



• U

C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

***Officium Iudicis* Instrutório**
A Indagação Oficiosa da Verdade no Processo Civil

Officium Iudicis Analysis
***Ex officio* Search for Truth in Civil Procedure**

Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas
Menção em Direito Processual Civil – apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob a
orientação do Professor Doutor Luís Miguel de Andrade
Mesquita

Ricardo Luís Ramos de Matos Botica Quintas

Coimbra

2017

AGRADECIMENTOS

A gratidão é a memória do coração. É tempo de exprimir os agradecimentos e lembrar todos os que tornaram rutilante o percurso longo, por vezes tortuoso, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Ao Senhor Professor Doutor Luís Miguel de Andrade Mesquita, meu Orientador e Professor na Licenciatura e no Mestrado, pelos ensinamentos, pela dedicação e amizade, bem como por me mostrar que o Direito Processual Civil, embora árido, não deixa de ser cativante, e sem o qual o direito material carece de plena eficácia.

À Senhora Professora Doutora Maria José Capelo, minha Professora da Disciplina de Direito Processual Civil II no Mestrado, pelos ensinamentos, amizade, e por me contagiar o seu entusiasmo pelo direito adjetivo.

Aos meus Professores da Licenciatura e do Mestrado, por todos os conhecimentos transmitidos.

Ao Senhor Professor Doutor Hugh Burrows, pela amizade, presença quase diária e revisão do Inglês.

Ao Senhor Professor Doutor Delfim Leão, pelos ensinamentos e reflexões sobre o direito ático.

Aos Senhores Funcionários da Faculdade de Direito e da Biblioteca Geral, pelo imprescindível apoio na obtenção de livros essenciais e pela amizade nos tempos de estudo.

Aos meus Pais.

Aos meus Avós Paternos.

À memória dos meus Avós Maternos, que recordo sempre nos meus pensamentos e orações. A poeira dissolvente do tempo nunca nos afastará.

À memória da minha Bisavó Rosa Botica, que lembro com muita saudade e pela enorme alegria de eu ter seguido a vocação de seu Pai, meu Trisavô.

Aos meus Familiares, lembrando especialmente a minha Prima Maria, pela amizade e constante apoio.

Aos meus Amigos da Faculdade, sem eles a caminhada académica teria sido seguramente desértica.

«- *Sou realmente velho – disse Govinda -, mas ainda não desisti de procurar. Nunca desistirei de procurar, tal é a minha decisão. Também tu, pelo que me parece, andaste à procura. Quererás dizer-me uma palavra, ó Venerado?*

Siddharta disse:

- *O que poderia ter eu para te dizer, ó Venerável? Talvez dizer-te que procuras demasiado? Que enquanto procurares nunca conseguirás encontrar?*

- *Como assim? – perguntou Govinda.- Quando alguém procura – respondeu Siddharta – pode acontecer que os seus olhos vejam apenas a coisa que ele procura, que não permitam que ele a encontre porque ele pensa sempre e apenas naquilo que procura, porque ele tem um objectivo, porque está possuído por esse objectivo. Procurar significa ter um objectivo. Mas encontrar significa ser livre, manter-se aberto, não ter objectivos. Tu, Venerável, és talvez um homem à procura, pois, perseguindo o teu objectivo, muitas vezes não vês aquilo que está perante os teus olhos.»*

*Hermann Hesse, Siddharta, 8.ª edição,
Editorial Notícias, 2003, p. 142.*

O presente estudo não foi redigido à luz do novo Acordo Ortográfico, ressalvando as citações por ele abrangidas.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac. - Acórdão

al./als. - alínea/alíneas

art./arts. - artigo/artigos

CC – Código Civil

CC it. - *Codice Civile*

cfr. - conferir

CIRE – Código de Insolvência e Recuperação de Empresas, DL n.º 53/2004, de 18 de Março

CP – Código Penal

CPC – Código de Processo Civil, Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho

CPC 1876 - Código de Processo Civil de 1876

CPC 1939 – Código de Processo Civil de 1939

CPC 1961 – Código de Processo Civil de 1961

CPC 95/96 – Código de Processo Civil de 1961, após o Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro

CPC br. - Código de Processo Civil brasileiro

CPC fr. - *code de procédure civile*

CPC it. - *codice di procedura civile*

CPP – Código de Processo Penal

CPR – *Civil Procedure Rules*

CPT – Código de Processo do Trabalho

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL - Decreto-Lei

FRCP – *Federal Rules of Civil Procedure*

LAV – Lei de Arbitragem Voluntária

LPCJP – Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo, Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro

LEC – *Ley de Enjuiciamiento Civil*

LOFTJ – Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais

LOSJ – Lei de Organização do Sistema Judiciário

MP – Ministério Público

p./ pp. - página / páginas

ss. - seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

v. - ver

ZPO - *Zivilprozessordnung*

RESUMO

O presente estudo versa sobre o princípio do inquisitório no direito processual civil português. A existência de poderes instrutórios de ofício do juiz tem vindo a ser um dos pontos de ruptura entre dois sistemas de processo civil antagónicos. Procura-se contrariar a visão de que um processo em que o juiz possa produzir prova *ex officio* seja inquisitorial, desde que se respeite a proibição do recurso à ciência privada.

A natureza jurídica do poder previsto no art. 411.º CPC merece também discussão, bem como as influências normativas dos princípios da gestão processual (art. 6.º CPC) e cooperação (art. 7.º CPC). Interessa também analisar os seus pressupostos, limites e confrontá-lo com os princípios da auto-responsabilidade das partes e da preclusão. Não pode o juiz produzir prova oficiosamente perante a actuação probatória negligente de uma das partes? E até que ponto existe preclusão probatória para o tribunal? Por outro lado, a segunda dimensão do princípio do inquisitório, que permite a atendibilidade de factos não alegados pelas partes, pode maximizar-se a todos os factos que surjam no processo, sem que isso afecte o brocardo *secundum allegata et probata iudex iudicare debet, non secundum conscientiam*.

Por fim, importa apreciar as críticas dirigidas aos poderes instrutórios *ex officio iudicis*, assim como a deriva neo-liberal do art. 190.º do CPC brasileiro.

Palavras-chave: Princípio do inquisitório; Poder de instrução; Prova; Processo Civil

ABSTRACT

This study deals with the inquisitorial principle in Portuguese civil law procedure. The existence of a court's own judicial powers has been one of the points of rupture between two antagonistic civil procedure systems. This work attempts to demonstrate that a judicial proceeding in which the judge may produce *ex officio* evidence is inquisitorial, as long as the prohibition of recourse to private science is respected. The legal nature of the power foreseen in Article 411 of the Portuguese Civil Procedure Code will be discussed, as well as the normative influences of the principle of active case management (Article 6 of the Portuguese Civil Procedure Code) and the principle of cooperation (Article 7 of the Portuguese Civil Procedure Code). The analysis of its assumptions and limits is also of great interest, and will be discussed on the basis of the principles of party self-responsibility and estoppel. Is it possible for the court to produce evidence *ex officio* bearing in mind a negligent probative conduct by one of the parties? To what extent is there an evidentiary preclusion for the court? The second aspect of the principle of the inquisitorial, in which the assertion of facts not alleged by parties is allowed, may be maximized to consider all facts, without affecting the aphorism *secundum allegata et probata iudex iudicare debet, non secundum conscientiam*. Finally, it is important that critical analysis directed at the investigative powers *ex officio iudicis* is acknowledged, as well as considering the neoliberal drift of Article 190 of the Brazilian Civil Procedure Code.

Key-words: The Inquisitorial Principle; Investigative Measures; Evidence; Civil Procedure

ÍNDICE

Considerações Introdutórias.....	12
Capítulo I.....	13
O Princípio do Inquisitório	13
1. A labilidade do termo.....	13
1.1. Como sistema processual – processo civil inquisitório ou sistema inquisitório extremo	18
1.2. Modelo instrutório.....	20
1.3. A posição de FABIANI: adesão à tese do abandono do termo inquisitório ...	24
Capítulo II	30
O tratamento do princípio do inquisitório no processo civil português	30
1. O inquisitório como parte integrante do <i>officium iudicis</i> – ramificação dos princípios da gestão processual e da cooperação	30
1.1.Princípio do inquisitório integrado no <i>direito constitucional processual</i> ?	33
1.2. O princípio do inquisitório como manifestação da <i>materielle Prozessleitung</i>	33
1.3. Inquisitório como ramificação do princípio da colaboração?	38
2. O problema da natureza jurídica	42
2.1. A tese do inquisitório como poder-dever.....	42
2.2. Posição crítica	46
2.3. Momento típico para o exercício dos poderes instrutórios de ofício?.....	46
3. Fundamentos	49
3.1. Descoberta da verdade – o que é a verdade?	51
3.2. Justa composição do litígio	54
4. Limites.....	56
5. Articulações do Inquisitório com o novo panorama judiciário português	57
6. A omissão do cumprimento do dever	60
6.1. Qual o meio processual para reagir?	60

6.2. Sindicabilidade pelo tribunal <i>ad quem</i>	61
6.2.1. <i>Os tribunais a quo e ad quem estão vinculados ao sentido de um despacho de indeferimento de meio de prova não recorrido, querendo significar que não podem exercer os seus poderes instrutórios de ofício (operando assim um caso julgado formal dentro do processo)?</i>	61
6.2.2. A preclusão para o juiz? A posição de PASSO CABRAL	65
6.3. Produção oficiosa de prova pelo tribunal <i>ad quem</i> ou repetição pelo tribunal <i>a quo</i> (art. 662.º)?	69
6.4. O problema da actuação negligente da parte – breves apontamentos conclusivos	70
7. As manifestações normativas do princípio do inquisitório	73
7.1. Quanto à prova	73
7.1.1. A requisição de documentos (art. 429.º e art. 436.º e ss.)	73
7.1.2. Prova por declarações de parte (art. 466.º)	78
7.1.3. Prova pericial (art. 467.º)	79
7.1.4. Inspecção judicial (art. 390.º CC e art. 490.º)	79
7.1.4.1. Limites	83
7.1.4.2. A inspecção judicial do art. 490.º é um poder discricionário ou um poder-dever?	86
7.1.4.2.1. <i>Interpretação conforme os princípios</i>	89
7.1.4.3. Quando deve ser determinada a inspecção judicial?	90
7.1.5. As verificações não judiciais qualificadas (art. 494.º)	91
7.1.6. Inquirição oficiosa de testemunhas (art. 526.º)	93
7.1.6.1. (Des)necessidade de inovação fáctica?	95
7.1.6.2. O cumprimento mínimo de encargos quanto à apresentação de testemunha	98
7.2. Poder relativo ao conhecimento de factos (art. 5.º)	99

