para uma pontual definição do *thema decidendum* e do *thema probandum* (cfr. COSTANTINO, Giorgio, «Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti» in RDP, Setembro-Outubro de 2010 (LXV), n.º 5, p. 1012 e 1014).

⁸⁸ A ciência germânica distingue entre *materielle Prozessleitung* e *formelle Prozessleitung*. Esta diz respeito aos poderes judiciais que regulam o curso formal do processo, a discussão e a instrução da causa; aquela compreende os poderes do juiz na determinação do objeto da causa ou na recolha do material probatório, bem como as iniciativas instrutórias oficiosas (cfr. COMOGLIO, Luigi Paolo, «Direzione del processo e responsabilità del giudice» in RDP, Volume XXXII (II Serie), 1977, Padova, p. 17, nota de rodapé; CAPPELLETTI, Mauro, «Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiuridiche della struttura del processo» in RDP, Volume XXII (II Serie), 1967, Padova, p. 419).

⁸⁹ CAPPELLETTI, *estudo cit.*, p. 419, antevia que seria através de um poder de *direção material* do julgador – e não apenas com o pacificamente aceite poder de *direção formal* – que se exerceria o espírito do tão proclamado *princípio da cooperação* entre os intervenientes no processo. A gestão material do processo – *materielle Prozessleitung* – é, sem dúvida, um dos temas centrais da ZPO alemã, sendo até denominada de «*Carta Magna do Processo Civil*» (cfr. PRÜTTING, Hanns, «Presentación de documentos y dirección del proceso» in *Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*, trad. de Juan Carlos Ortiz Pradillo e Álvaro J. Pérez Ragone, *loc. cit.*, p. 69).

⁹⁰ FREITAS, Lebre de, *A Ação Declarativa Comum (À luz do Código de Processo Civil de 2013)*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2013, p. 173; BASTOS, Jacinto Rodrigues, *Notas ao Código de Processo Civil*, III, 3ª Ed., Lisboa, 2001, p. 63.

⁹¹ O n.º 2 do art. 7º determina, *in fine*, que o tribunal tem de dar à outra parte conhecimento «dos resultados da diligência».

⁹² FREITAS, Lebre de, *Introdução ao Processo Civil (Conceito e princípios gerais à luz do novo código)*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2013, p. 187 e 188.

simples esclarecimentos sobre os factos, obter elementos de prova em torno desses mesmos factos⁹³. Em ambos os institutos pode ser produzida prova *por confissão judicial* (*ex vi* do n.º 2 do art. 356º, do CC)⁹⁴.

Em suma, LEBRE DE FREITAS entende que a *cooperação material* impõe, fundamentalmente, *poderes do juiz e deveres das partes*⁹⁵.

2.2.1.2. Cooperação formal

Para LEBRE DE FREITAS, a *cooperação formal* está prevista no n.º 4 do art. 7º e no art. 151º⁹⁶.

Lê-se no primeiro: «*Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo*».

No art. 151º consagram-se *deveres para o juiz*, nomeadamente na procura de acordo com os mandatários judiciais na marcação de diligências, comunicando-lhes de imediato quando estas não se possam realizar ou quando se realizem com atrasos.

Sintetizando, no que concerne à *cooperação formal*, prevêem-se na lei processual *deveres do juiz para com as partes*⁹⁷, com o objetivo claro de decidir o

⁹³ ISABEL ALEXANDRE, «A fase da instrução e os novos meios de prova no Código de Processo Civil de 2013» *in* Revista do MP, Abril-Junho de 2013, n.º 134, p. 35, defende, com propriedade, que admitir ao n.º 1 do art. 452º uma função probatória será a única forma de lhe conferir *utilidade*. Se se resumisse a meros esclarecimentos sobre as alegações das partes nos articulados, não seria mais do que uma repetição do disposto no n.º 2 do art. 7º.

⁹⁴ FREITAS, Lebre de/ALEXANDRE, Isabel, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. I, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2014, p. 26 e 27.

⁹⁵ FREITAS, Lebre de, *ob. cit.*, p. 188; BASTOS, Jacinto Rodrigues, *Notas ao Código de Processo Civil*, II, 3ª Ed., Lisboa, 2000, p. 18.

⁹⁶ FREITAS, Lebre de, *ob. cit.*, p. 189; RODRIGUES, Fernando Pereira, *O Novo Processo Civil – Os Princípios Estruturantes*, Almedina, 2013, p. 104.

⁹⁷ SILVA PEREIRA, «Princípio da cooperação e dever jurídico de colaboração probatória – uma análise à luz do novo Código de Processo Civil» *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano 10, 2013, p. 117, vê ainda nesta *cooperação formal* a imposição de deveres para *as partes*, devendo estas colaborar com o tribunal nas solicitações que este lhe dirija, mas que não tenham relação com a descoberta da verdade. Embora se parta do pressuposto de que as partes devem colaborar com o juiz no âmbito da cooperação formal, o fundamental parece-nos estar na consagração de *deveres para o juiz da causa*, pelo que discordamos desta visão.

litígio de forma rápida e expedita, através da remoção de obstáculos às partes, e da atividade entrosada entre juiz e mandatários na marcação de audiências e diligências⁹⁸.

2.2.2. Tese de TEIXEIRA DE SOUSA

TEIXEIRA DE SOUSA distingue a cooperação que se exige das *partes* da cooperação imposta ao *jugador*⁹⁹.

2.2.2.1. Deveres das partes

O *dever de cooperação das partes* está positivado no art. 7º, enquanto princípio geral do processo civil português, encontrando a sua manifestação típica mais relevante no art. 417º, que prescreve a cooperação das partes (e terceiros) no âmbito instrutório¹⁰⁰. Consideramos que o princípio da cooperação constitui *corolário do princípio da boa-fé*¹⁰¹, num sentido positivo, de *facere*¹⁰². O princípio da *boa-fé* consta do art. 8º, logo após o princípio da cooperação: «*As partes devem agir de boa-fé e observar os deveres de cooperação resultantes do preceituado no artigo anterior*»¹⁰³. Como bem nota

⁹⁸ Sublinham LEBRE DE FREITAS e ISABEL ALEXANDRE, *ob. cit.*, p. 28, que outros exemplos de cooperação *formal* existem, dispersos pelo CPC, como os dos arts. 146º (suprimento ou correção de vícios ou omissões formais), do n.º 3 do art. 193º (correção oficiosa do erro na qualificação do meio processual) e do n.º 3 do art. 219º (plena compreensão do objeto das citações e notificações).

⁹⁹ SOUSA, Teixeira de, *Introdução ao Processo Civil*, 2ª Ed., 2000, Lex, Lisboa, p. 56. Escreve: «Este dever de cooperação dirige-se, quer às partes, quer ao tribunal, pelo que importa algumas consequências quanto à posição processual das partes perante o tribunal, deste órgão perante aquelas e entre todos os sujeitos processuais em comum» (cfr. SOUSA, Teixeira de, *ob. cit.*, p. 56).

¹⁰⁰ SOUSA, Teixeira de, *ob. cit.*, p. 57; BAPTISTA, José João, *Processo Civil I: Parte Geral e Processo Declarativo*, 8ª Edição, Coimbra Editora, 2006, p. 426.

¹⁰¹ No mesmo sentido, GRASSO, «La Collaborazione nel Processo Civile» in RDP, Vol. XXI (II Serie), 1966, Padova, p. 600 e 601; PEREIRA, Fernando Silva, *estudo cit.*, p. 118; SOUSA, Teixeira de, *ob. cit.*, p. 57; REGO, Carlos Lopes do, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. I, 2ª Edição, 2004, Almedina, Coimbra, p. 266. *A contrario*, entendeu o TRL, em Ac. datado de 20-09-2007, relatado por Fátima Galante, que é o princípio da boa-fé a constituir corolário do princípio da cooperação (Disponível em www.dgsi.pt). Com opinião concordante à do Ac. citado, ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *ob. cit.*, p. 293. MANUEL DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 382, relaciona a boa-fé com o princípio da *preclusão*, na medida em que este obriga as partes a fazer *jogo franco ab initio*. No mesmo sentido, CAVALLONE, Bruno, «Istruzione probatoria e preclusioni» in RDP, Julho-Outubro de 2014 (LXIX), n.º 4/5, p. 1036.

¹⁰² Às partes é dito «prestem esclarecimentos sobre os factos que carregaram para o processo», «corrijam os vossos articulados», «sujeitem-se a perícias», «facultem documentos», «respondam ao que vos for perguntado», entre outras sugestões, ordens ou convites. Para cooperar, não basta que as partes não obstaculizem a justiça. Aqui, o imperativo é de sentido *positivo* e o seu incumprimento é sancionado.

¹⁰³ Estes *deveres* de cooperação e de boa-fé constituem, em bom rigor, casos excecionais de *deveres* que se impõem às partes. No âmbito do processo civil, predomina a figura do *onus*, para as partes (cfr. SOUSA, Teixeira de, *Introdução ao Processo Civil*, 2ª Ed., 2000, Lex, Lisboa, p. 71 e 72; FREITAS,

FERNANDO SILVA PEREIRA, «*resulta da vinculação aos ditames da boa-fé, a obrigação de as mesmas observarem um comportamento processual cooperante*»¹⁰⁴. No mesmo sentido, TEIXEIRA DE SOUSA entende que o dever de cooperação das partes está fundamentalmente regulado no instituto da *litigância de má-fé*¹⁰⁵. É o que se conclui da leitura da alínea c) do n.º 2 do art. 542º, que considera como *litigante de má-fé* quem, com dolo ou negligência grave, «*tiver praticado omissão grave do dever de cooperação*».

2.2.2.2. Deveres do juiz

Ensina TEIXEIRA DE SOUSA: «Existe um dever de cooperação das partes com o tribunal, mas também há um idêntico dever de colaboração deste órgão com aquelas»¹⁰⁶. Este dever desdobra-se em quatro¹⁰⁷: dever de *esclarecimento*, dever de *consulta*, dever de *prevenção* e dever de *auxílio*¹⁰⁸.

O *dever de esclarecimento (richterliche Aufklärungspflicht)*¹⁰⁹ consta hoje do n.º 2 do art. 7º, e prescreve o *dever* de o tribunal se esclarecer, junto das partes, sobre os *factos* alegados, as posições *jurídicas* adotadas e os pedidos formulados¹¹⁰. É um dever

Lebre de, *Introdução ao Processo Civil (Conceito e princípios gerais à luz do novo código)*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2013, p. 185). E o mesmo se poderá dizer relativamente ao processo italiano, onde os *deveres* são condensados em pouquíssimas normas (cfr. MANDRIOLI, Crisanto, *ob. cit.*, p. 33 e 197).

¹⁰⁴ PEREIRA, Fernando Silva, *estudo cit.*, p. 118.

¹⁰⁵ SOUSA, Teixeira de, *ob. cit.*, p. 57, 72 e ss; SILVA, Paula Costa e, *Acto e processo – O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*, Coimbra Editora, 2003, p. 610.

¹⁰⁶ SOUSA, Teixeira de, *Introdução ao Processo Civil*, 2ª Ed., 2000, Lex, Lisboa, p. 57. No mesmo sentido, TARZIA, Giuseppe, «Le istruzioni del giudice alle parti nel processo civile» in RDP, Outubro-Dezembro de 1981 (XXVI), II Serie, n.º 4, Padova, p. 660; GOMES, Manuel Tomé Soares, «Um olhar sobre a prova em demanda da verdade no processo civil» in Revista do CEJ, 2º Semestre de 2005, n.º 3, p. 129. Acrescenta COMOGLIO, *Le Prove Civili*, UTET Giuridica, 2010, p. 27, nota de rodapé, que, para se obter efetividade na procura da verdade no processo, é necessário um desenvolvimento coerente dos poderes-deveres de estímulo e de clarificação, esperados do juiz do processo (*Prozessförderungspflicht*).

¹⁰⁷ SOUSA, Teixeira de, *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª edição, Lex, 1997, p. 65; SILVA, Paula Costa e, *ob. cit.*, p. 591.

¹⁰⁸ SOUSA, Teixeira de, *ob. cit.*, p. 65.

¹⁰⁹ SILVA, Paula Costa e, *ob. cit.*, p. 580; DENTI, Vittorio, «L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei» in RDP, Volume XX (II Serie), 1965, Padova, p. 44 e 64.

¹¹⁰ SOUSA, Teixeira de, *ob. cit.*, p. 65; REGO, Carlos Lopes do, *ob. cit.*, p. 267; BASTOS, Jacinto Rodrigues, *Notas ao Código de Processo Civil*, III, 3ª Ed., Lisboa, 2001, p. 58 e 59. Em Itália, o art. 183º, 4º parágrafo, do CPC, determina que, na 1ª audiência ou naquela que for ulteriormente fixada, o juiz deve requerer às partes, sobre os *factos já alegados*, os *esclarecimentos* necessários (cfr. PISANI, Andrea Proto, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 5ª Ed., Jovene Editore, Napoli, 2006, p. 98; MANDRIOLI, Crisanto, *Corso di Diritto Processuale Civile – II – Il Processo di Cognizione*, 6ª Ed., 2007, Torino, p. 57 e 60; GRADI, Marco, «Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”» in RDP, Julho-Agosto de 2010 (LXV), II Serie, n.º 4, p. 828 e 829). Na Alemanha, o dever de *esclarecimento* resulta do §139, I da ZPO, que prescreve: «Ao juiz cabe assegurar que as partes se

de caráter *recíproco*: o tribunal tem o dever de se esclarecer junto das partes e estas têm o dever de o esclarecer¹¹¹. O juiz do processo deve procurar dialogar com as partes e com elas debater todas as questões relevantes para o processo (fáticas ou jurídicas), dirigindo-lhes *perguntas*¹¹², às quais devem as partes responder de forma integral¹¹³. Pretende-se evitar uma decisão proferida com falta de informação¹¹⁴. Ensinava ALBERTO DOS REIS: «o juiz pode proferir uma sentença injusta, precisamente por ignorar factos que, a serem conhecidos, modificariam substancialmente o sentido da decisão»¹¹⁵.

Segue-se um *dever de consulta*¹¹⁶, consagrado no n.º 3 do art. 3º¹¹⁷. Assim, «O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade¹¹⁸, decidir

pronunciem de forma *completa* e apresentem os respetivos articulados sobre todos os factos relevantes da causa e, em especial, que completem as deficiências dos factos feitos valer e indiquem os meios de prova. Para este fim, deve, na medida do necessário, *ouvir as partes*, de facto e de direito, sobre a relação controvertida e *fazer perguntas*.» (cfr. REGO, Carlos Lopes do, *ob. cit.*, p. 264 e 265; PRÜTTING, Hanns, «La preparazione della trattazione orale e le conseguenze delle deduzioni tardive nel processo civile tedesco» (trad. de Elena Merlin) *in* RDP, Abril-Junho de 1991 (XLVI), II Serie, n.º 2, Padova, p. 422). No direito francês, nos termos do art. 8º do CPC fr., o juiz pode convidar as partes a fornecer esclarecimentos sobre as questões de facto que entenda serem necessários para a solução do litígio (cfr. NORMAND, Jacques, «I poteri del giudice e delle parti quanto al fondamento delle pretese controverse» *in* RDP, Vol. XLIII (II Serie), 1988, Padova, p. 726).

¹¹¹ SOUSA, Teixeira de, *ob. cit.*, p. 65; ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *Direito Processual Civil*, Volume I, Almedina, 2010, p. 289. Embora o n.º 2 do art. 7º diga, somente, que o juiz *pode ouvir as partes*, entendemos que deve ser lido como um verdadeiro *dever de ouvir as partes e de as questionar*. Se o juiz do processo se depara com incongruências, material fáctico contraditório ou pouco desenvolvido, *deve* preocupar-se em auscultar as partes e determinar com precisão o que as partes *quiseram* alegar. Não o fazendo, correrá o risco de emitir uma decisão desajustada ao litígio de que foi encarregado de dirimir (*vide* SILVA, Paula Costa e, *ob. cit.*, p. 580, 605 e 606).

¹¹² SILVA, Paula Costa e, *ob. cit.*, p. 604.

¹¹³ *Ibidem.*, p. 580.

¹¹⁴ SOUSA, Teixeira de, *Introdução ao Processo Civil*, 2ª Ed., 2000, Lex, Lisboa, p. 57; SILVA, Paula Costa e, *ob. cit.*, p. 580 e 605; REGO, Carlos Lopes do, *ob. cit.*, p. 268.

¹¹⁵ REIS, Alberto dos, *Código de Processo Civil: Anotado*, Volume III, 4ª Edição, Reimp., Coimbra Editora, 1985, p. 52.

¹¹⁶ SOUSA, Teixeira de, *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª edição, Lex, 1997, p. 66 e 67; SILVA, Paula Costa e, *ob. cit.*, p. 580; ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *ob. cit.*, p. 250, 290 e ss; REGO, Carlos Lopes do, *ob. cit.*, p. 269.

¹¹⁷ Consideramos estar intimamente relacionado com o princípio do *contraditório*, que molda todo o processo civil (*vide* ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *ob. cit.*, p. 291).

¹¹⁸ Acrescentamos ainda que são de considerar os casos em que a lei dispensa, *expressamente*, o prévio contraditório das partes, relativamente a determinados procedimentos. Nas palavras de ANSELMO DE CASTRO, *Processo Civil Declaratório*, Volume III, Almedina, Coimbra, p. 154, nessas circunstâncias «a eficácia da medida judicial solicitada depende inteiramente ou em larga escala do sigilo com que seja tomada a decisão». Já sobre os ditos «casos de manifesta desnecessidade». LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil (Conceito e princípios gerais à luz do novo código)*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2013, p. 133 e 134, assinala o recurso abusivo a esta *exceção* na prática judiciária, ofendendo-se com frequência o princípio do contraditório. Defende, por isso, *de iure constituendo*, a expurgação da expressão «*salvo caso de manifesta desnecessidade*», do n.º 3 do art. 3º.

*questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento officioso*¹¹⁹, *sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem*»¹²⁰. Assim, desde logo, deve ser concedida às partes a oportunidade de se manifestarem sobre todos os *factos*, mesmo que esses possam ser conhecidos *ex officio*, para assim poderem influir no conteúdo da decisão do litígio¹²¹. Evitam-se, assim, as designadas *decisões-surpresa*¹²². Porém, a norma faz igualmente menção às *questões de direito*. O *dever de*

¹¹⁹ O legislador italiano, com a Reforma operada pela Lei de 18 de Junho de 2009, n.º 69, positivou o entendimento de que, *antes* de o juiz utilizar como fundamento da decisão uma questão conhecida *oficiosamente*, deve estabelecer um prazo às partes para que estas se possam pronunciar sobre essa questão ou questões, sob pena de nulidade do aresto, nos termos do art. 101º, 2º parágrafo, do CPC it. (cfr. PISANI, Andrea Proto, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 5ª Ed., Jovene Editore, Napoli, 2006, p. 98; LUISO, Francesco P., «Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio» in RTDPC, Ano LXV, Suplemento ao n.º 1, Março de 2011, p. 69; BUONCRISTIANI, Dino, «Il nuovo art. 101, comma 2º, C.P.C. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice» in RDP, Março-Abril de 2010 (LXV), n.º 2, p. 399 e ss; COSTANTINO, Giorgio, «Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti» in RDP, Setembro-Outubro de 2010 (LXV), n.º 5, p. 1014; GRADI, Marco, *estudo cit.*, p. 828). Quanto ao direito alemão, determina o §139, II e III da ZPO: «2- Se houver um ponto de vista que não tenha sido previsto por uma das partes ou que tenha sido considerado por elas irrelevante, o tribunal pode fundar a sua decisão sobre esse ponto de vista, desde que disso advirta as partes e lhes outorgue a possibilidade de se manifestar a respeito dele (...) 3- O tribunal deve chamar à atenção sobre os elementos que no seu conteúdo devam ser considerados officiosamente» (*vide Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*, trad. de Juan Carlos Ortiz Pradillo e Álvaro J. Pérez Ragone – Disponível em http://www.kas.de/wf/doc/kas_9523-544-4-30.pdf). Na falta do exercício deste *dever*, tal atitude consubstancia fundamento de impugnação por violação do *direito a ser ouvido* (cfr. §321a, I da ZPO alemã in *Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*, trad. de Juan Carlos Ortiz Pradillo e Álvaro J. Pérez Ragone, *loc. cit.*). No processo civil francês, a Reforma de 1981 introduziu a obrigação de o juiz auscultar as partes, em qualquer fase do processo, sobre qualquer questão, de facto ou de direito, deduzida pelas partes ou introduzida *ex officio*, cuja solução seja decisiva para a decisão da contenda (COMOGLIO, Luigi Paolo, «Contraddittorio» in Dig. Disc. Priv. Sez. Civile, IV, p. 10; NORMAND, Jacques, «I poteri del giudice e delle parti quanto al fondamento delle pretese controverse» in RDP, Vol. XLIII (II Serie), 1988, Padova, p. 741-750).

¹²⁰ Ao abrigo do «novo» CPC, TEIXEIRA DE SOUSA, «Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil» in CDP, n.º 43, Julho-Setembro de 2013, p. 13, entende que também a *adequação formal* é expressão da *cooperação entre tribunal e partes*, advogando a necessidade de o julgador ouvir as partes antes de proferir despacho de adequação formal, sob pena de nulidade do aresto.

¹²¹ COMOGLIO, Luigi Paolo, *estudo cit.*, p. 10 e 26; MANDRIOLI, Crisanto, *Corso di Diritto Processuale Civile – I – Nozioni Introduttive e Disposizioni Generali*, 6ª Ed., Torino, p. 20 e 80; LUISO, Francesco P., *Diritto Processuale Civile – I – Principi generali*, 7ª Ed., Giuffrè Editore, 2013, p. 33; GRADI, Marco, *estudo cit.*, p. 827; ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *ob. cit.*, p. 248.

¹²² SOUSA, Teixeira de, «A audiência preliminar – Uma mudança de paradigma no processo civil» in *Direito Processual Civil – Estudos sobre Temas do Processo Civil*, SFN Editores, Lisboa, 2001, p. 26. O STJ considerou, em Ac. datado de 11-09-2012, relatado por Fonseca Ramos, que consistirá *decisão-surpresa* a sentença que condene uma das partes como litigante de má-fé, sem antes proceder à sua audição (Disponível em www.dgsi.pt). No entanto, encontramos uma relevante advertência num Ac. do TRC, de 13-11-2012, relatado por José Avelino Gonçalves: «A decisão-surpresa a que se reporta o artigo 3º, n.º 3 do CPC não se confunde com a suposição que as partes possam ter feito nem com a expectativa que elas possam ter alentado quanto à decisão quer de facto quer de direito» (cfr. em www.dgsi.pt). Revela-se *mister* uma consideração cuidada das circunstâncias do caso concreto, para que não sejam declaradas *nulas* decisões que foram tomadas de forma *válida*, provocando graves retrocessos na Justiça. Às decisões-surpresa dá-se o nome, no direito alemão, de «*Überraschungsentscheidung*», isto é, decisões fundadas em soluções jurídico-factuais não discutidas com as partes no decurso do diálogo processual (cfr. COMOGLIO, Luigi Paolo, *estudo cit.*, p. 26; GRADI, Marco, *estudo cit.*, p. 827). COMOGLIO,

consulta a cargo dos magistrados, aplicado no campo do direito, não culminará com uma atenuação do princípio plasmado no brocardo «*jura novit curia*»¹²³? LUIGI MONTESANO entende que não¹²⁴. Os poderes-deveres dos magistrados, decorrentes do princípio *jura novit curia*, devem ser exercidos com limites *temporais* e *processuais*, nomeadamente com referência às faculdades das partes decorrentes do princípio do contraditório (*verbi gratia*, as partes, perante novas impositões jurídicas, podem necessitar de propor novos meios de prova)¹²⁵.

De extrema relevância se revela o *dever de prevenção*¹²⁶, de carácter *assistencial*¹²⁷, previsto na alínea c) do n.º 2 do art. 590º e na alínea c) do n.º 1 do art. 591º, definido como o *dever* de o juiz alertar as partes sobre eventuais *deficiências* ou

estudo cit., p. 10, enuncia a necessidade de uma *oportunidade de defesa ativa* – uma suficiente «*Gelenheit zur Äusserung*».

¹²³ Consta do n.º 3 do art. 5º, correspondente ao art. 664º do CPC de 1939: «O juiz não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito». G. VERDE, «Prova (dir. proc. civ.)» in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVII, p. 623, entende que esta regra, de índole tradicional, se deve ao *dever funcional* de o juiz conhecer as normas a aplicar no caso concreto.

¹²⁴ MONTESANO, Luigi, «La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di “terza via”» in RDP, Out.-Dez. de 2000 (LV), n.º 4, p. 931. BUONCRISTIANI, *estudo cit.*, p. 408 e 409, defende que o princípio «*jura novit curia*» legitima o juiz a procurar a correta impositão jurídica dos factos, mas não o autoriza a surpreender as partes em sede de decisão. De forma expressiva, para o direito francês, «*le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. (...) Il ne peut fonder sa décision sur le moyens de droit qu’il a relevés d’office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations*» (art. 16º, 1º parágrafo do CPC fr., citado em BOVE, Mauro, *estudo cit.*, p. 502, nota de rodapé; NORMAND, Jacques, *estudo cit.*, p. 735).

¹²⁵ MONTESANO, Luigi, *estudo cit.*, p. 931 e 932. FRANÇA GOUVEIA, «O princípio dispositivo e a alegação de factos em processo civil: a incessante procura da flexibilidade processual» in ROA, Abril-Setembro de 2013, Ano 73, Lisboa, p. 604, reafirma a vigência da regra ínsita no brocardo *jura novit curia*. Porém, entende que o princípio do contraditório deve continuar a ser respeitado, nomeadamente em relação às questões jurídicas não alegadas pelas partes. Adotamos este entendimento, e consideramos também que o próprio debate com as partes pode favorecer o surgimento de novas perspectivas jurídicas que qualquer dos sujeitos processuais poderá estar a ignorar – até mesmo o juiz. Como afirmava CÂNDIDO DINAMARCO, a dialética processual promove uma «boa qualidade da decisão» (citado em CABRAL, Antonio do Passo, «Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito» in RDP, Abril-Junho de 2005 (LX), n.º 2, p. 459). «Da discussão nasce a luz» (cfr. BAPTISTA, José João, *ob. cit.*, p. 77; ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *ob. cit.*, p. 379).

¹²⁶ OTHMAR JAUERNIG, *ob. cit.*, p. 140 e 141, entende que o *dever de prevenção* proporciona a vitória da *verdade* no processo, ocupando o juiz o papel de «auxiliar imparcial de ambas as partes». E acrescenta: «no processo não pode vencer a parte – e isto nunca deve esquecer-se – mais hábil ou mais esperta, mas sim a que tem razão. O processo não é um jogo de futebol e o tribunal nenhum árbitro, que só tem de atender à observância das regras do jogo e depois da luta entrega o prémio, a sentença».

¹²⁷ SOUSA, Teixeira de, *Introdução ao Processo Civil*, 2ª Ed., 2000, Lex, Lisboa, p. 58; SOUSA, Teixeira de, *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª edição, Lex, 1997, p. 66; CAPPELLETTI, Mauro, «Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiudiziche della struttura del processo» in RDP, Volume XXII (II Serie), 1967, Padova, p. 420. Porque se trata de um dever com essa natureza *assistencial*, não implica qualquer dever recíproco das partes perante o tribunal (cfr. SOUSA, Teixeira de, *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª edição, Lex, 1997, p. 66). Em Itália, o carácter *assistencial* da atuação do julgador começou a ser discutido por FERRONE, em 1912, devido ao entendimento de que a justiça civil tinha funções de índole *social* (cfr. TARZIA, Giuseppe, «Le istruzioni del giudice alle parti nel processo civile» in RDP, Outubro-Dezembro de 1981 (XXVI), II Serie, n.º 4, Padova, p. 645 e 646).

insuficiências das suas alegações ou pedidos¹²⁸. Na primeira norma, prevê-se a hipótese de o juiz proferir *despacho pré-saneador*, destinado a providenciar o *aperfeiçoamento* dos articulados¹²⁹, com o objetivo de suprir as suas irregularidades, os seus vícios e ainda possíveis insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de facto alegada¹³⁰. Prescreve o n.º 5 do art. 590º que os factos que tenham sido objeto de alterações ficam sujeitos às regras gerais sobre contraditoriedade e prova. Sendo o «convite» acatado¹³¹, e as insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de facto subsistirem, *deve* o juiz do processo convocar *audiência prévia* e dialogar com as partes no sentido de suprir as irregularidades assinaladas¹³² (*vide* alínea c) do n.º 1 do art. 591º)¹³³.

¹²⁸ SOUSA, Teixeira de, *Introdução ao Processo Civil*, 2ª Ed., 2000, Lex, Lisboa, p. 57; SILVA, Paula Costa e, «Saneamento e Condensação no novo Processo Civil» in *Aspectos do Novo Processo Civil*, Lex, Lisboa, 1997, p. 228 e 229; GERALDES, António Santos Abrantes, *Temas da Reforma do Processo Civil*, Volume I, 2ª Edição, 3ª Reimp., Almedina, 2010, p. 61.

¹²⁹ Contra a obrigatoriedade de prolação de despacho pré-saneador com objetivos de correção da exposição da matéria de *facto* alegada, cfr. MARQUES, J. P. Remédio, *Acção Declarativa à luz do Código Revisto*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2011, p. 522, nota de rodapé. Entende o processualista que se trata de um ato tendencialmente *não vinculado*, que obriga à ponderação do princípio da cooperação, por um lado, e do princípio da autorresponsabilidade das partes, por outro.

¹³⁰ *Vide* n.º 3 e 4 do art. 590º. O despacho pré-saneador destina-se também ao *suprimento de exceções dilatórias*, bem como à determinação da junção de documentos com vista a permitir a apreciação de exceções dilatórias ou ainda o conhecimento do mérito da causa no despacho saneador (cfr. alíneas a) e c) do n.º 2 do art. 590º).

¹³¹ Se as partes ignorarem os apelos do julgador, este nada mais poderá fazer, pois as consequências que daí resultarem encontrar-se-ão no campo da *autorresponsabilidade das partes*. Escreve GRUNSKY, «Processo civile (Germania)» (trad. de Alessandro Della Chà) in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civile*, XV, p. 148 e 149: «Quando o juiz dá uma sugestão à parte, de acordo com o §139 da ZPO alemã, esta é livre de segui-la ou não. Se esta não o segue, o juiz deve decidir, tendo em consideração a inoportuna conduta processual da parte, sem poder intervir oficiosamente» (tradução nossa).

¹³² MACHADO, António Montalvão/PIMENTA, Paulo, «O Novo Processo Civil», 12ª Edição, Almedina, 2010, p. 220.

¹³³ REMÉDIO MARQUES, *ob. cit.*, p. 533 e 536, considera *dúbio* ter como *obrigatória* a convocação de *audiência prévia* por insuficiências ou imprecisões da matéria de *facto*. Admite essa obrigatoriedade apenas nos casos de *manifestas deficiências* e quando estas não tenham sido corrigidas no *pré-saneador*.

Acrescentamos que estes deveres de *colaboração* a cargo do juiz encontram eco, no sistema alemão, no §139, I da ZPO (cfr. REGO, Carlos Lopes do, *ob. cit.*, p. 264). O dever de prevenção encontra-se ainda plasmado noutras normas dispersas pela ZPO. Bem assim, citamos o §273, II, onde se determina que, na preparação de cada audiência, o Presidente ou algum dos membros do Tribunal pode solicitar às partes que completem ou esclareçam os seus articulados, fazendo referência a pontos específicos necessitados de concretização (§273, II, n.º 1); pode solicitar a organismos ou a quem exerça funções públicas a entrega de documentos ou a outorga de informações oficiais (n.º 2); pode ordenar a comparência *pessoal* das partes (n.º 3) e pode decidir sobre a citação e ordem de comparência de testemunhas (n.º 4) – *vide Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*, trad. de Juan Carlos Ortiz Pradillo e Álvaro J. Pérez Ragone (Disponível em http://www.kas.de/wf/doc/kas_9523-544-4-30.pdf). Citamos também os deveres previstos nos §§141-144 da ZPO. Assim, deve ordenar a comparência das partes quando tal seja necessário para o esclarecimento dos factos (§141), ordenar a uma das partes (ou a um terceiro) a apresentação de documentos ou objetos que se encontrem em sua posse (§142), ordenar a entrega de registos (§143) e ainda ordenar inspeções oculares e diligências de prova pericial (§144) – *vide Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*, trad. de Juan Carlos Ortiz Pradillo e Álvaro J. Pérez Ragone, *loc. cit.*

CAPPELLETTI, «Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiudicizie della struttura del processo» in RDP, Volume XXII (II Serie), 1967, Padova, p. 419 e 420, ensina ser um poder do julgador o de *intervir*,

TEIXEIRA DE SOUSA parece adotar um conceito de *dever de prevenção* mais amplo¹³⁴ que o positivado na lei, explicitando quatro áreas de aplicação: especificação de pedidos genéricos ou indeterminados, exposição deficitária da matéria de facto relevante, enquadramentos jurídicos desadequados às questões em apreço e sugestão de atuações às partes¹³⁵. Aproxima-se, assim, do *dever de prevenção do processo civil alemão*, onde se considera que o exercício desses deveres pode culminar numa modificação do objeto do processo, numa alteração das partes na causa ou na formulação de novos pedidos¹³⁶.

Por último, o *dever de auxílio*, imposto pelo n.º 4 do art. 7º e pelo art. 418º, segundo os quais o juiz deve providenciar a superação de possíveis obstáculos com que as partes se deparem no exercício das suas faculdades ou no cumprimento de ónus ou deveres processuais¹³⁷. O conteúdo deste dever tem muito em comum com o *dever de*

o de *solicitar*, o de *estimular*. Assim, deve o juiz alertar as partes para a incompletude ou imprecisões das suas alegações ou pedidos, dando-lhes a possibilidade de alterar, ampliar ou corrigir as próprias posições. O atual art. 182º do CPC it. parece consagrar algo próximo a este dever de prevenção. Assim, «o juiz instrutor verifica officiosamente a regularidade da constituição das partes e, quando se verifique, *convidadas a completar ou a corrigir os atos ou documentos que se encontrem defeituosos*» (tradução e itálico nossos) – cfr. MANDRIOLI, Crisanto, *Corso di Diritto Processuale Civile – II – Il Processo di Cognizione*, 6ª Ed., 2007, Torino, p. 55.

¹³⁴ TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª edição, Lex, 1997, p. 66. A contrario, REGO, Carlos Lopes do, *ob. cit.*, p. 265; SILVA, Paula Costa e, *Acto e processo – O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*, Coimbra Editora, 2003, p. 592. COSTA E SILVA, *ob. cit.*, p. 593-604, entende que não será possível aplicar um *dever de prevenção* com tamanha abrangência no nosso processo civil. O nosso processo – diferentemente do processo alemão, fiel ao princípio da *unidade* – mantém uma tramitação rígida e o objeto do processo é estabilizado num momento anterior ao do exercício do *dever de prevenção*, frustrando as suas inúmeras potencialidades. LOPES DO REGO, *ob. cit.*, p. 265, não considera que se possa defender uma colaboração do julgador, em moldes tão vastos que permitam que este *sugira* às partes os comportamentos processuais que repute mais apropriados, onde se inclui a própria alteração das pretensões dos litigantes. No mesmo sentido se pronunciou o STJ, num seu aresto de 20-05-2003, relatado por Ribeiro de Almeida: «O Código de Processo Civil consagrou o princípio da cooperação. Este dever de colaboração das partes entre si e do tribunal com as partes, *não determina a existência de um genérico dever de prevenção* e esclarecimento sobre quaisquer insuficiências ou deficiências das peças processuais que apresentam, antes devendo entender esse dever como convite ao aperfeiçoamento dos articulados» (itálico nosso) – Disponível em www.dgsi.pt.

¹³⁵ SOUSA, Teixeira de, *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª edição, Lex, 1997, p. 66; SOUSA, Teixeira de, «Apreciação de alguns aspetos da “Revisão do Processo Civil” – Projecto» in ROA, Ano 55, 1995, Lisboa, p. 362.

¹³⁶ SOUSA, Teixeira de, «Apreciação de alguns aspetos da “Revisão do Processo Civil” – Projecto» in ROA, Ano 55, 1995, Lisboa, p. 362 e 363. OTHMAR JAUERNIG, *ob. cit.*, p. 132 e ss, admite que o tribunal possa, em casos contados, sugerir a modificação do *pedido* (*Hinweispflicht*), *ex vi* do §139 da ZPO. Tal hipótese será configurável quando o autor, por falta de informação e experiência jurídicas, deduza pedidos que na prática o irão injustiçar (cfr. JAUERNIG, Othmar, *ob. cit.*, p. 133 e 142; SILVA, Paula Costa e, *ob. cit.*, p. 580 e 581). Se o tribunal obtiver êxito, poderá a parte alterar o pedido deduzindo um *sachdienlicher Antrag*, bem como poderá formular *novas pretensões* e ainda deduzir *novos meios de defesa* (cfr. SILVA, Paula Costa e, *ob. cit.*, p. 581 e 590).

¹³⁷ SOUSA, Teixeira de, *Introdução ao Processo Civil*, 2ª Ed., 2000, Lex, Lisboa, p. 58; SOUSA, Teixeira de, *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª edição, Lex, 1997, p. 67; BATISTA, J. Pereira, *Reforma do Processo Civil – Princípios Fundamentais*, Lex, Lisboa, 1997, p. 74; REGO, Carlos Lopes do, *ob. cit.*, p. 268.

cooperação formal, que LEBRE DE FREITAS trata¹³⁸. Essencial, é compreender que as partes, não raras vezes, se deparam com entraves à sua atividade processual, nomeadamente em sede de diligências probatórias, necessitando da colaboração do juiz¹³⁹. Imaginemos que o autor necessita de inserir nos autos um documento, que está na posse de terceiro, para provar os factos constitutivos do direito que pretende fazer valer em juízo. Deve a parte, primeiramente, procurar obter o elemento de prova *pelos seus próprios meios*. Se a sua atividade revelar-se infrutífera, é *dever* do tribunal o de notificar esse terceiro para entrega do documento, a requerimento da parte, como veremos *infra*.

Terminamos o capítulo relativo ao princípio da cooperação com uma breve menção ao *dever de recíproca correção*¹⁴⁰, constante do art. 9º¹⁴¹: «1- Todos os intervenientes no processo devem agir em conformidade com um dever de recíproca correção, pautando-se as relações entre advogados e magistrados por um especial dever de urbanidade. 2- Nenhuma das partes deve usar, nos seus escritos ou alegações orais, expressões desnecessária ou injustificadamente ofensivas da honra ou do bom nome da outra, ou do respeito devido às instituições».

Esta norma é fortemente criticada por JACINTO RODRIGUES BASTOS: «É lamentável que o comportamento de todos os que, por dever dos seus cargos, intervêm nos processos, seja tão falho da mais elementar educação, que o legislador se tenha visto obrigado a impor, como dever jurídico, este dever social de recíproca correção. É claro que o preceito não tem par na legislação de países estrangeiros¹⁴², onde a educação se faz na família e na escola. Formular como princípio do direito processual civil o dever recíproco de boa educação, é originalidade do nosso sistema»¹⁴³.

¹³⁸ ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *ob. cit.*, p. 291.

¹³⁹ Contudo, não bastará qualquer dificuldade. É necessário que seja uma dificuldade *significativa*, isto é, que impossibilite a parte de ultrapassar essa dificuldade sem a colaboração do tribunal. Neste sentido se pronunciou o TRL, num Ac. de 29-04-2004, relatado por Tibério Silva, e o TRC, num Ac. de 18-12-2013 relatado por Albertina Pedroso (Disponíveis em www.dgsi.pt).

¹⁴⁰ Alguns autores enquadram este dever no princípio da cooperação (cfr. RODRIGUES, Fernando Pereira, *O Novo Processo Civil – Princípios Estruturantes*, Almedina, 2013, p. 124).

¹⁴¹ Correspondente ao art. 266ºB do CPC de 1939.

¹⁴² No CPC it. consta do art. 89º, que no seu 1º parágrafo proíbe as partes e seus defensores de usar expressões *inconvenientes* e *ofensivas*, no âmbito dos escritos defensivos e ainda nos discursos perante o juiz (cfr. MANDRIOLI, Crisanto, *Corso di Diritto Processuale Civile – I – Nozioni Introdotitive e Disposizioni Generali*, 6ª Ed., 2007, Torino, p. 198). No 2º parágrafo da mesma norma, prevêem-se sanções à violação desta proibição (cancelamento das expressões ofensivas, concessão de um *quantum* ressarcitório, qualificação da conduta como crime) – cfr. MANDRIOLI, Crisanto, *ob. cit.*, p. 198.

¹⁴³ Cfr. BASTOS, Jacinto Rodrigues, *Notas ao Código de Processo Civil*, II, 3ª Ed., Lisboa, 2000, p. 20. No mesmo sentido, RODRIGUES, Fernando Pereira, *ob. cit.*, p. 124 e 125; ALMEIDA, Francisco

Fomos originais, de facto, mas por motivos menos bons. O Código de 2013 poderia ter constituído uma boa oportunidade de suprimir este dever atroz (em toda a sua extensão)¹⁴⁴, porém, fez-se o inverso. Manteve-se a norma, na sua redação herdada do Código de 1939, e foi esta introduzida no art. 9º, no Título I do Livro I, relativo às *disposições e princípios fundamentais*¹⁴⁵. Reiteramos um «velho» erro num «novo» Código...

Manuel Lucas Ferreira de, *ob. cit.*, p. 293. Entendem ainda os processualistas, com razão, que a regulação dos atos dos mandatários teria melhor assento no regime do art. 150º, relativo à *manutenção da ordem nos atos processuais* (cfr. BASTOS, Jacinto Rodrigues, *ob. cit.*, p. 20; ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *ob. cit.*, p. 293).

¹⁴⁴ O CPC de 2013 suprimiu os números 3 e 4 do anterior art. 266ºB do CPC de 1939.

¹⁴⁵ Para além do que foi dito por JACINTO RODRIGUES BASTOS, há, ainda, que acrescentar que o disposto em matéria de *boa-fé, cooperação e litigância de má-fé* acautelaria perfeitamente as intenções que presidiram à redação do *dever de recíproca correção*. Consideramos este dever, para além de produto de escrita irrefletida, um elemento repetitivo. Diga-se, também, que, embora se encontre positivado como *dever*, não dispõe de sanções diretamente aplicáveis, pelo que não ultrapassaria o campo da teoria se a doutrina o não incluisse no domínio da *cooperação*.

§3 - Prova

SUMÁRIO: 3. Prova. 3.1. Notas prévias. 3.2. Regime jurídico da prova. 3.3. Tipologias de prova. 3.3.1. Conceito de prova. 3.3.2. Provas diretas e indiretas. 3.3.3. Provas preconstituídas e constituendas. 3.3.4. Prova livre e prova legal.

3.1. Notas prévias

Iniciamos este parágrafo com uma interrogação: porquê estudar o tema da prova, em geral? Tentaremos responder de forma sintética e pragmática.

No desenrolar de um processo jurisdicional, é necessário distinguir, embora com fortes dificuldades, dois tipos de questões: a questão de *facto* e a questão de *direito*¹⁴⁶.

Quanto à questão de *direito*, há que dizer que, *em regra*, normas jurídicas *não constituem* objeto de prova (*jura novit curia; da mihi factum, dabo tibi jus; la cour sait le droit*)¹⁴⁷.

Regime distinto é proclamado para a questão de *facto*. Cabendo às partes alegar os factos que sustentam as suas pretensões (*ónus de alegação*), é-lhes correspondentemente atribuído um ónus de provar esses factos (*ónus da prova*). É

¹⁴⁶ Para GIOVANNI VERDE, «Prova (dir. proc. civ.)» in Enciclopedia del Diritto, XXXVII, p. 580, 582 e 583, é possível distinguir a questão de direito da questão de facto. A primeira consubstancia o *critério de valoração*; a segunda o *objeto de valoração*. PROTO PISANI ressalva, no entanto, que a determinação do *thema probandum* pressupõe um recurso prévio às normas, entendidas como *fattispecies legales abstractas*, sobre as quais se irá subsumir o direito que o autor pretende fazer valer em juízo (citação em BARBAGALLO, Isidoro, «Il fatto, la verità e la prova» in *Le Prove*, UTET Giuridica, 2007, p. 11 e 12).

¹⁴⁷ FREITAS, Lebre de, *A Ação Declarativa Comum (À luz do Código de Processo Civil de 2013)*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2013, p. 205; SOUSA, Teixeira de, *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*, Lex, Lisboa, 1995, p. 196 e 213-215; MARQUES, J. P. Remédio, *Acção Declarativa à luz do Código Revisto*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2011, p. 561; VARELA, Antunes/BEZERRA, J. Miguel/NORA, Sampaio e, *Manual de Processo Civil – De acordo com o Dec.-Lei 242/85*, 2ª Edição, Reimp., Coimbra Editora, 2004, p. 437; GUASP, Jaime/ARAGONESES, Pedro, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, 7ª Ed., 2004, p. 383 e 384.