8. O princípio do inquisitório nos processos de jurisdição voluntária: intencionalidade problemática própria?	110
Capítulo III	112
Os movimentos sofisticados contra os poderes probatórios <i>ex officio iudicis</i>	112
1. Críticas ao Princípio do Inquisitório	112
1.1. Os interesses privados em jogo.....	113
1.2. Motivações técnicas ou de oportunidade.....	114
1.3. Expressão de um regime autoritário.....	114
1.4. Perda de imparcialidade	116
1.5. Destruição da regra do ônus da prova.....	119
1.6. O uso dos poderes instrutórios é incompatível com o direito à prova das partes	120
2. Convenções processuais do art. 190.º CPC br.	121
2.1. A tese de PASSO CABRAL	123
2.2. Críticas.....	124
2.2.1 Direito subjectivo à prova.....	124
2.2.2 Adequação formal como princípio diametralmente inverso ao art. 190.º CPC br.	125
2.2.3. Impossibilidade de convenções processuais contenderem com os poderes do juiz.....	126
Conclusões	129
Bibliografia	133
Jurisprudência	150

Considerações Introdutórias

O tema que nos propusemos tratar prende-se, na sua essência problematizante, com os poderes instrutórios de ofício do juiz no direito processual civil. O problema não é novo. Pelo contrário. Mereceu detidas reflexões ao longo dos tempos, pelo que se pode afirmar que é um estudo de conteúdo atávico.

Num primeiro momento, dedicamo-nos a percorrer a instabilidade ligada ao termo “inquisitório”, que ora adere a figura do magistrado ao conceito de *sátrapa* da lide, com dilatados poderes de procura de factos e provas, ora assume a noção de sistema, derogando inclusivamente o princípio estruturante do dispositivo em sentido material (*Dispositionsmaxime*).

De seguida, partimos para o epicentro da dissertação: o tratamento do princípio do inquisitório no direito processual civil português, como uma manifestação do princípio da gestão processual (art. 6.º), e sua relação com o princípio da colaboração (art. 7.º). A discussão da natureza jurídica dos poderes do julgador em relação à prova é também de inegável importância. Igualmente, os fundamentos ínsitos ao art. 411.º¹, o apuramento da verdade e a justa composição do litígio, se revestem de importante significação.

A omissão da prática de diligências instrutórias *ex officio iudicis* devidas é outra das nossas preocupações, principalmente o modo de reagir e, sobretudo, a tensão com o princípio da preclusão, na modalidade de extinção do poder jurisdicional, e com o princípio da auto-responsabilidade das partes. Serão as diligências instrutórias de ofício indiferentes à actuação probatória negligente de uma parte? Também a questão da sindicabilidade pelos tribunais de recurso nos mereceu reflexão. Não obstante, o inquisitório tem também uma dimensão de aproveitamento de factos não alegados pelas partes. Quais os limites intransponíveis? É necessário ponderar até que ponto se poderá atender a factos resultantes da instrução, bem como proceder a uma recompreensão do aforismo *secundum allegata et probata iudex iudicare debet, non secundum conscientiam*.

Por fim, procuramos entender os movimentos doutrinários contrários à atribuição de poderes instrutórios ao juiz. Serão os negócios jurídicos processuais do art. 190.º CPC br. uma refacção liberal? Se sim, de que forma afectam os poderes do juiz?

¹Doravante, os artigos sem indicação em contrário pertencem ao CPC.

Capítulo I

O Princípio do Inquisitório

1. A labilidade do termo

A difusão do termo inquisitório, em sede de processo civil, tem sido concretizada de forma genérica, por vezes superficial, e desprovida do real sentido radical².

Numa acepção puramente vaga e indeterminada, pode dizer-se que estamos perante um processo inquisitório quando o juiz não se basta a um papel passivo: ou seja, qualquer ordenamento jurídico-processual, em que se confirmam prerrogativas e um papel activo ao julgador³, implicará um processo inquisitório. Alguns autores acentuam o carácter progressivamente inquisitorial de um processo, quando este se afasta das amarras tenebrosas dos ideais liberais⁴. Como FABIANI⁵ ressalva, também nos parece que esta acepção pretende aderir o denominado “processo inquisitório”⁶ a razões puramente ideológicas, de autoritarismo cego, desrespeitador de liberdades individuais.

Não é despicienda a escolha da designação “*inquisitório*”, por muitos autores, para caracterizar um sistema processual civil em que se confira poderes ao juiz: é para evocar o espírito dos processos promovidos pela Santa Inquisição, nos quais os direitos de defesa eram inexistentes⁷. É com intuito deceptivo e difamatório⁸, que esses mesmos autores procuram estabelecer o paralelismo acima mencionado.

²FABIANI, 2008: 255.

³Uma escassa mas pertinente referência feita a este activismo por JAUERNIG, 2002: 147; Referindo-se à atribuição da direcção do processo ao juiz como tendência inquisitória, ROQUE CARRIÓN, 1970: 46; PASSO CABRAL (2016b: 303) refere-se a um modelo inquisitório, quando existe maior participação do juiz (e correlativas “*restrições às faculdades dispositivas das partes*”).

⁴GRASSO, 1966: 597 e 602-3, quando se refere à colaboração entre as partes e o juiz, estrutura o seu pensamento na dialéctica dispositivo-inquisitório, sobre o qual nos debruçaremos em diante; PESSOA VAZ, 1946: 113 e ss, constrói duas concepções de sistema probatório inquisitório: um extremo e um moderado. Embora o Autor se refira a modelos probatórios, estabelece também uma ligação dessa “forma de ser” da fase de instrução com o sistema processual considerado no seu todo. Assim, o primeiro, embora não desenvolvamos aqui os seus pressupostos, funda-se na ideia de que todo o direito objectivo deve ser rigidamente defendido, independentemente da vontade dos titulares dos direitos subjectivos: embora o tribunal não se auto-active, é uma estrutura representante do Estado (*maxime* MP) que propõe as acções civis sempre que esses direitos subjectivos se encontrem carecidos de tutela. Mais. Ainda nesse sistema inquisitório extremo, o juiz poderá fazer uso da sua ciência privada (*das privates Wissen*), e este é o ponto fulcral do inquisitório extremo, como bem aponta o eminente processualista, (1946: 124). No segundo sistema, fazem-se concessões ao sistema processual tido como oposto (liberal, privatístico), acabando por ser um verdadeiro sistema processual híbrido (em diversas fases), ou um *Typenmischung*. Também retratando estas realidades processuais, CABRAL DE MONCADA, 1961: 84 e ss.

⁵FABIANI, 2008: 258.

⁶Entenda-se, neste caso, um processo em que haja activismo judicial.

⁷TARUFFO, 2012: 265.

⁸Em sentido convergente, KESSLER, 2005: 1182, que evoca “*imagens de tortura e queima na fogueira*”.

O processo civil inquisitório, por assim dizer, seria então aquele em que a promoção inicial caberia à própria entidade que julga, a promoção *ex officio* do processo em clara violação dos princípios *ne procedat iudex ex officio* e *nemo iudex sine actore*. Outra das suas características seria também a ausência de direitos de defesa dos litigantes perante o poder persecutório do tribunal⁹. O juiz também não estaria obrigado a motivar as suas decisões em matéria de facto, nem sequer de direito, e, sob a égide da verdade material, qualquer princípio de segurança jurídica poderia ser abalado, vigorando o princípio da revisão oficiosa das sentenças¹⁰. Mas é aquela auto-activação do tribunal que faz KESSLER distinguir os termos *inquisitorial* e *quase-inquisitorial*. O processo *quase-inquisitorial*, na concepção da autora, apenas se distanciaria daquele quanto ao impulso inicial do processo¹¹. O processo civil inquisitório, nesta acepção, coincidirá com o *sistema inquisitório extremo*, avançado por PESSOA VAZ¹².

A introdução do dever de verdade no processo, não só entendido como a proibição de introduzir conscientemente factos falsos no processo, mas também, na sua máxima amplitude, a obrigação das partes alegarem todas as circunstâncias que lhe são favoráveis¹³, na visão de JAUERNIG, é uma deriva para o processo inquisitório¹⁴. Por um lado, este dever afasta-o do processo tipicamente duelístico, no qual ganha o duelo a parte que for mais hábil e traiçoeira (*o processo tal como a guerra e a política é amoral sendo-lhe estranho o juízo de ilicitude*¹⁵). Por outro, reflecte uma visão do Estado, que encara a relação indivíduo-Estado de forma *totalista*, diluindo-se o primeiro no segundo.

Processo civil inquisitório pode também designar aqueles processos que versem sobre relações indisponíveis, que interferem com a ordem pública, o que legitimaria ao juiz investigar a verdade, embora nunca descurando o impulso dispositivo inicial (*nemo iudex*

⁹TARUFFO, 2008: 266, em boa verdade, o processo civil nunca contemplou este tipo de características. Não temos indicações que o processo penal inquisitório, propugnado pela Santa Inquisição, tenha contaminado o processo civil, quanto ao impulso inicial do processo.

¹⁰É o campo da pura arbitrariedade, v. MEGRE, 1951: 286.

¹¹KESSLER, 2005: 1184, nota 16.

¹²1946: 126 e ss; MEGRE, 1951, 284-5, que alerta para a incessante procura da verdade, que se tornará logicamente “na verdade querida pelo Estado”, e não a verdade objectivamente considerada.

¹³Bem como, porventura, a obrigação da *auto-mutilação processual*, e de apresentar todos os factos desfavoráveis às suas causas. Sobre o dever de verdade, que deve ser entendido em sentido subjectivo, JAUERNIG, 2002: 151.

¹⁴JAUERNIG (2002: 147) refere-se ao processo civil inquisitório quando existe o dever de verdade.

¹⁵A formulação é de GOLDSCHMIDT, da sua obra *Der Prozeß als Rechtslage*, retirámo-la de COSTA E SILVA, 2008: 427, sobretudo porque sobre as partes recaem ónus, inexistindo deveres processuais: as partes querem é ver as probabilidades da sentença lhes ser favorável aumentar, v. Id., 428-9.

sine actore). Assim, as acções relativas ao estado das pessoas¹⁶ ou ainda sobre interesses imateriais¹⁷ estariam no elenco dos processos civis inquisitórios, onde o Estado tem um especial interesse no accertamento dos pressupostos da modificação de certas relações de direito privado¹⁸.

Num sentido menos genérico, mas ainda assim carecido de precisão, a palavra inquisitório pode ser utilizada para caracterizar um processo em que o juiz goza de um poder de iniciativa oficiosa em relação a meios de prova¹⁹, ou simultaneamente introdução de factos²⁰ e provas²¹. A procura oficiosa de factos pelo tribunal (*court's inquisitorial fact-finding authority*) é também, naturalmente, uma das características eventuais deste processo civil inquisitório.

CAPPELLETTI oferece-nos também uma acepção de inquisitório muito complexa: o inquisitório em sentido substancial e em sentido processual²². O primeiro sentido é a de que o juiz não fica restrito às alegações feitas por iniciativa das partes. O segundo é referente ao fim da monopolização das partes em relação à iniciativa probatória (sentido ligado a uma mera técnica processual)²³.

Num sentido muito peculiar, também se aludiu à designação de processo inquisitório se nele estiver o MP como parte²⁴. O MP enquanto sujeito processual significaria que o titular do direito material não accionaria a tutela jurisdicional (ou seja, uma derrogação a um dos corolários do princípio do dispositivo), e que esse mesmo titular

¹⁶São os casos da interdição, inabilitação, investigação da paternidade ou da maternidade, impugnação da paternidade ou da maternidade, anulação de casamento, impugnação da perfilhação.

¹⁷Serão, a título de exemplo, os casos da inibição e limitação do exercício das responsabilidades parentais, e acção da dispensa do prazo internupcial.

¹⁸V. ROQUE CARRIÓN, 1970: 49 na esteira de CALAMANDREI; denominados também processos não dispositivos, ABEL LLUCH, 2005: 52.

¹⁹FABIANI (2008: 260) cita alguns autores como RICCI, LA CHINA, SCARDACCIONE que se referem ao processo inquisitório como aquele em que o juiz tem unicamente poderes de iniciativa oficiosa quanto à prova, v. nota de rodapé 296; ROQUE CARRIÓN (1970: 47) fala na investigação do juiz, para aferir se as provas trazidas pelas partes são “verdadeiras”, mas limita o princípio do inquisitório à prova.

²⁰Veja-se, entre nós, que desde o CPC de 1939, o juiz pode conhecer officiosamente e introduzir no processo factos notórios, factos constitutivos da simulação processual, ou os factos de que o julgador tem conhecimento em consequência do exercício das suas funções, e tal foi interpretado, entre nós, como uma deriva para um processo inquisitório, v. PESSOA VAZ, 1946: 149, último parágrafo; CABRAL DE MONCADA, 1961: 73.

²¹Noção de inquisitório como abrangendo poderes judicativos de procura de factos e de provas, MONTESANO, 1978: 189 e ss; LIEBMAN, 1960: 551 e ss.

²²CAVALLONE (1991: 323) parece colocar-se na esteira de CAPPELLETTI.

²³CAPPELLETTI, 1967: 407 e ss; FABIANI, 2008: 158.

²⁴Assim, CABRAL DE MONCADA, 1961: 87-8, especialmente nota 2); FABIANI, 2008: 266 e ss; LIEBMAN, 1960: 557, refere-se a alguma doutrina que caracteriza como processo civil inquisitório um sistema que atribua poderes de iniciativa instrutória ao juiz. O autor, de seguida, afasta essa concepção.

não teria poderes de disposição sobre o objecto do processo nem sobre as provas. Assim, a presença do MP seria um “*índice de inquisitorialidade*”²⁵ do processo civil. Esta corresponde a uma das posições mais privatísticas do processo civil, e que se recusa a reconhecer-lhe a natureza eminentemente pública. Ao MP, enquanto representante escrupuloso do interesse público, deve ser reconhecida a possibilidade de impulso inicial do processo em determinadas acções em que o interesse geral da comunidade assim o determine²⁶, e não é esse facto que permitirá estabelecer que estamos perante sistema processual inquisitório ou inquisitorial²⁷.

Também se encontra a designação de inquisitório noutros âmbitos, porventura distantes do processo civil. É no direito processual penal que adquire outra propriedade. Assim, inquisitório pode referir-se a duas realidades: o *puro processo inquisitório*, enquanto modelo estrutural e o *princípio do inquisitório* enquanto princípio relativo à prova.

No *puro processo inquisitório*²⁸, como manifestação da concepção autoritária do Estado, o juiz toma para si todas as funções processuais. Investiga, acusa e julga. Naturalmente, a concentração das qualidades de instrutor, acusador e juiz implica um desvirtuamento da condição essencial da imparcialidade. É a consabida “*incompatibilidade psicológica*” do julgador. Se já criou as convicções sobre a culpabilidade do arguido no momento em que acusa, posteriormente quando julgar vai replicar o *iter* psicológico já

²⁵ Expressão de FABIANI, 2008: 268, apoiando-se em DE STEFANO, nota 304, que aponta ao direito processual laboral características de verdadeira e própria *inquirição*, como a iniciativa de ofício para a introdução de factos e a presença do MP.

²⁶ Ao MP é concedida legitimidade para intentar acções judiciais em diversos momentos: veja-se o art. 1841.º CC, relativo à acção de impugnação da paternidade, os arts. 1865.º, n.º 5, e 1867.º CC, referentes à propositura da acção de investigação de paternidade, os arts. 1915.º e 1916.º CC, possibilitando ao MP pedir ao tribunal que decrete a inibição do exercício das responsabilidades parentais ou o levantamento dessa mesma inibição.

²⁷ O Código de Processo Civil da URSS, de 1923, no seu art. 2.º, conferia legitimidade ao MP de intentar bem como intervir em todas as acções civis quando considerava “*necessário para a defesa do Estado ou dos trabalhadores*”, v. sobre isto CABRAL DE MONCADA, 1961: 87-8, nota 2, PESSOA VAZ, 1946, 117, nota, CALAMANDREI, 1942: 287 e ss. Nesta sede, encontramos-nos perante numa solução holística (totalista) de sistema processual, que reflecte a inseparabilidade entre Estado e indivíduo. O indivíduo só vive no Estado e este só existe por causa daquele, não havendo delimitação clara entre esferas pública e privada. Ainda assim, falta uma característica, no nosso entender, para atribuir àquele processo uma designação como a de «inquisitório puro»: o tribunal não se auto-activa, e persiste a regra do *nemo iudex sine actore* e *ne procedat iudex ex officio*. Não é o próprio juiz da causa que dá início ao processo, é ao MP que está reservada essa tarefa, *embora esteja politicamente condicionado*. FABIANI destaca, nesse mesmo art. 2.º do CPC soviético de 1923, o escopo primacial do processo: era “garantir a defesa da estrutura social e estatal da URSS, do sistema socialista da economia e da propriedade socialista”, apenas secundariamente se tutelavam os direitos e interesses dos cidadãos, v. FABIANI, 2008: 706-7, nota 20. Ao juiz era concedido poder de alcançar factos sem limitação ao *material da causa* adquirido, CAPPELLETTI, 1967: 422-3.

²⁸ Sobre o processo penal inquisitório, cfr. FIGUEIREDO DIAS, 2004: 61 e ss; 246-7.

concretizado anteriormente. O processo é predominantemente secreto e escrito, e o arguido é tido como um “*objecto de inquisição*”²⁹. O interesse prevalecente e primordial é a descoberta da verdade. Esta tipologia de processo é antagónica do *processo acusatório puro*. Neste último, há uma cisão de tarefas entre a entidade que investiga e acusa e a entidade que julga. O juiz apenas julga, e assiste passivamente aos contributos da acusação e defesa: vigora o princípio da auto-responsabilidade probatória das *partes*. Na verdade, um processo tipicamente dispositivo, liberal, duelístico³⁰.

O sistema processual que o CPP de 1987 adoptou foi o *processo acusatório*, mas dotou-o, ou melhor, integrou-lhe um *princípio do inquisitório*³¹: o tribunal deve procurar autonomamente as bases constitutivas da sua decisão, sem estar vinculado ao deduzido pela acusação e defesa, e tem o poder de se esclarecer e produzir prova. É este o *princípio do inquisitório*, no processo penal, relativo à prova³².

Certo é que não se poderá confundir processo privatístico com o acusatório, nem processo publicístico com o *inquisitório*³³. São realidades distintas, concepções construídas

²⁹FIGUEIREDO DIAS, 2004: 61. Podia, assim, o arguido sofrer as maiores atrocidades e atentados à sua dignidade humana, para que se alcançasse a verdade material, nem que fosse através da extorsão de uma confissão.

³⁰Com afloramentos de princípios típicos do processo civil liberal, *ne eat iudex extra petitum partium*, o reconhecimento da disponibilidade sobre o processo pelas partes, FIGUEIREDO DIAS, 2004: 64-5.

³¹Princípio de investigação, para distinguir do *puro processo inquisitório* (sistema), e não dar azo a equívocos, v. FIGUEIREDO DIAS, 2004: 148.

³²O poder concedido pelo princípio de investigação/inquisitório é *limitado* e *subsidiário*. A limitação do juiz é dada pelos factos e pelo objecto do processo: é a instância que investiga que vai decidir aquilo sobre o que incidirá a decisão judicial. A primeira peça processual que fixa o objecto do processo é a acusação. É no âmbito delimitado por essa acusação que o juiz pode investigar. E é subsidiário, porque nem sempre é utilizado pelo juiz, ele não lança mão a este poder-dever em primeira linha, apenas e só quando se revela necessário para a descoberta da verdade material, veja-se o art. 340.º, n.ºs 1 e 2, CPP. Para mais desenvolvimentos, ANTUNES, 2016: 163-4. COSTA ANDRADE (2013: 288) refere-se ao princípio de subsidiariedade, no segmento “*houver razões para crer que a diligência se revelará de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova*”.