Há uma exceção, prevista no n.º 1 do art. 348º do CC: «Àquele que invocar direito consuetudinário, local, ou estrangeiro compete fazer a *prova* da sua existência e conteúdo; mas o tribunal deve procurar, oficiosamente, obter o respectivo conhecimento» (itálico nosso). Nesta atividade de determinação do conteúdo do direito estrangeiro aplicável, devem as partes e o tribunal cooperar entre si (cfr. AMARAL, Jorge Augusto Pais de, *Direito Processual Civil*, 11ª Edição, Almedina, 2014, p. 284). Ensinava ROSENBERG que se o juiz não conseguisse a respetiva prova, deveria desatender a pretensão formulada na norma em causa (cfr. ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *ob. cit.*, p. 195). No entanto, o nosso CC afastou-se desse entendimento, tendo previsto, no n.º 3 da mesma norma, que «na impossibilidade de determinar o conteúdo do direito aplicável, *o tribunal recorrerá às regras do direito comum português*» (itálico nosso).

através da produção de prova, em sede de *instrução do processo* (arts. 411º e ss)¹⁴⁸ que o juiz vai ter acesso aos instrumentos necessários para *decidir* sobre a *veracidade* ou *falsidade* das alegações feitas pelas partes¹⁴⁹. Leia-se no art. 341º¹⁵⁰ do CC: «as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos».

O juiz, ao valorar as provas, decide as questões de *facto*. De seguida, aplica as correspondentes *normas jurídicas* e resolve o litígio¹⁵¹. A questão de *facto* reveste-se, portanto, de uma *importância primordial* no contexto do processo civil *declarativo*, acarretando consigo uma *essencialidade* da instrução probatória¹⁵².

Na relação entre a questão de *facto* e a *prova*, há que realizar uma precisão teórica. Na verdade, nem todos os factos carecem de *prova*. Apenas necessitam de prova os factos *relevantes*¹⁵³ que sejam *controversos*¹⁵⁴. Excluimos, por isso, os factos

¹⁴⁸ Alerta MANDRIOLI, *Corso di Diritto Processuale Civile – II – Il Processo di Cognizione*, 6ª Ed., 2007, Torino, p. 42, que o afirmado não significará que se reduz a *instrução da causa* à atividade de aquisição da *prova*. Não só porque há causas que não necessitam de produção de prova (ou as que necessitam nem sempre levam a alguma atividade jurisdicional para a sua aquisição, como sucede na prova preconstituída), mas também porque, para perceber se a causa está ou não em condições de ser decidida, o juiz deve preparar um conjunto de programações, determinando um *iter procedimental*, no qual se insere a *eventual* produção de prova.

¹⁴⁹ O meio de prova é o instrumento de conexão entre o conhecido e o desconhecido, entre o que as partes declaram ter acontecido (no passado) e aquilo que o juiz estabelece que aconteceu (cfr. VERDE, Giovanni, *estudo cit.*, p. 589; ANDRIOLI, Virgilio, «Prova (Diritto Processuale Civile)» in Nov. Dig. It., XIV, p. 269; TARUFFO, Michele, «Prova (In Generale)» in Dig. Disc. Priv. Sez. Civile, XVI, p. 3-5 e 13; MANDRIOLI, Crisanto, *ob. cit.*, p. 42, 72, 73 e 114). CARNELUTTI propugnou que aquilo que se prova não são *factos*, mas *afirmações sobre esses factos* (cfr. CARRATTA, Antonio, «Prova e convencimento del giudice nel processo civile» in RDP, Janeiro-Março de 2003 (LVIII), n.º 1, p. 29). Falando de *factos*, MANUEL DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 194, entende que podem ser objeto de prova aqueles que estejam integrados na hipótese normativa das disposições legais aplicáveis, bem como os factos acessórios (*Hilfstatsachen*), factos do mundo *exterior* e factos da vida *psíquica* (*verbi gratia*, para aferir danos morais em ação de responsabilidade civil extracontratual), factos reais e hipotéticos (por exemplo, lucros cessantes, vontade hipotética das partes no contrato), factos *nus e crus*, e ainda juízos de *facto*.

¹⁵⁰ O Código de Seabra (de 1867) no seu art. 2404º, dispunha o seguinte: «prova é a demonstração da verdade dos factos alegados em juízo», restringindo a prova aos factos articulados pelas partes (cfr. FREITAS, Lebre de, *A Ação Declarativa Comum (À luz do Código de Processo Civil de 2013)*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2013, p. 204 e 205; CASTRO, Artur Anselmo de, *ob. cit.*, p. 295; REIS, Alberto dos, *Código de Processo Civil: Anotado*, Volume III, 4ª Edição, Reimp., Coimbra Editora, 1985, p. 238; VARELA, Antunes/BEZERRA, J. Miguel/ NORA, Sampaio e, *ob. cit.*, p. 434).

¹⁵¹ Segundo ANDRIOLI, *estudo cit.*, p. 261 e 264, a função da prova consiste em transformar o hipotético num dado concreto, sobre o qual irá incidir a norma aplicável. A determinação da verdade dos factos controversos deve ser entendida como *condictio sine qua non* de uma decisão *justa* (cfr. COMOGLIO, Luigi Paolo, *ob. cit.*, p. 21; PATTI, Salvatore, «La disponibilità delle prove» in RTDPC, Ano LXV, Suplemento ao n.º 1, Março de 2011, p. 80).

¹⁵² Escreve BENTHAM, citado por MENDES, João de Castro, *Conceito de Prova em Processo Civil*, 1961, Edições Ática, p. 11: «A arte do processo não é essencialmente senão a arte de administrar as provas». Cita ainda MORTARA: «a prova é o fim do processo, como a sentença o é da demanda que o inicia» (cfr. MENDES, João de Castro, *ob. cit.*, p. 11). E ainda ISIDORO BARBAGALLO, «Il fatto, la verità e la prova» in *Le Prove*, UTET Giuridica, 2007, p. 6, afirma: «a *prova* é o eixo sob o qual gira o processo, o seu “coração pulsante».

¹⁵³ MENDES, João de Castro, *ob. cit.*, p. 724 e 725; SOUSA, Teixeira de, *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*, Lex, Lisboa, 1995, p. 205. Pode acontecer que, embora um facto seja alegado por

irrelevantes ou impertinentes para a decisão da causa e ainda os factos *pacíficos* entre as partes, isto é, os factos alegados por uma das partes e não contestados pela contraparte¹⁵⁵. Fora do *thema probandum* estão também os *factos notórios*¹⁵⁶ e os factos abrangidos pela força de caso julgado de uma decisão anterior vinculativa para as mesmas partes, nos termos do art. 421º¹⁵⁷.

O CPC de 2013 introduziu alterações à disciplina normativa da *instrução do processo*. Ao despacho saneador seguia-se, em regra, no anterior CPC, a seleção dos factos relevantes para a decisão da causa, distinguindo-se entre aqueles que deviam considerar-se desde logo como provados¹⁵⁸ daqueles que necessitariam de *prova*,

uma das partes e impugnado pela contraparte, não seja relevante para a decisão da contenda (cfr. SOUSA, Teixeira de, *ob. cit.*, p. 205).

¹⁵⁴ REGO, Carlos Lopes, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. I, 2ª Edição, 2004, Coimbra, p. 450; SOUSA, Teixeira de, «Prova, poderes da Relação e convicção: a lição da epistemologia – Ac. do STJ de 24.9.2013, Proc. 1965/04» in CDP, n.º 44, Outubro/Dezembro de 2013, p. 34. Perante o mesmo facto podem existir duas versões – a do autor e a do réu. A produção de prova irá auxiliar o juiz a descobrir qual dos litigantes tem razão.

¹⁵⁵ Dispõe o n.º 2 do art. 574º: «Consideram-se admitidos por acordo os *factos que não forem impugnados*, salvo se estiverem *em oposição com a defesa considerada no seu conjunto*, se não for admissível *confissão sobre eles* ou se só puderem ser provados por *documento escrito*; a admissão de factos instrumentais pode ser afastada por prova posterior» (itálico nosso). Assim, não serão factos «assentes» aqueles que, embora não tenham sido *expressamente* impugnados, entrem em contradição com a defesa *lato sensu*, os factos relativos a *direitos indisponíveis* (não sendo admissível confissão nesses casos, por força da alínea b) do art. 354º, do CC) e ainda os factos que *só* possam ser provados por documento escrito. Todos estes factos permanecem, pois, *necessitados de prova*.

¹⁵⁶ Não carecem estes factos de *prova* e, além disso, não carecem de alegação (*notoria non egent probatione*). Neste sentido dispõe o n.º 1 do art. 412º: «Não carecem de *prova* nem de *alegação* os factos notórios, devendo considerar-se como tais os factos que são do conhecimento geral». Vide CAPELO, Maria José, «Os factos notórios e a prova dos danos não patrimoniais» in RLJ, Ano 143º, n.º 3985, Março-Abril de 2014, p. 292 e 293; DE STEFANO, Giuseppe, «Fatto notório (dir. priv.)» in Enciclopedia del Diritto, XVI, p. 1008; CALAMANDREI, Piero, «Per la definizione del fatto notório» in RDPC, 1925, I, p. 273 e ss. Se o facto notório for alegado por uma das partes, ainda assim não perde o seu privilégio de isenção de prova (cfr. DE STEFANO, Giuseppe, *estudo cit.*, p. 1009). MANUEL DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 196, defendia que os factos de que o tribunal tivesse conhecimento por virtude do exercício das suas funções não careciam de prova (*notoriedade oficial ou judicial*). No mesmo sentido, DE STEFANO, Giuseppe, *estudo cit.*, p. 1013; RODRIGUES, Manuel, «Da instrução do processo» in ROA, Ano 8º, n.º 1-2, 1948, Lisboa, p. 319. Estes factos não carecem de prova *produzida pelas partes*, porém, mantém-se a necessidade de comprovação documental da parte do juiz, tal como resulta do n.º 2 do art. 412º (cfr. CAPELO, Maria José, *estudo cit.*, p. 297).

¹⁵⁷ Esta regra aplica-se a *depoimentos e perícias* (n.º 1 do art. 421º). A questão do valor *extraprocessual* da prova reveste-se de especial importância nas provas *constituendas*, pois as *preconstituídas* podem, sem dificuldades, ser introduzidas noutros processos (cfr. FREITAS, Lebre de, *A Ação Declarativa Comum (À luz do Código de Processo Civil de 2013)*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2013, p. 221; BASTOS, Jacinto Rodrigues, *Notas ao Código de Processo Civil*, III, 3ª Ed., Lisboa, 2001, p. 84 e 85; MARQUES, J. P. Remédio, *ob. cit.*, p. 601). Em Itália, a prova recolhida em processo extinto tem, no novo processo, o mero valor de *argumento de prova* (cfr. TARZIA, Giuseppe, «Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile» in RDP, Volume XXXIX (II Serie), 1984, Padova, p. 642). Entre nós, terá apenas força de *princípio de prova* se o regime de produção da prova no primeiro processo oferecer às partes garantias *inferiores* às do segundo processo (n.º 1 do art. 421º, 2ª parte).

¹⁵⁸ A saber, os denominados «factos assentes», extraídos da *confissão* e *admissão* de factos, ou de prova documental (cfr. FREITAS, Lebre de, *ob. cit.*, p. 191).

integrando a base instrutória¹⁵⁹. Hoje, nos termos do art. 410º, «a instrução tem por *objeto* os temas da prova enunciados¹⁶⁰ ou, quando não tenha de haver lugar a esta enunciação, os factos necessitados de prova»¹⁶¹. ISABEL ALEXANDRE entende que a designação de «temas de prova» é pouco rigorosa. Em primeiro lugar, porque, para efeitos da instrução do processo, enunciados e provados só podem ser os *factos* e não os *temas*; em segundo lugar, porque no CC não se opera a qualquer menção a *temas* quando se fala de objeto de prova¹⁶².

Do exposto, parece resultar que objetivo da alteração terá sido conferir maior margem de liberdade ao julgador, na procura da verdade dos factos. A título exemplificativo, na prestação de testemunho deve o inquirido depor «com precisão sobre a matéria dos *temas de prova*» (art. 516º), podendo a testemunha ser interrogada sobre uma maior multiplicidade de factos¹⁶³, o que trará claras vantagens para a pronúncia de uma decisão justa¹⁶⁴.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 175 e 188.

¹⁶⁰ A enunciação dos *temas de prova* é efetivada por *despacho* proferido, em sede de audiência prévia (alínea f) do n.º 1 do art. 591º), logo após o *despacho saneador*, quando a ação houver que prosseguir (nos termos do art. 596º). No caso de *dispensa de audiência prévia* (art. 593º), o despacho de enunciação dos temas de prova é proferido 20 dias após o termo da fase dos articulados (alínea c) do n.º 2 do art. 593º). Note-se que no caso de *revelia inoperante*, embora não ocorra a impugnação dos factos essenciais, não fica o juiz desonerado de enunciar os *temas da prova* (cfr. ALEXANDRE, Isabel, «A fase da instrução e os novos meios de prova no Código de Processo Civil de 2013» in Revista do MP, Abril-Junho de 2013, n.º 134, p. 17). Para DELGADO DE CARVALHO, *A Fase da Condensação no Processo Declarativo (à luz da Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho) – Os Temas da Prova*, Quid Juris, 2014, p. 58, os temas de prova «mais não são do que a vertente normativa ou jurídica dos factos principais integrantes da causa de pedir».

¹⁶¹ Sucendendo ao art. 513º do «velho» Código, onde se lia: «A instrução tem por objecto os *factos relevantes* para o exame e decisão da causa que devam considerar-se *controvertidos* ou necessitados de prova».

¹⁶² ALEXANDRE, Isabel, *estudo cit.*, p. 14. No mesmo sentido, FARIA, Paulo Ramos de/LOUREIRO, Ana Luísa, *Primeiras notas ao Novo Código de Processo Civil*, Vol. I, 2013, Almedina, p. 333; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, «Notas breves sobre o Código de Processo Civil de 2013» in ROA, Ano 73, Abril/Setembro de 2013, Lisboa, p. 427; PINTO, Rui, *Notas ao Código de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2014, p. 251. LEBRE DE FREITAS, *ob. cit.*, p. 197, entende que enunciar os temas de prova será tomar como quadros de referência as questões fundamentais (causa de pedir e exceções), que sejam *controvertidas*.

¹⁶³ «Um testemunho genérico pode ser mais espontâneo e mais fiel, o que redundará em benefício da descoberta da verdade» - cfr. ALEXANDRE, Isabel, *estudo cit.*, p. 22. No mesmo sentido, FARIA, Paulo Ramos de/LOUREIRO, Ana Luísa, *ob. cit.*, p. 398 e 399, entendendo que se eliminam barreiras formais à instrução e à procura da realidade histórica.

¹⁶⁴ O regime anterior suscitava situações complicadas. Dispunha o art. 633º do CPC de 1939: «Sobre cada um dos factos que se propõe provar, não pode a parte produzir mais de cinco testemunhas, não se contando as que tenham declarado nada saber». E bem assim, nos termos previstos no n.º 1 do art. 638º do CPC de 1939, «a testemunha é interrogada *sobre os factos que tenham sido articulados ou impugnados pela parte que a ofereceu...*» (italico nosso). Como defende ISABEL ALEXANDRE, *estudo cit.*, p. 22, a testemunha poderia não depor sobre todos os factos em que tivesse intervindo pessoalmente ou dos quais tivesse conhecimento direto.

3.2. Regime jurídico da prova

Entre nós, o regime jurídico da *prova* encontra-se parcialmente disciplinado no CC, estando a restante disciplina contida no CPC. A disciplina contida no CC denomina-se «Direito Probatório Material» e trata as questões relativas ao *onus da prova*, à *admissibilidade dos meios de prova* e à *força probatória* de cada singular meio de prova. Do CPC consta o designado «Direito Probatório Formal», que por sua vez prescreve a produção e utilização dos meios de prova no processo¹⁶⁵.

Este sistema *bifurcado* é encontrado, igualmente, no ordenamento jurídico italiano¹⁶⁶. Citamos CRISANTO MANDRIOLI:

«A análise da disciplina da assunção da prova não pode prescindir da disciplina da sua admissibilidade, por um lado, e da sua eficácia, por outro. (...) Porém, a este respeito, há que salientar que o nosso legislador se mostrou desatento a esta unidade, já que, seguindo o exemplo do legislador do século passado, colocou as normas sobre a prova em dois códigos diversos; mais precisamente, enquanto incluiu no Código de Processo Civil as normas que dizem respeito à assunção e, mais em geral, ao ingresso das provas no processo e ao seu “constituir-se” no mesmo processo, até ao critério geral de livre apreciação da parte do juiz (artigo 116º do CPC), deixou ao Código Civil (e precisamente ao título segundo do livro sexto intitulado “tutela dos direitos”) as normas relativas à admissibilidade dos singulares meios de prova e ainda as normas que dizem respeito à sua eficácia probatória, seja sob um perfil geral, seja sobre cada meio de prova»¹⁶⁷ (tradução nossa).

¹⁶⁵ REIS, Alberto dos, *Código de Processo Civil: Anotado*, Volume III, 4ª Edição, Reimp., Coimbra Editora, 1985, p. 240 e 241; ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *ob. cit.*, p. 193 e 194; CASTRO, Artur Anselmo de, *Processo Civil Declaratório*, Volume III, Almedina, Coimbra, p. 296; FREITAS, Lebre de, *A Ação Declarativa Comum (À luz do Código de Processo Civil de 2013)*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2013, p. 214 e 215; MARQUES, J. P. Remédio, *Ação Declarativa à luz do Código Revisto*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2011, p. 600; SOARES, Fernando Luso, *Processo civil de declaração: história, teoria, prática*, Almedina, Coimbra, 1985, p. 776 e 777.

¹⁶⁶ MANDRIOLI, Crisanto, *Corso di Diritto Processuale Civile – II – Il Processo di Cognizione*, 6ª Ed., 2007, Torino, p. 118 e 119; PISANI, Andrea Proto, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 5ª Ed., Jovene Editore, Napoli, 2006, p. 403; COMOGLIO, Luigi Paolo, *Le Prove Civili*, UTET Giuridica, 2010, p. 29-35.

¹⁶⁷ MANDRIOLI, Crisanto, *ob. cit.*, p. 118 e 119. No mesmo sentido, PISANI, Andrea Proto, *ob. cit.*, p. 403; MONTESANO, Luigi, «Le prove disponibili d’ufficio e l’imparzialità del giudice civile» in RTDPC, Ano XXXII, 1978, p. 200. PROTO PISANI afirma que a sistematização é *claramente arbitrária*, dividindo em dois códigos diversos uma matéria, em si, unitária (cfr. citação em BARBAGALLO, Isidoro, «La prova nel processo: profili generali» in *Le Prove*, UTET Giuridica, 2007, p. 62 e 63). LIEBMAN sublinha que o legislador sentiu necessidade de justificar a decisão de manter «a tradicional colocação no Código Civil de certas normas aparentemente processuais». No entanto, criticou esta justificação. Não se tratou nunca de uma verdadeira *tradição*. O CPC it. de 1865 foi somente uma imitação da codificação francesa da época (por tudo, cfr. LIEBMAN, Enrico Tullio, «Norme processuali

Contra esta posição, milita LEBRE DE FREITAS: «*Para demonstrar a existência dum direito subjetivo, há que provar o facto de que ele deriva; quando a prova não existe, o direito, não podendo ser reconhecido por terceiros, perde praticamente o seu valor, tudo se passando como se ele próprio não existisse; a prova, sem a qual não há certeza de que o facto se verificou, condiciona assim o valor prático do direito subjetivo, sendo íntima a ligação entre ela e o direito. Esta constatação aponta para a natureza substantiva do meio de prova, cuja função não se limita ao processo jurisdicional (...) Desta natureza substantiva da figura do meio de prova, que importante corrente doutrinária contesta, resulta a inserção no Código Civil, além das que distribuem o ónus da prova, das normas que estabelecem o quadro geral dos meios de prova e das que regulam a sua admissibilidade e força probatória. Constituem elas o direito probatório formal*»¹⁶⁸.

As disposições relativas à *prova* têm, em nosso entender, um carácter eminentemente *processual*. Embora a disciplina da prova possa relevar num contexto *extrajudicial*, não foi para esse âmbito que foi pensada e construída, e não é aí que reside a sua aplicação maioritária. Mais ainda, dividir a disciplina da mesma matéria em dois códigos só dificultará, quer a interpretação das normas, quer a sua aplicação na prática judiciária¹⁶⁹. Não será o juiz o principal lesado, uma vez que, por definição, deve ser o sujeito melhor preparado para enfrentar o *mundo do direito*. Esta divisão poderá prejudicar consideravelmente as *partes*.

nel codice civile» *in* RDP, Volume III, Parte I, 1948, Padova, p. 156). Apesar das críticas, LIEBMAN considera que o problema da relação entre direito processual e direito substancial é científico e não legislativo (cfr. LIEBMAN, Enrico Tullio, *estudo cit.*, p. 157). Isto, porque estas normas ficam «a meio caminho» entre o direito substancial e o direito processual. Optar por coloca-las num ou noutra código será sempre dúbio, pelo que caberá ao intérprete da lei – e não ao legislador – atribuir a cada singular norma um ou outro sistema (cfr. LIEBMAN, Enrico Tullio, *estudo cit.*, p. 158, 159 e 162).

¹⁶⁸ FREITAS, Lebre de, *ob. cit.*, p. 214 e 215. No mesmo sentido, BAPTISTA, José João, *ob. cit.*, p. 420; SALVATORE PATTI, citado em BARBAGALLO, Isidoro, «La prova nel processo: profili generali» *in* *Le Prove*, UTET Giuridica, 2007, p. 63. Este entendimento foi herdado da obra de CARNELUTTI, que defendia que as normas que regulam a *prova* não deveriam estar reguladas no Código de Processo Civil. Considerava que neste código deveriam estar apenas contidas as disposições relativas ao *procedimento* (por tudo, cfr. LIEBMAN, Enrico Tullio, *estudo cit.*, p. 162 e 163). Para além disso, CARNELUTTI defendia essa divisão porque as próprias partes podem ter necessidade de prova fora do contexto processual (cfr. SOARES, Fernando Luso, *ob. cit.*, p. 776).

¹⁶⁹ Em Itália, LUIGI MONTESANO, *estudo cit.*, p. 475 e 477, lembra que uma das propostas de reforma da disciplina da *prova* foi, precisamente, a de *unificar* o seu regime no CPC it., por razões, não só de *oportunidade* e *funcionalidade*, mas também com o escopo de redimensionar corretamente os limites legais então impostos a determinados meios de prova.

3.3. Tipologias de prova

3.3.1. Conceito de prova

O conceito de «prova» é, como notam diversos processualistas, um conceito *polissémico*¹⁷⁰, e até para alguns, *equivoco*¹⁷¹. Quando utilizamos este termo, podemos estar a fazer alusão à prova *como atividade probatória*¹⁷². Bem assim, «prova» será o conjunto de atos dirigidos a determinar a verdade ou falsidade dos *factos controversos*. «Prova» poderá também dizer respeito ao *resultado*¹⁷³ das diligências instrutórias. Por fim, e bastante difundido na doutrina, «prova» pode ser entendida como *meio de prova* (instrumento ou fonte)¹⁷⁴, tratando-se de coisas, pessoas, documentos, reproduções, exames, inspeções, entre outros¹⁷⁵. Para MANUEL DE ANDRADE, *prova* «é todo o elemento (*quid*) sensível, através do qual, mediante actividade perceptiva ou simplesmente indutiva, o juiz pode, segundo a lei, formar a sua convicção acerca dos factos (afirmações de facto) da causa. Alguns incluem aqui só as coisas corpóreas (corpos físicos: a testemunha, o documento, o perito, etc.) que possibilitam ao juiz uma

¹⁷⁰ Iremos mencionar os significados repetidos com maior frequência na doutrina, preterindo os demais. A título de exemplo, MANUEL DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 191, alude ao conceito de prova como *motivo ou argumento probatório* (*Beweisgrund*).

¹⁷¹ MENDES, João de Castro, *Conceito de Prova em Processo Civil*, 1961, Edições Ática, p. 40, 41 e 46.

¹⁷² REIS, Alberto dos, *Código de Processo Civil: Anotado*, Volume III, 4ª Edição, Reimp., Coimbra Editora, 1985, p. 238; ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *ob. cit.*, p. 191; FREITAS, Lebre de, *A Ação Declarativa Comum (À luz do Código de Processo Civil de 2013)*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2013, p. 201; PISANI, Andrea Proto, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 5ª Ed., Jovene Editore, Napoli, 2006, p. 404. GIOVANNI VERDE, *estudo cit.*, p. 589, ressalva que este termo raramente é utilizado, tomando em consideração dados estatísticos.

¹⁷³ MENDES, João de Castro, *ob. cit.*, p. 42; SOUSA, Teixeira de, *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*, Lex, Lisboa, 1995, p. 195; FREITAS, Lebre de, *ob. cit.*, p. 202; TARUFFO, Michele, *estudo cit.*, p. 7; VERDE, Giovanni, *estudo cit.*, p. 588; MANDRIOLI, Crisanto, *Corso di Diritto Processuale Civile – II – Il Processo di Cognizione*, 6ª Ed., 2007, Torino, p. 114; PISANI, Andrea Proto, *ob. cit.*, p. 404. Para MANUEL DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 191, este conceito mantém-se, mesmo que desses resultados não resulte a efetiva demonstração dos factos visados com a produção de prova, falando-se de *material probatório* (*Beweisstoff*). Era esta a aceção de prova consagrada no art. 2404º do Código de Seabra, de 1867, ao definir a prova como «a demonstração da verdade dos factos alegados em juízo» (cfr. REIS, Alberto dos, *ob. cit.*, p. 238). Esse entendimento mantém-se nas normas relativas ao *onus da prova* (arts. 342º e 414º do CC), em algumas normas relativas à *força probatória* de alguns meios de prova (v.g. arts. 347º, 354º, n.º 1 do 380º, n.º 1 do 381º, 392º, todos do CC) e ainda ao tratar o julgamento da matéria de facto (cfr. FREITAS, Lebre de, *ob. cit.*, p. 205).

¹⁷⁴ MENDES, João de Castro, *ob. cit.*, p. 42; ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *ob. cit.*, p. 191; SOUSA, Teixeira de, *ob. cit.*, p. 195; TARUFFO, Michele, *estudo cit.*, p. 7; VERDE, Giovanni, *estudo cit.*, p. 588; PISANI, Andrea Proto, *ob. cit.*, p. 404; MANDRIOLI, Crisanto, *ob. cit.*, p. 114. Para LEBRE DE FREITAS, *ob. cit.*, p. 205, foi este o conceito de prova consagrado no atual art. 341º do CC, onde se faz coincidir o resultado com a função da prova: «as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos». *A contrario*, relativamente à mesma disposição normativa, TEIXEIRA DE SOUSA, *ob. cit.*, p. 195, refere-se à prova como *atividade*.

¹⁷⁵ TARUFFO, Michele, *estudo cit.*, p. 7.

percepção sensível (directa ou indirecta) sobre os factos da causa (ROSENBERG); outros compreendem ainda a própria percepção que o juiz assim obtém (o depoimento, o conteúdo do documento, as respostas do perito) – o que aqueles preferem qualificar como material probatório»¹⁷⁶.

LEBRE DE FREITAS distingue, dentro do conceito de *meio de prova*, uma perspectiva estática (*fonte de prova*) e uma perspectiva dinâmica, do ato de produção (*fator probatório*)¹⁷⁷. Fonte de prova será, para o processualista, uma *pessoa* ou uma *coisa*¹⁷⁸. Fontes de prova *pessoal* são a parte (e possíveis representantes) e *terceiros*¹⁷⁹. Fontes de prova *real* constituem os documentos e os monumentos¹⁸⁰. Os primeiros resultam de uma atividade humana *intencional* (art. 362º do CC); os segundos contêm indícios naturais de factos relevantes (objetos destruídos pelo fogo ou rasurados, impressões digitais, rastos de pneus, etc.)¹⁸¹.

A fonte de prova de nada servirá se não permitir desvendar os factos que integram o *thema probandum*: o documento escrito tem de ser lido, a fotografia tem de ser vista, o filme exibido, a testemunha inquirida, o bem inspecionado¹⁸². Executando-se estes atos de revelação da fonte de prova, esta torna-se, para LEBRE DE FREITAS, *fator probatório*¹⁸³. A distinção entre os conceitos de *fonte de prova* e *fator probatório* ganha relevo em casos como o da produção de prova testemunhal, onde se exige uma atitude ativa do *terceiro*, de modo que o seu *depoimento* corresponda ao registo existente na sua memória¹⁸⁴. Outro exemplo é o da prova pericial, onde se verifica a intermediação do *perito* entre o juiz e a *fonte de prova*. O seu desempenho será fundamental para o êxito da prova, constituindo *fator probatório*¹⁸⁵.

¹⁷⁶ ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *ob. cit.*, p. 191.

¹⁷⁷ FREITAS, Lebre de, *ob. cit.*, p. 201.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁹ LEBRE DE FREITAS menciona, unicamente, a prova testemunhal; CASTRO MENDES inclui ainda a prova pericial (cfr. MENDES, João de Castro, *ob. cit.*, p. 261).

¹⁸⁰ FREITAS, Lebre de, *ob. cit.*, p. 202; MENDES, João de Castro, *ob. cit.*, p. 263.

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² FREITAS, Lebre de, *ob. cit.*, p. 203; MENDES, João de Castro, *ob. cit.*, p. 265 e 266.

¹⁸³ FREITAS, Lebre de, *ob. cit.*, p. 203.

¹⁸⁴ *Ibidem*. GIULIANI ensina: «a ideia de verdade de um facto não diz somente respeito ao nosso conhecimento (o problema da verdade), mas também à nossa conduta (o dever de comunicar a verdade)» (cfr. citação em BARBAGALLO, Isidoro, «Il fatto, la verità e la prova» in *Le Prove*, UTET Giuridica, 2007, p. 20).

¹⁸⁵ FREITAS, Lebre de, *ob. cit.*, p. 203 e 204.

3.3.2. Provas diretas e indiretas

Escreve VIRGILIO ANDRIOLI: «Se sujeito da prova é o juiz e objeto são os factos deduzidos pelas partes, na forma de pedidos e exceções, o critério fundamental de classificação da prova é administrado pela maior ou menor relação entre o objeto e o sujeito»¹⁸⁶.

Nesta perspetiva, provas *diretas* são aquelas em que o julgador verifica, com os seus próprios sentidos, o facto a averiguar¹⁸⁷. Tem, como exemplo único¹⁸⁸, o da *inspeção judicial*.

Nas provas *indiretas*, entre o julgador e o facto a averiguar interpõe-se outra entidade¹⁸⁹. Dentro desta categoria, alguns autores procedem à distinção entre *provas históricas* e *provas críticas*. As primeiras dizem respeito a factos ou objetos, que se interpõem entre o julgador e o facto a provar, e que *representam*¹⁹⁰ o facto relevante. É o caso dos documentos, da confissão, do depoimento de parte e das testemunhas¹⁹¹. Nas *provas críticas*, não ocorre uma *representação* do facto a provar, permitindo-se apenas a

¹⁸⁶ ANDRIOLI, Virgilio, *estudo cit.*, p. 269.

¹⁸⁷ VERDE, Giovanni, *estudo cit.*, p. 601; LIUZZI, Giuseppe Trisorio, «Ispezione nel processo civile» in Dig. Disc. Priv. Sez. Civile, X, 1993, p. 189; MENDES, João de Castro, *ob. cit.*, p. 176; ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *ob. cit.*, p. 210; SOUSA, Teixeira de, *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*, Lex, Lisboa, 1995, p. 209; CASTRO, Artur Anselmo de, *Processo Civil Declaratório*, Volume III, Almedina, Coimbra, p. 306; MARQUES, J. P. Remédio, *Acção Declarativa à luz do Código Revisto*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2011, p. 585; REIS, Alberto dos, *Código de Processo Civil: Anotado*, Volume III, 4ª Edição, Reimp., Coimbra Editora, 1985, p. 241 e 242.

¹⁸⁸ Se a apresentação de coisas móveis ou imóveis (art. 416º) fosse entendida como meio de prova, seria com certeza outro exemplo de prova *direta*, nesta aceção. Contudo, somos do entendimento de LEBRE DE FREITAS, *ob. cit.*, p. 224, segundo o qual este ato de apresentação de coisas não encerra em si mesmo um meio de prova. O que acontece é que esse ato acaba por se materializar nas modalidades de prova por inspeção, documental ou ainda pericial. *A contrario*, REIS, Alberto dos, *ob. cit.*, p. 316 e 317; MARQUES, J. P. Remédio, *ob. cit.*, p. 581 e 582; VARELA, Antunes/BEZERRA, J. Miguel/ NORA, Sampaio e, *Manual de Processo Civil – De acordo com o Dec.-Lei 242/85*, 2ª Edição, Reimp., Coimbra Editora, 2004, p. 440 e 498-500.

¹⁸⁹ REIS, Alberto dos, *ob. cit.*, p. 242; MENDES, João de Castro, *ob. cit.*, p. 176; ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *ob. cit.*, p. 210; SOUSA, Teixeira de, *ob. cit.*, p. 209; RODRIGUES, Fernando Pereira, *ob. cit.*, p. 17; MARQUES, J. P. Remédio, *ob. cit.*, p. 585; VERDE, Giovanni, *estudo cit.*, p. 601; ANDRIOLI, Virgilio, *estudo cit.*, p. 269.

¹⁹⁰ ANDRIOLI, Virgilio, *estudo cit.*, p. 270; VERDE, Giovanni, *estudo cit.*, p. 600; COMOGLIO, Luigi Paolo, *Le Prove Civili*, UTET Giuridica, 2010, p. 16.

¹⁹¹ ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *ob. cit.*, p. 210; ANDRIOLI, Virgilio, *estudo cit.*, p. 270; SOUSA, Teixeira de, *ob. cit.*, p. 209.

sua indução¹⁹². Atua sobre o raciocínio, através da extração de ilações dos indícios de que são portadores¹⁹³. Exemplo deste tipo de prova são as presunções.

Contra este critério de distinção se manifesta MICHELE TARUFFO¹⁹⁴. Defende o abandono da distinção entre prova histórica e crítica, porque está formulada segundo critérios pouco claros, que criam mais problemas do que aqueles que efetivamente resolvem¹⁹⁵. Advoga uma distinção entre *prova direta* e *prova indireta*, em que o *critério* será o da relação entre a prova e o facto que se visa demonstrar¹⁹⁶. Havendo identidade entre os enunciados que versem sobre os dois factos (isto é, entre o facto provado e aquele que se visa provar), entende-se que a prova versa *diretamente* sobre um facto principal, constituindo *prova direta*¹⁹⁷. Quando o objeto imediato da prova não coincide com um facto que se pretenda provar (*rectius: facto principal*), constitui prova de *facto secundário*, e será relevante se desse facto se puder retirar inferência¹⁹⁸ relativamente à existência de um *facto principal*. Neste caso, a prova é *indireta*¹⁹⁹.

3.3.3. Provas preconstituídas e provas constituendas

Nas provas *preconstituídas*, o meio de prova existe *antes* de surgir a necessidade de produzir prova; logo, *pré-existe* ao processo e forma-se *fora* dele (v.g. prova documental)²⁰⁰. O procedimento de aquisição da prova preconstituída ao processo é, manifestamente, *simples*²⁰¹, constando a sua inclusão em articulado próprio, para que o

¹⁹² ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *ob. cit.*, p. 210; VERDE, Giovanni, *estudo cit.*, p. 601; SOUSA, Teixeira de, *ob. cit.*, p. 209; MENDES, João de Castro, *ob. cit.*, p. 180 e 182.

¹⁹³ ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *ob. cit.*, p. 210; SOUSA, Teixeira de, *ob. cit.*, p. 209; ANDRIOLI, Virgilio, *ob. cit.*, p. 270; VERDE, Giovanni, *estudo cit.*, p. 601.

¹⁹⁴ TARUFFO, Michele, *estudo cit.*, p. 18 e ss.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 18.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 19.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

¹⁹⁸ Em Itália, esta operação lógica é designada «*presunzione semplice*» e consta do art. 2727º do CC it. («as presunções são as consequências que o julgador retira de um facto conhecido para chegar a um facto desconhecido») – tradução nossa (cfr. MANDRIOLI, Crisanto, *ob. cit.*, p. 121; PATTI, Salvatore, «*Probatio e praesumptio: attualità di un'antica contrapposizione*» in RDC, Ano XLVII, Julho-Agosto de 2001, n.º 4, p. 481 e 482).

¹⁹⁹ TARUFFO, Michele, *ob. cit.*, p. 19.

²⁰⁰ MENDES, João de Castro, *ob. cit.*, p. 265; ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *ob. cit.*, p. 211; FREITAS, Lebre de, *ob. cit.*, p. 216; SOUSA, Teixeira de, *ob. cit.*, p. 197; MARQUES, J. P. Remédio, *ob. cit.*, p. 584 e 585; VARELA, Antunes/BEZERRA, J. Miguel/ NORA, Sampaio e, *ob. cit.*, p. 441; VERDE, Giovanni, *estudo cit.*, p. 601; TARUFFO, Michele, *estudo cit.*, p. 18; MANDRIOLI, Crisanto, *ob. cit.*, p. 182.

²⁰¹ MANDRIOLI, Crisanto, *ob. cit.*, p. 114 e 115; MARQUES, J. P. Remédio, *ob. cit.*, p. 558, nota de rodapé; REIS, Alberto dos, *ob. cit.*, p. 239 e 240.

juiz e a contraparte tomem dela conhecimento²⁰², e consistindo o procedimento na *exibição ou reprodução* no processo, após depósito na secretaria do tribunal²⁰³.

Nas provas *constituendas*, o meio de prova surge pela sua necessidade, portanto, na pendência do processo, como resultado da atividade *probatória* levada a cabo em sede de instrução (v.g. prova testemunhal, depoimento de parte, confissão, juramento)²⁰⁴. O mecanismo que permite o ingresso de prova *constituenda* no processo é *mais complexo* que o que diz respeito à prova preconstituída²⁰⁵.

3.3.4. Prova livre e prova legal

Esta distinção diz respeito ao *modo* segundo o qual o juiz forma a sua convicção sobre a prova produzida ou introduzida no processo²⁰⁶.

O sistema de *prova legal* nasceu da experiência jurídica germânica, tendo vigorado até ao século XIX. A prova diz-se *legal* quando a sua valoração e força probatória estão basadas em critérios taxados, preordenados e formalizados pelo

²⁰² Dá-se a possibilidade à contraparte de impugnar a sua *admissão e força probatória*, *ex vi* do n.º 2 do art. 415º.

²⁰³ MANDRIOLI, Crisanto, *ob. cit.*, p. 114 e 115; COMOGLIO, Luigi Paolo, «Istruzione e trattazione nel processo civile» in Dig. Disc. Priv. Sez. Civile, X, 1993, p. 235; TARZIA, Giuseppe, «Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile» in RDP, Volume XXXIX (II Serie), 1984, Padova, p. 637. LEBRE DE FREITAS, *ob. cit.*, p. 216 e 217, ensina que nesta prova, não havendo lugar aos atos de produção de prova, a fase de *admissão* ganha maior relevo, devendo ser assegurada em ambiente contraditório. A prova preconstituída não será, pelo exposto, objeto de controlo preventivo de *relevância* (cfr. TARZIA, Giuseppe, *estudo cit.*, p. 636). *A contrario*, DENTI, «Prova documentale (dir. proc. civ.)» in Enciclopedia del diritto, XXXVII, 1988, Milano, p. 713, considera que a aquisição do documento implica sempre uma conexão entre o documento e os factos que constituem o tema da prova.

²⁰⁴ MENDES, João de Castro, *ob. cit.*, p. 265; ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *ob. cit.*, p. 211; FREITAS, Lebre de, *ob. cit.*, p. 216; SOUSA, Teixeira de, *ob. cit.*, p. 197; MARQUES, J. P. Remédio, *ob. cit.*, p. 585; VARELA, Antunes/BEZERRA, J. Miguel/ NORA, Sampaio e, *ob. cit.*, p. 441; VERDE, Giovanni, *estudo cit.*, p. 601; TARUFFO, Michele, *estudo cit.*, p. 18; MANDRIOLI, Crisanto, *ob. cit.*, p. 115.

²⁰⁵ MANDRIOLI, Crisanto, *ob. cit.*, p. 115. Mediante *requerimento de uma das partes*, o juiz deve instaurar um procedimento para indagar acerca da admissibilidade e relevância da prova requerida. Em caso afirmativo, são realizadas as diligências instrutórias necessárias à assunção da prova e, no fim, é esta valorada (cfr. MANDRIOLI, Crisanto, *ob. cit.*, p. 115 e 116; PISANI, Andrea Proto, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 5ª Ed., Jovene Editore, Napoli, 2006, p. 409, 415, 417). A este *iter metodológico* LEBRE DE FREITAS, *ob. cit.*, p. 216 e 217, acrescenta a nota da *contraditoriedade*. Resulta do n.º 2 do art. 415º, 1ª parte: «Quanto às provas *constituendas*, a parte é notificada, quando não for revel, para todos os atos de *preparação e produção* de prova, e é admitida a *intervir* nesses atos nos termos da lei» (itálico nosso).

²⁰⁶ VERDE, Giovanni, *estudo cit.*, p. 601; SOUSA, Teixeira de, *A livre apreciação da prova em processo civil*, Coleção Scientia Iuridica, Braga, 1984, p. 8.

legislador, não deixando ao julgador qualquer espaço de valoração discricionária²⁰⁷. O êxito da prova é *pleno e incontestável*²⁰⁸.

O sistema de *prova livre* teve a sua primeira aparição no *direito romano*, reaparecendo somente em finais do século XIX, com o advento do processo civil *moderno*. A prova será livre quando a valoração efetuada pelo julgador se baseia na sua íntima convicção, na sua *prudente* apreciação²⁰⁹. A prova é apreciada pelo juiz com *inteira liberdade*²¹⁰. Com este sistema, dá-se privilégio às exigências de *justiça*, em detrimento das exigências de *certeza*²¹¹. É esta a regra – a regra da *livre apreciação da prova* – no nosso ordenamento jurídico-processual²¹², e nos ordenamentos italiano²¹³ e alemão²¹⁴. Quanto ao sistema de prova legal, não foi totalmente expurgado, encontrando ainda algumas manifestações na lei²¹⁵.

²⁰⁷ VERDE, Giovanni, *estudo cit.*, p. 601; TARUFFO, Michele, *estudo cit.*, p. 19; MANDRIOLI, Crisanto, *ob. cit.*, p. 120; ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *ob. cit.*, p. 209; SOUSA, Teixeira de, *ob. cit.*, p. 8; MENDES, João de Castro, *ob. cit.*, p. 165 e 166; REIS, Alberto dos, *ob. cit.*, p. 243.

²⁰⁸ TARUFFO, Michele, *estudo cit.*, p. 19.

²⁰⁹ VERDE, Giovanni, *estudo cit.*, p. 601; TARUFFO, Michele, *estudo cit.*, p. 32 e 33; COMOGLIO, Luigi Paolo, *ob. cit.*, p. 17, 151 e 152; PISANI, Andrea Proto, *ob. cit.*, p. 415 e 419; DENTI, Vittorio, «L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei» in RDP, Volume XX (II Serie), 1965, Padova, p. 42 e 43; ANDRIOLI, Virgilio, «Prova (Diritto Processuale Civile)» in Nov. Dig. It., XIV, p. 286; PATTI, Salvatore, «Libero convincimento e valutazione delle prove» in RDP, Volume XL (II Serie), 1985, Padova, p. 487-489; ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *ob. cit.*, p. 210; SOUSA, Teixeira de, *ob. cit.*, p. 8; RODRIGUES, Fernando Pereira, *ob. cit.*, p. 18; MENDES, João de Castro, *ob. cit.*, p. 165 e 166; CASTRO, Artur Anselmo de, *Processo Civil Declaratório*, Volume III, Almedina, Coimbra, p. 173; REIS, Alberto dos, *ob. cit.*, p. 243.

²¹⁰ Porém, note-se: prova livre *não equivale a arbítrio* (cfr. PISANI, Andrea Proto, *ob. cit.*, p. 419; ANDRIOLI, Virgilio, *estudo cit.*, p. 287; DENTI, Vittorio, «Scientificità della prova e libera valutazione del giudice» in RDP, Vol. XXVII, II Serie, 1972, Padova, p. 431). Para evitar esse risco, deve o julgador ter particular atenção: ao respeito pela proibição de utilização do seu saber privado; à assunção de prova constituenda em ambiente *contraditório*; ao respeito pelas modalidades de aquisição dos meios de prova tipificados na lei; a motivar de forma suficiente e coerente as suas decisões e ainda o respeito pelo princípio da legalidade (cfr. PISANI, Andrea Proto, *ob. cit.*, p. 419 e 420).

²¹¹ PISANI, Andrea Proto, *ob. cit.*, p. 420; SOUSA, Teixeira de, *ob. cit.*, p. 9.

²¹² N.º 5 do art. 607º: «O juiz aprecia livremente as provas segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto; a livre apreciação *não abrange os factos para cuja prova a lei exija formalidade especial*, nem aqueles que só possam ser provados por documento ou que estejam plenamente provados, quer por documentos, quer por acordo ou confissão das partes» (itálico nosso).

²¹³ Por força do art. 116º, 1º parágrafo do CPC it. (vide VERDE, Giovanni, *estudo cit.*, p. 601; MANDRIOLI, Crisanto, *ob. cit.*, p. 120; CARRATTA, Antonio, «Prova e convincimento del giudice nel processo civile» in RDP, Janeiro-Março de 2003 (LVIII), n.º 1, p. 30; PISANI, Andrea Proto, *La nuova disciplina del processo civile*, Jovene Editore, Napoli, 1991, p. 161; PATTI, Salvatore, *estudo cit.*, p. 482 e 485; ANDRIOLI, Virgilio, *estudo cit.*, p. 285).

²¹⁴ Resulta do §286, I da ZPO, onde se lê: «O tribunal tem de decidir de acordo com a sua livre apreciação, tendo em conta o conteúdo íntegro do processo e o resultado da realização das provas, para assim considerar uma manifestação de facto como verdadeira ou falsa. Na sentença devem estar detalhados os motivos na base dos quais se chegou ao convencimento judicial» (tradução nossa) – vide JAUERNIG, Othmar, *ob. cit.*, p. 266; HABSCHEID, Walther J., «Giurisdizione civile e processo civile nella Repubblica Federale Tedesca», Parte I in RDP, Vol. XLII (II Serie), 1987, Padova, p. 660 e 664; PATTI, Salvatore, *estudo cit.*, p. 490 e 492; COMOGLIO, Luigi Paolo, «L'utilizzazione processuale del sapere extragiuridico nella prospettiva comparatística» in RDP, Outubro-Dezembro de 2005 (LX), II Serie, n.º 4, p. 1165, nota de rodapé; norma disponível em *Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*, trad. de

§4 - Colaboração de terceiros no processo civil

SUMÁRIO: 4. Colaboração de terceiros no processo civil. 4.1. Nota introdutória. 4.2. Dever de colaboração. 4.3. Sanções à violação do dever de colaborar. 4.4. Limites. 4.4.1. Limites absolutos. 4.4.2. Limites relativos. 4.4.2.1. Segredo profissional. 4.4.2.1.1. Segredo bancário. 4.4.2.1.2. Segredo do advogado. 4.4.2.1.3. Segredo médico. 4.4.2.1.4. Segredo do jornalista. 4.4.2.1.5. Segredo religioso. 4.4.2.1.6. Outros segredos.

4.1. Nota introdutória

Atingimos o ponto alto da nossa dissertação.

A *cooperação* que se exige do juiz, partes, mandatários e secretaria do tribunal, de forma recíproca, é ainda aposta a *todos e a cada um. A todos nós*²¹⁶. Estes deveres de colaboração para com a Justiça têm, como principal objetivo, a tão ansiada «descoberta da verdade»²¹⁷. Como é que o processo civil persegue este fim? Como vimos, através da

Juan Carlos Ortiz Pradillo e Álvaro J. Pérez Ragone – Disponível em http://www.kas.de/wf/doc/kas_9523-544-4-30.pdf.

²¹⁵ Encontramos manifestações da prova legal, por exemplo, nos regimes da prova por confissão e da prova por documentos autênticos e autenticados (cfr. RODRIGUES, Fernando Pereira, *ob. cit.*, p. 24; DENTI, Vittorio, «L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei» in RDP, Volume XX (II Serie), 1965, Padova, p. 43; DENTI, Vittorio, «Prova documentale (dir. proc. civ.)» in Enciclopedia del diritto, XXXVII, 1988, Milano, p. 716 e 717). No sistema italiano, abre-se espaço para estas exceções pela expressão «*salvas as hipóteses em que a lei disponha de outra forma*», contida no art. 116º, 1º parágrafo do CPC it. (cfr. MANDRIOLI, Crisanto, *Corso di Diritto Processuale Civile – I – Nozioni Introduttive e Disposizioni Generali*, 6ª Ed., 2007, Torino, p. 76; COMOGLIO, Luigi Paolo, «Le Prove Civili», UTET Giuridica, 2010, p. 150). No ordenamento alemão, o §286, II da ZPO explicita que «o tribunal se encontra obrigado às regras legais sobre prova nos casos descritos nesta lei» (tradução nossa; norma disponível em *Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*, trad. de Juan Carlos Ortiz Pradillo e Álvaro J. Pérez Ragone, *loc. cit.*), o que demonstra que as exceções ao princípio da prova *livre* no direito alemão *se encontram na ZPO*, diferentemente do que acontece no nosso sistema e no sistema italiano, cujas exceções se encontram maioritariamente no CC correspondente.

²¹⁶ Citamos as expressivas palavras de CÉSAR ABRANCHES, «O dever de colaboração dos terceiros para com a Justiça» in ROA, Ano 1º, 3º e 4º trimestres de 1941, Lisboa, p. 382: «Aquela concepção do testemunho como favor pessoal às partes e este sagrado horror pelas coisas da Justiça não elevam a disciplina cívica dum Povo. E há que acabar com eles. Sobretudo hoje que o novo Código de Processo Civil suscita, com desacostumada precisão, a colaboração de terceiros, estranhos ao processo, na realização dos fins da Justiça».

²¹⁷ Na aceção de LEBRE DE FREITAS, o que se espera de *terceiros* é uma *cooperação material*. No entanto, situações há em que seria igualmente configurável uma *cooperação formal* a cargo destes sujeitos, no sentido de remover possíveis obstáculos à realização da função processual. Por exemplo, no n.º 1 do art. 228º prevê-se o caso de a citação (de pessoa singular) por via postal ser recebida por *terceiro*. Deve este terceiro, nos termos da lei do processo e advertido para tanto, entrega-la ao citando *logo que possível*; não cumprindo esse *dever*, incorrerá em responsabilidade, em termos equiparados aos da litigância de má-fé. Algo de semelhante está previsto no regime da *citação com hora certa* (art. 232º), onde se lê, no n.º 4, «não sendo possível obter a colaboração de terceiros, a citação é feita mediante

instrução probatória. Assim, a colaboração que se espera destes *terceiros*, totalmente alheados da causa, será uma colaboração no âmbito *probatório* – daí a sua consagração no Título V do CPC («*Da instrução do processo*»).

4.2. Dever de colaboração

Dispõe o n.º 1 do art. 417º²¹⁸, fundamental para o nosso estudo: «*I- Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa*²¹⁹, *têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias*²²⁰, *facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados*²²¹». ²²²

afixação, no local mais adequado e na presença de duas testemunhas...». Também no art. 236º se nomeiam entidades obrigadas a colaborar com a Justiça (n.º 1 do art. 236º), devendo, designadamente, fornecer ao tribunal elementos sobre a residência, local de trabalho ou sede dos citandos (n.º 2 do art. 236º). Contudo, não iremos aprofundar este tópico.

²¹⁸ Corresponde, integralmente, ao art. 519º do CPC de 1939.

Afirmava ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil: Anotado*, Volume III, 4ª Edição, Reimp., Coimbra Editora, 1985, p. 319, que nenhum outro Código se pronunciara «em termos tão expressos e categóricos» em relação ao dever de colaborar para a descoberta da verdade. Este juízo mantém a sua atualidade. Se no seu tempo era certo que o nosso CPC fora *único*, ao dispor este dever de forma genérica e abrangente, não menos verdade é que esse regime foi mantido até aos dias de hoje, bem como se mantiveram os regimes menos expressivos dos nossos pares. O Professor citava os arts. 117º e 118º do CPC it., relativos, respetivamente, ao interrogatório informal das partes, e às inspeções, requeridas as partes e terceiros, sobre a sua própria pessoa ou sobre as suas coisas (cfr. REIS, Alberto dos, *ob. cit.*, p. 319). Também estas normas mantêm a sua atualidade (cfr. MANDRIOLI, Crisanto, *Corso di Diritto Processuale Civile – II – Il Processo di Cognizione*, 6ª Ed., 2007, Torino, p. 176-178; PISANI, Andrea Proto, *La nuova disciplina del processo civile*, Jovene Editore, Napoli, 1991, p. 156; CAPPELLETTI, Mauro, «Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiudiziche della struttura del processo» in RDP, Volume XXII (II Serie), 1967, Padova, p. 413; ANDRIOLI, Virgilio, «Dell’istruzione probatoria» in RDPC, Vol. XIX, Parte I, 1942 (XX-XXI), Padova, p. 174; LEONE, Carlo, «Istruzione della causa» in Enciclopedia del diritto, XXIII, p. 148). O art. 210º do CPC it. prevê a ordem de *exibição* de documento ou outras coisas, que o juiz do processo pode dirigir a *terceiros*, a *requerimento de uma das partes*, se considerar que a prova é *necessária* (cfr. CAVALLONE, Bruno, «Esibizione delle prove nel Diritto Processuale Civile» in Dig. Disc. Priv. Sez. Civile, VII, 1991, p. 665 e ss). Os arts. 244º e ss do CPC it. regem em matéria de prova testemunhal, consagrando-se um *dever de testemunhar* da parte dos terceiros (cfr. MANDRIOLI, Crisanto, *ob. cit.*, p. 172 e 173; PISANI, Andrea Proto, «Note in tema di diritto sostanziale e di diritto processuale all’esibizione» in RDP, Abril-Junho de 1996 (LI), n.º 2, p. 575).

²¹⁹ Ensina TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª edição, Lex, 1997, p. 64 e 321, que o dever de colaboração que se exige às partes, nos termos do n.º 1 do art. 417º, independe da repartição operada pelo ónus da prova, isto é, vincula mesmo a parte que não está onerada com a prova a colaborar na sua produção.

²²⁰ Submetendo-se à sua própria pessoa e às coisas em sua posse às inspeções necessárias (cfr. REIS, Alberto dos, *Código de Processo Civil: Anotado*, Volume III, 4ª Edição, Reimp., Coimbra Editora, 1985, p. 322; VARELA, Antunes/BEZERRA, J. Miguel/ NORA, Sampaio e, *Manual de Processo Civil – De acordo com o Dec.-Lei 242/85*, 2ª Edição, Reimp., Coimbra Editora, 2004, p. 478). Coloca-se o acento na sua *necessidade*. Não bastará, pois, que se repute como *útil* para vincular a parte ou o terceiro à sujeição de inspeções (cfr. REIS, Alberto dos, *ob. cit.*, p. 322; VARELA, Antunes/BEZERRA, J. Miguel/ NORA, Sampaio e, *ob. cit.*, p. 478).

4.3. Sanções à violação do dever de colaborar

A violação deste dever de colaboração comporta *sanções*, quer para as partes, quer para terceiros. Assim, nos termos do n.º 2 do art. 417º, «*aqueles que recusem a colaboração devida são condenados em multa*²²³, *sem prejuízo dos meios coercitivos*

No direito alemão, nos termos do §372a, I da ZPO, nos casos em que seja *necessária* a determinação da filiação, qualquer parte e também *terceiros* têm o dever de consentir a realização de exames, em especial os hematológicos, desde que com isso se obtenha um esclarecimento dos factos de acordo com reconhecidos princípios científicos e desde que não comporte perigo para a saúde do examinado (cfr. HABSCHEID, Walther J., «Giurisdizione civile e processo civile nella Repubblica Federale Tedesca», Parte I in RDP, Vol. XLII (II Serie), 1987, Padova, p. 665). No caso de ocorrer uma recusa sistemática e injustificada, pode a perícia ser realizada *coativamente* de forma imediata, quer na pessoa das partes, quer na de terceiros, nos termos do §372a, II da ZPO (cfr. JAUERNIG, Othmar, *Direito Processual Civil* (trad. F. Silveira Ramos), 2002, Almedina, p. 284; OLIVEIRA, Guilherme de, «A lei e o laboratório – Observações acerca das provas periciais da filiação» in Número Especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia, II*, 1989, Coimbra, p. 821; SILVA, Paula Costa e, «A realização coerciva de testes de ADN» in *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. I, Almedina, 2005, p. 176; BARBAS, Stela, «Investigação da filiação» in *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II, Almedina, 2008, p. 34 e 55-56).

²²¹ «Praticando os demais atos que forem determinados». Que atos podem ser estes? Um exemplo correntemente citado pela doutrina é o do art. 482º, relativo ao exame de reconhecimento de letra (*vide* FREITAS, Lebre de, *Introdução ao Processo Civil (Conceito e princípios gerais à luz do novo código)*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2013, p. 187, nota de rodapé; REIS, Alberto dos, *ob. cit.*, p. 323; ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *ob. cit.*, p. 218; VARELA, Antunes/BEZERRA, J. Miguel/NORA, Sampaio e, *ob. cit.*, p. 478). Citamos ainda o art. 416º, podendo ser o terceiro chamado a apresentar coisa móvel ou imóvel, e o art. 479º, segundo o qual poderá exigir-se do perito a *prestação de compromisso*.

²²² Na redação de ALBERTO DOS REIS, o CPC de 1939 prescrevia um «*dever de cooperação para averiguação da verdade*», no art. 524º: «Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua cooperação para a descoberta da verdade e a boa administração da justiça, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções que forem julgadas necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os actos que forem determinados...» (cfr. REIS, Alberto dos, *ob. cit.*, p. 319). Facilmente concluímos que o *conteúdo* do dever de colaboração no âmbito instrutório encontra-se praticamente inalterado até aos dias de hoje.

²²³ O art. 118º do CPC it. prevê a aplicação de *pena pecuniária* ao terceiro que se recuse a consentir as inspeções que se afigurem *indispensáveis* (cfr. MANDRIOLI, Crisanto, *ob. cit.*, p. 177; LIUZZI, Giuseppe Trisorio, «Ispezione nel processo civile» in Dig. Disc. Priv. Sez. Civile, X, 1993, p. 189 e 191; FINOCCHIARO, Alfio, «Ispezione (dir. proc. civ.)» in Enciclopedia del diritto, XXII, p. 951). Quanto à ordem de exibição de documentos ou coisas, para *terceiros* não se prevê *expressamente* uma sanção, para além da condenação em pena pecuniária, por aplicação analógica do disposto no art. 118º do CPC it. (cfr. COMOGLIO, Luigi Paolo, «Istruzione e trattazione nel processo civile» in Dig. Disc. Priv. Sez. Civile, X, 1993, p. 236). Sendo partes, tal recusa valerá como *argumento de prova* a valorar pelo juiz, pelo que, em ambos os casos, a sua atuação não é eficientemente garantida (cfr. MANDRIOLI, Crisanto, *ob. cit.*, p. 157; CAVALLONE, Bruno, *estudo cit.*, p. 666). No âmbito testemunhal, MANDRIOLI, *ob. cit.*, p. 173, faz ainda referência às sanções *penais* para a recusa ou falsidade de depoimento.

No direito alemão, por exemplo no âmbito da prova testemunhal, o terceiro que não compareça, regularmente citado, deve assumir os custos provocados pela sua ausência, ainda que as partes o não requeiram. Ao mesmo tempo será aplicada uma multa e, quando essa não puder ser aplicada, é punido com pena privativa da liberdade (§380, I da ZPO). Estas sanções não se aplicam se a falta de comparência for justificada, de forma oportuna e suficiente (§381, I). Semelhante regime sancionatório se aplica aos casos de falta de comparência de peritos ou da recusa em emitir parecer, nos termos do §409. Por tudo, *vide Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*, trad. de Juan Carlos Ortiz Pradillo e Álvaro J. Pérez Ragone, *loc. cit.*; JAUERNIG, Othmar, *ob. cit.*, p. 289 e 292.

que forem possíveis; se o recusante for parte, o tribunal aprecia livremente o valor da recusa para efeitos probatórios, sem prejuízo da inversão do ónus da prova²²⁴ decorrente do preceituado no n.º 2 do artigo 344º²²⁵ do Código Civil²²⁶. Sendo o

Entre nós, a multa aplicada nos termos do art. 417º não pode ser convertida em pena de prisão, como sucede não raras vezes no âmbito penal (cfr. BASTOS, Jacinto Rodrigues, *Notas ao Código de Processo Civil*, III, 3ª Ed., Lisboa, 2001, p. 81). Mais ainda, se o recusante entretanto decidir prestar a colaboração devida, ficará a multa sem efeito (cfr. VARELA, Antunes/BEZERRA, J. Miguel/ NORA, Sampaio e, *ob. cit.*, p. 481).

²²⁴ A inversão do ónus da prova dá-se, nos termos do n.º 2 do art. 344º, do CC, «quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado». Não podendo o juiz proferir decisão de *non liquet*, a inversão do *onus probandi* pode determinar que a decisão de mérito seja tomada contra a parte que inicialmente não se encontrava onerada com a demonstração do facto (cfr. SOUSA, Teixeira de, *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª edição, Lex, 1997, p. 64). No caso de a recusa não ter tornado impossível a prova à contraparte, o comportamento será, tão-somente, *livremente* valorado. Tem sido esta a posição assumida igualmente pela Jurisprudência. O TRP proferiu Ac., a 4-10-2007, relatado por Manuel Capelo, onde se lê: «A inversão do ónus da prova prevista no art. 519º, nº2, do CPC não opera de forma automática pela simples não prestação de colaboração (v. g. não facultando a informação que foi solicitada), antes se impondo que o comportamento não colaborante seja culposo e implique a impossibilidade da prova (não basta que a outra parte a tenha tornado mais difícil), correspondendo a um imperativo de singularidade (ou exclusividade), ou seja, tem de estar em causa um elemento probatório que por si só determine a procedência da acção. Se da recusa de colaboração da parte resultar a impossibilidade, inverte-se o ónus da prova; se não implicar tal impossibilidade, o tribunal apreciará livremente o valor probatório da recusa» (Disponível em www.dgsi.pt). Citamos ainda um belíssimo Ac. do mesmo Tribunal, proferido a 24-02-2015 e relatado por Anabela Dias da Silva. Entendeu o tribunal de recurso que, recusando-se o réu a colaborar com a justiça através da sujeição a exame hematológico para apuramento da paternidade relativamente à autora, deve proceder-se à inversão do ónus da prova, porque tornou impossível a prova dos factos à contraparte. Foi, ainda, condenado como litigante de má-fé por negar ter mantido relações sexuais com a mãe da menor, quando veio a ser provado que tinha mantido tais relações. Este entendimento pode ser encontrado em inúmeros acórdãos proferidos pelo STJ (*vide*, a título de exemplo, o Ac. proferido a 01-03-2007, relatado por Pinto Hespagnol, bem como o Ac. proferido a 12-05-2011, relatado por Granja da Fonseca – Disponíveis em www.dgsi.pt).

²²⁵ A expressão «sem prejuízo da inversão do ónus da prova decorrente do preceituado no n.º 2 do art. 344º do Código Civil» foi introduzida com a Reforma de 1995/1996. No entanto, mesmo antes da sua inclusão, deveria considerar-se aplicável, atendendo ao n.º 2 do art. 344º, do CC (cfr. ALEXANDRE, Isabel, «A fase da instrução no processo declarativo comum» in *Aspectos do Novo Processo Civil*, Lex, Lisboa, 1997, p. 296; REGO, Carlos Lopes do, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. I, 2ª Edição, 2004, Almedina, Coimbra, p. 455). Afirma ainda LOPES DO REGO, *ob. cit.*, p. 455, que a alusão à norma do CC deu-se apenas porque na prática judiciária não lhe era dado o devido relevo. LEBRE DE FREITAS *et al* consideram que a menção *expressa* à inversão do ónus da prova serviu para explicitar que a livre apreciação da prova não afasta aquela sanção, claramente mais drástica (cfr. FREITAS, Lebre de/MACHADO, A. Montalvão/PINTO, Rui, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 2º, 2ª Edição, Coimbra Editora, p. 439).

²²⁶ O art. 524º do CPC de 1939, na redação de ALBERTO DOS REIS, previa, por seu turno: «(...) Se se recusarem, serão condenados em multa, sendo terceiros, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis; se o recusante for parte, considerar-se-ão provados os factos que se pretendiam averiguar» (cfr. REIS, Alberto dos, *ob. cit.*, p. 319 e 324-327; CASTRO, Artur Anselmo de, *Processo Civil Declaratório*, Volume III, Almedina, Coimbra, p. 301). Quanto a *terceiros*, a sanção herdada desta norma mantém-se. Quando o recusante era parte, não lhe era aplicada multa, mas os factos *eram dados como provados*. Hoje, esta sanção foi afastada, incorrendo os litigantes em multa e noutras sanções de índole probatória, mais justas e equilibradas. Exemplifiquemos. Na redação do art. 524º, o réu e pretenso pai que não se sujeita a exames hematológicos vê os factos dados como provados; de tal modo que, à partida, a acção constitutiva obtém provimento, sendo o réu declarado pai. Não se colocava, pois, o problema da realização coativa de perícias, tão discutido nos dias de hoje. No regime actual, o réu será multado, esperando-se que tal cominação o incite a colaborar; persistindo a recusa, a sua conduta será livremente apreciada pelo tribunal, em conjunto com os restantes elementos probatórios recolhidos, podendo ainda verificar-se uma *inversão do ónus da prova* e condenação como *litigante de má-fé*.

recusante *parte* e a violação do dever de cooperação *grave*, pode dar lugar à sua condenação como *litigante de má-fé*, nos termos da alínea c) do n.º 2 do art. 542º.

4.4. Limites

Exceções há à aplicação indiscriminada destas sanções. A recusa será *legítima*, nos termos da lei, se a colaboração com a Justiça culminar numa violação da integridade física ou moral das pessoas, se importar intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações ou ainda se provocar uma violação do sigilo profissional²²⁷, de funcionários públicos, ou do segredo de Estado²²⁸.

4.4.1. Limites absolutos

Os limites respeitantes «à violação da integridade física ou moral das pessoas e à intromissão na vida privada ou familiar, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações» consideram-se *absolutos*²²⁹. Correspondem, na verdade, a direitos

²²⁷ No CPC it., o art. 118º prevê *limites* à imposição de prova por *inspeção*: não podem essas diligências provocar dano *grave* às partes ou a terceiros, bem como não se permite a violação dos deveres de sigilo profissional, de funcionários públicos ou de Estado, constantes dos arts. 200º e ss do atual CPP italiano (cfr. MANDRIOLI, Crisanto, *ob. cit.*, p. 177; CAVALLONE, Bruno, *estudo cit.*, p. 673; LIUZZI, Giuseppe Trisorio, *estudo cit.*, p. 189 e 191-192; FINOCCHIARO, Alfio, *estudo cit.*, p. 950-952; ANDRIOLI, Virgilio, «Dell'istruzione probatoria» in RDPC, Vol. XIX, Parte I, 1942 (XX-XXI), Padova, p. 174). Estes *limites* aplicam-se igualmente à ordem de *exibição* de documentos ou coisas, dirigida a *terceiros* (art. 210º do CPC it.), bem como se aplicam no âmbito da prova testemunhal, por remissão do art. 249º do CPC it. (cfr. CAVALLONE, Bruno, *estudo cit.*, p. 673; MANDRIOLI, Crisanto, *ob. cit.*, p. 157 e 174; TARUFFO, Michele, «Prova testimoniale (dir. proc. civ.)» in Enciclopedia del diritto, vol. XXXVII, 1988, p. 751; DONDI, Angelo, «Prova testimoniale nel processo civile» in Dig. Disc. Priv. Sez. Civile, XVI, p. 59).

²²⁸ *Ex vi* do n.º 3 do art. 417º. Na redação do art. 524º do CPC de 1939 dizia-se que «a recusa será legítima se a obediência importar violação do sigilo profissional, ou causar grave dano à honra e consideração da própria pessoa, de um seu ascendente, descendente, irmão ou cônjuge, ou grave prejuízo de natureza patrimonial a qualquer das pessoas referidas» (cfr. REIS, Alberto dos, *Código de Processo Civil: Anotado*, Volume III, 4ª Edição, Reimp., Coimbra Editora, 1985, p. 317). Na passagem para o regime do art. 519º do Código de 1939, deixamos de salvaguardar interesses de ordem patrimonial – o interesse da realização da justiça prevalece, sem mais – e, quanto aos sujeitos tutelados, passamos a fazer referência somente a «pessoas», alargando exponencialmente o leque de sujeitos protegidos por estes limites.

²²⁹ ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *ob. cit.*, p. 290; FREITAS, Lebre de, *Introdução ao Processo Civil (Conceito e princípios gerais à luz do novo código)*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2013, p. 187; Ac. do STJ de 11-01-2001 in Revista do MP, Ano 22, Janeiro-Março de 2001, n.º 85, p. 161. LOPES DO REGO, *ob. cit.*, p. 456, acrescenta que poderá ocorrer, na prática, uma *compressão* adequada destes direitos, no respeito pelos princípios da proporcionalidade e da proibição do excesso. Por exemplo, nas ações relativas ao exercício dos poderes parentais, poderá impor-se a recolha de elementos probatórios que demonstrem que um dos pais maltrata os filhos menores, devendo a custódia ser atribuída ao outro progenitor. Acrescentamos outro exemplo, que procuraremos desenvolver adiante. Há largos anos que tem sido desenvolvida a tese de que a sujeição a exames hematológicos importa violações à integridade

fundamentais com proteção constitucional²³⁰. Dispõe a CRP, no n.º 8 do art. 32º: «são *nulas* todas as provas obtidas mediante tortura, coação, *ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações*» (itálico nosso).

4.4.2. Limites relativos

Os deveres de *sigilo*²³¹ criam limites meramente *relativos*²³². O n.º 4 do art. 417º remete para o regime do CPP, na ausência de regime próprio no CPC²³³,

física e moral das pessoas. Esta posição revela-se oposta à nossa. Como afirma REMÉDIO MARQUES, *Acção Declarativa à luz do Código Revisto*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2011, p. 606, «a submissão a um exame ao ADN, por parte do pretense pai, em *acção de investigação da paternidade, não importa a violação da integridade física ou moral*, pois tais provas são as mais fidedignas para estabelecer a filiação jurídica». No mesmo sentido, REGO, Carlos Lopes do, «O ónus da prova nas acções de investigação da paternidade: prova directa e indirecta do vínculo de filiação» in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. I, Coimbra Editora, p. 786; SOUSA, Teixeira de, *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª edição, Lex, 1997, p. 322; NUNES, José António Barreto, «Acção de investigação de paternidade – Exames de sangue – Recusa de colaboração – Consequências da recusa – Inadmissibilidade de execução forçada do exame» in *Revista do MP*, Ano 22, Janeiro/Março de 2001, n.º 85, p. 167; STALTERI, Marcello, «Genética e processo: la prova del “dna fingerprint”. Problemi e tendenze» in *RTDPC*, Ano XLVII, n.º 1, 1993, p. 193. Notável, a este propósito, é o Ac. do TC n.º 616/98, de 21-10-1998, no qual se considerou que os exames de sangue, na terminologia da Decisão de 4/12/78 da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, não passam de meras «intervenções banais». (Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980616.html>).

²³⁰ Art. 25º da CRP: «1- A integridade moral e física das pessoas é *inviolável*» (itálico nosso).

Art. 26º da CRP: «1- A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação».

Art. 34º da CRP: «1- O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são *invioláveis*» (itálico nosso).

²³¹ Nas palavras do Professor COSTA ANDRADE: «Segredo significa (...): um facto (ou conjunto de factos) apenas conhecido de um círculo determinado (e, em princípio restrito) de pessoas e em relação ao qual aquele a cuja esfera pertence tem a vontade, assente num interesse razoável de que ele continue apenas conhecido daquele círculo ou (para além do círculo) de quem ele decidir» (citado em PEREIRA, André Gonçalo Dias, «Dever de confidencialidade do médico? E do advogado?» in *Separata da Revista Portuguesa de Dano Corporal*, n.º 15, 2005, p. 125). E acrescenta: «não há segredo sobre factos que a pessoa não quer manter sob reserva, já que a ordem jurídica não tem legitimidade para obrigar ninguém a ter segredos» (citado em FREITAS, Lebre de, *Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil*, Volume I, 2ª Edição, 2009, Coimbra Editora, p. 544).

²³² Perante um dever de sigilo, *deve* o obrigado deduzir escusa (cfr. SANTIAGO, Rodrigo, *Do crime de violação de segredo profissional no Código Penal de 1982*, Almedina, Coimbra, 1992, p. 254 e 255; BASTOS, Jacinto Rodrigues, *ob. cit.*, p. 135; REIS, Alberto dos, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. IV, Reimp., Coimbra Editora, 1981, p. 344 e 351). Produzindo elemento probatório sobre factos sujeitos a sigilo, a prova será considerada *ilícita* (cfr. SOUSA, Teixeira de, *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª edição, Lex, 1997, p. 57 e 58; MARQUES, J. P. Remédio, *ob. cit.*, p. 565). Violando o dever de segredo, pode o infrator incorrer nas sanções previstas no CP, designadamente nas do art. 195º: «Quem, *sem consentimento*, revelar segredo alheio de que tenha tomado conhecimento em razão do seu estado, ofício, emprego, profissão ou arte é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias» (itálico nosso). Porque se aplica o regime do art. 135º do CPP, por remissão do art. 136º do mesmo diploma, ao *segredo de funcionário*, mencionamos ainda as sanções previstas no art. 383º do CP: «1- O funcionário que, *sem estar devidamente autorizado*, revelar segredo de que tenha tomado conhecimento ou que lhe tenha sido confiado no exercício das suas funções, ou cujo conhecimento lhe tenha sido

designadamente para os seus arts. 135º-137º²³⁴. Como se processam os termos prescritos na lei processual penal, aplicáveis ao processo civil? Em primeiro lugar, perante a existência de dúvidas *fundadas* sobre a legitimidade da escusa, é ao *juiz da causa* perante o qual o incidente se suscitou que compete proceder às averiguações necessárias. Se considerar que a escusa é *ilegítima*, ordena a prestação da colaboração²³⁵. Se o sigilo invocado for legítimo, deve o juiz da causa²³⁶ submeter a

facilitado pelo cargo que exerce, *com intenção de obter, para si ou para outra pessoa, benefício, ou com a consciência de causar prejuízo ao interesse público ou a terceiros, é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa*» (itálico nosso). A aplicação desta norma implica um *plus* em comparação com o regime do art. 195º do CP: é necessária a existência de *dolo específico* (intenção de obter benefício ou de provocar prejuízo) – vide GONÇALVES, João Luís Rodrigues, «Segredo Profissional – Algumas considerações sobre segredo médico e segredo profissional de advogado» in Revista do MP, Ano 19, Outubro-Dezembro de 1998, n.º 76, p. 70. Alerta LUÍS GUILHERME CATARINO, «Segredo bancário e revelação jurisdicional» in Revista do MP, Ano 19, Abril-Junho de 1998, n.º 74, p. 79, para uma «dessintonia» que decorre de o legislador ter mantido o tipo de crime de violação de segredo específico para *funcionários*, sendo a sua punição *mais gravosa* que a cominada para os restantes cidadãos. No entanto, porque no art. 383º do CP se exige um *dolo específico*, pode a conduta do funcionário nem sequer ser criminalizada (cfr. CATARINO, Luís Guilherme, *estudo cit.*, p. 80). Acrescentamos que, provada a existência desse dolo no crime de *violação de segredo profissional*, levará a uma *agravação* da moldura penal aplicável ao crime, nos termos do art. 197º do CP.

²³³ Ausência de regime fortemente criticada por LOPES DO REGO, «Direito probatório: sua reformulação no processo civil» in Sub Judice, n.º 4, Setembro/Dezembro de 1992, p. 23, em tempos em que ainda não se operava a uma remissão expressa para as disposições normativas do CPP.

²³⁴ Nos termos do n.º 1 do art. 135º do CPP, encontram-se abrangidos pelo *segredo profissional* «os ministros de religião ou confissão religiosa e os advogados, médicos, jornalistas, membros de instituições de crédito e as demais pessoas a quem a lei permitir ou impuser que guardem segredo podem escusar-se a depor sobre os factos por ele abrangidos». O n.º 1 do art. 136º do mesmo diploma determina que «os funcionários não podem ser inquiridos sobre factos que constituam segredo e de que tiverem tido conhecimento no exercício das suas funções». Relativamente ao segredo de Estado, prescreve o n.º 1 do art. 137º do CPP que «as testemunhas não podem ser inquiridas sobre factos que constituam segredo de Estado». No n.º 2 da mesma norma, esclarece-se que «o segredo de Estado a que se refere o presente artigo abrange, nomeadamente, os factos cuja revelação, ainda que não constitua crime, possa causar dano à segurança, interna ou externa, do Estado Português ou à defesa da ordem constitucional». O regime do *segredo de Estado* encontrava-se regulado na Lei 6/94, de 7 de Abril, tendo sido essa lei revogada pela Lei Orgânica n.º 2/2014, de 8 de Janeiro (recentemente alterada pela Lei Orgânica n.º 1/2015, de 8 de Janeiro). A lei vigente trata o dever de sigilo no art. 10º. No n.º 2 do art. 11º, prescreve: «Se a autoridade judicial ou a comissão de inquérito parlamentar considerar injustificada a recusa em depor ou prestar declarações, nos termos do número anterior, comunica o facto à entidade detentora do segredo, *que justifica a manutenção ou não da recusa*» (itálico nosso). Assim, da leitura da norma, bem como da Lei em toda a sua extensão, podemos retirar que ultrapassar o segredo de Estado será uma difícil tarefa: mesmo após decisão de um órgão jurisdicional nesse sentido, dependerá sempre da *voluntas* da entidade detentora do segredo.

O direito alemão tutela o dever de *segredo* de funcionários públicos no §376 da ZPO (cfr. JAUERNIG, Othmar, *Direito Processual Civil* (trad. F. Silveira Ramos), 2002, Almedina, p. 286). Quanto aos deveres de sigilo *profissional*, encontram-se contidos no §383, I, n.º 4-6: assim, ao abrigo deste dever encontram-se os sacerdotes, pessoas que colaboram ou colaboraram profissionalmente com a pessoa protegida pelo dever de sigilo em imprensa ou rádio, e ainda os sujeitos a quem esta pessoa confiou, em virtude das suas funções, situação ou atividade comercial, factos vinculados ao dever de confidencialidade, cujo segredo se exige pela sua *natureza* ou por lei aplicável (cfr. JAUERNIG, Othmar, *ob. cit.*, p. 287).

²³⁵ Vide n.º 2 do art. 135º do CPP.

²³⁶ A lei obriga a recorrer ao tribunal *superior* por estarmos perante dois incidentes *distintos*: o primeiro, relativo à legitimidade da própria escusa, compete ao tribunal da causa; o segundo, que irá decidir sobre a manutenção ou afastamento do dever de sigilo, caberá ao tribunal superior (cfr. CAMPOS, Carlos da Silva, «O sigilo profissional do Advogado e seus limites» in ROA, Ano 48, n.º 2, 1988, p. 506).

questão à apreciação do tribunal *superior*²³⁷. Pode este decidir-se pela prestação de testemunho com quebra do segredo profissional sempre que esta se mostre justificada, segundo o *princípio da prevalência do interesse preponderante*, nomeadamente tendo em conta a imprescindibilidade da produção da concreta prova para a descoberta da verdade²³⁸. Estando em causa *sigilo profissional*, deve o tribunal superior decidir após a auscultação do organismo representativo da profissão em causa²³⁹ (n.º 4 do art. 135º do CPP). Por fim, decidindo-se pela dispensa do dever de sigilo, entende LOPES DO REGO que deve ser aplicado, *a fortiori*, o preceituado no n.º 2 do art. 418º²⁴⁰, bem como deverá restringir-se a regra da *publicidade* do processo e acesso aos autos (art. 164º) e ainda da própria audiência (n.º 1 do art. 606º), de modo a proteger a dignidade e

²³⁷ Não será necessário o recurso ao tribunal superior se o sujeito protegido pelo *sigilo* desonerar o obrigado. O consentimento pode ser concedido de forma *expressa*, se ouvido *ex ante*; ou de forma *tácita*, se o próprio indicar como testemunha o obrigado ao segredo. Neste sentido se pronuncia o STJ, em Ac. proferido a 15-04-2004, relatado por Quirino Soares: «O juiz deve impedir oficiosamente a violação do segredo profissional do advogado. Mas, já não o deverá fazer quando é a própria parte beneficiária, em concreto, do segredo, que o dispensa, indicando o advogado como testemunha ou não se opondo a que o mesmo deponha como testemunha da parte contrária». Fazemos uma ressalva: se o beneficiário do segredo consentir a revelação de factos sujeitos a sigilo, ficará sujeito às consequências que se extraírem do depoimento. Ou seja, se da prova produzida, após a prestação desse consentimento, se retirarem ilações relativamente a factos *desfavoráveis* ao beneficiário do dever de sigilo, não poderá este, *a posteriori*, impugnar a prova produzida, com fundamento na violação do segredo que ele mesmo consentiu em exteriorizar. Dispõe o art. 413º, que plasma o princípio da *aquisição processual*: «O tribunal deve tomar em consideração todas as provas produzidas, *tenham ou não emanado da parte que devia produzi-las*, sem prejuízo das disposições que declarem irrelevante a alegação de um facto, quando não seja feita por certo interessado» (itálico nosso). Na esteira de ROSENBERG, só interessa o que está provado, *não quem o provou* (cfr. ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *ob. cit.*, p. 200 e 385).

²³⁸ Vide n.º 3 do art. 135º do CPP. Citamos o Ac. do STJ, proferido a 12-04-2007 e relatado por Simas Santos, sobre sigilo bancário: «Quando é invocado o direito de escusa por um estabelecimento bancário, a autoridade judiciária: - aceita como legítima a escusa e aí o respondente deve silenciar sobre os factos sigilosos de que tiver conhecimento, sob pena de incorrer no crime de violação de segredo (art. 195.º do C. Penal); ou - entende que a escusa é ilegítima e então ordena, após as necessárias averiguações, que o respondente deponha sobre o que lhe é perguntado (art. 135.º, n.ºs 2 e 5), sob pena de cometer o crime de recusa de depoimento se o não fizer (art. 360.º, n.º 2, do C. Penal); ou - suscita ao tribunal competente que ordene a prestação de depoimento, se tiver que ser quebrado o segredo profissional (art. 135.º, n.ºs 2 e 5 do CPP). Neste último caso coloca-se a questão do rompimento do segredo, da exclusiva competência de um tribunal superior ou do plenário do STJ (se o incidente se tiver suscitado perante este tribunal), quando a autoridade judiciária, aceitando que a escusa de depor é legítima, pretende, contudo, que, dado o interesse da investigação, se quebre o segredo profissional obrigando-se o escusante a depor, dado prevalecer o dever de colaboração com a realização da justiça, com vista ao cumprimento do dever de punir» (Disponível em www.dgsi.pt).

²³⁹ O parecer do organismo representativo da profissão *não é vinculativo*, podendo o tribunal superior decidir em sentido contrário. Neste sentido se pronuncia, *por exemplo*, o TRL, no Ac. de 19-03-2013 relatado por Ana Resende (vide em www.dgsi.pt). *A contrario*, CARDOSO, Augusto Lopes, *Do segredo profissional na advocacia*, Celso, 1998, p. 70; COSTA, Orlando Guedes da, *Direito Profissional do Advogado – Noções Elementares*, 6ª Edição, Almedina, 2008, p. 375 e 376.

²⁴⁰ N.º 2 do art. 418º: «As informações obtidas nos termos do número anterior são *estritamente* utilizadas na medida *indispensável* à realização dos *fins que determinaram a sua requisição*, não podendo ser injustificadamente divulgadas nem constituir objeto de ficheiro de informações nominativas» (itálico nosso).

a reserva da intimidade da vida privada das pessoas, que podem sair beliscadas pela produção de prova no processo em audiência *pública*²⁴¹.

No n.º 3 do art. 135º do CPP fala-se simplesmente em «*depoimento*». Devemos pronunciar-nos de forma extensiva. A violação do sigilo profissional poderá revestir diversos modos. Assim, viola o sigilo profissional aquele que depõe, aquele que exhibe documentos, aquele que narra por escrito, factos sujeitos a segredo...²⁴²

4.4.2.1. Segredo profissional

4.4.2.1.1. Segredo bancário

O sigilo bancário está previsto, desde logo, no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (DL n.º 298/92, de 31 de Dezembro). Dispõe o art. 78º do diploma referido: «1- Os membros dos órgãos de administração ou fiscalização das instituições de crédito, os seus colaboradores, mandatários, comissários e outras pessoas que lhes prestem serviços a título permanente ou ocasional não podem revelar ou utilizar informações sobre factos ou elementos respeitantes à vida da instituição ou às relações desta com os seus clientes cujo conhecimento lhes advenha exclusivamente do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços. 2- Estão, designadamente, sujeitos a segredo os *nomes dos clientes, as contas de depósito e seus movimentos e outras operações bancárias*. 3- O dever de segredo não cessa com o termo das funções ou serviços» (itálico nosso). Na norma seguinte indicam-se as exceções ao cumprimento deste dever, principiando pela regra, aceite de forma generalizada, de que a *autorização* do beneficiário dispensa o obrigado ao segredo. No art. 80º trata-se a disciplina normativa do *dever de segredo do Banco de Portugal*²⁴³.

O dever de sigilo bancário tem sido um dos deveres de sigilo profissional que mais tem sofrido atenuações²⁴⁴. Neste sentido pronunciou-se o TRL, em Ac. de 20-11-

²⁴¹ REGO, Carlos Lopes, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. I, 2ª Edição, 2004, Coimbra, p. 458.

²⁴² Cfr. CARDOSO, Augusto Lopes, *ob. cit.*, p. 38; COSTA, Orlando Guedes da, *ob. cit.*, p. 344; SANTIAGO, Rodrigo, *ob. cit.*, p. 277-280.

²⁴³ Sobre o dever de sigilo do Banco de Portugal, *vide* RAMOS, Maria Célia, «O sigilo bancário em Portugal – Origens, evolução e fundamentos» in *Sigilo Bancário – Colóquio Luso-Brasileiro*, Edições Cosmo, Lisboa, 1997, p. 117-137.

²⁴⁴ Cfr. MARQUES, J. P. Remédio, *ob. cit.*, p. 211; SANTIAGO, Rodrigo, *ob. cit.*, p. 273.

2014, relatado por Eduardo Azevedo: «Como tem sido *uniformemente* decidido, atenta a forma como está regulado esse sigilo, havendo conflito entre o dever do sigilo bancário e o dever de cooperação para a realização da justiça, porque este interesse é mais relevante, há-de aquele ceder perante este.»²⁴⁵. O mesmo Tribunal veio a proferir sentença, a 09-07-2014, relatada por José Pimentel Marcos, onde entendeu que «quando se está perante elementos de prova indispensáveis à descoberta da verdade, o valor do segredo bancário, que tutela o interesse privado duma das partes, deve, em princípio, ceder perante o dever de cooperação na descoberta da verdade material, no âmbito da administração da justiça, mesmo no domínio da jurisdição civil»²⁴⁶.

Um dos acórdãos que assinalaram este fenómeno de *derrogação* do sigilo bancário foi, para CASTRO CALDAS, o Ac. proferido pelo TRE, de 11-10-1994, onde se decidiu que o interesse na boa administração da justiça é *manifestamente* superior ao da obtenção e manutenção de um clima de confiança na banca²⁴⁷. Ultrapassada ficou assim a doutrina do STJ, segundo a qual o legislador tinha como intenção sobrepor o dever de sigilo ao dever de cooperação com a Justiça. Para a mudança de paradigma contribuiu fortemente a nova redação dada ao art. 519º do CPC de 1939 – atual art. 417º – bem como a transplantação, para o âmbito cível, do mecanismo previsto no art. 135º do CPP²⁴⁸.

JOAQUIM MALAFAIA mostra-se avesso a estas alterações, defendendo que o segredo bancário é «elemento do direito fundamental à intimidade da vida privada das pessoas», constando do rol de «direitos, liberdades e garantias» protegidos pela CRP, que poderá *apenas* ceder no confronto com outro direito da mesma natureza, e se resultar de uma «compressão recíproca»²⁴⁹. Em sentido convergente, DIOGO LEITE DE CAMPOS afirma: «Conhecer a conta bancária é conhecer os traços fundamentais da vida privada de cada um; é ter o ponto de partida para conhecer o outro. Uma compra de

²⁴⁵ Disponível em www.dgsi.pt.

²⁴⁶ *Ibidem*. Veja-se ainda o Ac. do TRC, de 10-03-2009, relatado por Costa Fernandes, onde se lê: «Impõe-se a conclusão de que o “sigilo bancário” não constitui um valor absoluto, porquanto respeita a interesses privados, sem contender com a intimidade ou com a “esfera íntima pessoal do visado”, como sucede, por exemplo relativamente ao segredo religioso, estando prevista a sua “dispensa” ou “quebra”, quando estejam em causa valores de hierarquia superior, em consonância com o princípio da prevalência do interesse preponderante. Embora com grande prudência, o Tribunal Constitucional tem admitido poderem ser compagináveis com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos certas limitações ao “sigilo bancário”.» (Disponível em www.dgsi.pt).

²⁴⁷ Cfr. CALDAS, Júlio de Castro, «Sigilo bancário: problemas actuais» in *Sigilo Bancário – Colóquio Luso-Brasileiro*, Edições Cosmo, Lisboa, 1997, p. 40.

²⁴⁸ Cfr. CALDAS, Júlio de Castro, *estudo cit.*, p. 40 e 41; CATARINO, Luís Guilherme, *estudo cit.*, p. 86 e 87.