³³Assim, nos mesmos termos, FIGUEIREDO DIAS, 2004: 57, nota 15. Não podemos secundar, no entanto, a sua afirmação de que “*ao processo civil cabe uma natureza privatística*”. Não. O direito processual civil é parte do direito público, embora no objecto do processo resida um conflito naturalmente privado, as partes não podem dominar a seu bel-prazer a lide para atingir os seus fins egoísticos. Diferente é dizer que reside no arbítrio dos privados o estímulo jurisdicional em relação aos seus direitos subjectivos postos em causa – só eles é que derradeiramente sabem se querem indemnização por incumprimento de um contrato, podendo até resolvê-lo, ou se querem ver reconhecido um certo direito real de gozo em tribunal, ou se querem que o tribunal declare a inexistência de um determinado facto arrogado e reputado como certo pelo réu (nas acções declarativa de simples apreciação negativa). Essa circunstância de estímulo jurisdicional está no domínio dos particulares. São eles que sabem se querem ver os seus direitos e interesses, concedidos pelo direito objectivo, realizados; são eles que sabem o que é melhor para eles. Mas os interesses públicos que presidem ao processo (a celeridade, o accertamento do direito, a criação da convicção na comunidade de que a realização do direito em concreto é adequada, a descoberta da verdade, a justiça *como igualdade*, ou seja, quando a decisão do problema jurídico é adequada face ao sistema jurídico no seu todo, e a *justiça material*, a adequação decisória ao caso concreto, terminologia de FIKENTSCHER, v. CASTANHEIRA NEVES, 2013: 145). Não é por o *Dispositionsmaxime* possibilitar às partes porem fim ao processo sem alcançar a prolação da decisão, que o

para processos de natureza diferente: num procura-se dirimir conflitos de natureza privada, noutra procura-se reagir contra um crime que diz respeito a toda a comunidade jurídica.

Destarte, o termo *inquisitório* tem vindo a ser utilizado em distintas dialécticas: no processo penal, a contraposição acusatório/inquisitório; no processo civil, dispositivo/inquisitório ou sistema adversarial/sistema inquisitorial³⁴. Neste último, o termo é muito *circunscrito* e limita-se à querela quanto à iniciativa conferida às partes ou ao juiz quanto a factos e/ou provas. No direito processual penal, recorre-se ao termo de forma *ampla*, referindo-se a um “*sistema*” que caracteriza um determinado processo, não só em consideração à iniciativa remetida para as partes ou juiz quanto aos factos e provas, mas também quanto a outras realidades: acusação particular/*ex officio*; publicidade/secretismo e processo oral/processo escrito; igualdade/disparidade entre acusação e defesa; proibição da privação da liberdade do arguido até ao trânsito em julgado/possibilidade de prisão preventiva: eis as principais contraposições no processo penal entre *sistema acusatório* e *sistema inquisitório*.

1.1. Como sistema processual – processo civil inquisitório ou sistema inquisitório extremo

A maior dificuldade que pode existir, quanto a nós, num escrito sobre o princípio do inquisitório é distinguir as várias acepções utilizadas pelos mais eminentes processualistas. O que é um modelo processual inquisitorial? O que é um sistema inquisitorial rígido? O que é um processo enformado pelo princípio do inquisitório? O que é, finalmente, o princípio do inquisitório? As questões são o mote, e as respostas procurarão ser concludentes.

O que queremos significar com sistema processual? Muito simplificadamente, atendemos ao conjunto de normas de processo civil, que formam um corpo uno, e dele tentamos extrair um sentido, uma direcção, um *telos* normativo. E, conseqüentemente, podem extrair-se duas tipologias de processo civil: um processo civil dispositivo e um processo civil inquisitório³⁵. Ou seja, estas classificações (diríamos tendencialmente

processo civil deixará de ter natureza pública. No Processo Penal, não será pensável o Estado chegar a um consenso com o criminoso e deixar de puni-lo. Será impossível transaccionar ou renunciar o objecto do processo. Pelo contrário, o Processo Civil pode comportar soluções de consenso privatístico: aliás, faz parte da sua génese. O publicismo convive bem com acordos das partes quanto ao objecto, não é alérgico a convenções. Em sentido contrário, PASSO CABRAL, 2016a: 773.

³⁴Contraposição que deve ser abandonada, TARUFFO, 2012: 73.

³⁵GRASSO, 1966: 580 e ss.

tradicionais) dizem respeito ou estão vocacionadas a “*caracterizar pontualmente toda a organização do processo*”³⁶.

Em Portugal, é PESSOA VAZ³⁷ quem nos legou este conceito de sistemas inquisitório extremo e dispositivo extremo, tendo, cada um, uma fórmula mais atenuada e mitigada. O primeiro corresponderia a um ordenamento jurídico que conviveria mal com o conceito de direito subjectivo. Mais ainda. Quanto ao impulso inicial do processo, não caberia ao titular do direito material essa decisão. Assim, surgiriam as figuras temidas do “super-juiz”³⁸ e da auto-activação do tribunal: a declaração do direito objectivo prevaleceria sobre a autonomia do titular do direito subjectivo (uma clara derrogação do *Dispositionsmaxime*). Quanto às outras fases do processo, caberia também ao juiz gerir, conduzir, e aportar material para a causa. Isto, porque *as relações jurídicas em causa representariam fundamentalmente o interesse público do Estado*³⁹.

Também DIDIER JR. alerta para este tipo de sistema processual inquisitório, onde, em abstracto, se atribui ao juiz a iniciativa quanto aos seguintes momentos processuais: (i) instauração do processo; (ii) produção de provas; (iii) delimitação do objecto litigioso (questão discutida no processo); (iv) análise de questões de facto e de direito; (v) os recursos⁴⁰. Se nalguns destes momentos se atribui poder de impulso às partes, trata-se de pontuais concessões ao princípio do dispositivo.

Contrapõe-se ao processo puramente de partes/dispositivo, em que o juiz assume em relação às partes “*um silêncio e distanciação de esfinge*”⁴¹. Também designado por *sistema adversarial*, caracteriza-se também por ser aquele em que as partes definem o objecto da lide, *aportam* os seus factos, apresentam a sua defesa. Mas, se fosse por estas últimas características, nenhum sistema moderno deixaria de ser adversarial.

³⁶FABIANI, 2008: 223.

³⁷1946: 114 e ss e 126 e ss; 2002: 318.

³⁸PASSO CABRAL, 2014.

³⁹PESSOA VAZ, 2002: 318.

⁴⁰Assim, DIDIER JR., 2014: 209.

⁴¹Muito impressivamente, COSTA ANDRADE, 2013: 207. A impassibilidade do juiz é tanta, que se torna esfíngico: o silêncio e a incomunicabilidade perante as partes tornam-no misterioso, enigmático. Só haverá vantagens que o juiz seja activo: a comunicação constante com as partes faz transparecer a posição intrínseca do julgador e permite àquelas que controlem o estado de apreciação do magistrado. E ao poderem fazer este controlo, podem também encetar esforços em tentar modificar a visão daquele, porventura errada. Num processo tipicamente de partes, o juiz pode culminar com uma decisão totalmente surpresa, distante da dialogicidade das partes. Tal não é desejável, é melhor as partes compreenderem o sentido que o juiz está a seguir, para, caso ele esteja errado, o corrigirem: o diálogo permanente, num processo inspirado numa ideia de comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*).

E o seu sistema contrário, o inquisitório ou inquisitivo, apresenta especificidades como a de pertencerem ao tribunal todos os poderes relativos ao procedimento, no qual as partes não têm oportunidade de ser ouvidas. A contraposição é, assim, errada, pois nenhum *sistema processual civil moderno seria inquisitivo*⁴².

O afastamento entre sistemas *inquisitoriais* e *adversariais/duelísticos* dá-se entre momentos cruciais: início do processo, recolha de prova, e determinação da sequência e da natureza das diligências processuais⁴³.

Formalidade oral ou escrita num processo inquisitório? Tradicionalmente, liga-se a forma escrita à índole inquisitorial do processo: o secretismo é ainda maior num processo com estas características. Mas, como alerta PESSOA VAZ, num processo totalmente oral, falham posteriormente as garantias de motivação objectiva da decisão da matéria de facto, e conseqüentemente a sua sindicabilidade⁴⁴. Só com um mínimo de *corpus* reduzido a escrito é concebível recorrer, porque só se pode recorrer daquilo que se percebe, e só se pode perceber pontualmente o que for reduzido a escrito.

1.2. Modelo instrutório

O princípio do inquisitório também tem vindo a ser utilizado como um elemento caracterizador de um certo método instrutório ou de *aquisição probatória*⁴⁵. Mais: ele torna-se um certo modo de ser de uma instrução no processo civil. É nesta sede que também tem relevo a distribuição de poderes instrutórios entre as partes e o juiz⁴⁶. Opor-se-á ao princípio da controvérsia/discussão (*Verhandlungsmaxime*), ou *princípio da instrução por iniciativa das partes*⁴⁷. Entre o inquisitório e a instrução por iniciativa das partes haverá uma *relação de tendencial exclusão recíproca*. O primeiro implicará a atribuição exclusiva ao tribunal no apuramento de factos e sua comprovação, o segundo entregará às partes a responsabilidade exclusiva dos factos fundamentantes da sentença.

Em bom rigor, não é concebível um inquisitório (*enquanto modelo instrutório*) elevado ao expoente máximo, basta dar o seguinte exemplo: não é possível idealizar um processo em que os factos alegados pelas partes não sejam atendíveis e que só as provas produzidas pelo magistrado sejam valoradas. Neste último exemplo é que estará presente

⁴²TARUFFO, 2012: 74.

⁴³KESSLER, 2005: 1187.

⁴⁴Como aquele introduzido pelo Dec. n.º 21 694 de 29-9-1932, v. PESSOA VAZ, 1973: 193.

⁴⁵Na terminologia de MONTELEONE, 2007a: 873, 2007b: 267.