²⁴⁹ MALAFAIA, Joaquim, «O segredo bancário como limite à investigação criminal» in *ROA*, Ano 59, 1999, Lisboa, p. 413-424.

livros revelará as ideias religiosas e políticas... (...) Nesta ordem de ideias, não aceito que o sigilo bancário possa ser afastado pela autoridade judicial no caso de crimes contra o património ou crimes contra as pessoas de pouca gravidade. Só assim não será se estiverem em causa crimes contra as pessoas de muita gravidade, como o homicídio ou outros de gravidade equivalente»²⁵⁰.

4.4.2.1.2. Segredo do advogado

Sobre o segredo do *advogado*, escreveu-se: «O segredo profissional é reconhecido como o direito e o dever primeiro e fundamental do advogado»²⁵¹. Estabelece o art. 87º do Estatuto da OA: «1- O advogado é obrigado a guardar segredo profissional no que respeita a todos os factos cujo conhecimento lhe advenha do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços (...) 2- A obrigação do segredo profissional existe quer o serviço solicitado ou cometido ao advogado envolva ou não representação judicial ou extrajudicial, quer deva ou não ser remunerado, quer o advogado haja ou não chegado a aceitar e a desempenhar a representação ou serviço, o mesmo acontecendo para todos os advogados que, directa ou indirectamente, tenham qualquer intervenção no serviço». No n.º 4 da mesma norma é dito igualmente que «o advogado *pode* revelar factos abrangidos pelo segredo profissional, desde que tal seja *absolutamente necessário* para a defesa da dignidade, direitos e interesses legítimos do próprio *advogado ou do cliente ou seus representantes*, mediante *prévia autorização do presidente do Conselho Distrital respetivo*, com recurso para o Bastonário, nos termos previstos no respetivo regulamento» (itálico nosso). Ficará ainda dispensado do dever de sigilo se o seu cliente o desvincular²⁵².

²⁵⁰ Cfr. CAMPOS, Diogo Leite de, «O sigilo bancário» in *Sigilo Bancário – Colóquio Luso-Brasileiro*, Edições Cosmo, Lisboa, 1997, p. 16 e 17.

²⁵¹ Cfr. GONÇALVES, João Luís Rodrigues, «Segredo Profissional – Algumas considerações sobre segredo médico e segredo profissional de advogado» in *Revista do MP*, Ano 19, Outubro-Dezembro de 1998, n.º 76, p. 68 e 76; CARDOSO, Augusto Lopes, *Do segredo profissional na advocacia*, Celso, 1998, p. 16. E ainda: «O *sigilo profissional* é um dos aspectos mais fundamentais da deontologia profissional do Advogado. Ele é simultaneamente pressuposto e contrapartida da confiança do cliente. (...) Confiança e sigilo são as duas faces da mesma relação» (cfr. CAMPOS, Carlos da Silva, «O sigilo profissional do Advogado e seus limites» in *ROA*, Ano 48, n.º 2, 1988, p. 472).

²⁵² Cfr. CARDOSO, Augusto Lopes, *ob. cit.*, p. 60; FREITAS, Lebre de, *Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil*, Volume I, 2ª Edição, 2009, Coimbra Editora, p. 541 e 542. *A contrario*, CARLOS, Jorge Adriano, «A responsabilidade do advogado por violação do segredo profissional» in *ROA*, Ano 58, 1998, Lisboa, p. 1048, exigindo, *cumulativamente*, uma prévia autorização da OA.

4.4.2.1.3. Segredo médico

A consagração de um segredo *médico* apresenta uma importância fulcral para a prática da Medicina. A *confiança* que se deve estabelecer entre médico e doente deve ser, por todos os meios, garantida²⁵³. O Estatuto da Ordem dos Médicos (aprovado pelo DL n.º 282/77, de 5 de Julho, com as alterações introduzidas pelos DL n.º 326/87, de 1 de Setembro e n.º 217/94, de 20 de Agosto) prevê expressamente o dever de *sigilo médico*, na alínea c) do art. 13º. O Código Deontológico da Ordem dos Médicos dedica todo o Capítulo XI ao *segredo médico* (arts. 85º-93º). Salientamos o art. 88º, onde se enumeram casos de *exclusão* do segredo médico²⁵⁴ (v.g. prestação do *consentimento* do doente ou do seu representante legal, exceto se com a revelação de segredo se provocar danos a terceiros; tutela de direitos fundamentais do doente ou do médico, com prévia autorização do Presidente da OM).

Muito se tem investigado em matéria de segredo médico, dando-se especial ênfase ao *princípio da não discriminação* e relacionando-se esses estudos com os *Direitos Humanos*²⁵⁵. No entanto, nesses estudos encontra-se, igualmente, o *reverso da medalha*: em determinadas situações, *deve* o médico quebrar o sigilo médico, *por sua própria iniciativa*. Os casos mais frequentes dizem respeito a patologias infectocontagiosas, nomeadamente quando o doente não pretenda comunicar esse facto às pessoas com as quais se relaciona, ou quando haja risco de propagação da doença por toda a comunidade. Perante a omissão do dever de revelar o segredo, será o médico responsabilizado *criminalmente*²⁵⁶.

Por último, citamos as críticas palavras de LUÍS DE SENA ESTEVES: «O segredo médico é, hoje, não propriamente uma coisa que se diz, mas antes uma coisa que se segreda. E os médicos que se sentem como deuses (...) parecem só se recordar

²⁵³ PEREIRA, André Dias/BARBOSA, Carla, «Confidencialidade da informação de saúde no direito português» in *Lex Medicinæ*, Ano 8, n.º 16, 2011, Coimbra Editora, p. 56.

²⁵⁴ O próprio *Juramento de Hipócrates* admitia exceções à natureza absoluta do segredo médico (cfr. GONÇALVES, João Luís Rodrigues, *estudo cit.*, p. 69).

²⁵⁵ Vide RUEFF, Maria do Céu, *O segredo médico como garantia de não-discriminação – Estudo de caso: HIV/SIDA*, Coimbra Editora, p. 180 e ss; ANDRADE, Manuel da Costa, *Direito Penal Médico – SIDA: Testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, Coimbra Editora, 2004, p. 163 e ss.

²⁵⁶ ANDRADE, Manuel da Costa, *ob. cit.*, p. 164.

da legislação que os obriga a calar, quando a mesma legislação os obriga a falar. Surgem então as recusas de depôr à polícia, aos tribunais...»²⁵⁷.

4.4.2.1.4. Segredo do jornalista

O n.º 1 do art. 135º do CPP refere o segredo profissional do *jornalista*. Como nota ZENHA MARTINS, trata-se de um dever de sigilo distinto dos demais: o jornalista tem como função principal divulgar as informações que obtém; o que se impõe é que proteja as suas fontes. Sem essa garantia, acabaria anulado o «direito a informar e a ser informado»²⁵⁸.

O segredo jornalístico funda-se, desde logo, no n.º 2 do art. 38º da CRP: «... A liberdade de imprensa implica: (...) b) O direito dos jornalistas, nos termos da lei, ao acesso às fontes de informação e à *protecção da independência e do sigilo profissionais*, bem como o direito de elegerem conselhos de redacção» (itálico nosso). No mesmo sentido se pronunciam a Lei de Imprensa (Lei n.º 2/99, de 13 de Janeiro), na alínea c) do art. 22º, e o Estatuto do Jornalista (Lei n.º 1/99, de 1 de Janeiro) na alínea c) do art. 6º²⁵⁹. Determina ainda o §6 do Código Deontológico do Jornalista que «o jornalista não deve revelar, mesmo em juízo, as suas fontes confidenciais de informação, nem desrespeitar os compromissos assumidos, exceto se o tentarem usar para canalizar informações falsas»²⁶⁰.

O STJ não deixou de se pronunciar sobre o tema, em Ac. datado de 09-02-2011, relatado por Santos Cabral: «O segredo profissional define-se como a proibição de revelar factos ou acontecimentos de que se teve conhecimento ou que foram confiados em razão e no exercício de uma atividade profissional. (...) Qualquer ponderação que incida sobre a posição do jornalista e das suas fontes tem como génese, e eixo fundamental, a norma do art. 38.º da CRP, garante de uma imprensa livre num Estado

²⁵⁷ ESTEVES, Luís de Sena, «Segredo profissional – Notas a um conceito humanista de uma Medicina sem homem» in *Separata de Acção Médica*, Ano XXXIV, Janeiro-Março de 1970, n.º 1, p. 4 e 5. Nas páginas seguintes, o autor critica a classe médica (entende que esta se «desumanizou») e defende que o segredo médico é uma mera «abstracção formal», que na prática nem sequer é respeitada (ESTEVES, Luís de Sena, *estudo cit.*, p. 5-8).

²⁵⁸ Cfr. MARTINS, João Zenha, «O segredo jornalístico, a protecção das fontes de informação e o incidente processual penal de quebra de escusa de depoimento» in *Revista do MP*, Ano 27, Abril-Junho de 2006, n.º 106, p. 99-102.

²⁵⁹ Cfr. FREITAS, Helena de Sousa, *Sigilo profissional em risco – Análise dos casos de Manso Preto e de outros jornalistas no banco dos réus*, Edições Minerva Coimbra, 2006, p. 27-29.

²⁶⁰ MARTINS, João Zenha, *estudo cit.*, p. 100 e 101.

de Direito. No âmbito da liberdade de imprensa inscrevem-se, entre outros, o direito de acesso às fontes de informação e à proteção do sigilo profissional. O direito ao sigilo das fontes jornalísticas pode definir-se como faculdade do jornalista não identificar os seus informadores, quando se comprometa a respeitar a sua confidencialidade, e a não dar acesso aos suportes de informação conducentes à sua revelação. (...) O sigilo profissional do jornalista é uma garantia institucional. *Não é um privilégio do jornalista*, pois o que está verdadeiramente no cerne é a liberdade de imprensa, em sentido amplo. (...) A protecção da fonte, mediante o direito do jornalista ao sigilo, justifica-se pelo interesse público da liberdade de informar, elemento considerado essencial numa sociedade democrática»²⁶¹ (itálico nosso).

4.4.2.1.5. Segredo religioso

O *direito canónico* coloca diversos entraves ao afastamento do *segredo religioso*. O Código de Direito Canónico regula a questão, fundamentalmente, nos cânones 983 e 984. Cânone 983: «§1. O sigilo sacramental é *inviolável*; pelo que o confessor não pode denunciar o penitente nem por palavras nem por qualquer outro modo nem por causa alguma. §2. Estão também obrigados a guardar segredo o intérprete, se o houver, e todos os outros a quem tiver chegado, por qualquer modo, o conhecimento dos pecados manifestados em confissão» (itálico nosso). Cânone 984: «§1. É *absolutamente proibido* ao confessor o uso, com gravame do penitente, dos conhecimentos adquiridos na confissão, ainda que sem perigo de revelação. §2. Quem for constituído em autoridade, de modo nenhum pode servir-se, para o governo externo, do conhecimento adquirido em qualquer ocasião dos pecados ouvidos em confissão». Também a Concordata de 18 de Maio de 2004, celebrada entre a Santa Sé e o Estado Português, veio regular a questão. O art. 5º prescreve que «os eclesiásticos não podem ser perguntados pelos magistrados ou outras autoridades sobre factos e coisas de que tenham tido conhecimento por motivo do seu ministério», à semelhança do disposto no

²⁶¹ Disponível em www.dgsi.pt.

n.º 2 do art. 16º da Lei de Liberdade Religiosa (Lei n.º 16/2001, de 22 de Junho). A par do *segredo de Estado*, o segredo religioso será o mais difícil de afastar²⁶².

4.4.2.1.6. Outros segredos

Controverso, a nosso ver, é o entendimento adotado pelo TRC, no Ac. de 05-12-2007, relatado por Orlando Gonçalves²⁶³. Entendeu o Tribunal que os psicólogos não estão obrigados a um *dever de sigilo*. Não sufragamos este entendimento. O argumento avançado pelo TRC, de que «o dito “Meta-Código Europeu de Ética da Federação Europeia de Associações de Psicólogos” não é uma lei da República para efeitos do disposto no art. 135.º, n.º 1 do C.P.P.», para nós, não procede²⁶⁴. Hoje, com a aprovação do Estatuto da Ordem dos Psicólogos (Lei n.º 57/2008, de 4 de Setembro), a existência de um dever de sigilo para a classe dos psicólogos torna-se clara²⁶⁵, passando estes a estar incluídos na previsão do n.º 1 do art. 135º do CPP, que entendemos ser *não taxativa*²⁶⁶.

Problemas deste teor surgem porque a lei penal exige uma *prévia* consagração do dever de sigilo na *lei ordinária*. Mais acertado seria seguir a orientação alemã e incluir os casos de dever de sigilo *que se impõem pela sua natureza* (§383, I, n.º 6 da ZPO). O próprio §203º, I do Código Penal alemão procede a uma enumeração bastante alargada dos sujeitos obrigados ao sigilo, e bem assim: médicos, dentistas, veterinários, farmacêuticos, psicólogos, advogados, agentes de patentes, notários, revisores de contas, consultores fiscais, consultores matrimoniais, da família, da educação, de menores, assistentes sociais, etc.²⁶⁷. Afirmou HÜNERFELD: «ao contrário da

²⁶² Cfr. SANTIAGO, Rodrigo, *ob. cit.*, p. 267 e 273; RODRIGUES, Fernando Pereira, *Os Meios de Prova em Processo Civil*, Almedina, 2015, p. 186; JAUERNIG, Othmar, *Direito Processual Civil* (trad. F. Silveira Ramos), 2002, Almedina, p. 287.

²⁶³ Disponível em www.dgsi.pt.

²⁶⁴ Se é certo que um psicólogo não é um médico, mais certo ainda é que provavelmente o psicólogo terá, não raras vezes, conhecimentos mais vastos da vida privada do seu cliente que o médico tem dos seus pacientes. Estabelece-se uma relação de confiança e de partilha de informações íntimas entre psicólogo e cliente, pelo que entendemos que o depoimento daquele poderá revelar-se atentatório dos direitos fundamentais deste.

²⁶⁵ O art. 79º da Ordem dos Psicólogos impõe a sujeição ao dever de segredo profissional. E, como ensina JACINTO BASTOS, *Notas ao Código de Processo Civil*, III, 3ª Ed., Lisboa, 2001, p. 82, o *sigilo profissional* é aquele que como tal for reconhecido e declarado nos respetivos *diplomas orgânicos*.

²⁶⁶ Lê-se no n.º 1 do art. 135º do CPP: «e as *demais pessoas* a quem a lei permitir ou impuser que guardem segredo podem escusar-se a depor sobre os factos por ele abrangidos».

²⁶⁷ Cfr. RUEFF, Maria do Céu, *ob. cit.*, p. 375 e 376; SANTIAGO, Rodrigo, *ob. cit.*, p. 83.

prescrição portuguesa, há no dispositivo alemão uma extensa e detalhada indicação daqueles que ficam obrigados a segredo»²⁶⁸.²⁶⁹

Para que possamos avançar para o próximo capítulo, iremos agora explicitar em que condutas probatórias se poderá, em abstrato, materializar a cooperação exigida a *terceiros*. A terceiros pode ser requerida colaboração na produção de prova testemunhal²⁷⁰ (art. 392º do CC), de prova pericial²⁷¹ (art. 388º do CC), de prova por inspeção (art. 390º do CC) e de prova documental²⁷² (art. 362º do CC). Podendo a *confissão* revestir natureza extrajudicial (n.º 1 e 4 do art. 355º, do CC), questionaremos também uma possível colaboração de terceiros neste âmbito.

²⁶⁸ Citado em RUEFF, Maria do Céu, *ob. cit.*, p. 377.

²⁶⁹ Por último, um breve apontamento relativo à figura dos *enfermeiros*. Estabelece o Código Deontológico, no seu art. 85º, que se encontra «o enfermeiro obrigado a guardar segredo profissional sobre o que toma conhecimento no exercício da sua profissão». Faz todo o sentido impor o segredo profissional a estes sujeitos, pela vastidão de conhecimentos que adquirem, sobre os seus pacientes, no exercício das suas funções, e enquanto *colaboradores* dos médicos (cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias, «Dever de confidencialidade do médico? E do advogado?» *in* Separata da Revista Portuguesa de Dano Corporal, n.º 15, 2005, p. 125).

²⁷⁰ Têm o dever de «responder ao que lhes for perguntado».

²⁷¹ Devem, igualmente, submeter-se às inspeções necessárias, onde incluimos a prova pericial e, logicamente, a prova por inspeção.

²⁷² «Facultando o que for requisitado».

§5 - Colaboração de terceiros no âmbito probatório

SUMÁRIO: 5. Colaboração de terceiros no âmbito probatório. 5.1. Prova testemunhal. 5.1.1. Regime jurídico. 5.1.2. Apreciação crítica. 5.2. Prova pericial. 5.2.1. Regime jurídico. 5.2.2. Apreciação crítica. 5.3. Prova por inspeção. 5.3.1. Regime jurídico. 5.4. Prova documental. 5.4.1. Regime jurídico. 5.4.2. Apreciação crítica. 5.5. Prova por confissão extrajudicial. 5.5.1. Regime jurídico.

5.1. Prova testemunhal

5.1.1. Regime jurídico

Nos termos impostos pelo n.º 1 do art. 417º, *todas as pessoas devem responder ao que lhes for perguntado*²⁷³. Terceiros estão, assim, obrigados a prestar depoimento²⁷⁴ em sede de *prova testemunhal* (arts. 495º e ss). Da produção deste meio de prova excluímos as *partes*²⁷⁵ e ainda os seus *representantes legais*²⁷⁶ (*nemo testis in causa propria*)²⁷⁷.

²⁷³ Também no direito alemão se prevê uma *obrigação geral de testemunhar*, que se quebra apenas excepcionalmente (cfr. JAUERNIG, Othmar, *Direito Processual Civil* (trad. F. Silveira Ramos), 2002, Almedina, p. 286; COMOGLIO, Luigi Paolo, *Le Prove Civili*, UTET Giuridica, 2010, p. 576). A testemunha *não é substituível*, porque irá relatar o conhecimento de factos que não pode ser obtido por outros (cfr. JAUERNIG, Othmar, *ob. cit.*, p. 290; BANACLOCHE PALAO, Julio, «La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil» in Icade, n.º 50, 2000, p. 102; SOUSA, Luís Filipe Pires de, *Prova Testemunhal*, Almedina, 2013, p. 174). No direito italiano o *dever de testemunhar* é entendido como uma particular expressão dos deveres gerais de *cooperação* e de *solidariedade social*, para um melhor funcionamento da Justiça (cfr. COMOGLIO, Luigi Paolo, *ob. cit.*, p. 576; PISANI, Andrea Proto, «Note in tema di diritto sostanziale e di diritto processuale all'esibizione» in RDP, Abril-Junho de 1996 (LI), n.º 2, p. 575).

²⁷⁴ GIOVANNI VERDE, «Prova (dir. proc. civ.)» in Enciclopedia del Diritto, XXXVII, p. 607, questionava se se poderia utilizar a carta de um *terceiro*, como prestação de testemunho. Entendemos que não. No nosso regime, poderá admitir-se o depoimento por *escrito* (art. 518º), nos casos de *impossibilidade* ou *grave dificuldade de comparência no tribunal*. Porém, são situações totalmente distintas: a carta, à partida, seria um escrito anterior ao processo; o depoimento por escrito dá-se no decurso do processo, em sede de produção de prova, e perante condições excepcionais (cfr. art. 500º). A prova por escrito será ainda admitida nos consulados portugueses que não disponham de meios técnicos para inquirição por teleconferência (alínea b) do art. 500º) e nos casos de inquirição por acordo das partes, reduzida a escrito (alínea e) do art. 500º e 517º). O depoimento quer-se *oral* e apenas se admite o contrário quando a oralidade não possa ser garantida.

²⁷⁵ Art. 496º: «Estão impedidos de depor como testemunhas os que na causa possam depor como partes». Para estes sujeitos, prevê a lei processual a «prestação de depoimento, informações ou esclarecimentos» através do instituto do depoimento de parte (arts. 452º e ss). A *parte* poderá prestar depoimento se dispuser de *capacidade judiciária*, ex vi n.º 1 do art. 453º.

²⁷⁶ A menção aos representantes legais é efetivada no n.º 2 do art. 453º.

²⁷⁷ TARUFFO, Michele, «Prova testimoniale (dir. proc. civ.)» in Enciclopedia del diritto, vol. XXXVII, 1988, p. 729; ANDRIOLI, Virgilio, «Prova (Diritto Processuale Civile)» in Nov. Dig. It., XIV, p. 272.

Prescreve o n.º 1 do art. 495º: «Têm capacidade para depor como testemunhas todos aqueles que, *não estando interditos por anomalia psíquica*, tiverem aptidão física²⁷⁸ e mental para depor sobre os factos que constituam objeto da prova»²⁷⁹.

A doutrina faz igualmente referência à «*testemunha perito*» (*sachverständige Zeuge*)²⁸⁰, inspirando-se na «*expert witness*» dos ordenamentos de *common law*²⁸¹. Esta figura encontra-se «a meio caminho» entre a figura da testemunha e do perito²⁸². No entanto, este testemunho é admitido para versar sobre *factos* e não já para proferir *juízos*²⁸³. Um exemplo de *testemunha perita* é o de um médico que, assistindo a um acidente de viação, exerce o seu *dever de auxílio* e socorre as vítimas; tendo ocorrido a morte de uma delas, pode o médico ser chamado a depor em ação de responsabilidade

²⁷⁸ Ensinava ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. IV, Reimp., Coimbra Editora, 1981, p. 343 e 346, que os cegos e surdos-mudos só estarão inibidos de depor sobre coisas cujo conhecimento dependa do sentido que lhes falta. Pode o surdo relatar o que viu, bem como o cego poderá testemunhar sobre o que ouviu, pese embora o não tenha visto.

²⁷⁹ Os *incapazes de direito* (menores, interditos por surdez-mudez ou cegueira e inabilitados) podem prestar testemunho, a não ser que o juiz os considere *naturalmente* incapazes para tanto (n.º 2 do art. 495º). Este juízo também se aplica àqueles que, tendo capacidade judiciária, são arrolados como testemunhas no processo. Ambos os casos podem culminar numa inadmissibilidade dos depoimentos. Se o juiz não utilizar esta prerrogativa, tais circunstâncias concedem à contraparte fundamentos para deduzir o incidente de impugnação (arts. 514º e 515º) ou ainda para contraditá-las, nos termos dos arts. 521º e 522º (cfr. FREITAS, Lebre de, *A Ação Declarativa Comum (À luz do Código de Processo Civil de 2013)*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2013, p. 279 e 280, nota de rodapé).

²⁸⁰ VARELA, Antunes/BEZERRA, J. Miguel/ NORA, Sampaio e, *Manual de Processo Civil – De acordo com o Dec.-Lei 242/85*, 2ª Edição, Reimp., Coimbra Editora, 2004, p. 582.

²⁸¹ FERRARIS, Federico, «La testimonianza tecnica» in RDP, Setembro-Outubro de 2012 (LXVII), II Serie, n.º 5, p. 1241; DENTI, Vittorio, «Testimonianza tecnica» in RDP, Volume XVII, 1962, Padova, p. 9; COMOGLIO, Luigi Paolo, *Le Prove Civili*, UTET Giuridica, 2010, p. 580.

²⁸² FERRARIS, Federico, *estudo cit.*, p. 1232 e 1234. MANUEL DE ANDRADE, *ob. cit.*, p. 274, distingue a testemunha do perito: a primeira refere as suas perceções (*quae percipiuntur per sensum corporis*) sobre factos passados; o segundo refere as suas perceções (*peritus percipiendi*) e principalmente as suas apreciações (*peritus deducendi*) sobre factos presentes. No mesmo sentido, DENTI, Vittorio, *estudo cit.*, p. 9; COMOGLIO, Luigi Paolo, «L'utilizzazione processuale del sapere extragiuridico nella prospettiva comparatística» in RDP, Outubro-Dezembro de 2005 (LX), II Serie, n.º 4, p. 1149; DONDI, Angelo, «Prova testimoniale nel processo civile» in Dig. Disc. Priv. Sez. Civile, XVI, p. 45. GUASP prefere a distinção segundo a qual a testemunha transmite conhecimentos *casualmente* adquiridos, enquanto o perito transmite conhecimentos *propositadamente* adquiridos (cfr. GUASP, Jaime/ARAGONESES, Pedro, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, 7ª Ed., 2004, p. 414).

²⁸³ FERRARIS, Federico, *estudo cit.*, p. 1233 e 1240; VARELA, Antunes/BEZERRA, J. Miguel/ NORA, Sampaio e, *ob. cit.*, p. 582. Segue-se, portanto, o regime da prova testemunhal (cfr. TARUFFO, Michele, «Prova testimoniale (dir. proc. civ.)» in Enciclopedia del diritto, vol. XXXVII, 1988, p. 730). A diferença, para DENTI, entre o testemunho «comum» e o testemunho «técnico» estará na linguagem, que se apresentará nos moldes do discurso técnico-científico (cfr. DENTI, Vittorio, *estudo cit.*, p. 16). OTHMAR JAUERNIG, *ob. cit.*, p. 291, entende que a distinção estará na própria *perceção*, ou seja, a observação de factos passados foi possível porque a testemunha dispunha de conhecimentos profissionais especiais. Será, por isso, uma *testemunha perita*, nos termos do §414 da ZPO alemã. Assim, a ZPO alemã prescreve, na citada norma: «As disposições sobre prova testemunhal são aplicáveis aos casos em que seja necessário provar factos ou estados para cuja perceção é exigível determinada especialidade e em que seja necessário que declarem as pessoas com essa preparação» (*vide Código Procesal Civil Alemão (ZPO)*, trad. de Juan Carlos Ortiz Pradillo e Álvaro J. Pérez Ragone, *loc. cit.*; DENTI, Vittorio, *estudo cit.*, p. 9).

civil extracontratual, nomeadamente para provar o nexo de causalidade entre o acidente ocorrido e a morte verificada.

Para além dos limites resultantes do n.º 3 do art. 417º, impõem-se, na prova *testemunhal*, os limites constantes do n.º 1 do art. 497º. Assim, *podem recusar-se a depor*: os ascendentes nas causas dos descendentes e os adotantes nas dos adotados, e vice-versa²⁸⁴; o sogro ou a sogra nas causas do genro ou da nora, e vice-versa; qualquer dos cônjuges, ou ex-cônjuges, nas causas em que seja parte o outro cônjuge ou ex-cônjuge; quem conviver, ou tiver convivido, em união de facto em condições análogas às dos cônjuges²⁸⁵ com alguma das partes na causa²⁸⁶.

Quanto aos factos sobre os quais deve incidir a prova testemunhal, deve dizer-se, de modo genérico, que tem por objeto os *factos necessitados de prova* (na terminologia da lei); tendo havido lugar à enunciação dos *temas de prova*, a prova testemunhal

²⁸⁴ Somente o parentesco na linha *reta*, não já na *colateral*. Assim, irmãos, tios, sobrinhos, primos, não podem *legitimamente* recusar o depoimento em causas cíveis.

²⁸⁵ A aplicação deste regime à *união de facto* obteve consagração pela Reforma de 1995/1996 (cfr. FREITAS, Lebre de, *ob. cit.*, p. 284, nota de rodapé).

²⁸⁶ É dever do julgador o de advertir estes sujeitos da *faculdade* que lhes assiste de recusar o depoimento (n.º 2 do art. 497º). Se o terceiro persistir e prestar depoimento, poderá servir de fundamento ao incidente de impugnação ou ao instituto da *contradita*. O sistema italiano prevê limitações ao dever de testemunhar, por remissão do art. 249º do CPC para os arts. 200º e ss do CP italiano. Nos termos do art. 252º do CPC it., deve o juiz questionar a testemunha sobre possíveis relações de parentesco, afinidade ou dependência com uma das partes (cfr. TARUFFO, Michele, *estudo cit.*, p. 752; MANDRIOLI, Crisanto, *Corso di Diritto Processuale Civile – II – Il Processo di Cognizione*, 6ª Ed., 2007, Torino, p. 175; FORNACIARI, Michele, «Questioni controverse in tema di prova testimoniale» in RDP, Setembro-Outubro de 2010 (LXV), II Serie, n.º 5, p. 1105 e 1106; DONDI, Angelo, «Prova testimoniale nel processo civile» in Dig. Disc. Priv. Sez. Civile, XVI, p. 59). Continua ainda uma *limitação* para terceiros tidos como *interessados no processo*, *ex vi* art. 246º do CPC it., entretanto revogada (cfr. COMOGLIO, Luigi Paolo, «Incapacità e divieti di testimonianza nella prospettiva costituzionale» in RDP, Vol. XXXI (II Serie), 1976, Padova, p. 47; DONDI, Angelo, *estudo cit.*, p. 48; TARUFFO, Michele, *ob. cit.*, p. 730 e 737). Havia uma norma que limitava o testemunho a maiores de 14 anos (art. 247º do CPC it.), tendo sido igualmente revogada (cfr. COMOGLIO, Luigi Paolo, *estudo cit.*, p. 59 e 60). Admitindo-se testemunho para menores de 14 anos, devem estes ser subtraídos à obrigação de prestar juramento (cfr. COMOGLIO, Luigi Paolo, *estudo cit.*, p. 61; MANDRIOLI, Crisanto, *ob. cit.*, p. 174).

No direito alemão, para além dos limites referidos *supra*, acrescentam-se os constantes dos §§383 e ss da ZPO. Assim, *podem* recusar testemunho: o noivo; o cônjuge, mesmo que a união conjugal já não exista; os unidos de facto, mesmo que a união já não subsista e os que sejam ou tenham sido parentes na linha reta ou por afinidade e na linha colateral até ao terceiro grau de parentesco consanguíneo ou até ao segundo grau de parentesco por afinidade (§383, I, n.º 1-3). O §384 tutela interesses de ordem patrimonial (n.º 1), previne o perigo de afetação da reputação do depoente por um delito ou contraordenação (n.º 2) e protege o segredo industrial ou artístico (n.º 3). Neste sistema não se consagram limites relativos à idade da *testemunha*, contudo, para menores de 16 anos, e nos casos de dificuldade de entendimento ou maturidade para perceber o significado do juramento, admite-se o depoimento não ajuramentado (§393). Por tudo, *vide* HABSCHEID, Walther J., «Giurisdizione civile e processo civile nella Repubblica Federale Tedesca», Parte I in RDP, Vol. XLII (II Serie), 1987, Padova, p. 666; JAUERNIG, Othmar, *ob. cit.*, p. 286 e 288; *Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*, trad. de Juan Carlos Ortiz Pradillo e Álvaro J. Pérez Ragone, *loc. cit.* Entre nós, havendo necessidade de inquirir menores de 16 anos, devem estes sentir a importância moral de se ser fiel à verdade, mas não devem ser advertidos das sanções aplicáveis às falsas declarações, já que não são criminalmente responsáveis (cfr. RODRIGUES, Fernando Pereira, *Os Meios de Prova em Processo Civil*, Almedina, 2015, p. 182).

deverá circunscrever-se a esses limites²⁸⁷. Acrescenta ainda o art. 392º do CC: «a prova por testemunhas é admitida em todos os casos em que não seja directa ou indirectamente afastada». Assim, a prova testemunhal não pode ter por objeto *declarações negociais* que, por disposição da *lei* ou *estipulação das partes*, tiverem sido reduzidas a escrito, ou ainda quando necessitarem de ser provadas por escrito (n.º 1 do art. 393º, do CC)²⁸⁸ – «*lettres passent témoins*»²⁸⁹. Também não será admitida prova testemunhal, quando o facto estiver plenamente provado por documento ou por outro meio com força probatória plena (n.º 2 do art. 393º, do CC). Prescreve ainda o n.º 3 da norma citada: «as regras dos números anteriores não são aplicáveis à simples interpretação do contexto do documento»²⁹⁰.

Quanto à iniciativa da produção de prova *testemunhal*, deve caber, em primeira análise, às *partes*²⁹¹ (n.º 1 do art. 498º), que incluem as pessoas que pretendem ver

²⁸⁷ Art. 410º. Diz-se também no n.º 1 do art. 516º que «a testemunha depõe com precisão sobre a matéria dos temas da prova».

²⁸⁸ Embora não tão relevantes, importa não esquecer os casos em que a lei exige a produção de determinado meio de prova para a prova do facto, como o exemplo da prescrição presuntiva, que só admite prova por confissão (cfr. FREITAS, Lebre de, *A Ação Declarativa Comum (À luz do Código de Processo Civil de 2013)*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2013, p. 281). Mais ainda, dispõe o art. 394º do CC: «1- É inadmissível a prova por testemunhas, se tiver por objecto quaisquer convenções contrárias ou adicionais ao conteúdo de documento autêntico ou dos documentos particulares mencionados nos arts. 373.º a 379.º, quer as convenções sejam anteriores à formação do documento ou contemporâneas dele, quer sejam posteriores». Também não será admitida prova testemunhal para prova do «cumprimento, remissão, novação, compensação e, de um modo geral, aos contratos extintivos da relação obrigacional...» (art. 395º do CC).

²⁸⁹ TARUFFO, Michele, *estudo cit.*, p. 741; CHIARLONI, Sergio, «Per la chiarezza di idee in tema di analisi comparata della prova per testimoni» in RDP, Volume XLIX (II Serie), 1994, Padova, p. 384. Regista-se uma «*civil law preference for written proof over oral testimony*» (cfr. CHIARLONI, Sergio, *estudo cit.*, p. 382).

²⁹⁰ Pode recorrer-se à prova testemunhal para provar outras circunstâncias relacionadas com a celebração do negócio jurídico. Assim, poderá lograr-se a prova da divergência entre a vontade real e a vontade declarada no negócio, poderá ilidir-se a genuidade do documento, poderá provar-se a ocorrência de vícios negociais, proceder-se à interpretação do negócio, decidir acerca da validade de cláusulas verbais *accessórias*, entre outras circunstâncias (cfr. FREITAS, Lebre de, *ob. cit.*, p. 280 e 281; ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *ob. cit.*, p. 275; SERRA, Adriano Vaz, «Anotação ao Acórdão de 10 de Novembro de 1967» in RLJ, Ano 101, n.º 3371, Coimbra, 1969, p. 224).

²⁹¹ FREITAS, Lebre de, *ob. cit.*, p. 285 e 286.

No ordenamento italiano, vale o princípio da *disponibilidade da prova* (art. 115º, 1º parágrafo do CPC it.) – cfr. TARUFFO, Michele, *estudo cit.*, p. 735; PISANI, Andrea Proto, *La nuova disciplina del processo civile*, Jovene Editore, Napoli, 1991, p. 225; MANDRIOLI, Crisanto, *Corso di Diritto Processuale Civile – I – Nozioni Introduttive e Disposizioni Generali*, 6ª Ed., 2007, Torino, p. 72; COMOGLIO, Luigi Paolo, «Istruzione e trattazione nel processo civile» in Dig. Disc. Priv. Sez. Civile, X, 1993, p. 233. No entanto, EDOARDO F. RICCI, «Il principio dispositivo come problema di diritto vigente» in RDP, Vol. XXIX (II Serie), 1974, Padova, p. 380-389, problematiza a disciplina normativa do art. 115º, entendendo que o legislador italiano não efetuou uma escolha precisa nem contra, nem a favor da iniciativa instrutória oficiosa; seguro, é que a recusa pelo juiz da prova oferecida pelas partes e MP será *ilegítima*. No mesmo sentido, TARUFFO, «Per una rilettura dell'art. 115º c.p.c.» in RTDPC, Ano LXV, Suplemento ao n.º 1, Março de 2011, p. 101 e 104, qualifica a redação do art. 115º como «ambígua» e «infeliz» e defende que a norma não diz que o julgador deve fundar a sua decisão *apenas* nas provas carreadas pelas partes e MP. SALVATORE PATTI, «La disponibilità delle prove» in RTDPC, Ano LXV, Suplemento ao n.º 1, Março de 2011, p. 82 e 83, defende que não se deve considerar o princípio da disponibilidade da prova em

inquiridas²⁹² no *rol de testemunhas*, não podendo ultrapassar o limite de 10 testemunhas²⁹³ para a *prova dos fundamentos da ação*, de acordo com o disposto no n.º 1 do art. 511º. Apresentado o rol, deve o juiz decidir sobre a sua *admissão*, *ex vi* n.º 2 do art. 495º. Por exemplo, se tiver sido ultrapassado o número previsto na lei processual, deve o juiz considerar como *não escritos* os nomes das testemunhas excedentes. Podem ainda as partes proceder a aditamentos ou a alterações no rol de testemunhas (art. 598º), substituir testemunhas já propostas (n.º 1 e 3 do art. 508º e art. 510º) e ainda desistir, a todo o tempo, da inquirição de testemunhas que tenham oferecido (n.º 2 do art. 498º, 1ª parte).

Porém, o juiz também terá algo a dizer²⁹⁴, ainda que em moldes *subsidiários e complementares*²⁹⁵. Determina o n.º 1 do art. 526º: «Quando, *no decurso da ação*, haja

termos absolutos; disponibilidade da prova não significa poder de a parte dispor do processo. No ordenamento alemão, vale igualmente o princípio da instrução por iniciativa das partes (cfr. JAUERNIG, Othmar, *ob. cit.*, p. 136).

²⁹² Pode ainda o juiz da causa ser indicado como testemunha (art. 499º). A partir daqui, abrem-se dois caminhos: se o juiz tiver conhecimento de factos que possam influir na decisão, deve declarar-se impedido (alínea h) do n.º 1 do art. 115º) e prestar depoimento, do qual a parte não pode prescindir; se não dispuser de tais conhecimentos, a indicação será ineficaz. As declarações do juiz neste âmbito são prestadas *sob juramento*. Esta disposição normativa revela a aversão do processo civil à utilização do saber privado do juiz. Adverte PEREIRA RODRIGUES, *Os Meios de Prova em Processo Civil*, Almedina, 2015, p. 194, que muitas vezes o juiz é indicado como testemunha com o objetivo de o impedir de julgar a causa.

²⁹³ O número de testemunhas que cada parte poderá apresentar foi reduzido de 20 para 10, o que se explica pela circunstância de inexistir, com o «novo» CPC, um limite ao número de testemunhas a produzir sobre cada facto (cfr. FARIA, Paulo Ramos de/LOUREIRO, Ana Luísa, *Primeiras notas ao Novo Código de Processo Civil*, Vol. I, 2013, Almedina, p. 394). Limite de 10 testemunhas para os autores e para os réus que apresentem uma única contestação. Problema colocado com acuidade por LEBRE DE FREITAS, *ob. cit.*, p. 288, é o da existência de várias contestações para vários réus, tendo *cada um deles* direito a 10 testemunhas, contra os 10 do singular autor. Nas ações de valor não superior à alçada do tribunal de 1.ª instância, o limite é de 5 testemunhas para ambos os litigantes (cfr. n.º 1 do art. 511º). Havendo lugar a reconvenção, cada uma das partes terá direito a oferecer até 10 testemunhas.

²⁹⁴ Os processos civis alemão e italiano mostram-se reticentes face à iniciativa oficiosa.

Na ZPO alemã, só se admitem testemunhas oferecidas pelas partes (cfr. FREITAS, Lebre de, *A Ação Declarativa Comum (À luz do Código de Processo Civil de 2013)*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2013, p. 285 e 286, notas de rodapé; CAPPELLETTI, Mauro, «Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiudiziche della struttura del processo» in RDP, Volume XXII (II Serie), 1967, Padova, p. 414; JAUERNIG, Othmar, *Direito Processual Civil* (trad. F. Silveira Ramos), 2002, Almedina, p. 137). No entanto, pode o juiz, de forma discricionária e oficiosa introduzir três elementos de prova: documental, juramento e interrogatório das partes (cfr. PATTI, Salvatore, «La disponibilità delle prove» in RTDPC, Ano LXV, Suplemento ao n.º 1, Março de 2011, p. 77).

No direito italiano, os poderes *positivos* do juiz reduzem-se a dois: dirigir pedidos de esclarecimento a testemunha (art. 253º do CPC it.) e dispor acerca da audição de outra pessoa, à qual as testemunhas tenham feito referência sobre o conhecimento dos factos (art. 257º, 1º parágrafo do CPC it.) – cfr. TARUFFO, Michele, «Prova testimoniale (dir. proc. civ.)» in Enciclopedia del diritto, vol. XXXVII, 1988, p. 735; CAPPELLETTI, Mauro, *estudo cit.*, p. 413; MANDRIOLI, Crisanto, *Corso di Diritto Processuale Civile – II – Il Processo di Cognizione*, 6ª Ed., 2007, Torino, p. 175; DONDI, Angelo, *estudo cit.*, p. 46 e 60. FORNACIARI, «Questioni controverse in tema di prova testimoniale» in RDP, Setembro-Outubro de 2010 (LXV), II Serie, n.º 5, p. 1112, faz menção ao art. 281º *ter* do CPC it., onde se prevê expressamente a introdução *oficiosa* de testemunhas *indicadas pelas partes*. Admitindo-se hoje esta possibilidade, defende que o julgador, ao pedir esclarecimentos nos termos do art. 253º do CPC it., poderá

razões para presumir que determinada pessoa, *não oferecida como testemunha*²⁹⁶, tem conhecimento de factos *importantes* para a boa decisão da causa, *deve* o juiz ordenar que seja notificada para depor» (itálico nosso)²⁹⁷. De modo análogo, é permitido ao juiz admitir a inquirição de testemunhas para além dos limites (n.º 4 do art. 511º). Relativamente a esta disposição, será de esperar o surgimento de vozes críticas. Contudo, partindo da natureza atual do nosso processo civil, e tomando em consideração as recentes alterações operadas com o CPC de 2013, parece-me consubstanciar um regime bastante congruente com os demais. Incumbe ao julgador exercer os seus deveres de *gestão processual*, em conjugação com os deveres de *adequação formal*, adaptando a tramitação processual, e prescrevendo o conteúdo dos atos processuais que se revele adequado às *especificidades da causa*. Facilmente nos manifestamos relativamente às causas mais *simples*, contudo, importa não esquecer as mais *complexas*. Também quanto a essas deve o juiz exercer os deveres de gestão e de adequação formal, alongando a tramitação e alterando o conteúdo dos atos processuais²⁹⁸. Onera o processo, mas essa onerosidade será essencial para uma *justa resolução do conflito*. Será no cumprimento daqueles deveres que o julgador poderá ver-se conduzido à admissão de uma lista de testemunhas mais extensa que o positivado na lei. Ponto essencial, para nós, é que se revele *indispensável* para a justa composição do litígio.

fazer uso dos seus poderes oficiosos também para questionar sobre questões não incluídas pelas partes na inquirição, pois, como afirma, «quem faz o mais, faz o menos» (cfr. FORNACIARI, Michele, *estudo cit.*, p. 1115).

No processo civil francês, admite-se a inquirição oficiosa de qualquer pessoa, nos termos do art. 232º do CPC fr., desde que o julgador a considere *útil* para a descoberta da verdade (cfr. NORMAND, Jacques, «I poteri del giudice e delle parti quanto al fondamento delle pretese controverse» *in* RDP, Vol. XLIII (II Serie), 1988, Padova, p. 727).

Por fim, o processo civil espanhol dispõe, no art. 282º, 1º parágrafo da LEC, que as provas são produzidas por iniciativa das partes; no 2º parágrafo da mesma norma, apenas se admite a iniciativa oficiosa do juiz quando a lei o determine *expressamente* (cfr. PICÓ I JUNOY, Joan, «I principi del nuovo processo civile spagnolo» *in* RDP, Janeiro-Março de 2003 (LVIII), II Serie, n.º 1, p. 72).

²⁹⁵ REIS, Alberto dos, *Código de Processo Civil: Anotado*, Volume III, 4ª Edição, Reimp., Coimbra Editora, 1985, p. 253.

²⁹⁶ Esta hipótese não esgota a disciplina normativa do art. 526º. O julgador poderá inquirir oficiosamente uma testemunha da qual uma das partes *desistiu* (remissão efetuada pelo n.º 2 do art. 498º).

²⁹⁷ Citamos, a propósito, um Ac. proferido pelo TRP, a 9-02-2015, relatado por João Nunes: «Nos termos da lei processual civil (cfr. art. 411 e 526.º), o juiz tem o *poder-dever* de determinar a produção de qualquer meio de prova, desde que o mesmo se apresente *relevante para a descoberta da verdade material e boa decisão da causa*. Estando em causa um processo de acidente de trabalho, o princípio do inquisitório mostra-se acentuado, tendo em conta a necessidade de protecção das vítimas daquele ou dos seus beneficiários legais. Por isso, o juiz deve admitir a produção de prova requerida na audiência de julgamento, *na sequência da prova até então produzida*, designadamente testemunhal, se da *mesma resulta* que aquela tem aptidão para a descoberta da verdade material.» (itálico nosso) – Disponível em www.dgsi.pt.

²⁹⁸ SOUSA, Teixeira de, «Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil» *in* CDP, n.º 43, Julho-Setembro de 2013, p. 12.

Dediquemos breves palavras ao *regime do depoimento*. Aqueles que testemunham perante o Tribunal devem prestar *juramento*²⁹⁹ (n.º 1 do art. 513º e art. 459º). Deve a testemunha narrar ao tribunal factos *passados* de que teve percepção e que ficaram registados na sua memória³⁰⁰, indicando as razões de ciência que justificam o seu conhecimento, de forma especificada e fundamentada³⁰¹.

O interrogatório é feito pelo mandatário da parte que propôs o depoente; pode ainda o mandatário da contraparte deduzir à testemunha as instâncias *indispensáveis* ao esclarecimento das declarações prestadas (n.º 2 do art. 516º)³⁰². Para além da intervenção dos advogados das partes, admite-se a possibilidade de o juiz pedir esclarecimentos ou dirigir perguntas à testemunha, que julgue convenientes para o apuramento da verdade dos factos (n.º 4 do art. 516º). A testemunha não pode levar o depoimento *escrito*, mas poderá socorrer-se de documentos ou apontamentos de datas ou de factos que facilitem o desenrolar da inquirição³⁰³.

De acordo com o art. 514º, logo *após o interrogatório preliminar* (n.º 1 do art. 515º), pode a contraparte *impugnar* a sua admissão, pelos mesmos fundamentos pelos quais o juiz deve obstar ao depoimento (v.g. interdição por anomalia psíquica). Procedendo o incidente, a testemunha é impedida de depor.

Tendo havido prestação de depoimento, logo após a inquirição da testemunha, poderá a parte contrária *contraditá-la*, alegando circunstâncias que afetem a credibilidade do depoimento, tentando pôr em causa a razão da ciência invocada pela testemunha, ou procurando diminuir a fé que ela possa merecer³⁰⁴ (art. 521º).

²⁹⁹ Antes de iniciar a inquirição, deve o tribunal advertir o depoente das sanções criminais aplicáveis às falsas declarações (n.º 1 do art. 459º). Juram os terceiros, perante o órgão jurisdicional: «Juro pela minha honra que hei-de dizer toda a verdade e só a verdade» (n.º 2 do art. 459º). Em Itália, *ex vi* art. 242º, 1º parágrafo do CPC it., dir-se-á «l'obbligo di dire tutta la verità, null'altro che la verità» (cfr. COMOGLIO, Luigi Paolo, «L'utilizzazione processuale del sapere extragiuridico nella prospettiva comparatística» *in* RDP, Outubro-Dezembro de 2005 (LX), II Serie, n.º 4, p. 1148, nota de rodapé).

³⁰⁰ FREITAS, Lebre de, *ob. cit.*, p. 284.

³⁰¹ *Vide* n.º 1 do art. 516º.

³⁰² No processo civil italiano, nos termos do disposto no art. 253º do CPC it., é o *juiz* quem procede ao interrogatório das testemunhas; nem os mandatários das partes nem o MP podem interrogar diretamente a testemunha (cfr. MANDRIOLI, Crisanto, *Corso di Diritto Processuale Civile – II – Il Processo di Cognizione*, 6ª Ed., 2007, Torino, p. 175; DITTRICH, Lotario, *estudo cit.*, p. 112; DONDI, Angelo, *estudo cit.*, p. 59; COMOGLIO, Luigi Paolo, «Istruzione e trattazione nel processo civile» *in* Dig. Disc. Priv. Sez. Civile, X, 1993, p. 235; COMOGLIO, Luigi Paolo, *Le Prove Civili*, UTET Giuridica, 2010, p. 641). Também entre nós foi assim, após a Reforma de 1926 (cfr. REIS, Alberto dos, *Breve estudo sobre a Reforma do Processo civil e comercial*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 1929, p. 378).

³⁰³ Por remissão do n.º 7 do art. 516º para o n.º 2 do art. 461º.

³⁰⁴ Facilmente se procede à contradita de depoimento daqueles que, podendo recusar o testemunho, o não fizeram (pais, filhos, sogros, cônjuges, entre outros). Postos em causa podem também ser, por exemplo, os depoimentos de menores e dos que, tendo anomalia psíquica, não se encontrem interditos. Entende

Havendo oposição *direta* sobre um facto determinado nos depoimentos das testemunhas – ou entre aqueles e o depoimento de uma das partes³⁰⁵ – pode dar lugar à *acareação* das pessoas em contradição (art. 523º). Uma das pessoas *mente*: colocando-as *frente a frente* e em confronto, procura-se perceber qual dos depoentes diz a verdade³⁰⁶.

A prova testemunhal é livremente apreciada pelo julgador (art. 396º, do CC e n.º 5 do art. 607º, 1ª parte)³⁰⁷.

Em que sanções incorre o terceiro que recuse prestar depoimento? Por força do n.º 3 do art. 417º, são os *terceiros* condenados em *multa, sem prejuízo dos meios coercitivos que forem possíveis*³⁰⁸. Também é aplicável o disposto no n.º 4 do art. 508º: «O juiz ordena que a testemunha que *sem justificação*³⁰⁹ tenha faltado compareça sob custódia³¹⁰, *sem prejuízo da multa aplicável*, que é logo fixada em ata» (itálico nosso).

JACINTO BASTOS, *Notas ao Código de Processo Civil*, III, 3ª Ed., Lisboa, 2001, p. 154, com razão, que se a testemunha foi indicada por *ambas as partes*, nenhuma delas pode contraditá-la.

³⁰⁵ Logicamente, não se admite o instituto da *acareação* entre partes (cfr. BASTOS, Jacinto Rodrigues, *ob. cit.*, p. 155).

³⁰⁶ Ainda assim, cremos que assiste razão a ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. IV, Reimp., Coimbra Editora, 1981, p. 470 e 471, quando o processualista afirma que «raros são os casos em que a *acareação* dá o resultado que se espera», isto, porque a tendência dos depoentes será a de manter a sua versão (de boa-fé, crendo que a sua versão é, de facto verdadeira; ou de má-fé, sabendo que traiçoo a verdade).

³⁰⁷ Mantém-se o clima de desconfiança face à prova testemunhal. São diversos os motivos apontados: infidelidade da percepção, falibilidade da memória da testemunha, parcialidade do depoente, entre outros (cfr. CASTRO, Artur Anselmo de, *Processo Civil Declaratório*, Volume III, Almedina, Coimbra, p. 342; SOUSA, Teixeira de, *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*, Lex, Lisboa, 1995, p. 255; MARTINS, Jorge Lourenço, *O depoimento testemunhal em processo civil*, 1988, p. 61 e 62; PESSOA, Alberto, *A prova testemunhal (Estudo de psicologia judiciária)*, Coimbra, 1913, p. 15-54). Vide, o estimulante estudo de PIRES DE SOUSA, *Prova Testemunhal*, Almedina, 2013, p. 9-43, onde se parte de uma perspectiva *psicológica* do testemunho e que com pesar não teremos oportunidade de citar de forma ampla.

³⁰⁸ Adverte JACINTO BASTOS, *ob. cit.*, p. 143, que tais sanções apenas se aplicam se a parte não prescindir do depoimento da testemunha faltosa.

³⁰⁹ Entende PEREIRA RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 206, dever aplicar-se, nestes casos, o disposto no n.º 3 do art. 603º, dando às testemunhas a possibilidade de justificar a sua ausência na própria audiência ou nos cinco dias imediatos. Se a pessoa estiver impossibilitada de comparecer *por doença* (art. 506º), observa-se o disposto no art. 457º: designadamente, o juiz procurará a confirmação da veracidade da alegação da testemunha, por médico da sua confiança; havendo impossibilidade de comparência, mas não de prestação de depoimento, o juiz designa dia, hora e local para a sua efetivação. Poderá ainda dar-se lugar à comunicação direta do tribunal com o depoente, através de telefone ou outro meio de comunicação, devido à impossibilidade ou grave dificuldade de atempada comparência de quem deva depor na audiência, sendo prestados meros esclarecimentos (art. 520º). Por último, o art. 503º prevê as designadas *prerrogativas de inquirição*; os beneficiários podem ser inquiridos na sua residência ou na sede dos respetivos serviços (por exemplo, Presidente da República, Provedor de Justiça, Procurador-Geral da República, Bastonário da Ordem dos Advogados).

³¹⁰ Em Itália, *ex vi* art. 255º do CPC it., a falta de comparência da testemunha, para além de sujeita à condenação no pagamento das despesas provocadas, pode dar lugar ao acompanhamento coativo (cfr. TARUFFO, Michele, *estudo cit.*, p. 751; DONDI, Angelo, *estudo cit.*, p. 59). O juiz tem ainda a possibilidade de denunciar ao MP a recusa persistente da testemunha, bem como ordenar a detenção desta (cfr. TARUFFO, Michele, *estudo cit.*, p. 751 e 752; DONDI, Angelo, *estudo cit.*, p. 60; MANDRIOLI, Crisanto, *ob. cit.*, p. 173).

Mais ainda, o n.º 2 do art. 518º remete para o disposto no art. 360º do CP³¹¹, o qual passamos a citar: «1- Quem, como *testemunha*, perito, técnico, tradutor ou intérprete, perante *tribunal* ou funcionário competente para receber como meio de prova, depoimento, relatório, informação ou tradução, prestar depoimento, apresentar relatório, der informações ou fizer traduções falsas, é punido com *pena de prisão de 6 meses a 3 anos* ou com *pena de multa não inferior a 60 dias*. 2- Na mesma pena incorre quem, *sem justa causa*, se recusar a depor ou a apresentar relatório, informação ou tradução» (itálico nosso).

5.1.2. Apreciação crítica

Começamos pelo art. 526º, que determina como um *dever do juiz* o de inquirir officiosamente a pessoa que presume ter conhecimentos relevantes para a boa decisão da causa. Pronunciando-se acerca do então art. 645º do CPC de 1939, escrevia ALBERTO DOS REIS: «Pode suceder que as testemunhas oferecidas pelas partes façam referência, no seu depoimento, a determinada pessoa como estando em condições de narrar factos importantes para a decisão da causa; quando se dê esta ocorrência, pode o tribunal ordenar que essa pessoa seja notificada para depor»³¹². Esta hipótese não nos coloca problemas. Contudo, tratando-se de um *dever* do julgador, poderá este preceito abrir portas à manipulação das partes³¹³, fundamentalmente porque entre nós vigora um sistema de *preclusões instrutórias*³¹⁴. Imaginemos que uma das partes pretende arrolar uma testemunha, na convicção desta, ao depor, a beneficiar. Se o fez de forma diligente

³¹¹ Quando o depoimento é prestado *oralmente*, em *audiência de julgamento*, a advertência em relação às sanções criminais é efetuada pelo juiz, antes de iniciar a inquirição (n.º 1 do art. 459º). Sendo o depoimento prestado por escrito, falta esta *imediação* entre juiz e testemunha, levando o legislador a prever esta advertência, em abstrato, para todos os casos contidos na hipótese normativa do n.º 2 do art. 518º.

³¹² REIS, Alberto dos, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. IV, Reimp., Coimbra Editora, 1981, p. 327.

³¹³ FREITAS, Lebre de, *ob. cit.*, p. 286, nota de rodapé.

³¹⁴ Relativamente ao *autor*, dispõe o n.º 2 do art. 552º: «No final da petição, o autor deve apresentar o *rol de testemunhas* e requerer *outros meios de prova*; caso o réu conteste, o autor é admitido a alterar o *requerimento probatório inicialmente apresentado*, podendo fazê-lo na *réplica*, caso haja lugar a esta, ou no *prazo de 10 dias a contar da notificação da contestação*» (itálico nosso). Para o réu, rege o art. 572º: «Na contestação deve o réu: (...) d) Apresentar o *rol de testemunhas* e requerer *outros meios de prova*; tendo havido *reconvenção*, caso o autor replique, o réu é admitido a alterar o *requerimento probatório inicialmente apresentado*, no *prazo de 10 dias a contar da notificação da réplica*» (itálico nosso). Mais explicitamente se afirma no n.º 2 do art. 573º: «*Depois da contestação* só podem ser deduzidas as *exceções, incidentes e meios de defesa que sejam supervenientes*, ou que a lei expressamente admita passado esse momento, ou de que se deva conhecer *oficiosamente*» (itálico nosso).

Por fim, o art. 598º permite, a ambas as partes, a alteração do requerimento probatório apresentado, na audiência prévia ou ainda até 20 dias antes da data de realização da audiência final.

e *tempestiva*, nomeadamente por introdução nos articulados, todos as formalidades foram observadas e o terceiro será inquirido. Estando em causa meios de defesa *supervenientes*³¹⁵, embora ofereça a testemunha fora do prazo ser-lhe-á concedida essa faculdade. Os problemas surgem quando a parte já sabia que determinada pessoa dispunha de conhecimentos relevantes para a decisão do litígio, e, de forma leviana e descuidada, não a propôs *tempestivamente*, ou propôs excedendo o número legalmente previsto, acabando por se excluir essa testemunha³¹⁶. A parte perdeu o direito de arrolar aquela testemunha, naquele processo³¹⁷. Admite-se a possibilidade de as partes dirigirem sugestões deste teor ao juiz³¹⁸, mas essa faculdade pode tornar-se perigosa³¹⁹. Pode a parte negligente, *inocentemente*, sugerir ao julgador a inquirição de determinada pessoa e o julgador, no cumprimento do seu dever de inquirição oficiosa, acabar por suprir a conduta deficitária da parte. Ademais, PEREIRA RODRIGUES sublinha que, dirigindo as partes sugestão ao juiz nesse sentido, deverá este proferir despacho, exercendo ou não o seu dever. Havendo recusa do tribunal em inquirir a testemunha *ex officio*, poderá servir como fundamento de recurso³²⁰. Não foram estes os objetivos que presidiram à construção da norma³²¹. Visava-se a concessão de melhores condições para

³¹⁵ Meios de defesa que foram produzidos *posteriormente* ou aqueles que, embora tendo sido *anteriormente* constituídos, a parte apenas tomou deles conhecimento findos os prazos para os propor.

³¹⁶ Não tendo, também, procedido *atempadamente* à alteração do rol de testemunhas.

³¹⁷ FABBRINI, Giovanni, «Potere del giudice (dir. proc. civ.)», *Enciclopedia del diritto*, XXXIV, p. 730 e 731; TARUFFO, Michele, «Prova testimoniale (dir. proc. civ.)» in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVII, 1988, p. 749 e 750.

³¹⁸ RODRIGUES, Fernando Pereira, *Os Meios de Prova em Processo Civil*, Almedina, 2015, p. 231; JORGE, Nuno de Lemos, «Os poderes instrutórios do juiz – alguns problemas» in *Julgado*, n.º 3, 2007, p. 69.

³¹⁹ Esta possibilidade ganha densidade pelo facto de, relativamente à figura do *juiz*, não se encontrarem consagrados limites *quantitativos* ou *temporais* à inquirição oficiosa de testemunhas. Sustenta FABBRINI, *estudo cit.*, p. 734, que a coexistência de poderes amplos do juiz e poderes das partes limitados por um sistema preclusivo cria uma espécie de «mistura perigosa». Mais ainda, defende que aos poderes de iniciativa oficiosa não pode ser atribuído o papel de contrabalançar os hipotéticos efeitos negativos da preclusão dos poderes das partes (cfr. FABBRINI, Giovanni, *estudo cit.*, p. 734 e 735). Ainda assim, reconhecemos que LEMOS JORGE, *estudo cit.*, p. 69, tem razão quando afirma «que devem ser afastadas as respostas extremas a este problema. Não se pode dizer que o juiz deve sempre atender tal pretensão, pois tal posição conduziria à *instrumentalização* da sua atuação processual pelas partes, que facilmente poderiam, por esta via, evitar a preclusão dos seus direitos processuais à proposição da prova ou as limitações probatórias, como seja a relativa ao número máximo de testemunhas por parte. Por outro lado, não pode defender-se uma posição radicalmente oposta, no sentido do indeferimento sistemático daquela pretensão, pois a verdade é que o poder-dever de providenciar pela prova necessária existe e não é a sugestão do seu uso pela parte que o apaga».

³²⁰ Nota LEBRE DE FREITAS, *ob. cit.*, p. 286, nota de rodapé, que este poder do julgador, porque vinculado, será sindicável em recurso, abrindo-se mais uma via de as partes lograrem o provimento das suas pretensões.

³²¹ Citamos JACINTO BASTOS, *Notas ao Código de Processo Civil*, III, 3ª Ed., Lisboa, 2001, p. 157: «A última reforma processual (última em tempo, é claro) introduziu neste preceito modificações que obrigam a defender outro entendimento da norma. Efectivamente, onde anteriormente se escrevia “pode o juiz ordenar”, passou a figurar a expressão “deve o juiz ordenar”. Mudança, neste aspecto, radical. Substitui-

alcançar a verdade dos factos. Não se quis consagrar um *paternalismo judiciário*³²², tal como não se pretendeu derrogar o *princípio da autorresponsabilidade das partes*³²³. Assim, quando o juiz se apercebe que a parte pretende defraudar a sua atuação, dando um uso reprovável à inquirição oficiosa de testemunhas, deve desatender a pretensão da parte, recusando a inquirição da pessoa indicada³²⁴.

Na prática, os magistrados terão dificuldades em perceber quando se encontram perante sugestões de *boa-fé*, ou quando estão a ser alvo de uma tentativa de manipulação. A este respeito, citamos o entendimento de FABBRINI. Para o processualista, o conhecimento judicial acerca da existência da fonte de prova poderá advir de duas formas: *ou* de uma afirmação das partes *depois* de o seu poder de iniciativa probatória ter precludido, *ou* de elementos adquiridos no decurso do processo

se uma *faculdade* concedida ao juiz, por um poder-dever a que ele fica *vinculado*, sempre que se verifique a condição de que depende o seu exercício, isto é, sempre que haja razões para presumir que determinada pessoa, não oferecida como testemunha, tem conhecimento de factos importantes para a boa decisão da causa. A nosso ver não foi feliz a alteração. Está aberta a porta para o uso de muitos expedientes reprováveis, que subverterão as regras da produção da prova testemunhal. Mas pode ser que eu me engane.».

³²² Repara VITTORIO DENTI, «L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei» in RDP, Volume XX (II Serie), 1965, Padova, p. 49, que a decadência da técnica processual em sede de iniciativa autónoma das partes, não é somente reflexo da *publicização* do direito privado, mas também da tendência dos privados a contar com o *paternalismo estatal*.

³²³ Utilizando a terminologia de FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito Processual Civil*, Volume I, Almedina, 2010, p. 245, a *disponibilidade objetiva do processo*, isto é, o domínio das partes sobre os factos a alegar e os meios de prova a produzir, constitui um dos fatores geradores da *responsabilidade* dos sujeitos processuais perante si mesmos. Citamos ainda o STJ, em Ac. proferido a 12-11-2002, relatado por Afonso de Melo: «Tem portanto o processo exigências técnicas, designadamente sujeitando as partes a um tecido de *ónus* necessárias à boa administração da justiça. Daí a justificação da necessária intervenção dos profissionais do foro em representação das partes (patrocínio judiciário), salvo nos processos mais simples, que com a sua preparação técnico-jurídica conduzem a causa, e são a garantia de que, na expressão de Redenti, o bom direito não acabe por naufragar nos baixios ou sobre escolhos do processo. Um dos princípios do processo civil é precisamente o da *auto-responsabilidade das partes*, inerente ao princípio dispositivo, segundo o qual estas sofrem as consequências jurídicas *prejudiciais da sua negligência ou inépcia na condução do processo*, que fazem a seu próprio risco.» (itálico nosso) – Disponível em www.dgsi.pt. No mesmo sentido, vejam-se os Acórdãos proferidos pelo STJ a 11-07-2013 (relatado por Ana Paula Boularot) e a 21-01-2014 (relatado por Mário Belo Morgado). Disponíveis em www.dgsi.pt.

³²⁴ JORGE, Nuno de Lemos, *estudo cit.*, p. 70; REGO, Carlos Lopes do, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. I, 2ª Edição, 2004, Almedina, Coimbra, p. 533 e 534; SOUSA, Luís Filipe Pires de, *Prova Testemunhal*, Almedina, 2013, p. 275; FORNACIARI, Michele, *estudo cit.*, p. 1100 e 1113. Citamos também um Ac. do TRP, de 02-10-2006, relatado por Machado da Silva: «Por sua vez, determina o artigo 645º, nº 1, do CPC, que quando, no decurso da acção, haja razões para presumir que determinada pessoa, não oferecida como testemunha, tem conhecimento de factos importantes para a boa decisão da causa, deve o juiz ordenar que seja notificada para depor. (...) Nesta parte tem, assim, razão a agravante. Contudo, apesar do referido, o agravo não procede. Ora, a autora não apresentou o seu rol de testemunhas, isto é, não ofereceu prova testemunhal com o seu articulado (...) Se não apresentou qualquer testemunha também não há rol para alterar. Pretende, agora, ao abrigo do disposto nos artigos 265º, nº 3, e 654º, nº 1, ambos do CPC (...) que o tribunal officiosamente inquiria as três testemunhas que identifica, dizendo que tal inquirição "se afigura essencial à descoberta da verdade". Todavia, a inquirição de testemunhas por iniciativa do tribunal não se destina a suprir os erros, os lapsos e as deficiências das partes.» (Disponível em www.dgsi.pt).

e, portanto, diversos da narração tardia das partes³²⁵. No primeiro caso, o julgador facilmente se apercebe da intenção corrompida da parte, devendo recusar a sua *proposta*. O segundo caso – ao qual aludimos *supra*, na esteira de ALBERTO DOS REIS – é paradigmático no que toca à inquirição oficiosa de testemunhas.

A segunda questão que iremos colocar diz respeito à introdução de *novos elementos de facto* na causa, em resultado da produção de prova testemunhal³²⁶. Qual deve ser a atitude do julgador, quando confrontado com este tipo de situações?

Iremos responder à interrogação, *de iure constituto*. Dispõe o n.º 1 do art. 5º: «Às partes cabe alegar os factos *essenciais* que constituem a causa de pedir³²⁷ e aqueles em que se baseiam as exceções invocadas». Portanto, da leitura da norma podemos retirar que o *princípio do dispositivo* continua a ser fundamental no nosso ordenamento jurídico-processual³²⁸. Porém, sofre este princípio pontuais *restrições*, algo acentuadas no «novo» CPC. Assim, nos termos do n.º 2 do art. 5º, poderá o juiz tomar em consideração os *factos instrumentais que resultem da instrução da causa* e os factos *complementares* ou *concretizadores* dos factos alegados pelas partes, desde que, além

³²⁵ FABBRINI, Giovanni, *estudo cit.*, p. 735. No mesmo sentido, JORGE, Nuno de Lemos, *estudo cit.*, p. 70 e 71. Acrescenta LEMOS JORGE, *estudo cit.*, p. 71, que, sendo a limitação prática do número de diligências probatórias uma «necessidade evidente», apenas se deve admitir a inquirição oficiosa de testemunhas se se revelarem importantes para a decisão da causa; se assim não fosse, os julgamentos teriam uma duração tendente à eternidade.

³²⁶ Realça SALAZAR CASANOVA, «Os factos instrumentais e a verdade material» in Revista do CEJ, 2º Sem. De 2008, n.º 10, p. 86, que, tendo em consideração o regime normativo consagrado para os *factos instrumentais*, poderá acontecer que as partes, porque omitiram a alegação de factos de que tinham conhecimento à data dos articulados, procurem, no decurso da audiência, orientar insistentemente os interrogatórios de modo a conseguir a revelação dos factos em causa para deles se poder aproveitar devido ao disposto na alínea a) do n.º 2 do art. 5º. O mesmo se diga, com as devidas adaptações, quanto aos factos complementares e concretizadores (alínea b) do n.º 2 do art. 5º). Não iremos colocar esta questão em sede principal, pois tratar-se-ia de uma exposição teórica em muito semelhante à que efetuamos acerca da apreciação crítica do art. 526º.

³²⁷ Para TEIXEIRA DE SOUSA, «Algumas questões sobre o ónus de alegação e de impugnação em processo civil» in Scientia Iuridica, Maio-Agosto de 2013, Tomo LXII, n.º 332, p. 396 e 397, apenas os factos *principais* – e não já os *complementares* e *instrumentais* – constituem a causa de pedir. Assim, o ónus de *alegação* será respeitado se forem incluídos os factos principais nos articulados (cfr. GOUVEIA, Mariana França, «O princípio dispositivo e a alegação de factos em processo civil: a incessante procura da flexibilidade processual» in ROA, Abril-Setembro de 2013, Ano 73, Lisboa, p. 605 e 606). Somente a omissão destes factos determina a sanção de ineptidão da petição inicial (cfr. SOUSA, Teixeira de, *estudo cit.*, p. 401, GOUVEIA, Mariana França, *estudo cit.*, p. 606). Quanto aos instrumentais, basta que sejam adquiridos no âmbito da instrução ou julgamento da ação. Quanto aos complementares, ou resultam igualmente da instrução ou julgamento da causa, ou poderá o próprio juiz convidar as partes a alegar esses factos (alínea b) do n.º 2 do art. 590º, n.º 4 e 6 do art. 590º) – cfr. SOUSA, Teixeira de, *estudo cit.*, p. 397 e 398; SILVA, Paula Costa e, «Saneamento e condensação no novo Processo Civil» in *Aspectos do Novo Processo Civil*, Lex, Lisboa, 1997, p. 232; GOUVEIA, Mariana França, *estudo cit.*, p. 606 e 607; CAPELO, Maria José, «Os factos notórios e a prova dos danos não patrimoniais» in RLJ, Ano 143º, n.º 3985, Março-Abril de 2014, p. 294.

³²⁸ MARIA JOSÉ CAPELO, *estudo cit.*, p. 294, critica o desaparecimento da expressão «princípio do dispositivo» da epígrafe da norma.

de resultarem da instrução, tenham as partes tido a *oportunidade de sobre eles se pronunciar*³²⁹.

Se a testemunha fizer menção a *novos factos principais*, em regra, não poderá o juiz considerá-los para efeitos de decisão³³⁰. Em regra, pois esses factos podem ser *novos* também para as partes (*rectius*: factos supervenientes)³³¹. A ser assim, podem as partes deduzi-los até ao *encerramento da discussão* (art. 588º). Se as partes não exercerem essa faculdade, deve o juiz desconsiderar esses factos, já que o acesso se encontra vedado nos termos da lei³³².

Quanto aos factos *instrumentais*, *basta que resultem da instrução da causa*³³³, dispensando-se a sua alegação pelas partes³³⁴.

Surgindo factos *complementares* ou *concretizadores* (dos factos alegados pelas partes) no decurso da atividade instrutória, apenas será permitido ao julgador que utilize tais factos para a formação da sua convicção se, antes, *auscultar as partes*³³⁵.

³²⁹ Da redação anterior (do art. 264º do CPC de 1939) constava ainda: «desde que a parte interessada manifeste vontade de deles se aproveitar». A inclusão do facto no processo deixa de depender da manifestação de vontade da parte interessada, ocorrendo uma clara atenuação do princípio do dispositivo (*vide* CAPELO, Maria José, *estudo cit.*, p. 294).

³³⁰ Para estes vale o princípio da *preclusão* em toda a sua extensão, devendo ser alegados nos articulados (cfr. GOUVEIA, Mariana França, *estudo cit.*, p. 611; FREITAS, Lebre de, *Introdução ao Processo Civil (Conceito e princípios gerais à luz do novo código)*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2013, p. 165; FREITAS, Lebre de/ALEXANDRE, Isabel, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. I, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2014, p. 15).

³³¹ Como bem entende SALAZAR CASANOVA, «Princípio dispositivo e poderes de cognição do Tribunal» *in* Scientia Iuridica, Tomo XLIV, n.º 229/234, 1991, p. 115, a prova da superveniência do conhecimento fica facilitada quando os factos novos são invocados por terceiros durante a instrução da causa (*vide* igualmente CASANOVA, Salazar, «Os factos instrumentais e a verdade material» *in* Revista do CEJ, 2º Sem. De 2008, n.º 10, p. 86).

TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª edição, Lex, 1997, p. 78, admite ainda uma invocação extemporânea para os factos essenciais, quando a parte não tenha agido com culpa (a saber, com negligência *grave* ou dolo). Tendo havido má-fé na omissão do facto essencial nos articulados, deve a parte ser condenada como litigante de má-fé, ficando ainda precludida a possibilidade de alegação posterior desse facto.

³³² O CPC de 2013 manteve o regime normativo do CPC de 1939 relativamente aos factos *principais*, tendo apenas ido mais longe no que concerne aos factos complementares ou concretizadores. Poderíamos ter provocado uma quebra maior no princípio do dispositivo e não o fizemos. Vejamos: o juiz, ao interrogar uma testemunha – e quem diz interrogar, pode dizer ao operar a uma inspeção, ao receber o relatório de prova pericial, etc. – depara-se com *novos* elementos de facto que se mostram indispensáveis para a decisão da contenda. Por motivos diversos, pode a parte não desejar incluir esses factos no processo. Ao juiz fica vedado o recurso a esses factos. Isto significa que o juiz «esbarrou» com a verdade e que dela terá de se desviar, para efeitos decisórios. Haverá algo mais injusto para as partes e para a Justiça, e mais frustrante para os magistrados?

³³³ Quanto a este ponto, gostaríamos de realizar uma ressalva. A instrução tanto resulta de impulsos das partes como do juiz. Assim, se surgirem factos novos, tidos como *instrumentais*, nomeadamente em sede de diligências de iniciativa *oficiosa*, deve o juiz, antes da decisão, ouvir as partes sobre esses factos. De resto, resulta este entendimento de uma correta interpretação do n.º 3 do art. 3º.

³³⁴ FREITAS, Lebre de/ALEXANDRE, Isabel, *ob. cit.*, p. 15 e 16. A dispensa de alegação de factos *instrumentais* resulta do próprio art. 552º (Requisitos da petição inicial): «1- Na petição, com que propõe a ação, *deve* o autor: (...) d) Expor os factos *essenciais* que constituem a causa de pedir e as razões de direito que servem de fundamento à ação».

Problema considerável será o de distinguir a natureza dos *factos* em sede de prática judiciária³³⁶. Somos da opinião de que todas estas designações comportam uma forte carga de *ambiguidade*. Até porque, salientamos, a própria doutrina não encontra consenso no que toca a definir as diferentes tipologias de factos, com regimes normativos distintos³³⁷.

Para TEIXEIRA DE SOUSA, a *causa de pedir* é constituída por todos os factos necessários para a *individualização* da pretensão material alegada pelo autor. Factos *complementares* serão aqueles que concretizam ou complementam os factos que integram a causa de pedir e que *asseguram a conclusãencia* da alegação da parte. Finalmente, factos *instrumentais* serão os que *indiciam*, através de presunções legais ou judiciais, os factos que constituem a causa de pedir *ou* os factos complementares, tendo por isso uma função *probatória*.³³⁸

PAULA COSTA E SILVA advoga que não existem as categorias de factos complementares ou concretizadores, pois esses conceitos pressupõem uma relação com outros factos, quer sejam essenciais, quer instrumentais³³⁹.

FRANÇA GOUVEIA recorda que o anterior Código, no n.º 3 do no art. 264º, se referia aos factos complementares e concretizadores como «essenciais», exigindo-se a manifestação da vontade das partes para a sua inclusão no processo. Eram, para a processualista, factos principais, que integravam a causa de pedir e as exceções³⁴⁰. O «novo» CPC deixou de designar estes factos como «essenciais». FRANÇA GOUVEIA mantém a sua posição, entendendo que apenas se deve distinguir entre factos principais

³³⁵ Desrespeitando este trâmite processual, fica a sentença proferida ferida de *nulidade*, nos termos expostos na alínea d) do n.º 1 do art. 615º.

³³⁶ E as implicações práticas são de extrema relevância. Se o tribunal de 1ª instância tomar em consideração determinado facto, tido como *instrumental*, e a parte perdedora discordar, entendendo ser um facto *complementar*, criará um fundamento para se anular a sentença se não houver sido respeitado o contraditório das partes (que não se exige para o primeiro facto, mas é *condictio sine qua non* do segundo).

³³⁷ MARIA JOSÉ CAPELO, *estudo cit.*, p. 294, adverte para a crescente *indefinição* do papel dos factos complementares e concretizadores.

³³⁸ SOUSA, Teixeira de, «Algumas questões sobre o ónus de alegação e de impugnação em processo civil» in *Scientia Iuridica*, Maio-Agosto de 2013, Tomo LXII, n.º 332, p. 396 e 397. Os factos *principais*, para o processualista, englobam os factos essenciais e complementares (cfr. SOUSA, Teixeira de, *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª edição, Lex, 1997, p. 71). No mesmo sentido, ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *Direito Processual Civil*, Volume I, Almedina, 2010, p. 241; BASTOS, Jacinto Rodrigues, *Notas ao Código de Processo Civil*, II, 3ª Ed., Lisboa, 2000, p. 12; NETO, Abílio, *Código de Processo Civil Anotado*, 22ª Edição Actualizada, Novembro de 2009, Lisboa, p. 401.

³³⁹ SILVA, Paula Costa e, *estudo cit.*, p. 230.

³⁴⁰ GOUVEIA, Mariana França, *estudo cit.*, p. 612. No mesmo sentido, REGO, Carlos Lopes, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. I, 2ª Edição, 2004, Coimbra, p. 252.

e não principais: os primeiros serão aqueles que se reconduzem aos factos constitutivos, impeditivos, extintivos e modificativos; os segundos serão todos os outros³⁴¹.

De iure constituendo, acreditamos ser mais aconselhável seguir, em matéria de princípio do dispositivo, uma opção semelhante à do processo civil italiano e ao entendimento de FRANÇA GOUVEIA. Dividem-se os factos apenas em factos *principais* e factos *secundários* (ou não principais).

Factos *principais* são os factos juridicamente relevantes para o caso concreto, podendo ser factos constitutivos, modificativos, extintivos ou impeditivos³⁴². Devem estes factos ser alegados, quer para vincular o julgador ao seu conhecimento, quer para individualizar o objeto do processo³⁴³. Factos *secundários* são aqueles que, não sendo principais e tendo qualquer conexão com estes, deles se pode extrair, por via de inferência, o conhecimento dos factos *principais* controversos³⁴⁴. Relevam no âmbito *probatório*.

Escreve FRANCESCO P. LUISO: «As partes não têm o monopólio dos factos (...) O juiz não pode, é certo, investigar factos *não alegados*: mas se da instrução resulta a prova de um facto, deve aquele poder usá-lo como fundamento da decisão, ainda que não tenha sido alegado pela parte interessada» (tradução nossa)³⁴⁵.

Entre nós, é de louvar a prestimosa opinião de ALBERTO DOS REIS: «As partes têm a liberdade de deixar de submeter a controvérsia à apreciação do juiz; mas desde que a submetem, hão-de apresentá-la tal como ela é, sob pena de o juiz poder officiosamente completar e corrigir as suas deficiências, pois não pode reconhecer-se às partes o direito de disporem, como coisa sua, dos factos e das provas. Certo é, porém, que, enquanto o sistema legal não for modificado, os juízes têm de limitar-se a conhecer dos factos produzidos pelas partes, salvos os casos excepcionais em que lhes é dado

³⁴¹ GOUVEIA, Mariana França, *ob. cit.*, p. 613.

³⁴² TARUFFO, Michele, «Prova (In Generale)» in Dig. Disc. Priv. Sez. Civile, XVI, p. 9; PISANI, Andrea Proto, «Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi» in RDP, Abril-Junho de 1990 (XLV), II Serie, n.º 2, Padova, p. 387 e 388; GOUVEIA, Mariana França, *estudo cit.*, p. 613.

³⁴³ LUISO, Francesco P., *Diritto Processuale Civile – I – Principi generali*, 7ª Ed., Giuffrè Editore, 2013, p. 235 e 236; PISANI, Andrea Proto, *La nuova disciplina del processo civile*, Jovene Editore, Napoli, 1991, p. 223.

³⁴⁴ TARUFFO, Michele, *estudo cit.*, p. 9; PISANI, Andrea Proto, *ob. cit.*, p. 230; VERDE, Giovanni, «Prova (dir. proc. civ.)» in Enciclopedia del Diritto, XXXVII, p. 611. Equivalem aos nossos atuais *factos instrumentais*. Será possível tal visão porque, como entendem LEBRE DE FREITAS e ISABEL ALEXANDRE, *ob. cit.*, p. 166, os factos complementares apenas o são na medida em que não foram alegados *ab initio*, não tendo natureza diversa daqueles que as partes alegaram nos articulados. Podemos, por isso, prescindir desta categoria.

³⁴⁵ LUISO, Francesco P., *ob. cit.*, p. 236. OTHMAR JAUERNIG, *Direito Processual Civil* (trad. F. Silveira Ramos), 2002, Almedina, p. 146, entende que, se a audição de provas, por ex., a inquirição de testemunhas, puser a descoberto factos não alegados, o juiz deve poder basear neles a sentença, se nenhuma das partes se apropriou dos factos.

actuar oficiosamente. (...) Mas não vemos razão decisiva que impeça o juiz de conhecer de factos constantes dos autos, embora não alegados, todas as vezes que tais factos não importem alteração na causa de pedir. O juiz, tomando conhecimento destes factos, nem quebra a sua linha de neutralidade ou passividade – pois os factos emergem dos autos, não foi ele que os produziu – nem ultrapassa os limites da acção, visto subsistir inalterável a causa de pedir, o negócio jurídico em que a pretensão se baseia. O que é essencial é que a causa de pedir não sofra alteração»³⁴⁶.

Na esteira dos ilustres processualistas citados, defendemos uma separação entre factos *principais* e factos *secundários*. Os primeiros devem ser alegados pelas partes nos articulados; os segundos devem resultar da atividade instrutória e serão tidos em consideração se e quando permitirem o conhecimento dos primeiros. O julgador encontrar-se-á vinculado pelos limites objetivos traçados pela alegação dos factos principais. Porém, deparando-se com *novos* elementos de facto, poderá deles fazer uso, perante duas condições: respeitada a integridade da *causa de pedir*, tal qual como definida pelo conteúdo dos articulados, e efetivando-se a *audição* prévia das partes, como resulta do disposto no n.º 3 do art. 3.º.

5.2. Prova pericial

5.2.1. Regime jurídico

O n.º 1 do art. 417.º impõe que *todas as pessoas se submetam às inspeções necessárias*. Esta expressão integra, quer a prova por inspeção judicial, quer a prova pericial³⁴⁷. Quanto a esta, reza o art. 388.º do CC: «A prova pericial tem por fim a

³⁴⁶ REIS, Alberto dos, «Os poderes do juiz no julgamento da acção» in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Ano VII, 1921-1923, Coimbra, p. 77 e 78. E por maioria de razão, também não se pode verificar uma violação do princípio do pedido (cfr. LUISO, Francesco P., *ob. cit.*, p. 236).

³⁴⁷ O próprio FRANCESCO CARNELUTTI, «Prova del sangue» in RDP, Vol. XVI, 1961, Padova, p. 130, não hesitou em incluir nas designadas «inspeções», de que fala o art. 118.º do CPC it., a *colheita de sangue*. Entendia que «o artigo 118.º (...) não fala de experiências; mas a dificuldade exegética não é difícil de superar, tanto mais quando se reflita que, no fundo, a inspeção não se pode limitar ao externo do corpo humano e a colheita de qualquer gota de sangue não causa, por certo, “danos graves” para aqueles que se sujeitam à colheita» (tradução nossa).

Esta modalidade de prova tem ganho particular relevo nas últimas décadas, fundamentalmente devido à evolução técnica e científica a que temos vindo a assistir. A doutrina começou, por isso, a discutir a temática da *prova científica*, que deve ser formada, adquirida e valorada por um especialista (cfr. COMOGLIO, Luigi Paolo, «L'utilizzazione processuale del sapere extragiuridico nella prospettiva comparatística» in RDP, Outubro-Dezembro de 2005 (LX), II Serie, n.º 4, p. 1150 e 1168; LOMBARDO, Luigi, «La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto» in RDP, Janeiro-Fevereiro de 2007 (LXII), II Serie, n.º 1, p. 35; TARUFFO, Michele, «Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del

percepção ou apreciação de factos por meio de peritos, quando sejam necessários conhecimentos especiais que os julgadores não possuem, ou quando os factos, relativos a pessoas, não devam ser objecto de inspecção judicial»³⁴⁸.

A prova *pericial* pode ser concretizada de diversas formas: inspecção de *pessoas* ou de *coisas*, móveis ou imóveis; determinação do valor de *coisas ou direitos*; revelação do conteúdo de *documentos* ou determinação da sua autenticidade³⁴⁹.

Quanto ao *dever* de *todos* nos sujeitarmos a perícias, não parecem restar dúvidas.

Será que se estabelece um *dever* semelhante para os próprios *peritos*? OTHMAR JAUERNIG defende que não, porque o perito é, em regra, *substituível*³⁵⁰. O nosso legislador parece ter acolhido uma posição distinta³⁵¹. Lê-se no n.º 1 do art. 469º: «O perito é *obrigado* a desempenhar com diligência a função para que tiver sido nomeado, *podendo o juiz condená-lo em multa quando infringir os deveres de colaboração com o tribunal.*» (itálico nosso). Assim, também os *peritos* podem vir a ser condenados em *multa*, quando não cumpram os deveres de colaboração que sobre si impendem, por lei. Mais ainda, pode o perito ser responsabilizado *criminalmente*, nos termos do art. 360º do CP: «1- Quem, como testemunha, *perito*, técnico, tradutor ou intérprete, perante *tribunal* ou funcionário competente para receber como meio de prova, depoimento, *relatório*, informação ou tradução, prestar depoimento, *apresentar relatório*, der informações ou fizer traduções falsas, é punido com pena de prisão de 6 meses a 3 anos ou com pena de multa não inferior a 60 dias. 2- Na mesma pena incorre quem, sem

giudice» in RTDPC, Ano LV, n.º 3, Setembro de 2001, p. 687). Do que se trata é de o juiz recorrer a um sujeito com conhecimentos técnico-científicos que transcendem o seu património cultural, por forma, ou a obter *novos elementos de prova (perito percipiente)*, ou a *valorar adequadamente* a prova já produzida (*perito judicante* ou *deducente*) - cfr. LOMBARDO, Luigi, «Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile» in RDP, Outubro-Dezembro de 2002 (LVII), II Serie, n.º 4, p. 1088 e 1090; DENTI, Vittorio, «Scientificità della prova e libera valutazione del giudice» in RDP, Vol. XXVII, II Serie, 1972, Padova, p. 415, 416 e 421; COMOGLIO, Luigi Paolo, *Le Prove Civili*, UTET Giuridica, 2010, p. 98. Estando em causa conhecimentos *gerais e comuns*, o meio de prova a empregar é o da *inspecção judicial* (cfr. BASTOS, Jacinto Rodrigues, *Notas ao Código de Processo Civil*, III, 3ª Ed., Lisboa, 2001, p. 119; VERDE, Giovanni, *estudo cit.*, p. 47).

³⁴⁸ No CPC de 1939, até à Reforma de 1995/1996, distinguiam-se três modalidades de prova pericial (designada de «arbitramento»): o *exame*, a *vistoria* e a *avaliação*. Os dois primeiros eram realizados por «inspecção ocular», em coisas móveis ou pessoas (*exame*) ou coisas imóveis (*vistoria*). A *avaliação* pretendia determinar o valor de bens ou direitos. Estas subdivisões de prova pericial foram abandonadas (cfr. REIS, Alberto dos, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. IV, Reimp., Coimbra Editora, 1981, p. 165-167; ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Noções Elementares de Processo Civil* (com a colab. de Antunes Varela), Reimpressão, Coimbra Editora, 1993, p. 263; CASTRO, Artur Anselmo de, *Processo Civil Declaratório*, Volume III, Almedina, Coimbra, p. 333; SOARES, Fernando Luso, *Processo civil de declaração: história, teoria, prática*, Almedina, Coimbra, 1985, p. 794).

³⁴⁹ FREITAS, Lebre de, *ob. cit.*, p. 294.

³⁵⁰ JAUERNIG, Othmar, *ob. cit.*, p. 290 e 292.

³⁵¹ LEBRE DE FREITAS *et al.* entendem o dever dos peritos como um vínculo de prestação de serviços remunerados (cfr. FREITAS, Lebre de/MACHADO, A. Montalvão/PINTO, Rui, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 2º, 2ª Edição, Coimbra Editora, p. 528).

justa causa, se *recusar* a depor ou *a apresentar relatório*, informação ou tradução» (itálico nosso)³⁵².

O n.º 1 do art. 467º determina que «a perícia, requerida *por qualquer das partes* ou *determinada oficiosamente* pelo juiz, é requisitada pelo *tribunal* a estabelecimento, laboratório ou serviço oficial apropriado³⁵³ ou, quando tal não seja possível ou conveniente, realizada por um *único perito*³⁵⁴, nomeado pelo juiz de entre pessoas de reconhecida idoneidade e competência na matéria em causa» (itálico nosso). Pode o perito ser nomeado por *acordo das partes*, salvo se existirem fundadas razões para duvidar da sua idoneidade (n.º 2 do art. 467º). A perícia será realizada por mais de um perito, até ao máximo de três (*perícia colegial*), quando o juiz o determine, *oficiosamente*, pela especial complexidade da perícia, ou porque esta inclui matérias multidisciplinares (alínea a) do n.º 1 do art. 468º); também se prevê esta possibilidade quando, sendo a perícia da iniciativa de uma das partes, alguma delas requeira a perícia *colegial* (alínea b) do n.º 1 do art. 468º). Neste caso, podem as partes acordar na nomeação dos peritos³⁵⁵; na falta de acordo, cada parte escolhe um perito, cabendo ao julgador nomear o terceiro (n.º 2 do art. 468º). Se houver mais de um autor ou mais de um réu, a escolha do perito é efetuada pela *maioria*; sem maioria, a nomeação é devolvida ao juiz (n.º 4 do art. 468º). Nestas matérias, parece que a última palavra será sempre a do julgador³⁵⁶, que deve zelar pela escolha de profissionais especializados e competentes para colaborar com a Justiça³⁵⁷.