⁴⁶FABIANI, 2008: 228

⁴⁷JAUERNIG, 2002: 136, na esteira de GÖNNER.

um “irreal” princípio do inquisitório contraposto ao *princípio da instrução por iniciativa das partes*.

Assim, será um modelo instrutório inquisitorial aquele no qual se atribui ao juiz poderes oficiosos de produção de prova.

Estas contraposições têm de ser relativizadas; nos ordenamentos processuais modernos não se encontram modelos instrutórios tipicamente dispositivos ou tipicamente inquisitoriais; são mistos⁴⁸. No modelo tipicamente inquisitório, os poderes instrutórios são atribuídos em primeira linha⁴⁹ ao juiz, que pode admitir de ofício qualquer prova ou facto que entenda ser necessário à justa resolução do litígio, assente na descoberta da verdade absoluta⁵⁰. No modelo instrutório puramente dispositivo, o monopólio dos factos e das provas pertence às partes, vedando o juiz de qualquer interferência no objecto do processo. E surgem os modelos mistos, combinando características e qualidades de cada um dos modelos. A aproximação ao modelo dispositivo será tanto maior quanto mais poderes se atribuírem às partes, e ao modelo inquisitório quanto mais se conceder ao juiz o papel dominante na aquisição de provas.

CAVALLONE distingue três *modalidades de conflito* quando nos debruçamos sobre a contraposição dispositivo/inquisitório: forense, gnoseológico, político-social⁵¹. Na primeira, põe-se em destaque a figura do advogado: no modelo dispositivo, o mandatário judicial surge como um *filtro insubstituível* entre o juiz e a parte, que organiza racional e adequadamente a pretensão desta, recolhendo os elementos probatórios mais “*notáveis*” e idóneas a persuadir o julgador⁵². No modelo inquisitorial, o advogado intromete-se entre juiz e parte como alguém opaco, que se interpõe com os seus próprios interesses pessoais, de dilatar ao máximo a lide, multiplicando os recursos, mesmo que sem fundamento. É, portanto, um agente que vai impedindo o juiz de palpar a realidade fáctica e os meios de prova necessários ao convencimento judicial. Daí que o juiz tenha de ter um papel mais activo e seja legítimo reconhecer-lhe essa postura mais inquisitorial. Com o critério

⁴⁸ Assim, veja-se, KESSLER, 2005: 1187; O art. 115.º *CPC it.*, e arts. 6.º a 10.º do *CPC fr.* também são esclarecedores.

⁴⁹ Na verdade, no tipicamente puro, até é de forma exclusiva (o que é apenas praticável no mundo das ideias). A variação da inquisitorialidade pode ser muito extensa – ao ponto das provas serem exclusivamente introduzidas no processo pelo juiz – ou inferior, atribuindo-se ao juiz um poder-dever extenso de adquirir processualmente meios de prova que considere necessários à decisão, independentemente da amplitude do contributo das partes, assim FABIANI, 2008: 274, nota 312.

⁵⁰ *Ricerca ufficiale della verità*, referida por FABIANI, 2008: 272-4, na nota 311.

⁵¹ CAVALLONE, 1991: 49-53.

⁵² FABIANI, 2008: 280.

gnoseológico, pretende-se acentuar o papel do juiz no *acertamento dos factos da causa*⁵³. Aqui, a preferência pelo princípio do inquisitório significa que o processo civil interioriza a finalidade de alcançar a *verdade material*. Assim, deixar a iniciativa probatória exclusivamente às partes pode significar que o juiz deixará de poder aceder à realidade fáctica do conflito. Por outro lado, o dispositivo, ainda de acordo com este critério, será preferível se se argumentar que as partes, perante a inércia do juiz, estarão mais estimuladas a trazer o máximo de elementos, fácticos e probatórios, para convencê-lo do mérito das suas posições. O natural contraditório e a diligência média dos litigantes resultará numa mais intensa actividade probatória: e será tanto maior se souberem que não podem contar com a *colaboração* do juiz⁵⁴. De acordo com o critério político-social, a razão para o choque dispositivo/inquisitório reside nas respostas que o ordenamento jurídico-processual oferece às posições entre partes e o juiz no processo: estão em igualdade ou haverá uma desigualdade eventual? Aqui, os defensores do princípio do dispositivo afirmam que dentro do processo não se podem resolver problemas de desigualdade material entre litigantes; é uma questão externa, que deve ser suprimida através eventualmente de um eficaz patrocínio judiciário gratuito ao dispor dos mais carenciados (e materialmente desiguais). O processo deve respeitar a autonomia privada das partes, e o juiz não deve intervir nem completar as insuficiências dos mandatários judiciais, porventura de partes mais débeis, frágeis, vulneráveis⁵⁵. A escolha pelo modelo inquisitório, de acordo com este último critério político-social, é feita porque o método dispositivo pressupõe a igualdade material entre litigantes, e essa não é o que acontece na prática (pessoas carenciadas enfrentam em litígio pessoas com mais posses, o que se poderá reflectir numa menor habilidade do mandatário judicial da parte mais desfavorecida)⁵⁶. Eis, em síntese, as contraposições dispositivo/inquisitório, no que respeita aos modelos instrutórios possíveis.

⁵³FABIANI, 2008: 281.

⁵⁴FABIANI, 2008: 281; CAVALLONE, 1991: 51-2.

⁵⁵É este medo apontado por Rui MOREIRA (2013: 65), “*Não deve esquecer-se, no entanto, que esta postura crescentemente interventiva do juiz, que o regime processual lhe confere, suprindo oficiosamente a inépcia ou a negligência de uma das partes, com facilidade pode resultar numa perda da sua equidistância e, assim, numa efectiva – mesmo que não consciencializada – violação do princípio da igualdade das partes. Bem como pode resultar numa condução do processo para circunstâncias alheias à vontade inicial das partes*”.

⁵⁶Somos totalmente contra este fundamento da adopção do princípio do inquisitório. Não é esta a sua radicação, a nosso ver. Embora não sejamos alheios às desigualdades materiais num processo, a finalidade da concessão dos poderes instrutórios de ofício não é concretizada para igualar materialmente as partes. É utilizado, indiferentemente dessa realidade, somente para alcançar a verdade material, condição pressuposta da justa composição do litígio. Não há justiça sem verdade; não há verdade sem justiça. A

A superação da contraposição entre o princípio do dispositivo e o inquisitório é explicada por CAVALLONE: “*se é pensável um sistema em que seja consentido somente às partes, e não ao juiz, assumir a iniciativa probatória, não é pensável o sistema oposto, em que se impeça o juiz de se valer dos elementos de informação espontaneamente oferecidos pelas partes*”⁵⁷.

PROTO PISANI⁵⁸ aponta três soluções técnicas, pelas quais a prova pode ser adquirida no processo: (i) as provas são introduzidas no processo somente por iniciativa das partes (*princípio da disponibilidade das provas*); (ii) princípio do inquisitório, pelo qual as provas podem entrar no mundo processual por via das partes, mas também pela via judicial, sendo os poderes de investigação independentes das *fontes materiais de prova*, sem respeito pela proibição do uso do saber privado pelo tribunal; (iii) princípio dos poderes instrutórios de ofício, segundo o qual as provas são adquiridas por iniciativa das partes, mas também do juiz, porém, respeitando “*a proibição de utilização da ciência privada*”⁵⁹. Para nós, o insigne processualista tem o extenso mérito de proceder à

ideia de apoio da parte débil parece ter eco em Rui MOREIRA (2013: 65), em que se faz menção ao juiz «moderno» “*cada vez mais interventor, no sentido de superação dos défices da actividade processual das partes*”, no quadro das sucessivas alterações ao princípio do dispositivo, em virtude do “*interesse de protecção de partes mais fracas, expostas a eventuais notórias desigualdades de recursos*”. Não aceitamos que se impute como fim da iniciativa instrutória a nivelção substancial entre litigantes. O fim do juiz é alcançar a verdade, e a verdade não olha a condição económica dos litigantes. De outro modo, o juiz tornar-se-á mais um advogado da parte mais débil e deixará de ser julgador. Em sentido semelhante ao nosso, FABBRINI, 1989: 436; CIPRIANI, 1994: 29, afirmando que é através das normas materiais que se prossegue a política social. Assim também, FAZZALARI, 1972: 197-8 e 203: é o legislador que, a realizar o direito em abstracto, tem de mitigar as naturais debilidades e vulnerabilidades, portanto “*a tutela do litigante mais débil pelo juiz é um slogan*”; em sentido semelhante, DENTI, 1984: 729-730; Em expressa consonância com o que referimos, PICÓ I JUNOY, 2007: 112, que entende que a solução da tutela do litigante “débil” está no patrocínio judiciário gratuito (1996: 243). Em sentido contrário, Ac. TRL 9-2-2015 (João Nunes), o princípio do art. 411.º, “*estando em causa um processo de acidente de trabalho (...), mostra-se acentuado, tendo em conta a necessidade de protecção das vítimas daquele ou dos seus beneficiários legais*” e TARUFFO (2013: 83). Porventura, aquela ideia de auxílio do juiz à parte mais débil provém de MENGER e da corrente do socialismo jurídico.

⁵⁷CAVALLONE, 1991: 180-1.

⁵⁸PROTO PISANI, 2006: 411.

⁵⁹Para CHEVALLIER (1962: 8), este princípio pode resultar de um outro: do contraditório, que não permite que o juiz pouse a sua decisão sobre elementos subtraídos à discussão e ao controlo. Não cremos que assim seja propriamente, pois o juiz pode introduzir um facto da sua ciência privada na discussão contraditória e não é por isso que se torna uma via de legitimação. É que se violará sempre o princípio *Nec enim et testis et iudicis partibus fungi potest*: impossibilidade de alguém ser juiz e testemunha de uma das partes, ANDRÉ, 1910: 14. Mais correctamente se posiciona o primeiro autor quando afirma que a proibição do juiz trazer os seus conhecimentos pessoais se coloca na dimensão de um dever moral de neutralidade – “*e que a melhor forma de garantir que essa proibição será respeitada não será através de sanções ou controlos, mas através da consciência do juiz*”, (1962: 19). Diríamos mais – a fundamentação será sempre forte e ineliminável garantia. É através da motivação que se irá perceber como o julgador acertou factos como verdadeiros, a que meios de prova deu relevância e porquê, e que meios de prova preteriu e a razão. A motivação é o autocontrolo do rigor das decisões e do vício lógico de motivação, PESSOA VAZ, 1973: 172.

separação entre *poderes de procura autónoma das fontes materiais de prova*, sem respeito pela proibição de recorrer aos *conhecimentos privados* (princípio do inquisitório), das hipóteses de poderes de iniciativa oficiosa, somente referentes às fontes materiais de prova que sejam notórias ou surjam do debate entre as partes (com observância do *audiatur et altera pars*), qualificando estes como *princípio dos poderes instrutórios de ofício*.