O dever de cooperação do *perito* encontra-se fortemente excepcionado. A estes sujeitos são aplicáveis as normas respeitantes ao regime de *impedimentos e suspeições*

³⁵² Segundo COMOGLIO, «L'utilizzazione processuale del sapere extragiuridico nella prospetiva comparatistica» in RDP, Outubro-Dezembro de 2005 (LX), II Serie, n.º 4, p. 1169, o exponencial recurso à *prova científica* gerou um sentimento generalizado de preocupação com os perigos de abuso e de falsas perícias. Por isso, também o CP italiano passou a sancionar estes tipo de comportamentos.

³⁵³ Exemplo disso, de extrema relevância na prática judiciária, é o do Instituto Nacional de Medicina Legal (INML). Dispõe o n.º 2 do art. 3º da Lei Orgânica do INML e Ciências Forenses, I. P. (DL n.º 166/2012, de 31 de Julho): «São atribuições do INMLCF, I. P.: (...) b) *Cooperar com os tribunais e demais serviços e entidades que intervêm no sistema de administração da justiça, realizando os exames e as perícias médico-legais e forenses que lhe forem solicitados*, nos termos da lei, bem como prestar-lhes apoio técnico e laboratorial especializado, no âmbito das suas atribuições».

³⁵⁴ Nas ações de valor não superior a metade da alçada da Relação, a perícia também será realizada por um único perito (n.º 5 do art. 468º).

³⁵⁵ O acordo das partes pode ser afastado pelo juiz, quando haja fundadas razões para duvidar da competência ou idoneidade dos peritos escolhidos (cfr. n.º 2 do art. 467º, por remissão do n.º 2 do art. 468º).

³⁵⁶ No direito alemão, cabe ao tribunal a nomeação dos peritos (§404, I da ZPO alemã), a não ser que delegue essa escolha às partes (§404, III da ZPO alemã) – cfr. JAUERNIG, Othmar, *ob. cit.*, p. 291.

³⁵⁷ Veja-se o n.º 2 do art. 469º: «O perito *pode ser destituído pelo juiz* se desempenhar de forma *negligente* o encargo que lhe foi cometido, designadamente quando não apresente ou impossibilite, pela sua inércia, a apresentação do relatório pericial no prazo fixado» (itálico nosso).

que vigora para os juízes (n.º 1 do art. 470º)³⁵⁸. Encontram-se ainda consagradas causas de *dispensa do exercício da função de perito* para «os titulares dos órgãos de soberania ou dos órgãos equivalentes das Regiões Autónomas, bem como aqueles que, por lei, lhes estejam equiparados, os magistrados do Ministério Público em efetividade de funções e os agentes diplomáticos de países estrangeiros» (n.º 2 do art. 470º). Os obstáculos à nomeação de peritos podem ser alegados pelas *partes* e pelo próprio *perito*, no prazo de *10 dias* a contar do conhecimento da nomeação (ou sendo superveniente, nos 10 dias subsequentes). Os obstáculos podem, de igual modo, ser conhecidos *oficiosamente*, até à realização da diligência (n.º 1 do art. 471º). Das decisões proferidas sobre impedimentos, suspeições ou escusas *não cabe recurso* (n.º 3 do art. 471º). Se a decisão proferida determinar o afastamento do perito, a nova nomeação pertence ao juiz (art. 472º)³⁵⁹.

Quando a perícia for ordenada oficiosamente, deve o juiz indicar, no despacho que determina a realização da diligência, o respetivo *objeto*, podendo as partes sugerir o alargamento a outras matérias (art. 477º)³⁶⁰.

Sendo a perícia requerida por uma das partes (n.º 1 do art. 467º), deve esta indicar logo, sob pena de rejeição, o objeto, enunciar, no próprio requerimento, as questões de facto que pretende ver esclarecidas com a perícia (n.º 1 do art. 475º), e, sendo caso disso, proceder ao requerimento de *perícia colegial* (alínea b) do n.º 1 do art.

³⁵⁸ Tendo em consideração o disposto no art. 116º, o perito *deve declarar-se impedido* quando se verifique alguma das causas previstas no art. 115º. Por exemplo, estará o perito impedido de exercer a sua função quando seja *parte na causa* (alínea a) do n.º 1 do art. 115º), quando seja parte da causa o seu *cônjuge* ou algum *parente ou afim em linha reta, ou no 2º grau da linha colateral* (alínea b) do n.º 1 do art. 115º), quando haja deposto ou tenha de depor como testemunha (alínea h) do n.º 1 do art. 115º). Para além deste *dever* de declaração de impedimento, *pode* o perito pedir escusa (n.º 3 do art. 470º), quando entenda que se possa suspeitar da sua imparcialidade (n.º 1 do art. 119º). Os fundamentos da suspeição estão previstos no n.º 1 do art. 120º (*verbi gratia*, existência de inimizade grave ou grande intimidade entre o perito e alguma das partes ou seus mandatários). Sendo um ato *voluntário* do perito, dispõe este de apenas 5 dias para pedir escusa, prazo a contar a partir do conhecimento da nomeação (cfr. n.º 2 do art. 471º).

No direito alemão, o §406, I da ZPO prevê a recusa do perito pelos mesmos motivos que legitimam a recusa de juízes (*vide* JAUERNIG, Othmar, *ob. cit.*, p. 292; COMOGLIO, Luigi Paolo, «L'utilizzazione processuale del sapere extragiuridico nella prospettiva comparatística» *in* RDP, Outubro-Dezembro de 2005 (LX), II Serie, n.º 4, p. 1167, nota de rodapé). Para além disso, o direito a recusar a apresentação do parecer terá a mesma amplitude do direito à recusa do testemunho, por remissão operada pelo §408 da ZPO (cfr. JAUERNIG, Othmar, *ob. cit.*, p. 292; COMOGLIO, Luigi Paolo, *estudo cit.*, p. 1167 e 1168, nota de rodapé).

³⁵⁹ A menos que se deva a causa superveniente *não imputável* ao perito, ou à parte que o designou, por maioria de razão (cfr. FREITAS, Lebre de, *A Ação Declarativa Comum (À luz do Código de Processo Civil de 2013)*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2013, p. 295).

³⁶⁰ Quando o juiz determina oficiosamente a perícia, recorrendo a estabelecimento, laboratório ou serviço oficial, só procede à nomeação do perito após audição das partes, nos termos expostos no art. 467º (cfr. FREITAS, Lebre de, *ob. cit.*, p. 295).

No direito alemão, a prova pericial também pode ser determinada oficiosamente, nos termos do §144 da ZPO alemã (cfr. JAUERNIG, Othmar, *ob. cit.*, p. 291).

468º)³⁶¹. A parte contrária será ouvida sobre o objeto proposto, podendo requerer a sua ampliação ou restrição (n.º 1 do art. 476º) e sugerir a realização de *perícia colegial* (alínea b) do n.º 1 do art. 468º). Se a perícia for *pertinente e necessária* (n.º 1 do art. 476º), o juiz ordena a realização da diligência, por intermédio de *despacho*, determinando o respetivo objeto, indeferindo as questões suscitadas pelas partes que considere inadmissíveis ou irrelevantes, e acrescentando outras que repute como necessárias ao apuramento da verdade (n.º 2 do art. 476º). No mesmo despacho deve o juiz designar data e local para o começo da diligência, notificando as partes (n.º 1 do art. 478º). Quando as perícias devam ser realizadas em institutos ou estabelecimentos oficiais, deve o juiz indicar o prazo para a apresentação do relatório pericial (n.º 2 do art. 478º).

Ordenada a diligência, os *peritos* devem prestar *compromisso de cumprimento consciente*³⁶² da função que lhes é cometida (art. 479º) e, logo de seguida, proceder às inspeções e averiguações necessárias à elaboração do relatório pericial (n.º 1 do art. 480º). À diligência podem assistir o juiz (n.º 2 do art. 480º) e as partes (n.º 3 do art. 480º)³⁶³. As partes podem fazer observações ao perito, mas também devem prestar os esclarecimentos que este lhes requeira, em relação ao objeto da diligência (n.º 4 do art. 480º).

O resultado da perícia é expresso em *relatório*, devendo os peritos pronunciar-se de forma *fundamentada* sobre o respetivo objeto (n.º 1 do art. 484º) e notificando-se as partes (n.º 1 do art. 485º). Pode o juiz determinar, oficiosamente ou por reclamação das partes, a prestação de esclarecimentos ou aditamentos, *por escrito*, nomeadamente devido à presença de deficiências, obscuridades ou contradições no relatório pericial, bem como pela falta de fundamentação adequada às conclusões do relatório (n.º 2 a 4 do art. 485º). Os peritos podem ser chamados a prestar esclarecimentos, *oralmente e sob juramento*, na audiência final, por requerimento das partes ou por ordem judicial (n.º 1 do art. 486º).

As partes podem requerer que se proceda a *segunda perícia*, no prazo de *10 dias a contar do resultado da primeira* (n.º 1 do art. 487º). Ao juiz também é dada esta

³⁶¹ Dispõe ainda o art. 474º: «A parte que requereu a diligência não pode desistir dela sem a anuência da parte contrária».

³⁶² Nos termos do §410 da ZPO alemã, deve o perito prestar *juramento* (cfr. JAUERNIG, Othmar, *ob. cit.*, p. 292).

³⁶³ Quanto à possibilidade de as *partes* assistirem à perícia, exceciona-se o caso de a perícia ser «suscetível de ofender o pudor ou implicar quebra de qualquer sigilo que o tribunal entenda merecer proteção» (cfr. n.º 3 do art. 480º, 2ª parte).

possibilidade, *a todo o tempo* (n.º 2 do art. 487º). A segunda perícia tem por objeto a averiguação dos mesmos factos sobre que incidiu a primeira (n.º 3 do art. 487º), e respeitará a composição observada nesta (isto é, por força da alínea b) do art. 488º, se a primeira perícia foi colegial, a segunda também o será, com o mesmo número de peritos). Não pode, no entanto, intervir na segunda perícia o perito que participou na primeira (alínea a) do art. 488º).

Quanto à força probatória da prova pericial, rege o art. 389º do CC: «A força probatória das respostas dos peritos é *fixada livremente pelo tribunal*»³⁶⁴.

5.2.2. Apreciação crítica

Em sede de apreciação crítica ao regime jurídico da prova pericial, iremos trazer à colação uma das questões mais debatidas nas últimas décadas: a questão da prova pericial nas ações de *filiação*.

O DL n.º 496/77, de 25/11 determinou a inclusão do art. 1801º no CC³⁶⁵, onde se prescreve: «Nas ações relativas à *filiação* são admitidos como meios de prova os

³⁶⁴ Acrescente-se ainda o art. 489º: «A segunda perícia não invalida a primeira, sendo uma e outra livremente apreciadas pelo tribunal». O facto de a prova pericial considerar-se *livremente apreciada* pelo tribunal não significa que o tribunal a possa avaliar de forma arbitrária ou discricionária (cfr. RODRIGUES, Fernando Pereira, *Os Meios de Prova em Processo Civil*, Almedina, 2015, p. 141). Assim, se o relatório foi elaborado com *unanimidade*, bem fundamentado, e não sendo produzidas outras provas sobre a matéria, que com o parecer emitido pudessem concorrer, dificilmente o juiz se poderá afastar das conclusões dos peritos (cfr. RODRIGUES, Fernando Pereira, *ob. cit.*, p. 141). Havendo margem para se afastar do relatório efetuado pelos peritos, deve o tribunal fundamentar especificamente a sua decisão (cfr. SOUSA, Teixeira de, *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*, Lex, Lisboa, 1995, p. 253).

No processo germânico, também a prova pericial está sujeita à *livre apreciação do tribunal*, devendo este esforçar-se por obter uma opinião própria (cfr. JAUERNIG, Othmar, *ob. cit.*, p. 292 e 293).

No direito italiano, rege a regra da livre apreciação da prova pericial (cfr. COMOGLIO, Luigi Paolo, «L'utilizzazione processuale del sapere extragiuridico nella prospettiva comparatistica» *in* RDP, Outubro-Dezembro de 2005 (LX), II Serie, n.º 4, p. 1165). Ensina o magistrado LUIGI LOMBARDO, «La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto» *in* RDP, Janeiro-Fevereiro de 2007 (LXII), II Serie, n.º 1, p. 49, que é papel do juiz o de *valorar* as conclusões do perito ou do consultor técnico, qual *peritus peritorum*. Assim, deve controlar as premissas de *facto* de que partiu o especialista; deve controlar a validade, sob o plano científico, das leis científicas e dos métodos de indagação adotados pelo *expert* (evitando a utilização de juízos fornecidos pela designada *junk science*); por fim, deve o julgador controlar a correspondência do procedimento efetivamente seguido com a lei ou técnica científica que o especialista pretendia aplicar, bem como deverá verificar a coerência lógica dos seus raciocínios (cfr. LOMBARDO, Luigi, *estudo cit.*, p. 50-53). GIOVANNI VERDE, «Prove nuove» *in* RDP, Janeiro-Março de 2006 (LXI), II Serie, n.º 1, p. 48, considera que este controlo de *peritus peritorum* se encontra «a meio caminho entre a ilusão e a hipocrisia», devido à lacuna dos conhecimentos comuns do juiz face aos conhecimentos especializados do perito ou do consultor técnico.

No processo civil espanhol faz-se apenas menção à apreciação do tribunal «segundo as regras da *crítica sã*», *ex vi* art. 348º LEC (cfr. GUASP, Jaime/ARAGONESES, Pedro, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, 7ª Ed., 2004, p. 445).

exames de sangue e quaisquer outros métodos cientificamente comprovados» (itálico nosso). Foi preocupação do legislador que os magistrados deixassem de preferir as inovações tecnológicas, que tantas vantagens acarretam para a determinação da verdade biológica³⁶⁶.

Contudo, o recurso aos exames hematológicos permaneceu escasso³⁶⁷, pelo que, na falta da verificação de uma das presunções legais então constantes do art. 1871º do CC³⁶⁸, deveria o autor *provar a exclusividade das relações sexuais ocorridas entre a mãe e o pretense pai*³⁶⁹. Apenas mais tarde, paulatinamente, os magistrados começaram a recorrer à prova *direta*, por meios *científicos*, esvaziando o conteúdo útil da prova da exclusividade de relações sexuais no período legal de concepção³⁷⁰.

³⁶⁵ Determinou igualmente a inclusão do art. 1864º do CC, onde se lê: «Sempre que seja lavrado registo de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, deve o funcionário remeter ao tribunal certidão integral do registo, a fim de se averiguar *oficiosamente* a identidade do pai» (cfr. OLIVEIRA, Guilherme de, *Estabelecimento da Filiação – Nota aos Artigos 1796º a 1873º do Código Civil*, 7ª Reimpressão, Almedina, 2003, p. 145).

³⁶⁶ Ensina GUILHERME DE OLIVEIRA, «A lei e o laboratório – Observações acerca das provas periciais da filiação» in Número Especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia, II*, 1989, Coimbra, p. 809, que, até à Reforma de 1977, a lei não «contava» com o laboratório, nem tão-pouco os juristas esperavam que os peritos os auxiliassem em tribunal. A lei pretendia que o «pai» fosse o cônjuge da mãe, desprezando a verdade biológica da filiação. Também em Itália foi sentida a reticência dos magistrados na utilização de meios científicos. Apenas por volta dos anos 80 do século passado os juízes italianos começaram a admitir que a prova de ADN seria útil, não só para excluir a paternidade, mas também para afirmar positivamente (cfr. VERDE, Giovanni, «Prove nuove» in RDP, Janeiro-Março de 2006 (LXI), II Serie, n.º 1, p. 50; STALTERI, Marcello, «Genetica e processo: la prova del “dna fingerprint”. Problemi e tendenze» in RTDPC, Ano XLVII, n.º 1, 1993, p. 216; TARUFFO, Michele, «La prova scientifica nel processo civile» in RTDPC, Ano LIX, n.º 4, Dezembro de 2005, p. 1090 e 1091; FERRANDO, Gilda, «Prove genetiche, verità biologica e principio di responsabilità nell’accertamento della filiazione» in RTDPC, Ano L, n.º 3, Setembro de 1996, p. 727-729). GIOVANNI VERDE, *estudo cit.*, p. 50, justificava esta «timidez» dos magistrados com a preocupação particular que se coloca nas ações de filiação, ações onde se devem evitar erros, ilusões e desilusões, que podem marcar a vida de um indivíduo de modo irreversível.

³⁶⁷ Já em 1994, LOPES DO REGO, «Relevância dos exames de sangue nas ações de investigação da paternidade – Recusa de cooperação do réu e inversão do ónus da prova» in Revista do MP, Ano 15º, Abril-Junho de 1994, n.º 58, p. 165, relatava que os tribunais continuavam a não aproveitar integralmente os meios oferecidos pela Medicina Legal.

³⁶⁸ Verificando-se uma dessas presunções, a defesa do réu podia limitar-se, tão-só, à criação de dúvidas *sérias* sobre a presunção em causa (*exceptio plurium*) - cfr. MARQUES, J. P. Remédio, «Investigação da paternidade – Concubinato duradouro e aplicação no tempo da Lei n.º 21/98, de 12 de Maio (A nova presunção de paternidade da alínea e) do n.º 1 do artigo 1871º do CC» in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXXVIII, Coimbra, 2002, p. 545; REGO, Carlos Lopes do, *estudo cit.*, p. 166.

³⁶⁹ Aliás, foi este o entendimento que presidiu ao Assento n.º 4/83, tendo o STJ concluído que «constitutivo, como o é, do direito alegado pelo investigante, a este cabe fazer a sua prova, consoante o preceituado no art. 342º, n.º 1, do CC» (por tudo, cfr. REGO, Carlos Lopes do, «Investigação da paternidade – Prova da exclusividade das relações sexuais – presunções judiciais» in Revista do MP, Ano 7º, Julho-Setembro de 1986, n.º 27, p. 123 e 124; MARQUES, J. P. Remédio, *estudo cit.*, p. 544, 545 e 549; BARBAS, Stela, «Investigação da filiação» in *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II, Almedina, 2008, p. 60 e 61).

³⁷⁰ REGO, Carlos Lopes do, «Acção oficiosa de investigação de paternidade – valor dos exames de sangue – “exceptio plurium”» in Revista do MP, Ano 12º, n.º 45, Janeiro-Março de 1991, p. 122. Escreve:

A Lei n.º 21/98, de 12 de Maio terminou com quaisquer dúvidas que pudessem restar acerca da desnecessidade de prova da exclusividade das relações sexuais entre a mãe do investigante e o pretense pai, ao introduzir mais uma presunção *legal* de paternidade³⁷¹, ínsita na alínea e) do art. 1871º do CC³⁷². Deste modo, presume-se a paternidade «quando se prove que o pretense pai *teve relações sexuais* com a mãe durante o *período legal de concepção*» (itálico nosso)³⁷³. Ensina REMÉDIO MARQUES: «(...) o espírito do novo regime da alínea e) do n.º 1 do artigo 1871º não reduz a actividade do autor à prova da coabitação, nem esgota a actividade processual do réu na prova da *exceptio plurium*. Ao invés, esta alteração legislativa, ao arrimo do que já sucedera na Alemanha, a partir dos inícios dos anos setenta do século passado, é o ponto de partida para uma indagação segura, de carácter científico, do vínculo biológico»³⁷⁴. Assim, o interesse na realização do exame de ADN será de ambos: do autor, porque a presunção de paternidade, agora facilmente alcançável, não assegura a veracidade do que se presume³⁷⁵; e ainda do próprio réu, pois será essa a forma mais eficaz de criar no julgador «dúvidas sérias», bem como será a forma mais idónea para

«A existência de relações ou contactos sexuais, nos primeiros 120 dias dos 300 que precedera o nascimento do menor, mais não é que um *meio indirecto* ou *instrumental* de alcançar a *verdade biológica*. Ora, demonstrada directamente a paternidade biológica através do categórico resultado do exame, torna-se dispensável a prova do referido *facto instrumental*» (cfr. REGO, Carlos Lopes do, *estudo cit.*, p. 122). No mesmo sentido, o Ac. do TRP de 21-06-1988 (Processo n.º 22 561, da 2ª Secção) in *Revista do MP*, Ano 9º, Julho-Dezembro de 1988, n.º 35/36, p. 198 e 200; TARUFFO, Michele, «La prova scientifica nel processo civile» in *RTDPC*, Ano LIX, n.º 4, Dezembro de 2005, p. 1092; FERRANDO, Gilda, *estudo cit.*, p. 730.

³⁷¹ Perante uma presunção legal, inverte-se o ónus da prova, *ex vi* do n.º 1 do art. 344º do CC (cfr. VARELA, Antunes/BEZERRA, J. Miguel/ NORA, Sampaio e, *Manual de Processo Civil – De acordo com o Dec.-Lei 242/85*, 2ª Edição, Reimp., Coimbra Editora, 2004, p. 465).

³⁷² REGO, Carlos Lopes do, «O ónus da prova nas acções de investigação da paternidade: prova directa e indirecta do vínculo de filiação» in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. I, Coimbra Editora, p. 781 e 785.

³⁷³ Para REMÉDIO MARQUES, *estudo cit.*, p. 545, do que se tratou foi de criar um regime maleável, direcionada para a *verdade biológica*.

GUILHERME DE OLIVEIRA, «O direito da filiação na jurisprudência recente» in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Número Especial, Coimbra, 1983, p. 136, considerava que, na prática, esta presunção era já anteriormente aplicada pelos tribunais. Veja-se: a prova da exclusividade das relações sexuais entre a mãe do investigante e o pretense pai – a fidelidade da mãe, portanto – é, manifestamente, difícil de provar. Os tribunais contentavam-se com uma certeza «moral», que resultava do consenso público em relação à mãe, bem como da sua personalidade, demonstrada em juízo. Presumindo-se, assim, a fidelidade da mãe, caberia ao pretense pai provar a *exceptio plurium*, o que na prática significaria que ao autor bastaria demonstrar a ocorrência de relações sexuais entre aqueles para obter a procedência do seu pedido.

³⁷⁴ MARQUES, J. P. Remédio, *estudo cit.*, p. 546 e 547.

³⁷⁵ No mesmo sentido, BARBAS, Stela, *estudo cit.*, p. 65. Mais: pretendendo o réu ilidir a presunção estabelecida através da realização de prova pericial, deve o autor sujeitar-se, sob pena de se inverter novamente o ónus da prova (cfr. MARQUES, J. P. Remédio, *estudo cit.*, p. 578, 582 e 583).

afastar uma paternidade falsamente atribuída³⁷⁶. Citamos LOPES DO REGO: «Como é manifesto, a consagração de uma nova presunção legal de paternidade na alínea e) do n.º 1 do artigo 1871º do Código Civil vem, em larga medida, retirar importância prática a esta questão da aplicabilidade do n.º 2 do artigo 344º do Código Civil à possível recusa na submissão a exame pelo réu: ao consagrar-se que se presume a paternidade quando se prove que o pretense pai teve relações sexuais com a mãe pelo menos durante o período legal de concepção, torna-se o pretense progenitor em eventual interessado principal na efectivação do exame, com vista a afastar a presunção de paternidade que sobre ele recai (“*maxime*” quando não conseguir provar conclusivamente a “*exceptio plurium*”»).³⁷⁷

A sanção prevista no n.º 2 do art. 344º do CC manterá utilidade em duas situações únicas: quando o autor não logrou, sequer, a demonstração da ocorrência de relações sexuais entre a sua mãe e o pretense pai, no período legal de concepção, sendo o exame de ADN o único meio de provar a paternidade; ou quando a recusa injustificada parta do próprio investigador (ou, sendo menor, da sua mãe), que, fazendo uso da presunção criada pela alínea e) do n.º 1 do art. 1871º do CC, pretenda impedir o réu de ilidir essa presunção³⁷⁸.

Mudemos o nosso ângulo de visão. Como tivemos oportunidade de citar, diversos são os processualistas que entendem como *ilegítima* a recusa do réu em submeter-se a perícias médico-legais, para investigação da paternidade³⁷⁹. Considerar a

³⁷⁶ MARQUES, J. P. Remédio, *estudo cit.*, p. 547 e ss; REGO, Carlos Lopes do, *estudo cit.*, p. 785. Entende REMÉDIO MARQUES, *estudo cit.*, p. 546, 548 e 550, que a alteração legislativa em análise visou encaminhar os réus para uma atitude distinta à que se verificava no passado, isto é, pretendia o legislador que os réus, pretensos pais, se sujeitassem de forma *voluntária* aos exames laboratoriais, já que são esses os meios mais adequados a oferecer um «contraditório eficaz».

³⁷⁷ REGO, Carlos Lopes do, *estudo cit.*, p. 787. *A fortiori*, como foi defendido por REMÉDIO MARQUES, *estudo cit.*, p. 548, o recurso à presunção estabelecida na alínea e) do n.º 1 do art. 1871º do CC levará à desvalorização da valoração da conduta processual do réu.

³⁷⁸ REGO, Carlos Lopes do, *estudo cit.*, p. 787 e 788; MARQUES, J. P. Remédio, *estudo cit.*, p. 578-583.

³⁷⁹ Cfr. nota de rodapé 229. A recusa é tida como *ilegítima*, também em homenagem aos avanços científicos que se têm verificado nas últimas décadas. Seguimos de perto os trabalhos de M. FÁTIMA PINHEIRO. Como nos ensina a especialista de Genética e Biologia Forense, verifica-se hoje um recurso maioritário a exames de ADN, em detrimento dos métodos convencionais, já que o ADN pode ser obtido a partir de qualquer tipo de células, em pequenas ou grandes quantidades, e é mais resistente à degradação do que as proteínas. O ADN encontra-se em todas as células *nucleadas* do organismo, sendo *único* para cada indivíduo (por isso designado «*ADN fingerprint*») – com exceção dos gémeos *homozigóticos* – e apresenta-se em todas as células nucleadas de forma igual e invariável, ao longo de toda a vida do indivíduo. Pode ser extraído do *sangue* (em estado líquido ou em mancha seca), do sêmen (relevante nos casos de suspeita de violação), de pelos (devendo arrancar-se da raiz, onde se encontram as células do folículo piloso), de peles, ossos, da saliva (contém células epiteliais), de restos cadavéricos (músculos, ossos, dentes) e ainda de material fetal (cfr. PINHEIRO, M. Fátima, «Contribuição do estudo do DNA na

recusa como *legítima*, implicaria a sua inclusão na hipótese normativa da alínea a) do n.º 3 do art. 417º, não sofrendo o recusante quaisquer sanções. Não tem sido esse o entendimento sufragado, incorrendo o recusante na aplicação de uma multa e, sendo parte, nas sanções previstas para o âmbito probatório.

Considerar a recusa ilegítima é uma coisa; circunstância muito diferente é a de defender a execução de perícias médico-legais com recurso à força, como acontece, por exemplo, no sistema alemão³⁸⁰. O n.º 1 do art. 417º menciona os «meios coercitivos que forem possíveis»³⁸¹, mas a execução coativa de intervenções no corpo humano – por mais insignificantes que possam ser – não é uma delas. Esse teor de condutas não é defensável num Estado de Direito, como é o nosso³⁸², até porque existem múltiplas possibilidades de alcançar os mesmos resultados práticos.

resolução de casos criminais» in Revista do MP, Ano 19, Abril-Junho de 1998, n.º 74, p. 146-150; PINHEIRO, M. Fátima, «Aplicação do estudo do DNA na investigação biológica da filiação» in Revista do MP, Ano 17º, Abril-Junho de 1996, n.º 66, p. 132; PINHEIRO, M. Fátima, «Identificação genética: passado, presente e futuro» in Revista do MP, Ano 30, Abril-Junho de 2009, n.º 118, p. 160 e ss; STALTERI, Marcello, «Genetica e processo: la prova del “dna fingerprint”. Problemi e tendenze» in RTDPC, Ano XLVII, n.º 1, 1993, p. 191). Quanto aos métodos de recolha, podem ser distinguidos entre *invasivos* e *não invasivos*: a recolha de sangue é integrada no primeiro tipo de métodos; do segundo, constam métodos como os exsudatos bucais (zaragatoas) e extração de raízes de cabelos (cfr. PINHEIRO, M. Fátima, «Contribuição do estudo do DNA na resolução de casos criminais» in Revista do MP, Ano 19, Abril-Junho de 1998, n.º 74, p. 149; SEGATEL, Elisa, «Il rifiuto dell'imputato di sottoporsi a prelievi biologici» in RDP, Março-Abril de 2007 (LXII), II Serie, n.º 2, p. 352). Os resultados obtidos são apreciados segundo a tabela de Hummel, permitindo aos magistrados uma melhor compreensão dos resultados laboratoriais. Assim, a probabilidade de paternidade *superior a 99.73%* representa uma *paternidade praticamente provada*; se a probabilidade de paternidade se encontrar *entre os 99.00 e os 99.73*, dir-se-á que a *paternidade é extremamente provável* (cfr. PINHEIRO, M. Fátima, «Aplicação do estudo do DNA na investigação biológica da filiação» in Revista do MP, Ano 17º, Abril-Junho de 1996, n.º 66, p. 137).

³⁸⁰ Ver nota de rodapé n.º 220.

³⁸¹ PAULA COSTA E SILVA, «A realização coerciva de testes de ADN» in *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. I, Almedina, 2005, p. 182, afirma, com razão, que o acompanhamento coativo ao Instituto de Medicina Legal, territorialmente competente, é distinto da recolha coativa de produtos biológicos; admitir a condução sob custódia sem a possibilidade, subsequente, de se extraírem elementos para análise, seria pugnar uma solução inútil. Daí que, quando os autores mencionam os «meios coercitivos que forem possíveis», não podem estar somente a fazer menção a uma aplicação analógica do disposto no n.º 4 do art. 508º, relativo à comparência de testemunhas sob custódia. Seria um desperdício de meios, tão escassos nos dias que correm.

³⁸² No mesmo sentido, OLIVEIRA, Guilherme de, «A lei e o laboratório – Observações acerca das provas periciais da filiação» in Número Especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia, II*, 1989, Coimbra, p. 820 e 821; OLIVEIRA, Guilherme de/MONIZ, Helena, «Utilização de informação genética em acções de filiação – perguntas e respostas» in *Lex Medicinæ*, Ano 2, n.º 4, 2005, p. 42 e 43; REGO, Carlos Lopes do, «O ónus da prova nas acções de investigação da paternidade: prova directa e indirecta do vínculo de filiação» in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. I, Coimbra Editora, p. 786; FERRANDO, Gilda, *estudo cit.*, p. 729; Ac. do TC n.º 616/98 (Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt>); Ac. do STJ de 11-01-2001 in Revista do MP, Ano 22, Janeiro-Março de 2001, n.º 85, p. 161-163. *A contrario*, o Ac. do STJ datado de 11-03-1997, relatado por Fernando Fabião, tendo sido ordenada a comparência sob custódia da mãe e do menor no Instituto de Medicina Legal (Disponível em www.dgsi.pt); BARBAS, Stela, *estudo cit.*, p. 67-70; SILVA, Paula Costa e, *estudo cit.*, p. 185 e 186.

Não estamos a referir, novamente, as consequências de índole processual. Pretendemos aludir a soluções de índole prático-laboratorial, que os incríveis avanços da ciência nos proporcionam e que a Justiça tende a desvalorizar.

Estando o pretense pai *falecido*, uma das formas de garantir ao autor o conhecimento das suas origens é a de proceder à *exumação do cadáver*³⁸³. Estabelece o art. 21º do DL n.º 411/98, de 30 de Dezembro³⁸⁴: «Após a inumação é proibido abrir qualquer sepultura ou local de consumpção aeróbia *antes de decorridos três anos, salvo em cumprimento de mandado da autoridade judiciária*». Qual será o regime defensável, decorridos os três anos da data da inumação? DIAS PEREIRA admite a possibilidade de exumação do cadáver para recolha de material biológico, com vista à realização de testes genéticos em ação de filiação, exigindo-se, para tanto, *autorização judicial*³⁸⁵. No entanto, é prática do INML o de evitar sempre que possível a exumação de cadáveres, tentando realizar perícias em familiares próximos do pretense pai³⁸⁶ (falecido ou até ausente)³⁸⁷.

A questão que colocamos é a seguinte: estas possibilidades são utilizadas quando o réu se encontra ausente ou já faleceu; porque não utilizá-las noutro tipo de contextos? Perante uma recusa persistente do réu, deverá ser estabelecida a paternidade com base numa presunção legal (ou através da inversão do *onus probandi*), ou podemos

³⁸³ OLIVEIRA, Guilherme de/MONIZ, Helena, *estudo cit.*, p. 43; BARBAS, Stela, *estudo cit.*, p. 48 e 49. Dos cadáveres, como alegamos, podem ser extraídos materiais biológicos que contêm ADN (músculos, ossos, dentes). No entanto, devido aos fenómenos de putrefação, as estruturas mais examinadas, porque mais resistentes àqueles fenómenos, tendem a ser as ósseas (onde incluímos a dentição) – cfr. BENFICA, Francisco Silveira, «Roteiro básico para solicitação e realização de exumações para coleta de material genético (DNA) em investigação de paternidade» in Revista da AJURIS, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, p. 270-275.

³⁸⁴ Citado em OLIVEIRA, Guilherme de/MONIZ, Helena, *estudo cit.*, p. 43; PEREIRA, André Gonçalo Dias, «Da possibilidade de realização de autópsias ou outros exames *post mortem* a requerimento de particulares – estudo jurídico» in Lex Medicinæ, Ano 8, n.º 15, 2011, p. 83.

³⁸⁵ PEREIRA, André Gonçalo Dias, *estudo cit.*, p. 84. As restrições operadas ao manuseamento de cadáveres inumados há mais de 3 anos devem-se a preocupações de *saúde pública* e ao risco de utilização de amostras *fraudulentas* (troca de corpos, corpos em várias sepulturas, cemitérios sem indicação precisa dos corpos sepultados, condições adversas como chuva, insetos, destruição do caixão...) – cfr. BENFICA, Francisco Silveira, *estudo cit.*, p. 275; PEREIRA, André Gonçalo Dias, *estudo cit.*, p. 84. O STJ ordenou a realização de exumação de cadáver, em Ac. relatado por Serra Baptista, a 24-05-2012; o TRL em Ac. relatado por Maria de Deus Correia, a 29-04-2014 (com voto de vencido). Disponíveis em www.dgsi.pt.

³⁸⁶ OLIVEIRA, Guilherme de/MONIZ, Helena, *estudo cit.*, p. 43.

³⁸⁷ GUILHERME DE OLIVEIRA, «Caducidade das acções de investigação» in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. I, Coimbra Editora, p. 55, escreveu: «... O argumento do “envelhecimento das provas” perdeu quase todo o valor, com a eficácia e a generalização das provas científicas. As acções são cada vez mais julgadas com base nos testes de ADN, que não envelhecem nunca – os exames podem fazer-se muitos anos depois da morte do suposto pai, ou na ausência do pai! Morrem as testemunhas, mudam os lugares, é certo, mas nada disso altera, verdadeiramente, o caminho que as acções seguem, e hão-de seguir cada vez mais, no futuro. Por isto não se deve recear, como dantes, as fraudes que assentavam na prova testemunhal tardia e mentirosa».

configurar outro tipo de soluções? Se existem formas de obter uma *prova direta* da paternidade, porque nos bastamos nós com uma prova indireta, que não garante ao investigador ter alcançado a verdade? Mais que a paternidade *jurídica*, deveríamos procurar estabelecer a *paternidade biológica*³⁸⁸, garantindo ao investigador o seu direito à *historicidade pessoal*³⁸⁹.

Assim, em ações de investigação da paternidade, e perante injustificadas e persistentes recusas de colaboração do réu, defendemos a realização de exames de ADN em *parentes próximos* do pretense pai³⁹⁰. Mais: consideramos ser papel do juiz o de determinar *oficiosamente* tais diligências instrutórias, nos termos dos arts. 411º e 477º³⁹¹. Deve o juiz pautar a sua conduta de índole *oficiosa*, não só por imperativos de Justiça, mas também por imperativos de garantia dos direitos dos cidadãos. Entendemos

³⁸⁸ Os testes de ADN vieram permitir que a paternidade jurídica (presumida) fosse substituída pela quase certeza de paternidade, segundo o princípio «*pater is est quem sanguis demonstrat*» (cfr. BARBAS, Stela, *estudo cit.*, p. 47).

³⁸⁹ «Saber quem sou exige saber de onde venho, quais são os meus antecedentes genéticos, onde estão as minhas raízes familiares, geográficas e culturais.» (cfr. OLIVEIRA, Guilherme de, *estudo cit.*, p. 51). No mesmo sentido, CANOTILHO, J. J. Gomes/MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª Edição, Reimp., Coimbra Editora, 2014, p. 462; BARBAS, Stela, *estudo cit.*, p. 37; REIS, Rafael Vale e, «Direito ao conhecimento das origens genéticas» in *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. III, Almedina, 2009, p. 195; OTERO, Paulo, *Personalidade e Identidade pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética*, Almedina, 1999, p. 64 e 71-81.

³⁹⁰ O ADN nuclear é herdado de ambos os progenitores, à exceção do cromossoma Y, de herança uniparental *paterna*; o ADN mitocondrial é de herança uniparental *materna*. Começamos com o ADN nuclear. A análise dos marcadores genéticos do cromossoma Y permite a identificação da linhagem masculina (linhagem de um indivíduo do sexo masculino e de todos os homens com ele relacionados pela via paterna). Permite, por exemplo, recorrer ao *avô paterno*, em ação de filiação cujo autor é do sexo *masculino*. Embora menos utilizado na prática, é possível que a análise verse sobre os marcadores genéticos do cromossoma X, permitindo-se o estudo genético entre indivíduos que partilham este cromossoma. Assim, e uma vez que o pretense pai herda o cromossoma X da sua mãe biológica, podem ser comparadas as características genéticas da *avó materna* com as da *pretensa neta*. Também podem ser comparadas com as características genéticas de *irmãs*, uma vez que o pai biológico transmite o mesmo cromossoma X a todas as filhas. Quando a análise destes marcadores genéticos do ADN nuclear falha, pode recorrer-se ao ADN mitocondrial, que permite determinar relações familiares de linhagens femininas. Por tudo, *vide* PINHEIRO, M. Fátima, «Identificação genética: passado, presente e futuro» in *Revista do MP*, Ano 30, Abril-Junho de 2009, n.º 118, p. 164-179. Referimo-nos, tão-somente, aos parentes mais próximos, como os avós e os irmãos, pois são esses os mais idóneos a oferecer resultados de compatibilidade mais elevados.

Neste sentido, citamos o Ac. do TRL, relatado por Ondina Carmo Alves a 17-09-2009: «No caso específico dos processos de investigação de filiação, a colaboração exigível impõe que a parte – o pretense pai - ou *terceiros* que *apresentem com aquele uma afinidade genética*, nomeadamente os *pretensos avós do investigador*, realizem os testes de ADN (...) Considerando que os dados genéticos de cada indivíduo dependem da informação genética que hajam recebido dos respectivos progenitores, podem os pais ou pretensos pais da criança ser substituídos pelos *avós ou pretensos avós paternos* para a determinação do grau de probabilidade de uma derivação biológica» (itálico nosso) - Disponível em www.dgsi.pt.

³⁹¹ CÉSAR ABRANCHES, «O dever de colaboração dos terceiros para com a Justiça» in *ROA*, Ano 1º, 3º e 4º trimestres de 1941, Lisboa, p. 392, admitia a possibilidade de se proceder à inspeção do corpo de familiares do pretense pai, em busca de sinais ou caracteres hereditários comuns. Note-se: eram meios que se revelavam, na maioria das situações, *infrutíferos*. Circunstância que nos dias de hoje não se verifica.

que, não só o julgador não deve impor estas perícias à força, como também não deve contentar-se com uma decisão *artificialmente justa*. Se dispõe de meios que possibilitam alcançar os mesmos resultados práticos, garantindo os direitos constitucionais do autor sem violar os direitos constitucionais do réu, deve o juiz fazer uso daqueles meios³⁹². Proferido despacho a ordenar perícias médico-legais a familiares próximos do pretense pai, impõe-se a colaboração desses sujeitos. Se recusarem o seu consentimento para a realização dos testes de ADN, são sancionados com *multa*, nos termos do n.º 2 do art. 417º. Depois de o julgador tentar colocar em prática todos os meios que a ciência lhe oferece, mesmo que sem sucesso, aí sim, encontrar-se-á em condições de proferir uma decisão com base numa presunção legal ou na inversão do ónus da prova, hipoteticamente aplicáveis³⁹³.

5.3. Prova por inspeção

5.3.1. Regime jurídico

A prova por inspeção «tem por fim a percepção directa de factos pelo tribunal.» (art. 390º do CC).

Resulta do n.º 1 do art. 417º que *partes e terceiros devem* sujeitar-se às *inspeções necessárias*³⁹⁴. Assim, nos termos do n.º 1 do art. 490º, «o tribunal, *sempre que o julgue conveniente*³⁹⁵, pode, por sua iniciativa ou a requerimento das partes, e com *ressalva da intimidade da vida privada e familiar e da dignidade humana*,

³⁹² Ensina o mestre CALAMANDREI, «La funzione della giurisprudenza nel tempo presente» in RTDPC, Ano IX, 1955, Milano, p. 252 e 253: «o direito não declina, o direito adequa-se» (...) O jurista não é, de facto, um conservador de velhas fórmulas em desuso, quase como um conservador de um museu de antiguidades: é um vivo e vigilante intérprete do tempo, que tanto melhor executa as suas funções quanto melhor prestar atenção às exigências humanas da história (...)» (tradução nossa).

³⁹³ Sendo certo que recorrer a estes testes comporta *custos elevados*, somos da opinião de PAULA COSTA E SILVA, *estudo cit.*, p. 180 e 181, que defende ser menos oneroso para o tribunal recorrer à realização de um teste de ADN do que proceder à inquirição de múltiplas testemunhas, cujos resultados serão, muitas vezes, contraditórios, e sempre pouco fiáveis. Acrescentamos a advertência de SUSANA COSTA, «A justiça em laboratório» in Revista Crítica de Ciências Sociais, n.º 60, Outubro de 2001, p. 172 e 173, que nos relembra que o recurso a estes meios científicos comporta alguns problemas, como erros de identificação das amostras, contaminações na recolha do material, erros na execução da técnica, quebras na cadeia de custódia, entre outros. No entanto, tais eventualidades não nos devem impedir de recorrer à ciência; devemos, sim, exigir desses profissionais, como a nós mesmos, um exercício da sua atividade com *excelência e profissionalismo*.

³⁹⁴ O direito alemão não parece estabelecer um dever geral de sujeição à inspeção ocular, até porque, em sede de sanções, apenas afeta substancialmente as *partes* (cfr. JAUERNIG, Othmar, *Direito Processual Civil* (trad. F. Silveira Ramos), 2002, Almedina, p. 284).

³⁹⁵ A prova por inspeção, como ensina LEBRE DE FREITAS, *A Ação Declarativa Comum (À luz do Código de Processo Civil de 2013)*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2013, p. 299, é caracterizada pela sua *oficiosidade*.

inspecionar *coisas* ou *pessoas*, a fim de se esclarecer sobre qualquer facto que interesse à decisão da causa, podendo deslocar-se ao local da questão ou mandar proceder à reconstituição dos factos, quando a entender necessária³⁹⁶» (itálico nosso).

Deve o juiz ordenar a inspeção, ou recusá-la, por *despacho fundamentado*. Admitindo a realização da inspeção, notifica as partes do dia e hora da inspeção³⁹⁷, para que estas, querendo, estejam presentes no ato de inspeção judicial (art. 491º).

Tratando-se de coisas *móveis*³⁹⁸ ou *de pessoas*, a inspeção é efetivada no tribunal, e, se possível, na audiência final³⁹⁹. Tratando-se de coisas *imóveis*, pode o tribunal deslocar-se ao *local* (n.º 1 do art. 490º).

Se as partes estiverem presentes na realização da inspeção judicial, o tribunal pode solicitar às partes os esclarecimentos que reputar necessários, *devendo*⁴⁰⁰ estas prestá-los, *ex vi* art. 491º. Pode ainda o julgador fazer-se acompanhar de pessoa com conhecimentos *técnicos*⁴⁰¹ (n.º 1 do art. 492º)⁴⁰². Após a diligência, é lavrado *auto*, registando-se todos os elementos úteis para a decisão da causa, podendo o juiz

³⁹⁶ Quando a iniciativa couber a uma das partes, deve a parte requerente fornecer ao tribunal os meios adequados à sua realização, salvo se estiver isenta do pagamento de custas (n.º 2 do art. 490º).

³⁹⁷ FARIA, Paulo Ramos de/LOUREIRO, Ana Luísa, *Primeiras notas ao Novo Código de Processo Civil*, Vol. I, 2013, Almedina, p. 379; MARQUES, J. P. Remédio, *Ação Declarativa à luz do Código Revisto*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2011, p. 582.

No direito alemão o despacho de *inspeção ocular* é proferido sob requerimento (§371 da ZPO) ou oficiosamente (§144, I da ZPO) – *vide* JAUERNIG, Othmar, *ob. cit.*, p. 283.

O mesmo se verifica no processo civil italiano (cfr. FINOCCHIARO, Alfio, «Ispezione (dir. proc. civ.)» *in* Enciclopedia del diritto, XXII, p. 954; LIUZZI, Giuseppe Trisorio, «Ispezione nel processo civile» *in* Dig. Disc. Priv. Sez. Civile, X, 1993, p. 196 e 197).

³⁹⁸ Deve a parte entregar a coisa *móvel* na secretaria do Tribunal, dentro do prazo fixado para a apresentação de documentos (n.º 1 do art. 416º).

³⁹⁹ FREITAS, Lebre de, *ob. cit.*, p. 299.

⁴⁰⁰ A norma expressa que as partes *podem*, porém, em bom rigor, como ressalva LEBRE DE FREITAS, *ob. cit.*, p. 300, trata-se de um verdadeiro *dever*, quer por referência à norma geral do art. 417º, quer, *a fortiori*, em face do disposto no n.º 4 do art. 480º.

⁴⁰¹ Este sujeito é *mero auxiliar do julgador*, podendo este não seguir as indicações prestadas (cfr. BASTOS, Jacinto Rodrigues, *Notas ao Código de Processo Civil*, III, 3ª Ed., Lisboa, 2001, p. 133).

Nos termos do n.º 1 do art. 601º, quando a matéria de facto suscite dificuldades de natureza técnica, e não dispondo o tribunal de conhecimentos especiais para a sua resolução, pode ser designado técnico, para que assista à audiência e aí preste os esclarecimentos necessários. Por este sujeito podem ser arguidas as causas de impedimento ou de recusa em termos idênticos aos consagrados para o *perito*, nos termos do n.º 2 do art. 601º (cfr. FARIA, Paulo Ramos de/LOUREIRO, Ana Luísa, *ob. cit.*, p. 383). MARIA JOSÉ CAPELO, «A enigmática figura do técnico no Código de Processo Civil» *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. I, Coimbra Editora, 2013, p. 1060, considera que também as partes devem poder designar assistente técnico para estar presente na audiência final, no cumprimento das exigências da contraditoriedade. Perante esta possibilidade, é de reconhecer que este técnico nomeado pelas partes, diferentemente do que sucede nos casos de nomeação oficiosa pelo juiz, não ficará sujeito às exigências de imparcialidade relativas ao perito.

No processo civil italiano, prevê-se a possibilidade de o julgador ser assistido por um consultor técnico no decorrer da inspeção judicial, *ex vi* art. 259º do CPC it. (cfr. LIUZZI, Giuseppe Trisorio, *estudo cit.*, p. 198).

⁴⁰² Adverte MARIA JOSÉ CAPELO, *estudo cit.*, p. 1056, que o apoio técnico não pode pôr em causa a natureza *pessoal* da prova por inspeção judicial. A não ser assim, por detrás do «manto» da inspeção estaria uma autêntica *perícia*.

determinar que se registe fotograficamente o ato de inspeção, para juntar aos autos (art. 493º).

Sendo admissível prova *por inspeção* e o julgador considerar dispensável a percepção direta pelos factos, pode aquele optar por delegar a diligência para *técnico* ou *pessoa qualificada*, estando em causa *coisas, locais* ou *factos a reconstituir* (art. 494º)⁴⁰³. A estas *verificações não judiciais qualificadas* – nas palavras da lei processual – aplicam-se as normas que regulamentam a inspeção judicial (arts. 490º-493º). Assim, por exemplo, podem as partes assistir à diligência, indicar os factos que entendam revestir interesse para a decisão da contenda e prestar esclarecimentos ao técnico. LEBRE DE FREITAS considera que se trata de uma perícia, com perito *singular*, e sem possibilidade de alargamento do respetivo objeto ou de reclamação contra o relatório exarado, pelas partes⁴⁰⁴.

A inspeção judicial tem como *limites*, desde logo, os constantes do n.º 3 do art. 417º. A esses limites, acresce o da *ressalva da intimidade da vida privada e familiar e da dignidade humana*. Sendo possível, ao invés de se sujeitar a pessoa – ou as suas coisas – ao ato de inspeção judicial, poderá configurar-se a produção de prova *pericial*⁴⁰⁵.

⁴⁰³ RAMOS DE FARIA e ANA LOUREIRO, *ob. cit.*, p. 381, entendem que nada impede que a parte requeira esta modalidade, aquando do requerimento para prova por inspeção. Não comungamos deste entendimento. O recurso às *verificações não judiciais qualificadas* parte de um juízo do julgador, que as partes não têm como antecipar. Juízo que se subdivide em dois: o juiz deve, em primeiro lugar, decidir se a requerida inspeção judicial é legalmente admissível e, em segundo lugar, irá questionar se a inspeção, tida por admissível, implica, necessariamente, uma percepção direta dos factos. Irá pesar, por exemplo, se se adequa melhor um recurso às verificações não judiciais qualificadas, ou, antes, se se deve seguir o regime da inspeção judicial com auxílio de um técnico.

Em Itália, o art. 260º do CPC it. determina que, no que se refere à inspeção corporal, poderá o juiz instrutor abster-se de participar nela – delegando a inspeção a um consultor técnico, para tanto designado – por forma a garantir o respeito pela pessoa examinada (cfr. MANDRIOLI, Crisanto, *Corso di Diritto Processuale Civile – II – Il Processo di Cognizione*, 6ª Ed., 2007, Torino, p. 177; LIUZZI, Giuseppe Trisorio, *estudo cit.*, p. 199; FINOCCHIARO, Alfio, *estudo cit.*, p. 956).

⁴⁰⁴ FREITAS, Lebre de, *ob. cit.*, p. 300. No mesmo sentido, e ainda antes da Aprovação do CPC de 2013, a OA emitiu parecer, no qual explanou que as designadas *verificações não judiciais qualificadas* se encontram algo próximas da prova pericial, devendo aplicar-se aos «técnicos» o regime de impedimentos e suspeições previstos legalmente para os *peritos* (vide CAPELO, Maria José, *estudo cit.*, p. 1059). ISABEL ALEXANDRE, «A fase da instrução e os novos meios de prova no Código de Processo Civil de 2013» in *Revista do MP*, Abril-Junho de 2013, n.º 134, p. 38-41, por seu lado, demonstra as diversas dificuldades que se colocam ao procurar diferenças entre a prova pericial e as *verificações não judiciais qualificadas*.

⁴⁰⁵ Resulta do art. 388º do CC: «A *prova pericial* tem por fim a percepção ou apreciação de factos por meio de peritos, quando sejam necessários conhecimentos especiais que os julgadores não possuem, *ou quando os factos, relativos a pessoas, não devam ser objecto de inspecção judicial.*» (itálico nosso). É certo que se mantém uma certa exposição. Contudo, essa exposição não ocorrerá em sede de audiência final, constando «apenas» do relatório pericial. Não podem *pessoas* ser sujeitas às designadas *verificações não judiciais qualificadas*, já que do n.º 1 do art. 494º resulta essa exclusão.

O terceiro que recuse a sujeição a inspeções é condenado em *multa* (n.º 2 do art. 417º). Quanto aos «meios coercitivos possíveis», não cremos ser possível aplicar, por analogia, o disposto no n.º 4 do art. 508º⁴⁰⁶. Mesmo que se proceda ao acompanhamento sob custódia da pessoa a inspecionar, apenas se garante a sua comparência, já que a efetivação da inspeção, em si mesma, não pode ser obtida coativamente. Ficamos, no entanto, com sérias dúvidas no que toca a uma possível aplicação analógica do disposto no art. 433º (onde se regula a apreensão de documentos) aos casos de inspeção de coisas *móveis*⁴⁰⁷. Em sede penal, não parece existir qualquer tipo legal de crime a sancionar este tipo de recusa de colaboração com a Justiça.

A prova por inspeção é livremente apreciada pelo tribunal (art. 391º do CC)⁴⁰⁸.

5.4. Prova documental

5.4.1. Regime jurídico

Dispõe o art. 362º do CC: «Prova *documental* é a que resulta de documento; diz-se documento qualquer objecto elaborado pelo homem com o fim de reproduzir ou representar uma pessoa, coisa ou facto»⁴⁰⁹.

Desde logo, há que distinguir os documentos *escritos* dos *não escritos*. Os primeiros incorporam declarações, de ciência ou de vontade⁴¹⁰. Os segundos são constituídos por reproduções fotográficas ou cinematográficas, por reproduções *mecânicas* de factos ou coisas⁴¹¹, e ainda por documentos *eletrónicos* não suscetíveis de representação como declaração escrita⁴¹².

⁴⁰⁶ No mesmo sentido, FINOCCHIARO, Alfio, *estudo cit.*, p. 954.

⁴⁰⁷ ANTUNES VARELA *et al.*, parecem apoiar esta aplicação analógica, já que admitem a apreensão, pela força se necessário, de documentos, animais ou coisas (cfr. VARELA, Antunes/BEZERRA, J. Miguel/NORA, Sampaio e, *Manual de Processo Civil – De acordo com o Dec.-Lei 242/85*, 2ª Edição, Reimp., Coimbra Editora, 2004, p. 480).

⁴⁰⁸ Para as *verificações não judiciais qualificadas* vale também este princípio de livre apreciação do tribunal, como resulta do n.º 2 do art. 494º.

⁴⁰⁹ No Código de Seabra dizia-se apenas: «prova documental é a que resulta de *documento escrito*» (itálico nosso). Na passagem para o CC de 1966, passamos a adotar uma noção mais abrangente de *prova documental*, herdada de CARNELUTTI (cfr. RODRIGUES, Fernando Pereira, *Os Meios de Prova em Processo Civil*, Almedina, 2015, p. 73 e 74).

⁴¹⁰ FREITAS, Lebre de, *A Ação Declarativa Comum (À luz do Código de Processo Civil de 2013)*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2013, p. 229; DENTI, Vittorio, «Prova documentale (dir. proc. civ.)» in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, 1988, Milano, p. 719.

⁴¹¹ Art. 368º do CC: «As reproduções fotográficas ou cinematográficas, os registos fonográficos e, de um modo geral, quaisquer outras reproduções mecânicas de factos ou de coisas fazem prova plena dos factos e das coisas que representam, se a parte contra quem os documentos são apresentados não impugnar a sua

Dentro da categoria dos documentos *escritos* podemos distinguir entre documentos *autênticos* (art. 369º e ss do CC), *particulares* (arts. 373º e ss do CC) e *particulares autenticados* (art. 377º do CC)⁴¹³. São equiparados aos documentos escritos *particulares* os documentos *eletrónicos* suscetíveis de representação como declaração escrita⁴¹⁴.

Os documentos que as partes pretendam utilizar como prova dos fundamentos da ação ou da defesa devem ser apresentados com o articulado em que se aleguem os factos a que correspondem (cfr. n.º 1 do art. 423º)⁴¹⁵. Se não forem apresentados os documentos juntamente com o respetivo articulado, podem as partes apresentá-los até 20 dias antes da audiência final⁴¹⁶, mas a parte será condenada *em multa*, excepcionado o caso de provar que os não pôde oferecer com o articulado correspondente (cfr. n.º 2 do art. 423º).

Quanto à iniciativa de inclusão de documentos no processo, pode advir de duas formas: por requerimento das partes e por determinação oficiosa do tribunal.

exactidão». CARNELUTTI, já em 1924, admitia estes elementos de prova (cfr. DENTI, Vittorio, *estudo cit.*, p. 713).

⁴¹² FREITAS, Lebre de, *ob. cit.*, p. 229.

⁴¹³ Não iremos efetuar um estudo aprofundado destas matérias, pelo que deixamos algumas remissões para o estudo das tipologias de documentos. Vide FREITAS, Lebre de, *A Falsidade no Direito Probatório*, 2ª Edição, 2013, p. 23-98; CASTRO, Artur Anselmo de, *Processo Civil Declaratório*, Volume III, Almedina, Coimbra, p. 309-323; MARQUES, J. P. Remédio, *Acção Declarativa à luz do Código Revisto*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2011, p. 573-578; RODRIGUES, Fernando Pereira, *ob. cit.*, p. 78-101; SAMPAIO, J. M. Gonçalves, *A prova por documentos particulares – Na Doutrina, na Lei e na Jurisprudência*, 2ª Edição, Almedina, 2004, p. 70-99; MANDRIOLI, Crisanto, *Corso di Diritto Processuale Civile – II – Il Processo di Cognizione*, 6ª Ed., 2007, Torino, p. 137-158.

⁴¹⁴ FREITAS, Lebre de, *ob. cit.*, p. 98; SAMPAIO, J. M. Gonçalves, *ob. cit.*, p. 96 e 97. Mais ainda, estipula o art. 3º do DL n.º 290-D/99, de 2 de Agosto: «1- O documento electrónico satisfaz o requisito legal de forma escrita quando o seu conteúdo seja suscetível de representação como declaração escrita. 2- Quando lhe seja aposta uma assinatura digital certificada por uma entidade credenciada e com os requisitos previstos neste diploma, o documento electrónico com o conteúdo referido no número anterior tem a força probatória de documento particular assinado, nos termos do art. 376º do Código Civil. 3- Quando lhe seja aposta uma assinatura digital certificada por uma entidade credenciada e com os requisitos previstos neste diploma, o documento electrónico cujo conteúdo não seja susceptível de representação como declaração escrita tem a força probatória prevista no art. 368º do Código Civil e no art. 167º do Código de Processo Penal».

⁴¹⁵ Correspondentemente aplicável aos casos de articulados supervenientes (n.º 1 e 5 do art. 588º).

⁴¹⁶ Após este prazo de 20 dias antes da audiência final, pode, ainda assim, a parte juntar documentos ao processo, se tal não tenha sido possível até àquele momento, ou se a sua necessidade tenha surgido por ocorrência posterior (cfr. n.º 3 do art. 423º). Em sede de *recurso*, só são admitidos os documentos cuja apresentação não tenha sido possível até àquele momento (art. 425º). No caso de junção de pareceres de advogados, professores, ou técnicos, pode essa junção ser efetuada *em qualquer estado do processo*, nos tribunais de 1ª instância (art. 426º).

As partes podem requerer ao tribunal que ordene a apresentação de documento ao sujeito que o tem em seu poder. Assim, deve o tribunal notificar a parte contrária (art. 429º)⁴¹⁷ ou um *terceiro* (art. 432º)⁴¹⁸.

Sendo a parte contrária notificada para apresentar documento, e verificando-se a sua recusa, é-lhe aplicável o disposto no n.º 2 do art. 417º, por remissão do art. 430º⁴¹⁹. *Sic*, será condenado em multa, a sua conduta será *livremente apreciada* pelo tribunal, e, em casos-limite poderá dar lugar à *inversão do onus probandi*⁴²⁰. Se o recusante for *terceiro*, é igualmente condenado *em multa* (como resulta, desde logo, do n.º 2 do art. 417º)⁴²¹; pode também o tribunal ordenar a *apreensão* do documento, se o terceiro, além de não efetuar a entrega, não apresentar qualquer justificação, ou declarar que não possui o documento e o requerente provar que a declaração é falsa (art. 433º)⁴²². Se o terceiro alegar *justa causa*, é obrigado a facultar o documento para que este seja fotografado, examinado ou copiado (art. 434º). Para além destes casos, importa não

⁴¹⁷ Situação igualmente prevista no direito alemão, designadamente no §421 da ZPO (*vide* JAUERNIG, Othmar, *ob. cit.*, p. 294). Deve a parte requerente incluir no pedido: a descrição do documento; a descrição dos factos que devam ser provados pelo documento; a descrição do conteúdo do documento, o mais completa possível; a enunciação das razões que fundamentam a convicção de que a contraparte tem em seu poder aquele documento e ainda a descrição do motivo na base do qual surge a obrigação de apresentar o documento (§424 da ZPO alemã, *in Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*, trad. de Juan Carlos Ortiz Pradillo e Álvaro J. Pérez Ragone, *loc. cit.*). Se o julgador considerar que o requerimento é fundado, ordena a apresentação do documento nos termos do §425 da ZPO.

No direito italiano, o art. 210º do CPC prevê o *poder* de o juiz ordenar, a *requerimento das partes*, a *exibição* de documento ou de outra coisa que esteja na posse da *contraparte* ou de *terceiro* (cfr. MANDRIOLI, Crisanto, *ob. cit.*, p. 156 e 157; RUFFINI, Giuseppe, «Produzione ed esibizione dei documenti» *in* RDP, Abril-Junho de 2006 (LXI), n.º 2, p. 437; CAVALLONE, Bruno, «Esibizione delle prove nel Diritto Processuale Civile» *in* Dig. Disc. Priv. Sez. Civile, VII, 1991, p. 665-667; COMOGLIO, Luigi Paolo, «Istruzione e trattazione nel processo civile» *in* Dig. Disc. Priv. Sez. Civile, X, 1993, p. 236). Para CAVALLONE, *estudo cit.*, p. 667 e 668, ocorre aqui uma *incongruência*: a norma foi inspirada em conceções *publicistas*, mas veda uma iniciativa oficiosa do juiz.

⁴¹⁸ No direito alemão, também *terceiros* podem ser chamados a fornecer documentos à justiça (§§428-429 da ZPO) – *vide* FAZZIO, Giulia di, «La riforma dell'esibizione di documenti nel processo civile tedesco» *in* RTDPC, Março de 2006 (LX), n.º 1, p. 147 e 149; JAUERNIG, Othmar, *ob. cit.*, p. 295.

⁴¹⁹ No direito alemão, em caso de recusa, de duas, uma: se a parte requerente logrou prestar uma *cópia* do documento, a *cópia* é tida como verdadeira; se não teve meios para obter uma *cópia*, são consideradas *provadas* as suas considerações, em sede do §424 da ZPO, acerca das características e conteúdo do documento (§427 da ZPO) – *vide* FAZZIO, Giulia di, *estudo cit.*, p. 149. Semelhante sanção está prevista para a circunstância de uma das partes, *intencionalmente*, impedir que a contraparte utilize dado documento («frustração da prova») – cfr. JAUERNIG, Othmar, *ob. cit.*, p. 297. No direito italiano, não sendo a ordem de exibição de documento suscetível de execução coativa, constitui um exemplo do qual o julgador pode retirar *argumento de prova* (cfr. MANDRIOLI, Crisanto, *ob. cit.*, p. 157; FAZZIO, Giulia di, *estudo cit.*, p. 144; COMOGLIO, Luigi Paolo, «Istruzione e trattazione nel processo civile» *in* Dig. Disc. Priv. Sez. Civile, X, 1993, p. 236).

⁴²⁰ Se a parte que se recusa a apresentar documento pretender evitar a inversão do ónus da prova, terá que demonstrar que, sem culpa sua, esse documento desapareceu ou foi destruído (n.º 2 do art. 431º).

⁴²¹ A condenação em multa está ainda estatuída no art. 433º, quando requerida por iniciativa das partes. Se resultar da iniciativa oficiosa do julgador, a norma aplicável é a do art. 437º.

⁴²² Cremos que a sanção de *apreensão coerciva* também caberá na hipótese de a recusa partir da *contraparte*. O art. 430º remete para o n.º 2 do art. 417º, onde se lê que, para além das sanções citadas, podem ainda ser aplicados *os meios coercitivos que forem possíveis*. É o caso.

esquecer os limites impostos pelo n.º 3 do art. 417º; deve ainda ser excepcionado o regime de exibição de livros de escrituração comercial, que segue as normas da legislação *comercial* (art. 435º)⁴²³.

Incumbe ao tribunal, *ex officio*, a requisição de informações, pareceres técnicos, plantas, fotografias, desenhos, objetos ou outros documentos *necessários ao esclarecimento da verdade* (art. 436º). A requisição pode ser dirigida às *partes*, a *organismos oficiais* ou a *terceiros*⁴²⁴. As partes e os terceiros que recusem a entrega incorrem em *multa*, sem prejuízo dos meios coercitivos possivelmente aplicáveis (art. 437º)⁴²⁵. Mais ainda, segue-se o regime geral do n.º 2 do art. 417º, pelo que, quanto foi dito em matéria de sanções à recusa a apresentar documentos *a requerimento de uma das partes*, aplicar-se-á em sede de requisição *oficiosa*.

Quanto à *força probatória*, os documentos *autênticos* fazem *prova plena* dos factos (art. 371º do CC) e os documentos *autenticados* têm a força probatória dos documentos autênticos⁴²⁶ (art. 377º do CC)⁴²⁷. As regras para os documentos *particulares* são mais complexas. Se a assinatura – que se exige nos termos do n.º 1 do art. 373º do CC – estiver *em branco*, a prova é *livremente apreciada pelo julgador* (art.

⁴²³ O art. 42º do CCom dispõe que «a exibição judicial dos livros de escrituração comercial *por inteiro*, e dos documentos a ela relativos, só pode ser ordenada *a favor dos interessados*, em questões de sucessão universal, comunhão ou sociedade e no caso de quebra». No artigo seguinte diz-se ainda que «fora dos casos previstos no artigo precedente, só poderá proceder-se a exame nos livros e documentos dos comerciantes, a instâncias da parte, ou de ofício, *quando a pessoa a quem pertençam tenha interesse ou responsabilidade na questão em que tal apresentação for exigida*» (itálico nosso). Com este regime pretende-se proteger o *segredo comercial*; se se permitisse uma devassa *total* da atividade do comerciante, em quaisquer situações, seria este fortemente prejudicado (cfr. REIS, Alberto dos, *Breve estudo sobre a Reforma do Processo civil e comercial*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 1929, p. 291 e 292; RODRIGUES, Fernando Pereira, *Os Meios de Prova em Processo Civil*, Almedina, 2015, p. 118 e 119).

⁴²⁴ Norma análoga no §142 da ZPO alemã, segundo a qual «o juiz pode ordenar a uma parte ou a um terceiro a exibição de documentos, que estejam em seu poder, e aos quais uma das partes tenha feito referência» (cfr. FAZZIO, Giulia di, *estudo cit.*, p. 154). Esta norma foi modificada com a Reforma de 2001 e nela se introduziu um verdadeiro *dever de exibição para partes e terceiros*, fundado em motivos de índole *processual* (cfr. FAZZIO, Giulia di, *estudo cit.*, p. 144, 153 e 156; JAUERNIG, Othmar, *ob. cit.*, p. 294). Se o terceiro recusar o cumprimento desta ordem de exibição, são-lhes aplicadas as sanções previstas para as testemunhas: pena pecuniária e pena privativa da liberdade (cfr. FAZZIO, Giulia di, *estudo cit.*, p. 163).

⁴²⁵ Concordamos com LEBRE DE FREITAS *et al*, *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 2º, 2ª Edição, Coimbra Editora, p. 472, quando afirmam que esta norma é redundante. Ademais, embora não se encontre previsto *expressamente*, entendemos que se poderá aplicar a medida de apreensão de documentos (art. 433º), e, ainda, sanção pecuniária compulsória (cfr. FREITAS, Lebre de/MACHADO, A. Montalvão/PINTO, Rui, *ob. cit.*, p. 464).

⁴²⁶ «Mas não os substituem quando a lei exija documento desta natureza para a validade do acto» (art. 317º do CC, *in fine*).

⁴²⁷ Pode o tribunal chamar a testemunhar a entidade que procedeu ao *termo de autenticação* ou que *exarou documento autêntico*. Não para atestar a validade, mas para apurar determinadas circunstâncias que não ressaltam do conteúdo do documento. Assim, por exemplo, pode o tribunal chamar a depor notário, com o intuito de perceber qual foi a *vontade real* dos declarantes ou até para apurar uma possível ocorrência de *vícios* na celebração do ato (decorrentes de erro, dolo, coação, reserva mental, celebração de negócio simulado, entre outros).

378º do CC)⁴²⁸. Estando o documento *assinado*, e a autoria reconhecida⁴²⁹, o julgador pode retirar prova *plena* quanto às declarações atribuídas ao seu autor, sem prejuízo de se provar a falsidade do documento (n.º 1 do art. 376º do CC)⁴³⁰. Quanto aos factos *contrários* aos interesses do declarante, consideram-se *provados* (n.º 2 do art. 376º do CC)⁴³¹. Nos termos do n.º 2 do art. 374º do CC, se a autoria for, ao invés, impugnada (ou a parte a quem é apresentado o documento declarar que não sabe se a letra e assinatura são verdadeiras), e o apresentante não lograr provar a *autenticidade* do documento, será a prova *livremente apreciada pelo julgador*⁴³².

5.4.2. Apreciação crítica

Pode acontecer que, no âmbito de um qualquer processo, seja requerida a *terceiro* a apresentação de um dado documento, e este se recuse a prestá-lo. Pode ainda verificar-se que, não obstante a aplicação de multa e dos *meios coercitivos possíveis*, não tenha sido possível adquirir o documento para o processo.

Se estivermos perante situações que consigam integrar-se na hipótese normativa dos arts. 574º e 575º, do CC, pode recorrer-se ao designado *processo especial para apresentação de coisas ou documentos*⁴³³. Essencial é que, por um lado, o exame da coisa ou documento seja *necessário* para apurar a existência ou o conteúdo do direito

⁴²⁸ Note-se, porém, que exceções há à livre apreciação de documentos particulares *não assinados*, designadamente quanto aos registos e outros escritos em que se toma nota dos pagamentos recebidos (art. 380º do CC), às notas escritas pelo credor em documentos em seu poder ou em poder do devedor (art. 381º do CC) e ainda quanto aos livros de escrituração comercial (cfr. FREITAS, Lebre de, *A Falsidade no Direito Probatório*, 2ª Edição, 2013, p. 79; SAMPAIO, J. M. Gonçalves, *ob. cit.*, p. 128-130).

⁴²⁹ Reconhecimento efetuado, ou por notário, ou pela própria contraparte, nos termos dos arts. 374º e 375º do CC.

⁴³⁰ Vide FREITAS, Lebre de, *ob. cit.*, p. 58 e 59.

⁴³¹ Consiste uma das mais importantes *máximas de experiência* aquela que nos diz que o reconhecimento de factos *desfavoráveis* tende a ser *verdadeiro* (cfr. FREITAS, Lebre de, *A Ação Declarativa Comum (À luz do Código de Processo Civil de 2013)*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2013, p. 255 e 256; MANDRIOLI, Crisanto, *ob. cit.*, p. 159 e 160). Outra máxima de experiência extremamente importante é a de que a recusa de colaboração indicia que a descoberta da verdade seria *desfavorável* ao recusante (cfr. RICCI, Gian Franco, «Prove e argomenti di prova» in RTDPC, 1988, p. 1099).

⁴³² PINTO, Rui, *Notas ao Código de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2014, p. 264; CUNHA, António Júlio, *Direito Processual Civil Declarativo à luz do Novo Código de Processo Civil*, Quid Juris, 2013, 236.

⁴³³ No direito alemão, em caso de recusa do terceiro, é de considerar que não lhe cabe qualquer dever *processual* de apresentação do documento. Estando obrigado ao nível do direito *substantivo*, deve a parte instaurar um processo *especial* contra aquele, para obter o documento. Em caso de procedência do pedido, profere-se uma decisão de carácter condenatório (condenando-se à exibição), sendo, portanto, suscetível de execução forçada, segundo o preceituado nos §§883 e 899 da ZPO (cfr. FAZZIO, Giulia di, *estudo cit.*, p. 149, 150 e 163; JAUERNIG, Othmar, *ob. cit.*, p. 295).

(*pessoal* ou *real*, relativo àquela coisa ou àquele documento)⁴³⁴ e, por outro, que o demandado (possuidor ou detentor) *não tenha motivos para, fundadamente, se opor à diligência* (arts. 574º e 575º, do CC). Que conclusões podemos retirar? Em primeiro lugar, a apresentação da coisa ou documento deve ser efetivamente necessária, não bastando, pois, que seja útil. Nesta linha de raciocínio, se a prova do direito puder ser obtida por outros meios, não devemos seguir apressadamente para um processo autónomo. Em segundo lugar, se o requerido apresentar motivos *fundados*⁴³⁵ para rejeitar a apresentação do documento ou da coisa, não será possível recorrer a este expediente⁴³⁶.

Se a apresentação da coisa ou documento for *indispensável* para a determinação da existência ou inexistência do direito do requerente, e o requerido não apresentar motivos legítimos para recusar, pode configurar-se a prossecução do processo especial regulado nos arts. 1045º e ss. Exige-se que o requerente justifique a necessidade da diligência, bem como que requeira a citação do recusante para apresentar o documento ou coisa no *dia, hora e local que o juiz designar* (art. 1045º). Ao requerido, ou à pessoa em cujo nome detém a coisa ou documento, dá-se a possibilidade de *contestar*, no prazo de *15 dias* a contar da citação (n.º 1 do art. 1046º). Na ausência de contestação, ou se esta *improceder*, o julgador designa dia, hora e local para a apresentação *na sua presença* (n.º 2 do art. 1046º). Sendo documentos ou coisas transportáveis em mão, a apresentação é efetuada no tribunal; tratando-se de móveis que não possam ser

⁴³⁴ Porque, na verdade, e como sustenta PROTO PISANI, «Note in tema di diritto sostanziale e di diritto processuale all'esibizione» in RDP, Abril-Junho de 1996 (LI), n.º 2, p. 576 e 577, uma ação autónoma para exibição de documento pressupõe, *necessariamente*, um direito *substancial* à exibição. Se estivermos perante um mero direito *processual* à exibição de documento – que mais não é do que uma criação de ordem técnica, vinda da corrente publicista, para que terceiros auxiliassem a justiça em tudo quanto lhes fosse possível – não se pode intentar ação nova com base nesse direito, tendo a parte que tentar fazer uso dos expedientes processuais que lhe são postos à disposição, na ação pretérita (cfr. PISANI, Andrea Proto, *estudo cit.*, p. 575 e 576; CALAMANDREI, Piero, «Conseguenze della mancata esibizione di documenti in giudizio» in RDP, Volume XIII, Parte I, 1936 (XIV), p. 291). No mesmo sentido se pronunciou o STJ, em Ac. proferido a 30-04-2008, relatado por Sousa Grandão, o qual passamos a citar: «O processo especial para apresentação de coisas ou documentos, previsto nos arts. 1476.º a 1478.º do CPC (de 1939), exige um *interesse legítimo do demandante*, baseado num *direito pessoal ou real relativo à coisa ou documento* cuja apresentação se reclama, tratando-se de um instrumento *adjectivo que não está pensado para fins probatórios*, com vista à instauração de determinada acção judicial.» (itálico nosso) – Disponível em www.dgsi.pt.

⁴³⁵ Vide art. 434º e n.º 3 do art. 417º.

⁴³⁶ Veja-se o Ac. do TRL, datado de 26-11-2009, relatado por Ana Luísa Gerales: «A obrigação de apresentação de documentos está dependente da verificação de determinados pressupostos, nomeadamente: a) que o possuidor ou detentor desses documentos *não os queira facultar*; b) que essa recusa se faça *sem ter motivos fundados para se opor à apresentação*; c) e que o Requerente tenha um interesse juridicamente atendível na apresentação do documento ou no seu exame. A acção que visa obter essa obrigação deve ser instaurada nos termos do art. 1476º do CPC (de 1939), tratando-se de um processo *especial* integrado no âmbito dos processos de jurisdição voluntária.» (itálico nosso) – Disponível em www.dgsi.pt.

apresentados em tribunal, ou de coisas imóveis, a apresentação efetiva-se no lugar onde se encontrarem (n.º 3 do art. 1046º).

Se o requerido, *devidamente notificado*, violar a ordem judicial que lhe foi dirigida, dá-se ao requerente a possibilidade de solicitar a apreensão das coisas ou dos documentos, aplicando-se as normas relativas à *efetivação da penhora* (o art. 1047º remete para os arts. 748º e ss).

Relativamente a este processo *especial* para apresentação de coisas ou documentos, entendem alguns processualistas que, embora subordinado à *jurisdição voluntária*, é, em bom rigor, um processo de *jurisdição contenciosa*⁴³⁷.

5.5. Prova por confissão extrajudicial

Podem terceiros ser chamados a colaborar com a Justiça, no âmbito de confissão *extrajudicial*. Vejamos.

5.5.1. Regime jurídico

A confissão está definida no art. 352º do CC⁴³⁸ como «o reconhecimento que a parte faz da realidade de um facto⁴³⁹ que lhe é *desfavorável* e *favorece a parte*

⁴³⁷ ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de, *Direito Processual Civil*, Volume I, Almedina, 2010, p. 88; FREITAS, Lebre de, *A Ação Declarativa Comum (À luz do Código de Processo Civil de 2013)*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2013, p. 18 e 20. FERREIRA DE ALMEIDA, *ob. cit.*, p. 82 e 83, afirma ainda que este processo tem natureza *híbrida*, já que contém atuações típicas de ação declarativa e atuações próprias do processo executivo.

⁴³⁸ A definição que consta do CC português é igual à que consta do art. 2730º do CC it., onde se lê: «*La confessione è la dichiarazione che una parte fa della verità di fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli all'altra parte*» (cfr. ANDRIOLI, Virgilio, «Confessione (Diritto Processuale Civile)» in Nov. Dig. It., IV, p. 11; SILVESTRI, Elisabetta, «Confessione nel Diritto Processuale Civile» in Dig. Disc. Priv. Sez. Civile, III, p. 423; MANDRIOLI, Crisanto, *ob. cit.*, p. 159).

⁴³⁹ A confissão deve incidir sobre *factos*. Por um lado, deve dizer respeito a *factos relevantes para a decisão da causa*, dando lugar a uma imediata certeza sobre a verificação (ou não verificação) de *factos constitutivos, modificativos, extintivos ou impeditivos*, da relação jurídica controvertida, não fornecendo, somente, *meros indícios*; por outro lado, não pode a confissão ter por objeto meras *apreciações, valorações ou opiniões*, nem, tão-pouco, incluir juízos relativos à qualificação jurídica da relação jurídico-processual (cfr. SILVESTRI, Elisabetta, *estudo cit.*, p. 423).

A noção de confissão, contida no art. 2408º do Código de Seabra, era *amplíssima*, já que admitia, não só a confissão de *factos*, mas também de *direitos* (cfr. RODRIGUES, Fernando Pereira, *Os Meios de Prova no Processo Civil*, Almedina, 2015, p. 51; RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O ónus da prova no processo civil*, 3ª Edição, Almedina, 2006, p. 279). O CC de 1966 veio restringir o objeto da confissão ao campo dos *factos*, pois a *confissão do pedido* não é um elemento probatório. Antes, apresenta-se como uma atitude processual que determina a extinção da instância (cfr. RODRIGUES, Fernando Pereira, *ob. cit.*, p. 52; RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *ob. cit.*, p. 283).

contrária»⁴⁴⁰ (itálico nosso)⁴⁴¹. Para que a confissão seja *eficaz*, exige-se que seja feita por pessoa com *capacidade*⁴⁴² e *poder*⁴⁴³ para dispor do direito ao qual a confissão diz respeito (n.º 1 do art. 353º do CC)⁴⁴⁴. No art. 354º do CC prescrevem-se as situações em que a confissão é *inadmissível*⁴⁴⁵.

A confissão pode ser *judicial* ou *extrajudicial* (n.º 1 do art. 355º do CC). A primeira é efetuada *em juízo*⁴⁴⁶, e só vale como *judicial* no processo onde se realizou⁴⁴⁷ (n.º 2 e 3 do art. 355º do CC). A segunda é realizada por algum modo distinto da confissão judicial (n.º 4 do art. 355º do CC).

A confissão judicial *escrita* tem força probatória *plena* contra o confitente (n.º 1 do art. 358º do CC). A confissão judicial *não escrita* é livremente apreciada pelo

⁴⁴⁰ A confissão pode incidir sobre a inoocorrência de um facto favorável ao confitente (cfr. FREITAS, Lebre de, *A Ação Declarativa Comum (À luz do Código de Processo Civil de 2013)*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2013, p. 256; MARQUES, J. P. Remédio, *Acção Declarativa à luz do Código Revisto*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2011, p. 570).

⁴⁴¹ LEBRE DE FREITAS, *ob. cit.*, p. 255, define confissão como «o reconhecimento da realidade dum facto (passado, ou presente duradoiro) desfavorável ao declarante, isto é, dum facto constitutivo dum seu dever ou sujeição, extintivo ou impeditivo dum seu direito ou modificativo dum situação jurídica em sentido contrário ao seu interesse, ou, ao invés, a negação da realidade dum facto favorável ao declarante, isto é, dum facto constitutivo dum seu direito, extintivo ou impeditivo dum seu dever ou sujeição ou modificativo dum situação jurídica no sentido do seu interesse».

⁴⁴² Será inadmissível, por exemplo, confissão realizada por menor ou interdito. No direito italiano também se exige que o confitente tenha *capacidade para dispor do direito*, nos termos do art. 2731º do CC it. (cfr. ANDRIOLI, Virgilio, *estudo cit.*, p. 17; MANDRIOLI, Crisanto, *ob. cit.*, p. 162; FREITAS, Lebre de, *A confissão no Direito Probatório – Um Estudo de Direito Positivo*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2013, p. 73).

⁴⁴³ A confissão pode ser feita pela parte ou por pessoa à qual aquela atribuiu *poderes especiais* para confessar, mediante *procuração*.

⁴⁴⁴ Quando se desrespeite o preceituado nesta norma, fica a confissão sujeita à livre apreciação do tribunal, por força do art. 361º do CC. Assim, será livremente apreciada a confissão feita por menor; por inabilitado, fora dos limites em que podia obrigar-se (n.º 2 do art. 453º do CC) e, ainda, confissão que incida sobre direitos indisponíveis (cfr. CASTRO, Artur Anselmo de, *Processo Civil Declaratório*, Volume III, Almedina, Coimbra, p. 328; SILVESTRI, Elisabetta, *estudo cit.*, p. 423).

⁴⁴⁵ Destacamos a inadmissibilidade de confissão relativa a *direitos indisponíveis* (alínea b) do art. 354º, do CC). Exemplo disso são as ações relativas ao *estado* das pessoas. No direito italiano esta limitação consta do art. 2733º, 2º parágrafo, do CC it. (cfr. ANDRIOLI, Virgilio, *estudo cit.*, p. 15; MANDRIOLI, Crisanto, *ob. cit.*, p. 161).

⁴⁴⁶ A confissão *judicial* pode ser realizada de forma *espontânea*, nos articulados, e de forma *provocada*, em depoimento de parte ou em ato de prestação de informações ou esclarecimentos ao tribunal (cfr. FREITAS, Lebre de, *ob. cit.*, p. 258 e 276; MARQUES, J. P. Remédio, *ob. cit.*, p. 570; CASTRO, Artur Anselmo de, *ob. cit.*, p. 326). PEREIRA RODRIGUES, *Os Meios de Prova em Processo Civil*, Almedina, 2015, p. 60, defende que a confissão espontânea, além de poder ter lugar nos articulados, poderá surgir em *qualquer ato processual*, se praticado pela própria parte, ou por mandatário com *poderes especiais* para o efeito. No direito italiano, a confissão judicial *provocada* tem lugar no interrogatório *formal*, *ex vi* art. 228º do CPC it.; o artigo seguinte prescreve que a confissão *espontânea* pode surgir em qualquer ato processual, desde que seja praticado pela parte *pessoalmente* (cfr. ANDRIOLI, Virgilio, *estudo cit.*, p. 11 e 16; SILVESTRI, Elisabetta, *estudo cit.*, p. 430; MANDRIOLI, Crisanto, *ob. cit.*, p. 162 e 163). As respostas dadas em sede de interrogatório *livre* (art. 117º do CPC it.) *não valem* como confissão; no entanto, fora dessas respostas, a parte pode proferir declarações confessórias, desde que não resultem de instâncias do julgador e sejam proferidas de forma *autónoma* (cfr. ANDRIOLI, Virgilio, *estudo cit.*, p. 16; SILVESTRI, Elisabetta, *estudo cit.*, p. 424 e 430; MANDRIOLI, Crisanto, *ob. cit.*, p. 163).

⁴⁴⁷ Pode valer noutro processo que corra *entre as mesmas partes* (cfr. FREITAS, Lebre de, *Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil*, Volume I, 2ª Edição, 2009, Coimbra Editora, p. 512).

tribunal, segundo o exposto no n.º 4 do art. 358º do CC. Concentremo-nos, pois, na confissão *extrajudicial*.

Não iremos citar os trâmites processuais da confissão *extrajudicial*, pois, como o próprio conceito indica, é esta produzida *fora do processo*, sendo depois trazida para o processo, através da apresentação de documentos ou mediante inquirição de testemunhas. Os atos de produção de prova são, assim, os que correspondem à disciplina legal da prova documental e testemunhal⁴⁴⁸.

A confissão extrajudicial, constante de documento autêntico⁴⁴⁹ ou particular, terá a força probatória aplicável a estes documentos (*vide* ponto 5.4.1.), e, se for feita à parte contrária ou a quem a represente, tem força probatória *plena* (n.º 2 do art. 358º do CC)⁴⁵⁰. Exige-se, portanto, que seja dirigida à parte contrária⁴⁵¹; não o sendo, será considerada como uma *declaração feita a terceiro*, destituída de força probatória plena⁴⁵² (*vide infra*).

Se a confissão extrajudicial *não constar de documento*, pode admitir-se produção de prova testemunhal para averiguação dos factos contidos na confissão (n.º 3

⁴⁴⁸ FREITAS, Lebre de, *A Ação Declarativa Comum (À luz do Código de Processo Civil de 2013)*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2013, p. 276. No direito alemão, a confissão *extrajudicial* não tem qualquer efeito vinculativo, devendo ser objeto de prova testemunhal e documental e dependendo da *livre apreciação* do tribunal (cfr. JAUERNIG, Othmar, *ob. cit.*, p. 243).

⁴⁴⁹ Exemplo de confissão extrajudicial contida em documento *autêntico* é o auto exarado por agente da PSP, em ato de inquirição de arguido (cfr. FREITAS, Lebre de, *Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil*, Volume I, 2ª Edição, 2009, Coimbra Editora, p. 511).

⁴⁵⁰ No direito italiano, a força probatória de confissão extrajudicial dirigida à contraparte ou seu representante tem, igualmente, força de prova *plena* (cfr. ANDRIOLI, Virgilio, *estudo cit.*, p. 22 e 23).

⁴⁵¹ FREITAS, Lebre de, *Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil*, Volume I, 2ª Edição, 2009, Coimbra Editora, p. 511; CASTRO, Artur Anselmo de, *ob. cit.*, p. 326; ANDRIOLI, Virgilio, *estudo cit.*, p. 11, 13 e 22; SILVESTRI, Elisabetta, *estudo cit.*, p. 424. Também neste sentido se pronunciou o STJ, em Ac. relatado por Salazar Casanova, a 31-05-2011, tendo sido atribuída eficácia de prova plena a confissão *extrajudicial* de dívida, exarada em documento autêntico, outorgado pelas partes em litígio (Disponível em www.dgsi.pt).

Quanto ao *conteúdo* de confissão exarada em documento autêntico ou particular, sendo dirigida à contraparte, não admite a produção de prova testemunhal, porque os factos já se encontram plenamente provados por meios de prova com força probatória plena (n.º 2 do art. 393º, do CC). Se a prova testemunhal incidir sobre outros fatores, que não o do conteúdo da confissão poderá configurar-se uma sua admissibilidade. O STJ admitiu esta possibilidade, em Ac. relatado por Tavares de Paiva a 13-09-2012, afirmando que «os factos integradores de falta ou vício da vontade admitem prova testemunhal. (...) Os Professores Pires de Lima e A. Varela, in Código Civil Anotado, Vol. I, aconselham uma interpretação nos justos termos referindo que “nada impede que se recorra à prova testemunhal para demonstrar a falta de vícios da vontade, com base nos quais se impugna a declaração documentada. O documento prova, em dados termos, que o seu autor fez as declarações nele constantes; os factos compreendidos na declaração consideram-se provados, quando sejam desfavoráveis ao declarante. Mas o documento não prova nem garante, nem podia garantir, que as declarações não sejam viciadas por erro, dolo, ou coação ou simuladas. Por isso mesmo a prova testemunhal se não pode, neste aspecto, considerar legalmente interdita”.» (Disponível em www.dgsi.pt).

⁴⁵² FREITAS, Lebre de, *ob. cit.*, p. 512; MARQUES, J. P. Remédio, *ob. cit.*, p. 571; ANDRIOLI, Virgilio, *estudo cit.*, p. 22; SILVESTRI, Elisabetta, *estudo cit.*, p. 424.

do art. 358º do CC)⁴⁵³. Seguir-se-á o regime da prova testemunhal, nomeadamente quanto aos limites de admissibilidade da prova e quanto à força probatória (*vide* ponto 5.1.1.). Prevê-se ainda que a confissão extrajudicial seja feita a *terceiro*⁴⁵⁴ ou esteja contida em *testamento*⁴⁵⁵, onde se aplicará, igualmente, o *princípio da livre apreciação do julgador* (n.º 4 do art. 358º do CC)⁴⁵⁶.

Ademais, a produção de prova testemunhal poderá ser essencial para determinar se a confissão deve ou não ser anulada, ou declarada nula (*ex vi* art. 359º do CC), seja esta judicial ou extrajudicial⁴⁵⁷. Deve o terceiro colaborar para a descoberta da verdade, seguindo-se, também neste caso, o regime da *prova testemunhal*.

⁴⁵³ No direito italiano, o art. 2735º, 2º parágrafo do CC estipula a necessidade de produção de prova testemunhal para provar confissão extrajudicial *não escrita* (cfr. MANDRIOLI, Crisanto, *ob. cit.*, p. 160).