1.3. A posição de FABIANI: adesão à tese do abandono do termo inquisitório

O autor que marcadamente nos orientou na abordagem ao problema do *officium iudicis* instrutório, portanto, o conjunto de deveres que recai sobre o juiz e os meios à sua disposição para cumprir aqueles, foi FABIANI. A sua monumental obra “*I poteri istruttori del giudice civile*” concentra pensamentos próprios muito clarividentes, sem descurar a extensa recolha dos mais reputados autores de processo civil sobre o problema de atribuição de poderes instrutórios ao julgador.

O termo “inquisitório” remonta a um tempo remoto de processos intercomunicáveis, onde não se distinguiu o processo civil do penal. O significado original de “inquisitório” está naturalmente relacionado com a auto-activação do processo (negação das máximas *ne procedat iudex ex officio* e *nemo iudex sine actore*) e diluição no juiz de distintas funções: decisórias, reivindicatórias e defensivas⁶⁰. Na verdade, esse conjunto de características não se encontra jamais nos ordenamentos jurídicos modernos, fundados na tripartição dos poderes, na autonomia do poder jurisdicional, e no Estado de direito democrático. O *processo inquisitório puro* é algo do passado, arqueológico⁶¹.

FABIANI⁶² apela à superação da contraposição clássica no processo civil entre dispositivo/inquisitório, convocando alguns argumentos muito significativos: (i) a contraposição é inquinada pela extrema abstracção, provocando os mais diversos equívocos: ao princípio do inquisitório não pode ser atribuído o lato significado de “*papel activo*” do juiz, sem especificar o objecto das suas indagações oficiosas; (i.i) há que atender, na esteira de FABBRINI, as diversas actuações de ofício do juiz: as meramente procedimentais (*governo del processo*) e aquelas que, em conjunto com a actividade das

⁶⁰ FABIANI, 2008: 525. No processo penal de estrutura inquisitória será mais perceptível a ideia: concentração no juiz de funções de acusação, instrução, acabando por ser o mesmo a julgar.

⁶¹ As exigências do Estado de direito democrático não são compatíveis com o processo inquisitório puro, TARUFFO, 2012: 266, “*as partes neste tipo de processo não têm direitos nem garantias*” (são um objecto à disposição do julgador). O art. 3.º, n.º 3, uma das vertentes do princípio (a proibição da auto-activação dos tribunais) impede que o juiz seja parte (em sentido formal), e que exista um processo sem precedência de uma acção e um sujeito passivo desse estímulo à jurisdição. Sobre essa dimensão do princípio do pedido, v. MESQUITA, 2013b: 135-6.

⁶² FABIANI, 2008: 529-531.

partes, são capazes de influir no conteúdo da decisão final⁶³; (ii) é difícil imaginar um processo em que a iniciativa instrutória seja única e exclusivamente atribuída ao juiz (um dos pólos da contraposição nunca será visto como absoluto, mas apenas relativo): ou seja, o problema apenas pode pôr-se como *iniciativa oficiosa do juiz como prevalecente* (em relação à iniciativa probatória das partes) vs *atribuição dos poderes de iniciativa probatória exclusivamente às partes* (princípio do dispositivo); (iii) inutilidade de ver a contraposição dispositivo/inquisitório em termos absolutos (atribuição de poderes de iniciativa quanto a factos e/ou prova exclusivamente às partes ou ao juiz), mas também em termos relativos (atribuição de poderes de iniciativa quanto a factos e/ou provas em *via prevalecente* às partes ou ao juiz).

FABIANI diz-nos muito acertadamente, ainda sobre a necessidade de ultrapassar a velha dicotomia dispositivo/inquisitório: “*uma coisa é, de facto, um processo caracterizado pela presença de um juiz que, desafiando a proibição de recorrer à própria ciência privada, vai à procura dos factos e das fontes de prova, outra (e bem diversa dessa) é, ao invés, um processo caracterizado pela presença de um juiz que se limita, no pleno respeito da proibição supramencionada, a assumir iniciativa probatória no que respeita ao material da causa*”⁶⁴. É necessário, pois, distinguir poderes de procurar factos e provas, por um lado, e poderes de iniciativa probatória oficiosa sobre apenas “*a matéria da causa*”. Tem-se vindo a qualificar de processo inquisitório quer se esteja perante os primeiros ou os segundos, e é fulcral operar uma distinção substancial, pois o modelo processual num ou noutro caso é completamente distinto⁶⁵.

O princípio da colaboração contribuiu para uma visão distinta do processo e, conseqüentemente, do dilema dispositivo/inquisitório: a colaboração entre os sujeitos da relação jurídica processual também se vai dar ao nível da prova.

O grande mérito de FABIANI é também sistematizar os modelos processuais existentes, tendo em vista três momentos nucleares da lide: (i) instauração do processo; (ii) introdução dos factos; (iii) actividade correspondente a “*aportar*” provas.

(i) No primeiro, o processualista distingue o *processo de partes*, em que o estímulo jurisdicional está reservado aos litigantes, e o *processo oficioso (inquisitorial)*, caracterizado pela possibilidade de o juiz instaurar o processo oficiosamente.

⁶³FABBRINI, 1989: 409-10.

⁶⁴FABIANI, 2008: 532.

⁶⁵FABIANI, 2008: 533.

(ii) Quanto ao segundo momento, temos o *processo dispositivo*, em que cabe às partes a alegação de todo o material fáctico, e o *processo inquisitório*, em que o juiz pode introduzir factos, mesmo que não alegados pelas partes, determinar o objecto do processo, desrespeitando o princípio do pedido, o princípio do dispositivo *hoc sensu*, bem como a proibição do recurso à ciência privada⁶⁶.

(iii) Quanto ao terceiro momento, FABIANI subdivide-o no *método instrutório aquisitivo* ou *dos poderes instrutórios de ofício (a)*, e o *método instrutório dispositivo* ou *da disponibilidade das provas (b)*.

(a) Neste, há que fazer uma distinção crucial, que se pode revestir de enorme significado para o nosso percurso. Por um lado, este pode ser o modelo instrutório pelo qual se atribui ao juiz poderes oficiosos circunscritos exclusivamente os factos alegados pelas partes⁶⁷. Por outro, este método, acrescenta FABIANI, pode referir-se aos ordenamentos jurídicos processuais que admitam que o juiz exerça poderes probatórios de ofício sobre quaisquer factos, *desde que legitimamente adquiridos no processo*. Esta expressão é extremamente relevante, para além de eloquente e cientificamente bem estruturada: a legitimidade da aquisição dos factos é o respeito pela proibição do recurso à ciência privada pelo juiz⁶⁸.

(b) Quanto ao *método instrutório dispositivo* (restrito à actividade de introdução de prova), será aquele em que o legislador atribui exclusivamente às partes a iniciativa probatória, inexistindo a possibilidade do juiz ordenar oficiosamente a produção de qualquer prova.

FABIANI apela à distinção entre poderes de direcção material do processo e poderes oficiosos do juiz relativos ao direito, factos e prova. E em relação aos factos e prova, surgem duas tipologias de prerrogativas do juiz. A primeira corresponde aos *poderes de investigação*, por força dos quais o juiz pode procurar factos (e que ganhará propriedade nos *processos civis inquisitoriais*). A segunda prende-se com os poderes de iniciativa probatória, através dos quais o magistrado pode assumir iniciativa [oficiosa] de prova em relação aos factos pertencentes ao *material da causa*, que são característicos do processo

⁶⁶FABIANI, 2008: 539.

⁶⁷Este é o regime que o CPC adoptou: mas somente em relação aos factos essenciais principais. Quanto a todos os outros factos (essenciais complementares, essenciais concretizadores, instrumentais, constitutivos do uso anómalo do processo) os poderes instrutórios do juiz não estão limitados pelas alegações das partes. Veja-se, a leitura conjugada dos arts. 411.º e 5.º.

⁶⁸FABIANI, 2008: 540.

cuja proposta para a fase de instrução corresponde ao que FABIANI denominou *método dos poderes instrutórios de ofício*.

FABIANI distingue dentro dos poderes oficiosos relativos à prova:

(i) *poder de advertir as partes da insuficiência probatória* (o juiz indica às partes as lacunas da actividade probatória levada a cabo pelos litigantes);

(ii) *poder de sugerir às partes que estas tomem iniciativa probatória* (o exemplo flagrante é o art. 429.º da LEC⁶⁹), que é um desenvolvimento lógico do poder anterior: primeiro assinalam-se preventivamente as insuficiências de prova das partes, depois sugere-se que estas introduzam no processo outras provas (porventura mais idóneas ao convencimento judicial);

(iii) *poderes oficiosos de iniciativa probatória em sentido próprio*, nos quais se podem individualizar:

(iii.i) limitados a apenas alguns meios de provas ou abrangendo todos. No primeiro caso, o legislador especifica se o meio de prova em concreto é disponível de ofício, no segundo, existe uma norma geral que permite ao juiz a disposição oficiosa de todos os meios de prova⁷⁰.

(iii.ii) exercitáveis em relação a todos os factos pertencentes ao material da causa⁷¹, ou somente em relação a alguns factos determinados pelo legislador⁷².

(iii.iii) autónomos ou dependentes, ou de alguma forma conexos com pedidos das partes (como que *subsidiários*), se pressupõem alguma actuação das partes anterior ou não. Quanto a este momento classificativo, FABIANI refere-se à delimitação dos pressupostos do exercício dos poderes de iniciativa probatória pelo juiz⁷³.

⁶⁹No sentido de que é uma faculdade e não um dever, ABEL LLUCH (2005: 112 e 117) refere-se a uma faculdade judicial de integração probatória; PICÓ I JUNOY (2008) refere-se a um dever judicial de difícil controlo, quanto a alertar para a insuficiência probatória. Já será uma faculdade, para PICÓ I JUNOY, o convite a aportar determinadas provas. A doutrina maioritária espanhola não entrevê neste artigo a possibilidade de produção de prova *ex officio iudicis*, ABEL LLUCH (2005: 158) e (2003: 154). PICÓ I JUNOY (2003: 163-165) considera existir possibilidade de produção oficiosa de prova pelo juiz através do art. 429.º, n.º 1, LEC.

⁷⁰É o caso português, arts. 6.º e 411.º, o francês, e o processo de trabalho no ordenamento italiano.

⁷¹Parece-nos assim no processo laboral italiano, no nosso CIRE (art. 11.º), e para os processos de jurisdição voluntária.

⁷²Nos processos de jurisdição contenciosa, poderá produzir-se prova de ofício sobre todos os factos excepto os factos essenciais principais, em virtude da limitação (silenciosa) do ainda princípio do dispositivo, presente no art. 5.º.

⁷³Veja-se a nota 19. Em Itália, também se discute o problema do *poder de integração judicativo* em relação à actuação das partes, para fazer face à inércia destas, v. nota 16 de FABIANI, 2008: 545-6.

(iv) *poderes oficiosos empregados ou de qualquer forma ligados às solicitações das partes*. Distinguem-se do que foi dito no (iii.iii) por terem como *objecto o desenvolvimento de um meio de prova introduzido pelas partes*, fazendo uma ampliação do que já “existe”. Assim, o juiz pode colocar questões às testemunhas que considere necessárias ao apuramento da verdade de certos factos, questões que não foram lançadas pelos mandatários judiciais, por exemplo. A acareação, como forma de retirar um resultado inquestionável de depoimentos contraditórios, é aqui incluído por FABIANI.

(v) *poderes oficiosos exercitáveis em referência à investigação/instrução no seu todo*. Por exemplo, o poder de declarar encerrada a instrução (art. 209.º CPC it.).

Mas outras classificações são possíveis, consoante nos encontremos em processos de cognição plena ou sumária (de convicções perfunctórias, porventura o que acontece nos processos cautelares), sejam processos especiais, ou processos de jurisdição voluntária.

Seja como for, “*os poderes de iniciativa probatória oficiosa do juiz encontram um limite intransponível na impossibilidade do mesmo exercitar tais poderes para proceder à pesquisa de – e eventualmente introduzir no processo – factos e fontes de prova que não constam do objecto da causa*”⁷⁴. Têm de ter sido *legitimamente adquiridos*. Consideram-se legitimamente adquiridos, “*não só aqueles que ingressam no processo pela via principal das alegações em sentido estrito, mas também aqueles que emergem da actividade processual legitimamente realizada e de actos legitimamente adquiridos no processo (pense-se nos escritos defensivos, nas declarações feitas pelas partes em sede de livre interrogatório, realização de uma peritagem ou de consulta de um técnico, recolha, o mais das vezes, de um meio de prova ou, ainda mais frequentemente, de factos e fontes de prova que surjam da instrução)*”⁷⁵. Assim, FABIANI entende ser possível investigar e produzir prova sobre quaisquer factos desde que pertencentes ao denominado *material da causa*⁷⁶, sendo o princípio da proibição do recurso à ciência privada o critério distintivo decisivo⁷⁷.

⁷⁴FABIANI, 2008: 547.

⁷⁵FABIANI, 2008: 547-8.

⁷⁶Sentido mais amplo do que objecto do processo (este que é o complexo pedido mais causa de pedir). O *material da causa* será o conjunto de factos que o juiz deve conhecer no decorrer do processo para alcançar a decisão final sobre o pedido, sem no entanto sobre eles elaborar uma decisão idónea a produzir caso julgado (limitado ao objecto do processo).

⁷⁷Afirmando FABIANI a possibilidade de aquisição fáctica e da possibilidade de relevar de ofício os efeitos jurídicos dos factos constitutivos do direito autodeterminados que, embora não alegados em sentido próprio pelas partes, tenham sido legitimamente ingressados no mundo do processo. Aliás, é esta visão que é mais congruente com o brocardo *iudex secundum allegata et probata iudicare debet, non secundum conscientiam*, adulterado pelas doutrinas liberais, v. sobre isto, PICÓ I JUNOY, 2007.

O ónus das alegações (cujo objecto são os factos) não é o contrário, nem subsiste algum nexo de incompatibilidade, com a iniciativa probatória do juiz⁷⁸.

Sobre a proibição do recurso à ciência privada, embora não exista uma norma expressa no CPC que a consagre, é seguramente um dos princípios estruturantes do processo civil ocidental. Não se duvida da existência deste princípio implícito⁷⁹. As normas que prevêm as causas de impedimento bem como a suspeição fazem crer que este princípio tem consistência implícita na normatividade vigente. É que também é uma dimensão constitutiva do princípio da imparcialidade do juiz, que só desta forma tratará com equidade os dois lados em conflito. O juiz só tratará as partes de forma igual, se for imparcial. E só será imparcial se não tiver conhecimentos do seu foro privado, que possa embutir deliberada ou inconscientemente nas diligências que executa, nas decisões que profere, ou seja, na sua participação naquilo que é o mundo do processo. Assim, por exemplo, o juiz que aprecia uma acção de indemnização por acidente de viação deve afastar-se do caso, se tiver presenciado o sinistro, pois reunirá em si qualidades de julgador e de testemunha. Os factos que observou são da sua ciência privada, e ao aproveitá-los estaria a pôr em causa as exigências constitutivas do direito de defesa: sem tratamento igual, as dimensões defensivas exigidas pelo princípio da igualdade também não estarão salvaguardadas. A proibição da utilização da ciência privada é também um corolário lógico da garantia do contraditório: “*o juiz não pode afirmar a existência ou inexistência do facto sujeito à prova na ausência de elementos de prova adquiridos no âmbito do contraditório processual*”⁸⁰.

Seria conveniente destringir todos estes poderes do juiz, e não tabelá-los de imediato como um genérico poder inquisitorial. De futuro, a alteração de *princípio do inquisitório* para *princípio dos poderes instrutórios de ofício* seria oportuna.

⁷⁸FABIANI, 2008: 549.

⁷⁹Em Itália, sem consagração expressa, também não se duvida da sua existência, v. FABBRINI, 1989: 438; MONTESANO, 1978: 196 e ss; CAVALLONE, 1991: 322; PROTO PISANI, 2006: 411 e 414; FABIANI, 2008: 551-2.; MONTELEONE, 2007b: 17-18. PROTO PISANI entrevê o princípio da proibição do recurso à ciência privada no art. 111.º da Constituição italiana, quanto a factos principais ou secundários e fontes materiais de prova, PROTO PISANI, 2000: 246.

⁸⁰LOMBARDO, 2002: 1084. Naturalmente retira-se deste âmbito os conhecimentos que o juiz adquire por via do seu ofício, ou os factos notórios, 1086-7. Também sobre os limites daquilo que é o saber privado do juiz, e da proibição de submeter um facto do conhecimento privado ao contraditório das partes, v. FABIANI, 2008: 560 e ss.

Capítulo II

O tratamento do princípio do inquisitório no processo civil português

1. O inquisitório como parte integrante do *officium iudicis* – ramificação dos princípios da gestão processual e da cooperação

O princípio do inquisitório, enquanto poder do juiz de procurar e produzir prova e de poder aproveitá-la, está incluído num complexo de poderes e deveres, a que se tem vindo a atribuir a locução muito significativa de *officium iudicis*. É uma locução latina que conserva em si plúrimas significações, sintetizando o conjunto de poderes atribuídos por lei ao julgador. Mas tanto mais livre se é, quanto menos poderes se tiver. O magistrado sobre o qual recaiam densas responsabilidades, como o é no ordenamento jurídico português, não é livre: está amarrado pelos fins que lhe são consignados. A palavra latina *officium*, para WOLTER, compreende o fenómeno de uma “*tarefa, claramente definida por uma actividade com características tradicionais e responsabilidades claramente delineadas*”⁸¹. E, assim, o *officium iudicis* quer significar simultaneamente os poderes que são concedidos à magistratura, os deveres que lhe são incumbidos, bem como todos os meios à disposição do julgador para alcançar o fim desejado: *a justa composição célere do litígio*. Por outras palavras, a expressão latina significa o conjunto dos deveres do juiz e os meios e poderes à sua disposição para cumprir aqueles⁸². Em suma, um complexo binomial de deveres e poderes. E é deste *officium iudicis* que se retira, *a contrario*, que o juiz não pode praticar certos actos nem sequer pode tomar determinadas posturas, devendo observar específicos comportamentos⁸³. Assim, o juiz deve declarar-se impedido caso se verifique alguma das hipóteses normativas do impedimento. Deve pedir o seu afastamento se considerar existir suspeição - *porque à justiça não basta ser, tem de parecer*. O juiz deve providenciar pela marcha do processo, convidar as partes ao aperfeiçoamento dos articulados, aclarar matéria de facto deduzida, convidá-las a recorrer a meios de prova mais idóneos para a convicção judicial da veracidade dos factos. Deve ordenar a produção da prova quando esta for essencial e necessária ao apuramento da verdade dos factos litigiosos.

⁸¹WOLTER, 2000: 45.

⁸²Assim era no direito canónico clássico, BERNABÉ, 2009: 98. Fazendo-lhe também referência, LE MASSON, 1998: 30, afirmando que a jurisprudência antiga tanto o entendia enquanto poder ou como dever, e referindo que o denso *officium iudicis* se repousa sobre o *iura novit curia* e a máxima *da mihi factum, dabo tibi ius*.

⁸³BERNABÉ, 2009: 207, a procura do acordo entre as partes num litígio fará parte desse *officium iudicis*.

Deve, sobretudo, respeitar os princípios nucleares do processo⁸⁴. Ou seja, o *officium iudicis* é um multiverso, e o inquisitório é um pequeno pedaço desse mundo.