⁴⁵⁴ Todas as declarações feitas a entidades como notários, oficiais públicos ou autoridades públicas, não sendo dirigidas à *contraparte*, valem tão-só como *declarações a terceiro* (cfr. FREITAS, Lebre de, *ob. cit.*, p. 513).

⁴⁵⁵ A confissão extrajudicial, contida em testamento, é *livremente apreciada pelo tribunal*, pois não é dirigida à parte contrária e por não ser possível a sua confirmação pelo autor (cfr. RODRIGUES, Fernando Pereira, *ob. cit.*, p. 63).

⁴⁵⁶ O art. 2735º, 1º parágrafo, do CC it. consagra que a confissão extrajudicial feita a *terceiro* tem a mesma força probatória da confissão feita em testamento, isto é, é *livremente apreciada* (cfr. ANDRIOLI, Virgilio, *estudo cit.*, p. 22 e 23; MANDRIOLI, Crisanto, *ob. cit.*, p. 161).

⁴⁵⁷ *Vide* FREITAS, Lebre de, *A Ação Declarativa Comum (À luz do Código de Processo Civil de 2013)*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2013, p. 267-272. Apenas se deve dar relevo aos vícios gerados por *erro de facto* (não já o erro de direito) e por *coação* (art. 2732º do CC), pois, na confissão, o objeto da declaração de *ciência* é o conhecimento e o convencimento, não a vontade de declarar (cfr. ANDRIOLI, Virgilio, *estudo cit.*, p. 19; SILVESTRI, Elisabetta, *estudo cit.*, p. 423, 425 e 428; MANDRIOLI, Crisanto, *ob. cit.*, p. 162; FREITAS, Lebre de, *A confissão no Direito Probatório – Um Estudo de Direito Positivo*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2013, p. 186). Uma vez que também a confissão *extrajudicial* é considerada como *declaração de ciência* – e não apenas como *declaração de vontade* – ficará sujeita àquele mesmo regime, não sendo tidos em consideração os vícios que incidam sobre a vontade (cfr. ANDRIOLI, Virgilio, *estudo cit.*, p. 23 e 24).

No direito alemão, exige-se a verificação de dois requisitos para invalidar a confissão, *ex vi* §290 da ZPO: que não corresponda à verdade e que se funde em *erro* (cfr. JAUERNIG, Othmar, *ob. cit.*, p. 243). Assim, uma confissão *conscientemente inverídica* é irretroatável: quem age, de forma voluntária em prejuízo próprio, deve assumir os riscos daí decorrentes (cfr. JAUERNIG, Othmar, *ob. cit.*, p. 243).

CONCLUSÃO

Chegamos ao fim da nossa, já longa, exposição teórica. Cumpre-nos reconhecer que algumas questões ficaram por tratar e que alguns pontos surgem desprovidos de um tratamento aprofundado. Porém, sendo escasso o espaço que nos foi concedido, realizámos um tratamento do tema de forma abrangente, e, sempre que possível, com apontamentos de direito comparado.

Não pretendemos repetir quanto foi dito ao longo do trabalho. À medida que fomos analisando os diversos problemas trazidos à colação, procurámos explicitar as respetivas conclusões.

Resta-nos tecer breves observações.

Afirmamos, em diversas ocasiões, que *partes e terceiros* devem colaborar no âmbito dos processos cíveis. Não restam dúvidas. Esta imposição surgiu em 1926, foi mantida no CPC de 1939 e *transplantada* para o CPC de 2013.

Apenas com a Reforma de 1995/1996 foram consagrados deveres para o *jugador*. Pretendeu-se que *todos, sem exceção*, contribuíssem para a realização da *Justiça*. Abandona-se, na conceção de D'AMELIO, a figura do juiz *impassível*, de *aristocrática indiferença*.

O legislador caminhou num bom sentido, mas é preciso mais.

O papel fundamental cabe agora aos *magistrados*. De nada serviria uma lei tendente à perfeição, se aqueles que aplicam o Direito não souberem aproveitar as suas potencialidades.

Assim, *devem* os magistrados colaborar com os litigantes, não só no cumprimento do disposto na lei processual, mas, acima de tudo, porque se encontram intimamente comprometidos com o valor mais alto que é o da *Justiça*.

Citamos a sempre louvável opinião de ALBERTO DOS REIS: «Todos reconhecem hoje, em obediência ao princípio publicístico, que o juiz tem de ser *activo* e tem de ser *forte* (...) Afirmar, porém, que o juiz deve ser forte e activo não basta; o que interessa determinar é até onde hão-de estender-se os seus poderes no que respeita à instrução do processo. (...) O problema a resolver consiste nisto: conseguir que a força de movimento das partes, em vez de se desviar para objectivos contrários ao verdadeiro

fim do processo, se encaminhe para a realização desse fim – a descoberta da verdade»⁴⁵⁸.

⁴⁵⁸ REIS, Alberto dos, «O Novo Código de Processo Civil Português» *in* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Suplemento VI, Coimbra, 1945, p. 358 e 359.

BIBLIOGRAFIA

ABRANCHES, César

«O dever de colaboração dos terceiros para com a Justiça» *in* ROA, Ano 1º, 3º e 4º trimestres de 1941, Lisboa.

ALEXANDRE, Isabel

- «A fase da instrução e os novos meios de prova no Código de Processo Civil de 2013» *in* Revista do MP, Abril-Junho de 2013, n.º 134.

- «A fase da instrução no processo declarativo comum» *in Aspectos do Novo Processo Civil*, Lex, Lisboa, 1997.

ALLORIO, Enrico

- «La scienza, la pratica, il buonsenso e il processo civile» *in* RDP, Vol. I, Parte I, 1946, Padova.

ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas Ferreira de

- *Direito Processual Civil*, Volume I, Almedina, 2010.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de

- *Direito Processual Civil*, 11ª Edição, Almedina, 2014.

ANDRADE, Manuel da Costa

- *Direito Penal Médico – SIDA: Testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, Coimbra Editora, 2004.

ANDRADE, Manuel de

- *Noções Elementares de Processo Civil* (com a colab. de Antunes Varela), Reimpressão, Coimbra Editora, 1993.

ANDRIOLI, Virgilio

- «Prova (Diritto Processuale Civile)» *in* Nov. Dig. It., XIV, 1957, Torino.

- «Dell'istruzione probatoria» in RDPC, Vol. XIX, Parte I, 1942 (XX-XXI), Padova.

- «Confessione (Diritto Processuale Civile)» in Nov. Dig. It., IV, 1957, Torino.

BANACLOCHE PALAO, Julio

- «La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil» in *Icade*, n.º 50, 2000.

BAPTISTA, José João

- *Processo Civil I: Parte Geral e Processo Declarativo*, 8ª Edição, Coimbra Editora, 2006.

BARBAGALLO, Isidoro

- «Il fatto, la verità e la prova» in *Le Prove*, UTET Giuridica, 2007.

- «La prova nel processo: profili generali» in *Le Prove*, UTET Giuridica, 2007.

BARBAS, Stela

- «Investigação da filiação» in *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. II, Almedina, 2008.

BASTOS, Jacinto Rodrigues

- *Notas ao Código de Processo Civil*, II, 3ª Ed., Lisboa, 2000.

- *Notas ao Código de Processo Civil*, III, 3ª Ed., Lisboa, 2001.

BATISTA, J. Pereira

- *Reforma do Processo Civil – Princípios Fundamentais*, Lex, Lisboa, 1997.

BAUR, Fritz

- «Il processo e le correnti culturali contemporanee» (trad. de Corrado Ferri) in RDP, Vol. XXVII (II Serie), 1972.

BENFICA, Francisco Silveira

- «Roteiro básico para solicitação e realização de exumações para coleta de material genético (DNA) em investigação de paternidade» *in* Revista da AJURIS, Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Vol. 36, n.º 114.

BOVE, Mauro

- «Art. 111 Cost. e “Giusto Processo Civile”» *in* RDP, Abril-Junho de 2002 (LVII), n.º 2.

BUONCRISTIANI, Dino

- «Il nuovo art. 101, comma 2º, C.P.C. sul contraddittorio e sui rapporti tra parti e giudice» *in* RDP, Março-Abril de 2010 (LXV), n.º 2.

CABRAL, Antonio do Passo

- «Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito» *in* RDP, Abril-Junho de 2005 (LX), n.º 2.

CADIET, Löt

- «Civil Justice Reform: French Perspective» *in* *Civil Justice in Crisis (Comparative Perspectives of Civil Procedure)*, Oxford University Press, 2003.

CALAMANDREI, Piero

- «Processo e giustizia» *in* RDP, Vol. V, Parte I, 1950, Padova.

- «Verità e verosimiglianza nel processo civile» *in* RDP, Volume X, Parte I, 1955, Padova.

- «Il processo come giuoco» *in* RDP, Vol. V, Parte I, 1950, Padova.

- «Per la definizione del fatto notório» *in* RDPC, 1925, I.

- «La funzione della giurisprudenza nel tempo presente» *in* RTDPC, Ano IX, 1955, Milano.

- «Consequenze della mancata esibizione di documenti in giudizio» *in* RDP, Volume XIII, Parte I, 1936 (XIV).

CALDAS, Júlio de Castro

- «Sigilo bancário: problemas actuais» *in* *Sigilo Bancário – Colóquio Luso-Brasileiro*, Edições Cosmo, Lisboa, 1997.

CAMPOS, Carlos da Silva

«O sigilo profissional do Advogado e seus limites» *in* ROA, Ano 48, n.º 2, 1988.

CAMPOS, Diogo Leite de

- «O sigilo bancário» *in* *Sigilo Bancário – Colóquio Luso-Brasileiro*, Edições Cosmo, Lisboa, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes/MOREIRA, Vital

- *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª Edição, Reimp., Coimbra Editora, 2014.

CAPELO, Maria José

- «Os factos notórios e a prova dos danos não patrimoniais» *in* RLJ, Ano 143º, n.º 3985, Março-Abril de 2014.

- «A enigmática figura do técnico no Código de Processo Civil» *in* *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. I, Coimbra Editora, 2013.

CAPONI, Remo

- «Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001» *in* RDC, n.º 4, Julho/Agosto de 2006.

CAPPELLETTI, Mauro

«Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiudicizie della struttura del processo» *in* RDP, Volume XXII (II Serie), 1967, Padova.

CARDOSO, Augusto Lopes

- *Do segredo profissional na advocacia*, Celso, 1998.

CARLOS, Adelino da Palma

- *Linhas Gerais do Processo Civil Português*, Edições Cosmos, Lisboa, 1991.

CARLOS, Jorge Adriano

- «A responsabilidade do advogado por violação do segredo profissional» *in* ROA, Ano 58, 1998, Lisboa.

CARNELUTTI, Francesco

- «Riforma tedesca e riforma italiana del processo civile di cognizione» (Postilla) *in* RDPC, Vol. XI, Parte I, 1934 (XII).

- «Verità, dubbio, certeza» *in* RDP, Vol. XX (II Serie), 1965, Padova.

- «A proposito di ricerca della verità» *in* RDP, Volume XV, 1960, Padova.

- «Carattere del nuovo processo civile italiano» *in* RDPC, Vol. XVIII, Parte I, 1941 (XIX-XX).

- «Il testimonio, questo sconosciuto» *in* RDP, Vol. XII, 1957, Padova.

- «Prova del sangue» *in* RDP, Vol. XVI, 1961, Padova.

CARRATTA, Antonio

- «Prova e convincimento del giudice nel processo civile» *in* RDP, Janeiro-Março de 2003 (LVIII), n.º 1.

CARVALHO, Delgado de

- *A Fase da Condensação no Processo Declarativo (à luz da Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho) – Os Temas da Prova*, Quid Juris, 2014.

CASANOVA, J. F. de Salazar

- «Princípio dispositivo e poderes de cognição do Tribunal» *in* Scientia Iuridica, Tomo XLIV, n.º 229/234, 1991.

- «Os factos instrumentais e a verdade material» *in* Revista do CEJ, 2º Sem. De 2008, n.º 10.

CASTRO, Artur Anselmo de

- *Processo Civil Declaratório*, Volume III, Almedina, Coimbra.

CATARINO, Luís Guilherme

- «Segredo bancário e revelação jurisdicional» *in* Revista do MP, Ano 19, Abril-Junho de 1998, n.º 74.

CAVALLONE, Bruno

- «Istruzione probatoria e preclusioni» *in* RDP, Julho-Outubro de 2014 (LXIX), n.º4/5.

- «Esibizione delle prove nel Diritto Processuale Civile» *in* Dig. Disc. Priv. Sez. Civile, VII, 1991.

CHIARLONI, Sergio

- «Il Nuovo art. 111 Cost. e il Processo Civile» *in* RDP, Outubro-Dezembro de 2000 (LV), n.º 4.

- «Per la chiarezza di idee in tema di analisi comparata della prova per testimoni» *in* RDP, Volume XLIX (II Serie), 1994, Padova.

CIPRIANI, Franco

- «Autoritarismo e garantismo nel processo civile (a proposito dell'art. 187, 3º comma, c.p.c.)» *in* RDP, Vol. XLIX (II Serie), 1994, Padova.

COMOGLIO, Luigi Paolo

- *Le Prove Civili*, UTET Giuridica, 2010.

- «Direzione del processo e responsabilità del giudice» *in* RDP, Volume XXXII (II Serie), 1977, Padova.

- «Istruzione e trattazione nel processo civile» *in* Dig. Disc. Priv. Sez. Civile, X, 1993.

- «Contraddittorio» *in* Dig. Disc. Priv. Sez. Civile, IV, Torino, 1989.

- «L'utilizzazione processuale del sapere extragiuridico nella prospettiva comparatística» *in* RDP, Outubro-Dezembro de 2005 (LX), II Serie, n.º 4.

- «Incapacità e divieti di testimonianza nella prospettiva costituzionale» *in* RDP, Vol. XXXI (II Serie), 1976, Padova.

COSTA, Orlando Guedes da

- *Direito Profissional do Advogado – Noções Elementares*, 6ª Edição, Almedina, 2008.

COSTA, Susana

- «A justiça em laboratório» *in* Revista Crítica de Ciências Sociais, n.º 60, Outubro de 2001.

COSTANTINO, Giorgio

- «Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti» *in* RDP, Setembro-Outubro de 2010 (LXV), n.º 5.

CRISTOFARO, Marco de

- «*Case management* e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo» *in* RDP, Março-Abril de 2010 (LXV), n.º 2.

CUNHA, António Júlio

- *Direito Processual Civil Declarativo à luz do Novo Código de Processo Civil*, Quid Juris, 2013.

D'AMELIO, Mariano

- «Le tendenze sociali del nuovo codice di procedura civile», *in* RDPC, Vol. XVIII, Parte I, 1941 (XIX-XX), Padova.

DENTI, Vittorio

- «Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio» *in* RDP, Vol. XXIII (II Serie), 1968, Padova.

- «L'evoluzione del diritto delle prove nei processi civili contemporanei» *in* RDP, Volume XX (II Serie), 1965, Padova.

- «Perizie, nullità processuali e contraddittorio» *in* RDP, Vol. XXII, II Serie, 1967, Padova.

- «Prova documentale (dir. proc. civ.)» *in* Enciclopedia del diritto, XXXVII, 1988, Milano.

- «Testimonianza tecnica» *in* RDP, Volume XVII, 1962, Padova.

- «Scientificità della prova e libera valutazione del giudice» *in* RDP, Vol. XXVII, II Serie, 1972, Padova.

DE STEFANO, Giuseppe

- «Fatto notório (dir. priv.)» in Enciclopedia del Diritto, XVI.

DIDIER Jr., Fredie

- *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*, 1ª edição, Coimbra Editora, 2010.

DITTRICH, Lotario

- «La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio» in RDP, Janeiro-Fevereiro de 2011 (LXVI), II Serie, n.º 1.

DONDI, Angelo

- «Prova testimoniale nel processo civile» in Dig. Disc. Priv. Sez. Civile, XVI.

ESTEVES, Luís de Sena

- «Segredo profissional – Notas a um conceito humanista de uma Medicina sem homem» in Separata de Acção Médica, Ano XXXIV, Janeiro-Março de 1970.

FABBRINI, Giovanni

- «Potere del giudice (dir. proc. civ.)», Enciclopedia del diritto, XXXIV.

FARIA, Paulo Ramos de/LOUREIRO, Ana Luísa

- *Primeiras notas ao Novo Código de Processo Civil*, Vol. I, 2013, Almedina.

FAZZALARI, Elio

- «La funzione del giudice nella direzione del processo civile» in RDP, Vol. XVIII, 1963, Padova.

- «La imparzialità del giudice» in RDP, Volume XXVII (II Serie), 1972, Padova.

FAZZIO, Giulia di

- «La riforma dell'esibizione di documenti nel processo civile tedesco» in RTDPC, Março de 2006 (LX), n.º 1.

FERRANDO, Gilda

- «Prove genéticas, verdade biológica e princípio de responsabilidade nell'accertamento della filiazione» in RTDPC, Ano L, n.º 3, Setembro de 1996.

FERRARIS, Federico

- «La testimonianza tecnica» in RDP, Set.-Out. de 2012 (LXVII), II Serie, n.º 5.

FINOCCHIARO, Alfio

- «Ispezione (dir. proc. civ.)» in Enciclopedia del diritto, XXII.

FORNACIARI, Michele

- «Questioni controverse in tema di prova testimoniale» in RDP, Setembro-Outubro de 2010 (LXV), II Serie, n.º 5.

FREITAS, Helena de Sousa

- *Sigilo profissional em risco – Análise dos casos de Manso Preto e de outros jornalistas no banco dos réus*, Edições Minerva Coimbra, 2006.

FREITAS, José Lebre de

- *Introdução ao Processo Civil (Conceito e princípios gerais à luz do novo código)*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2013

- *A Ação Declarativa Comum (À luz do Código de Processo Civil de 2013)*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2013.

- *A Falsidade no Direito Probatório*, 2ª Edição, 2013.

- *A confissão no Direito Probatório – Um Estudo de Direito Positivo*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2013.

- «Sobre o Novo Código de Processo Civil (uma visão de fora)» in ROA, Ano 73, Vol. I, 2013.

- *Estudos sobre Direito Civil e Processo Civil*, Volume I, 2ª Edição, 2009, Coimbra Editora.

FREITAS, José Lebre de/ALEXANDRE, Isabel

- *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. I, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2014.

FREITAS, José Lebre de/MACHADO, A. Montalvão/PINTO, Rui

- *Código de Processo Civil Anotado*, Volume 2º, 2ª Edição, Coimbra Editora.

GERALDES, António Santos Abrantes

- *Temas da Reforma do Processo Civil*, Volume I, 2ª Edição, 3ª Reimp., Almedina, 2010.

GOMES, Manuel Tomé Soares

- «Um olhar sobre a prova em demanda da verdade no processo civil» *in* Revista do CEJ, 2º Semestre de 2005, n.º 3.

GONÇALVES, João Luís Rodrigues

- «Segredo Profissional – Algumas considerações sobre segredo médico e segredo profissional de advogado» *in* Revista do MP, Ano 19, Outubro-Dezembro de 1998, n.º 76.

GOUVEIA, Mariana França

- «Os poderes do juiz cível na ação declarativa» *in* Julgar, Lisboa, n.º 1, 2007.

- «O princípio dispositivo e a alegação de factos em processo civil: a incessante procura da flexibilidade processual» *in* ROA, Abril-Setembro de 2013, Ano 73, Lisboa.

GOTTWALD, Peter

- «Civil Justice Reform: German Perspective» *in* *Civil Justice in Crisis (Comparative Perspectives of Civil Procedure)*, Oxford University Press, 2003.

GRADI, Marco

- «Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”» *in* RDP, Julho-Agosto de 2010 (LXV), II Serie, n.º 4.

GRASSO, Eduardo

- «La Collaborazione nel Processo Civile» *in* RDP, Vol. XXI (II Serie), 1966, Padova.

GRUNSKY, Wolfgang

- «Processo civile (Germania)» (trad. de Alessandro Della Chà) *in* Dig. Disc. Priv. Sez. Civile, XV.

GUASP, Jaime/ARAGONESES, Pedro

- *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, 7ª Ed., 2004.

HABSCHEID, Walter J.

- «A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direcção e instrução do processo (direitos alemão e suíço)» – trad. Catarina Serra *in* Scientia Iuridica, Tomo XLI, 1992, nº 235/237.

- «Giurisdizione civile e processo civile nella Repubblica Federale Tedesca», Parte I *in* RDP, Vol. XLII (II Serie), 1987, Padova.

JAUERNIG, Othmar

- *Direito Processual Civil* (trad. F. Silveira Ramos), 2002, Almedina.

JORGE, Nuno de Lemos

- «Os poderes instrutórios do juiz – alguns problemas» *in* Julgar, n.º 3, 2007.

LA CHINA, Sergio

- «Giusto processo, laboriosa utopia» *in* RDP, Outubro-Dezembro de 2005 (LX), n.º 4.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes

- «Notas breves sobre o Código de Processo Civil de 2013» *in* ROA, Ano 73, Abril/Setembro de 2013, Lisboa.

LE MASSON, Jean-Marc

- «La recherche de la vérité dans le procès civil» *in* Droit et Société, 38, 1998.

LEONE, Carlo

- «Istruzione della causa» *in* Enciclopedia del diritto, XXIII.

LIEBMAN, Enrico Tullio

- «Norme processuali nel codice civile» *in* RDP, Volume III, Parte I, 1948, Padova.

LIUZZI, Giuseppe Trisorio

- «Ispezione nel processo civile» *in* Dig. Disc. Priv. Sez. Civile, X, 1993.

LOMBARDO, Luigi

- «La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto» *in* RDP, Janeiro-Fevereiro de 2007 (LXII), II Serie, n.º 1.

- «Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile» *in* RDP, Outubro-Dezembro de 2002 (LVII), II Serie, n.º 4.

LOURENÇO, José Acácio

- «Os direitos das partes no processo civil» *in* ROA, Ano 73, Abril-Setembro de 2013, Lisboa.

LUISO, Francesco P.,

- *Diritto Processuale Civile – I – Principi generali*, 7ª Ed., Giuffrè Editore, 2013.

- «Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio» *in* RTDPC, Ano LXV, Suplemento ao n.º 1, Março de 2011.

MACHADO, António Montalvão/PIMENTA, Paulo

- *O Novo Processo Civil*, 12ª Edição, Almedina, 2010.

MALAFIA, Joaquim

- «O segredo bancário como limite à investigação criminal» *in* ROA, Ano 59, 1999, Lisboa.

MANDRIOLI, Crisanto

- *Corso di Diritto Processuale Civile – I – Nozioni Introduttive e Disposizioni Generali*, 6ª Ed., 2007, Torino.

- *Corso di Diritto Processuale Civile – II – Il Processo di Cognizione*, 6ª Ed., 2007, Torino.

MARQUES, J. P. Remédio

- *Acção Declarativa à luz do Código Revisto*, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2011.

- «Investigação de paternidade – Concubinato duradouro e aplicação no tempo da Lei n.º 21/98, de 12 de Maio (A nova presunção de paternidade da alínea e) do n.º 1 do artigo 1871º do CC» *in* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXXVIII, Coimbra, 2002.

MARTINETTO, G.

- «Contraddittorio (Principio del)» *in* Noviss. Dig. it., IV, 1959.

MARTINS, João Zenha

- «O segredo jornalístico, a protecção das fontes de informação e o incidente processual penal de quebra de escusa de depoimento» *in* Revista do MP, Ano 27, Abril-Junho de 2006, n.º 106.

MARTINS, Jorge Lourenço

- *O depoimento testemunhal em processo civil*, 1988.

MATOS, José Igreja

- «O juiz e o processo civil (contributo para um debate necessário)» *in* Julgar, n.º 2, Maio-Agosto de 2007.

MENDES, João de Castro

- *Conceito de Prova em Processo Civil*, 1961, Edições Ática.

MENDONÇA, Luís Correia de

- «Vírus autoritário e processo civil» *in* Julgar, Lisboa, n.º 1, Janeiro-Abril de 2007.

MESQUITA, Miguel

- «A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno Processo Civil» *in* Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 143º, n.º 3983, Novembro-Dezembro 2013, Coimbra Editora.

- «A revelia no processo ordinário» *in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. I, Coimbra Editora, 2013.

MITIDIERO, Daniel

- «Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck» *in* Revista de Processo, Ano 36, Vol. 194, Abril de 2011.

- «Processo justo, colaboração e ônus da prova» *in* Revista TST, vol. 78, n.º 1, Janeiro/Março de 2012.

MONTELEONE, Girolamo

- «Intorno al concetto di verità “materiale” o “oggettiva” nel processo civile» *in* RDP, Janeiro-Febrero de 2009 (LXIV), n.º 1.

MONTERO AROCA, Juan

- *La paradoja procesal del siglo XXI: los poderes del juez penal (libertad) frente a los poderes del juez civil (dinero)*, Tirant to Blanch, Valencia, 2014.

- «Il processo civile “sociale” come strumento di giustizia autorit aria» *in* RDP, Abril-Junho de 2004 (LIX), n.º 2.

MONTESANO, Luigi

- «Le prove» *in* RDP, Volume XXXIII (II Serie), 1978, Padova.

- «La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di “terza via”» *in* RDP, Out.-Dez. de 2000 (LV), n.º 4.

- «Le prove disponibili d’ufficio e l’imparzialità del giudice civile» *in* RTDPC, Ano XXXII, 1978.

MOREIRA, José Carlos Barbosa

- «O neoprivatismo no processo Civil» *in* CDP, n.º 10, Abril-Junho de 2005, Braga.

- «Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo» *in* CDP, n.º 7, Julho/Setembro de 2004.

- «A influência do direito processual civil alemão em Portugal e no Brasil» *in* ROA, Ano 51, 1991, Lisboa.

- «O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo» *in* Scientia Iuridica, Tomo LV, n.º 305, Janeiro/Março de 2006, Braga.

NETO, Abílio

- *Código de Processo Civil Anotado*, 22ª Edição Actualizada, Novembro de 2009, Lisboa.

NEUNER, Roberto

- «Il progetto di un nuovo regolamento per il processo civile tedesco» (trad. Giovanni Cristofolini), *in* RDPC, Vol. XI, Parte I, 1934 (XII).

NORMAND, Jacques

- «I poteri del giudice e delle parti quanto al fondamento delle pretese controverse» *in* RDP, Vol. XLIII (II Serie), 1988, Padova.

NUNES, José António Barreto

- «Acção de investigação de paternidade – Exames de sangue – Recusa de colaboração – Consequências da recusa – Inadmissibilidade de execução forçada do exame» *in* Revista do MP, Ano 22, Janeiro/Março de 2001, n.º 85.

OLIVEIRA, Guilherme de

- «A lei e o laboratório – Observações acerca das provas periciais da filiação» *in* Número Especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Ferrer-Correia, II*, 1989, Coimbra.

- «Caducidade das acções de investigação» *in* *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. I, Coimbra Editora

- «O direito da filiação na jurisprudência recente» *in* *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Número Especial, Coimbra, 1983.

- *Estabelecimento da Filiação – Nota aos Artigos 1796º a 1873º do Código Civil*, 7ª Reimpressão, Almedina, 2003.

OLIVEIRA, Guilherme de/MONIZ, Helena

- «Utilização de informação genética em acções de filiação – perguntas e respostas» *in Lex Medicinæ*, Ano 2, n.º 4, 2005.

OTERO, Paulo

- *Personalidade e Identidade pessoal e Genética do Ser Humano: Um perfil constitucional da bioética*, Almedina, 1999.

PATTI, Salvatore

- «La disponibilità delle prove» *in* RTDPC, Ano LXV, Suplemento ao n.º 1, Março de 2011.

- «Probatio e praesumptio: attualità di un'antica contrapposizione» *in* RDC, Ano XLVII, Julho-Agosto de 2001, n.º 4.

- «Libero convencimento e valutazione delle prove» *in* RDP, Volume XL (II Serie), 1985, Padova.

PEREIRA, André Gonçalo Dias

- «Dever de confidencialidade do médico? E do advogado?» *in* Separata da Revista Portuguesa de Dano Corporal, n.º 15, 2005.

- «Da possibilidade de realização de autópsias ou outros exames *post mortem* a requerimento de particulares – estudo jurídico» *in Lex Medicinæ*, Ano 8, n.º 15, 2011.

PEREIRA, André Dias/BARBOSA, Carla

- «Confidencialidade da informação de saúde no direito português» *in Lex Medicinæ*, Ano 8, n.º 16, 2011, Coimbra Editora.

PEREIRA, Fernando Silva

- «Princípio da cooperação e dever jurídico de colaboração probatória – uma análise à luz do novo Código de Processo Civil» *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano 10, 2013.

PICÓ I JUNOY, Joan

- «I principi del nuovo processo civile spagnolo» *in* RDP, Janeiro-Março de 2003 (LVIII), II Serie, n.º 1.

PINHEIRO, M. Fátima

- «Contribuição do estudo do DNA na resolução de casos criminais» *in* Revista do MP, Ano 19, Abril-Junho de 1998, n.º 74.

- «Aplicação do estudo do DNA na investigação biológica da filiação» *in* Revista do MP, Ano 17º, Abril-Junho de 1996, n.º 66.

- «Identificação genética: passado, presente e futuro» *in* Revista do MP, Ano 30, Abril-Junho de 2009, n.º 118.

PINTO, Rui

- *Notas ao Código de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2014.

PISANI, Andrea Proto

- «Il processo civile di cognizione a trent'anni dal código» *in* RDP, Vol. XXVII (II Serie), 1972, Padova.

- *La nuova disciplina del processo civile*, Jovene Editore, Napoli, 1991.

- *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 5ª Ed., Jovene Editore, Napoli, 2006.

- «Note in tema di diritto sostanziale e di diritto processuale all'esibizione» *in* RDP, Abril-Junho de 1996 (LI), n.º 2.

PRÜTTING, Hanns

- «Presentación de documentos y dirección del proceso» *in* *Código Procesal Civil Alemán (ZPO)*, trad. de Juan Carlos Ortiz Pradillo e Álvaro J. Pérez Ragone. Disponível em http://www.kas.de/wf/doc/kas_9523-544-4-30.pdf.

- «La preparazione della trattazione orale e le conseguenze delle deduzioni tardive nel processo civile tedesco» (trad. de Elena Merlin) *in* RDP, Abril-Junho de 1991 (XLVI), II Serie, n.º 2, Padova.

RAMOS, José Luís Bonifácio

- «Desígnios do “novo” Código de Processo Civil Português» *in* Revista O Direito, Ano 145º, IV, 2013.

RAMOS, Maria Célia

- «O sigilo bancário em Portugal – Origens, evolução e fundamentos» *in Sigilo Bancário – Colóquio Luso-Brasileiro*, Edições Cosmo, Lisboa, 1997.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas

- *O ónus da prova no processo civil*, 3ª Edição, Almedina, 2006.

REGO, Carlos Lopes do

- *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. I, 2ª Edição, 2004, Almedina, Coimbra.

- «O ónus da prova nas acções de investigação da paternidade: prova directa e indirecta do vínculo de filiação» *in Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. I, Coimbra Editora.

- «Direito probatório: sua reformulação no processo civil» *in Sub Judice*, n.º 4, Setembro/Dezembro de 1992.

- «Relevância dos exames de sangue nas acções de investigação da paternidade – Recusa de cooperação do réu e inversão do ónus da prova» *in Revista do MP*, Ano 15º, Abril-Junho de 1994, n.º 58.

- «Investigação da paternidade – Prova da exclusividade das relações sexuais – presunções judiciais» *in Revista do MP*, Ano 7º, Julho-Setembro de 1986, n.º 27.

- «Acção oficiosa de investigação de paternidade – valor dos exames de sangue – “exceptio plurium”» *in Revista do MP*, Ano 12º, n.º 45, Janeiro-Março de 1991.

REIS, Alberto dos

- *Código de Processo Civil: Anotado*, Clássicos Jurídicos, Vol. I, 3ª Edição (1948), Reimp., Coimbra Editora, 2004.

- *Código de Processo Civil: Anotado*, Volume III, 4ª Edição, Reimp., Coimbra Editora, 1985.

- *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. IV, Reimp., Coimbra Editora, 1981.

- «Intervenção de terceiros (Código de Processo Civil, artigos 325º e segs.)» *in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. XXIII, 1947.

- «O Novo Código de Processo Civil Português» *in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Suplemento VI, Coimbra, 1945.

- *Breve estudo sobre a Reforma do Processo civil e comercial*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 1929.

- «Os poderes do juiz no julgamento da acção» *in* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Ano VII, 1921-1923, Coimbra.

REIS, Rafael Vale e

- «Direito ao conhecimento das origens genéticas» *in* *Estudos de Direito da Bioética*, Vol. III, Almedina, 2009.

RICCI, Edoardo F.

- «Verso un nuovo processo civile?» *in* RDP, 2003, n.º 1.

- «Il principio dispositivo come problema di diritto vigente» *in* RDP, Vol. XXIX (II Serie), 1974, Padova.

- «Su alcuni aspetti problematici del “diritto alla prova”» *in* RDP, Volume XXXIX (II Serie), Padova, 1984.

RICCI, Gian Franco

- «Prove e argomenti di prova» *in* RTDPC, 1988.

RODRIGUES, Fernando Pereira

- *O Novo Processo Civil – Princípios Estruturantes*, Almedina, 2013.

- *Os Meios de Prova em Processo Civil*, Almedina, 2015.

RODRIGUES, Manuel

- «Da instrução do processo» *in* ROA, Ano 8º, nº 1-2, 1948, Lisboa.

RUEFF, Maria do Céu

- *O segredo médico como garantia de não-discriminação – Estudo de caso: HIV/SIDA*, Coimbra Editora.

RUFFINI, Giuseppe

- «Produzione ed esibizione dei documenti» *in* RDP, Abril-Junho de 2006 (LXI), n.º 2.

SAMPAIO, J. M. Gonçalves

- *A prova por documentos particulares – Na Doutrina, na Lei e na Jurisprudência*, 2ª Edição, Almedina, 2004.

SANTIAGO, Rodrigo

- *Do crime de violação de segredo profissional no Código Penal de 1982*, Almedina, Coimbra, 1992.

SANTOS JÚNIOR, Eduardo dos

- «Ónus de impugnação e admissão por acordo de factos não impugnados (artigo 490º do Código de Processo Civil) – Ac. do STJ de 14.12.2004, Proc. 4044/04» *in* CDP, n.º 12, Outubro/Dezembro de 2005.

SATTA, Salvatore

- «Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo» *in* RDPC, Vol. XIV, Parte I, 1937 (XV).

- «La dottrina del diritto processuale civile» *in* RDP, Vol. XLVII (II Serie), n.º 3, 1992.

SCARSELLI, Giuliano

- «Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali» *in* RTDPC, Março de 1998 (LII), n.º 1, Milano.

SEGATEL, Elisa

- «Il rifiuto dell'imputato di sottoporsi a prelievi biologici» *in* RDP, Março-Abril de 2007 (LXII), II Serie, n.º 2.

SERRA, Adriano Vaz

- «Anotação ao Acórdão de 10 de Novembro de 1967» *in* RLJ, Ano 101, n.º 3371, Coimbra, 1969.

SILVA, Paula Costa e

- «Saneamento e condensação no novo Processo Civil» *in* *Aspectos do Novo Processo Civil*, Lex, Lisboa, 1997.

- *Acto e processo – O dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*, Coimbra Editora, 2003.

- «A realização coerciva de testes de ADN» *in Estudos de Direito da Bioética*, Vol. I, Almedina, 2005.

SILVESTRI, Elisabetta

- «Confessione nel Diritto Processuale Civile» *in Dig. Disc. Priv. Sez. Civile*, III, 1988.

SOARES, Fernando Luso

- *Processo civil de declaração: história, teoria, prática*, Almedina, Coimbra, 1985.

SOUSA, Luís Filipe Pires de

- *Prova Testemunhal*, Almedina, 2013.

SOUSA, Miguel Teixeira de

- *Introdução ao Processo Civil*, 2ª Ed., 2000, Lex, Lisboa.

- *Estudos sobre o novo processo civil*, 2ª edição, Lex, 1997.

- *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*, Lex, Lisboa, 1995.

- «Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil» *in CDP*, n.º 43, Julho-Setembro de 2013.

- «A audiência preliminar – Uma mudança de paradigma no processo civil» *in Direito Processual Civil – Estudos sobre Temas do Processo Civil*, SFN Editores, Lisboa, 2001.

- «Apreciação de alguns aspetos da “Revisão do Processo Civil” – Projecto» *in ROA*, Ano 55, 1995, Lisboa.

- «Prova, poderes da Relação e convicção: a lição da epistemologia – Ac. do STJ de 24.9.2013, Proc. 1965/04» *in CDP*, n.º 44, Outubro/Dezembro de 2013.

- *A livre apreciação da prova em processo civil*, Colecção Scientia Iuridica, Braga, 1984.

- «Algumas questões sobre o ónus de alegação e de impugnação em processo civil» *in Scientia Iuridica*, Maio-Agosto de 2013, Tomo LXII, n.º 332.

SPAGNOL, Gino

«Di un nuovo profilo pubblicistico dell'azione civile» *in* RDPC, Vol. IV, Parte I, 1927.

STALTERI, Marcello

- «Genetica e processo: la prova del “dna fingerprint”. Problemi e tendenze» *in* RTDPC, Ano XLVII, n.º 1, 1993.

TARUFFO, Michele

- «Modelli di prova e di procedimento probatorio» *in* RDP, Abril-Junho de 1990 (XLV), n.º 2, Padova.

- «Interrogatorio» *in* Dig. Disc. Priv. Sez. Civile, X.

- «Prova testimoniale (dir. proc. civ.)» *in* Enciclopedia del diritto, vol. XXXVII, 1988.

- «Per una rilettura dell'art. 115º c.p.c.» *in* RTDPC, Ano LXV, Suplemento ao n.º 1, Março de 2011.

- «Prova (In Generale)» *in* Dig. Disc. Priv. Sez. Civile, XVI.

- «Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice» *in* RTDPC, Ano LV, n.º 3, Setembro de 2001.

- «La prova scientifica nel processo civile» *in* RTDPC, Ano LIX, n.º 4, Dezembro de 2005.

TARZIA, Giuseppe

- «Le istruzioni del giudice alle parti nel processo civile» *in* RDP, Outubro-Dezembro de 1981 (XXVI), II Serie, n.º 4, Padova.

- «Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile» *in* RDP, Volume XXXIX (II Serie), 1984, Padova.

VARELA, Antunes/BEZERRA, J. Miguel/ NORA, Sampaio e

- *Manual de Processo Civil – De acordo com o Dec.-Lei 242/85*, 2ª Edição, Reimp., Coimbra Editora, 2004.

VAZ, Alexandre Mário Pessoa

- *Direito Processual Civil – Do Antigo ao Novo Código (Novas tecnologias ao serviço da justiça)*, 2ª Edição, Almedina, 2002.

VERDE, Giovanni

- «Prova (dir. proc. civ.)» *in* Enciclopedia del Diritto, XXXVII.

- «Prove nuove» *in* RDP, Janeiro-Março de 2006 (LXI), II Serie, n.º 1.

VIDIRI, Guido

- «Giusto processo, accertamento della verità materiale e “imparzialità” del giudice» *in* RDP, Novembro-Dezembro de 2012 (LXVII), n.º 6.

VOLKMAR, Erich

- «La nuova legge tedesca sul processo civile del 27 ottobre 1933 e la sua importanza dal lato della politica legislativa» (trad. Giovanni Cristofolini), *in* RDPC, Vol. XI, Parte I, 1934 (XII).

JURISPRUDÊNCIA

Tribunal Constitucional:

- Ac. n.º 616/98, de 21-10-1998. Processo n.º 363/97. Relator: Artur Maurício. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19980616.html>.

Supremo Tribunal de Justiça:

- Ac. de 01-03-2007. Relator: Pinto Hespanhol. Processo n.º 06S3210. Disponível em www.dgsi.pt.

- Ac. de 12-05-2011. Relator: Granja da Fonseca. Processo n.º 7656/04.3TBMTS.P1.S1. Disponível em www.dgsi.pt.

- Ac. do STJ de 11-01-2001 *in* Revista do MP, Ano 22, Janeiro-Março de 2001, n.º 85, p. 161.

- Ac. de 15-04-2004. Relator: Quirino Soares. Processo n.º 04B795. Disponível em *www.dgsi.pt*.

- Ac. de 12-04-2007. Relator: Simas Santos. Processo n.º 07P1232. Disponível em *www.dgsi.pt*.

- Ac. de 09-02-2011. Relator: Santos Cabral. Processo n.º 12153/09.8TDPRT-A.P1.S1. Disponível em *www.dgsi.pt*.

- Ac. 11-03-1997. Relator: Fernando Fabião. Processo n.º 96A901. Disponível em *www.dgsi.pt*.

- Ac. de 13-09-2012. Relator: Tavares de Paiva. Processo n.º 2816/08.OTVLSB.L1. S1. Disponível em *www.dgsi.pt*.

- Ac. de 11-09-2012. Relator: Fonseca Ramos. Processo n.º 2326/11.09TBLL.E1.S1. Disponível em *www.dgsi.pt*.

- Ac. de 12-11-2002. Relator: Afonso de Melo. Processo n.º 02A2876. Disponível em *www.dgsi.pt*.

- Ac. de 11-07-2013. Relator: Ana Paula Boularot. Processo n.º 6961/08.4TBALM-B.L1.S1. Disponível em *www.dgsi.pt*.

- Ac. de 21-01-2014. Relator: Mário Belo Morgado. Processo n.º 689/08.2TTFAR.E1.S1. Disponível em *www.dgsi.pt*.

- Ac. de 24-05-2012. Relator: Serra Baptista. Processo n.º 69/09.2TBMUR.P1.S1. Disponível em *www.dgsi.pt*.

- Ac. de 30-04-2008. Relator: Sousa Grandão. Processo n.º 07S4755. Disponível em *www.dgsi.pt*.

- Ac. de 31-05-2011. Relator: Salazar Casanova. Processo n.º 4716/10.5TBMTS
- A.S1. Disponível em *www.dgsi.pt*.

Tribunal da Relação do Porto:

- Ac. de 02-02-2015. Relator: Manuel Domingos Fernandes. Processo n.º 4178/12.2TBGDM.P1. Disponível em *www.dgsi.pt*.

- Ac. de 4-10-2007. Relator: Manuel Capelo. Processo n.º 0733892. Disponível em *www.dgsi.pt*.

- Ac. de 24-02-2015. Relator: Anabela Dias da Silva. Processo n.º 3210/13.7TBVNG.P1. Disponível em *www.dgsi.pt*.

- Ac. de 9-02-2015. Relator: João Nunes. Processo n.º 572/11.4TTPNF-A.C1.P1. Disponível em *www.dgsi.pt*.

- Ac. de 02-10-2006. Relator: Machado da Silva. Processo n.º 0613159. Disponível em *www.dgsi.pt*.

- Ac. de 21-06-1988 (Processo n.º 22 561, da 2ª Secção) *in* Revista do MP, Ano 9º, Julho-Dezembro de 1988, n.º 35/36, p. 198 e 200.

- Ac. de 20-05-2003. Relator: Ribeiro de Almeida. Processo n.º 03A1178. Disponível em *www.dgsi.pt*.

Tribunal da Relação de Coimbra:

- Ac. de 13-11-2012. Relator: José Avelino Gonçalves. Processo n.º 572/11.4TBCND.C1. Disponível em *www.dgsi.pt*.

- Ac. proferido a 11-12-2012. Relator: Maria Domingas Simões. Processo n.º 798/11.0TBCNT-A.C1. Disponível em *www.dgsi.pt*.

- Ac. de 18-12-2013. Relator: Albertina Pedroso. Processo n.º 319/12.8T2ILH-A.C1. Disponível em *www.dgsi.pt*.

- Ac. de 05-12-2007. Relator: Orlando Gonçalves. Processo: 413/07.7YRCBR. Disponível em *www.dgsi.pt*.

- Ac. de 10-03-2009. Relator: Costa Fernandes. Processo n.º 53/09.6YRCBR. Disponível em *www.dgsi.pt*.

Tribunal da Relação de Lisboa:

- Ac. de 29-04-2004. Relator: Tibério Silva. Processo n.º 1552/2004-2. Disponível em *www.dgsi.pt*.

- Ac. de 19-03-2013. Relator: Ana Resende. Processo n.º 3048/06.8TVLSB-A.L2-7. Disponível em *www.dgsi.pt*.

- Ac. de 20-11-2014. Relator: Eduardo Azevedo. Processo n.º 17536.07.5YYLSB-A.L1-2. Disponível em *www.dgsi.pt*.

- Ac. de 09-07-2014. Relator: José Pimentel Marcos. Processo n.º 825/12.4TMLSB-C.L1-7. Disponível em *www.dgsi.pt*.

- Ac. de 26-11-2009. Relator: Ana Luísa Geraldes. Processo n.º 3176/08.5YXLSB.L1-8. Disponível em *www.dgsi.pt*.

- Ac. de 20-09-2007. Relator: Fátima Galante. Processo n.º 6114/2007-6. Disponível em *www.dgsi.pt*.

- Ac. de 17-09-2009. Relator: Ondina Carmo Alves. Processo n.º 486/2002.L1-2. Disponível em *www.dgsi.pt*.

- Ac. de 29-04-2014. Relator: Maria de Deus Correia. Processo n.º 10708/09.0T2SNT.L1-6. Disponível em *www.dgsi.pt*.