O princípio do inquisitório, como o conhecemos (art. 411.º), está englobado naquilo a que BERNABÉ se refere como *l'office mercenaire*, ou *l'officium deserviens*, aquele lastro de poderes judiciais que permite ao juiz conduzir a marcha do processo, praticando todos os actos que visam contribuir para a composição do litígio⁸⁵. De modo impressivo, “*decidir ex officio exige uma deontologia*”⁸⁶. Esta é a doutrina do “bom juiz”, um juiz que em abstracto reúne certas qualidades e condições e que devem ser seguidas pelo juiz em concreto⁸⁷.

A imprecisa designação como princípio da oficiosidade⁸⁸, quanto a nós, é também de relevar. Embora o princípio do inquisitório se encontre no amplo *princípio da oficiosidade*, também tem uma dimensão que se distancia da lógica da actuação oficiosa. E, por outro lado, o *princípio da oficiosidade* consome outras realidades muito distantes da prova (*e da atendibilidade dos factos*). Assim, consideramos abrangidas por este último todas as actuações *ex officio iudicis* determinadas por lei: no caso de uma parte não constituir advogado, sendo obrigatório, o juiz deve notificá-la para constituir mandatário judicial num certo prazo fixado, sob pena da absolvição do réu da instância, de não prosseguir o recurso ou de ficar sem efeito a defesa (art. 41.º), verificar *ex officio* se a citação foi bem feita, ou a remessa oficiosa do processo para o tribunal competente (art. 105.º, n.º 3) quando a competência for de conhecimento oficioso (art. 104.º) e o autor tenha intentado acção num tribunal relativamente incompetente (art. 102.º). A estes exemplos, acrescenta-se a iniciativa probatória *ex officio* do juiz (art. 411.º), objecto do nosso estudo.

Nesse *officium iudicis*, podemos encontrar várias modalidades de poderes, como os de *direcção, de instrução e de organização do processo*⁸⁹. Todos são necessários para que o juiz eficientemente alcance os desígnios da justiça cível e que cumpra os fins que lhe

⁸⁴STRICKLER, 2012: 4

⁸⁵BERNABÉ, 2009: 99, exemplifica o poder de atribuir um advogado à parte não representada, a fixação de certos prazos, o poder de inquirir testemunhas e a ordenação de certas provas. Distancia-se, portanto, do *officium solenne (office noble)*, que permite ao juiz substituir o rigor da lei, concedendo acções que não existem: “*deficiente actionis datur officium iudicis*”, BERNABÉ, 2009: 99.

⁸⁶BERNABÉ, 2009: 217.

⁸⁷BERNABÉ, 2009: 203-215.

⁸⁸JAUERNIG, 2002: 136; PEREIRA RODRIGUES (2013).

⁸⁹EFTHYMOS, 1987: 705; STRICKLER, 2012: 2. Em França, pelo art. 3.º, o juiz deve garantir o bom desenvolvimento da instância.

são exigidos por um Estado de direito democrático⁹⁰. Encontra-se também um conjunto de proibições. Umas inerentes à função judicativa, outras por imposição das orientações do legislador (que se sedimentaram nos ordenamentos jurídicos modernos). Assim, a proibição do uso da ciência privada é um pressuposto da função de julgador, mas a proibição de alterar o objecto do processo definido pelas partes já se reconduz às do segundo tipo⁹¹. A qualificação jurídica dos factos (*iura novit curia*) também estará no multiverso do *officium iudicis*, bem como a motivação das decisões.

Os poderes probatórios do juiz têm uma extensa amplitude no nosso Código de Processo Civil, em virtude também da sua extensa norma geral (art. 411.º). Assim, quanto à requisição oficiosa de qualquer tipo de documentos, o legislador apresenta um elenco meramente ilustrativo e exemplificado (e não uma *tipicidade taxativa*). Assim, pense-se nas informações, pareceres técnicos, plantas, fotografias, desenhos, objectos ou outros documentos, necessários ao apuramento da verdade (art. 436.º). O juiz pode requerer *ex officio* uma perícia (art. 477.º), realizar de ofício uma inspecção judicial (art. 490.º), determinar que uma das partes venha depor sobre factos que interessem à decisão da causa (art. 452.º, n.º 1). Tem também o dever de oficiosamente chamar a depor pessoa que possa ter conhecimento de factos importantes (art. 526.º), como igualmente tem o dever de proporcionar os meios técnicos às partes que apresentem como prova qualquer reprodução cinematográfica ou registo fonográfico, quando estas são necessárias ao apuramento da verdade (art. 428.º, lido em conjunto com a matriz normativa dos poderes instrutórios de ofício, o art. 411.º).

A iniciativa de prova pelo juiz é, assim, a faculdade de este propor meios de prova⁹². A iniciativa probatória *ex officio iudicis* será a parcela do *officium iudicis* correspondente aos poderes, deveres e iniciativas do julgador relativas à introdução de material probatório no processo, independentes das actividades das partes, e que podem ter lugar em distintas fases processuais⁹³ (não só na instrução, onde é *alma mater*).

⁹⁰STRICKLER afirma mesmo que o *officium iudicis* é necessário para cumprir o *direito à boa administração* do art. 41.º da Carta dos direitos fundamentais da União Europeia, Jornal Oficial n.º C 83 de 30.3.2010.

⁹¹Art. 4.º CPC fr.

⁹²ABEL LLUCH, 2005: 48. O autor inclui nessa iniciativa de prova *ex officio iudicis* a indicação às partes da insuficiência da prova produzida por estas. Quanto a nós, parece-nos que se pode colocar numa acepção de iniciativa de prova em sentido impróprio, mas seguramente aquela actuação estará ao abrigo de uma ideia de colaboração entre sujeitos processuais.

⁹³ABEL LLUCH, 2005: 366. Ver o nosso 3.3.

1.1.Princípio do inquisitório integrado no direito constitucional processual?

A *constituição processual civil* reporta-se ao conjunto de regras e princípios constitucionais com repercussão e relevância para julgamentos de causas civis⁹⁴. Encontraremos no plano constitucional fundamentação para a obrigatoriedade do juiz ordenar as diligências necessárias ao apuramento da verdade material num processo de natureza cível?

É certo que a Constituição delimita em contornos muito definidos comandos para o direito processual penal, e que tais comandos não se vislumbram com tanta veemência para o direito processual civil, o que não quer significar *indiferença constitucional*⁹⁵.

Em relação concretamente ao princípio do inquisitório, não temos conhecimento que o TC se tenha pronunciado sobre a sua imposição pelo texto fundamental. Quanto ao direito de acesso aos tribunais, teve oportunidade o douto Tribunal de referir que “*é, entre o mais, o direito a uma solução jurídica dos conflitos, a que se deve chegar em prazo razoável e com observância das garantias de imparcialidade e independência, mediante um correcto funcionamento das regras do contraditório*”⁹⁶. Quanto a nós, pensamos que podemos radicar o princípio dos poderes instrutórios de ofício do juiz no direito à tutela jurisdicional efectiva, tal como PICÓ I JUNOY⁹⁷ defende em Espanha: o Estado de direito democrático, que tem a justiça como valor fundamental do sistema, não pode alcançá-la se não atribuir faculdades ao juiz de acertar a verdade em cada caso concreto.

1.2. O princípio do inquisitório como manifestação da *materielle Prozessleitung*

O legislador de 2013 consagrou o *princípio da gestão processual* no art. 6.^o⁹⁸. O juiz deve *activamente dirigir o processo, providenciar pelo seu andamento célere, promover de ofício as diligências necessárias ao prosseguimento normal da acção*, bem como tem o dever de recusar os actos *impertinentes e meramente dilatatórios, adoptando mecanismos de simplificação e agilização processual*, com fim de alcançar a *justa composição do litígio em prazo razoável*. A norma é complexa, e incumbe o juiz de tarefas distintas, mas coligadas entre si, com a finalidade última de obter uma decisão

⁹⁴Num qualquer processo jurisdicional (penal, civil, administrativo, fiscal, constitucional), há que atender às determinações do legislador ordinário, através dos códigos processuais, mas também às normas da Constituição com vocação para vincularem as *dimensões processuais das diferentes jurisdições*, cfr. GOMES CANOTILHO, 2003: 965-7.

⁹⁵GOMES CANOTILHO, 2003: 966.

⁹⁶Ac. do TC, n.º 259/2000, de 7-11-2000; Ac. do TC, n.º 346/2009, de 18-8-2009.

⁹⁷1996: 230

⁹⁸Corresponde em grande parte ao art. 265.º, n.º 1 e 2, CPC 95/96, mas com um pequeno e significativo acrescento “*direcção activa do processo*”.

materialmente justa, respeitando os ditames da celeridade processual. Parte da doutrina não anteviu a dimensão da vocação deste corpo normativo⁹⁹. Ora a gestão processual se limita a uma mera gestão procedimental¹⁰⁰, sem contender directamente com o objecto do processo, ora não passa de uma replicação do princípio da adequação formal e um elemento de interpretação de outras normas¹⁰¹, ora se encobre numa nuvem densa de incerteza¹⁰². A intencionalidade própria do princípio da gestão processual não tem sido pacífica. Retomaremos este importante excuro, mas não sem antes escrever breves linhas sobre os antecedentes históricos da gestão processual.

MIGUEL MESQUITA, num notável artigo dedicado à temática da gestão processual¹⁰³, relembra que não se está perante uma ideia recente, como eventualmente pode ter pensado o legislador da Reforma de 2013¹⁰⁴. Na verdade, já nas Ordenações Afonsinas se vislumbram afloramentos de um juiz *activo, interventivo, dirigente*¹⁰⁵. Esta ideia naturalmente perpassou os vários séculos da historicidade processual, notando-se um momento de baixa vitalidade dos poderes judicativos durante o séc. XIX, em virtude das concepções liberais que contaminaram e adentraram o Código de Processo Civil de 1876. E o liberalismo assentou num paradigma errático, que influenciou naturalmente as soluções concretas do nosso Código do séc. XIX: a confusão entre neutralidade e imparcialidade, retirando ao juiz a possibilidade de agir, intervir, assistindo ao duelo entre as partes como *um juiz de pedra*. Mas como adverte MIGUEL MESQUITA, o recente activismo do juiz das causas cíveis, que quebra com a lógica do processo duelístico no que respeita aos poderes de direcção do juiz, não se reporta à Reforma de 1995/1996, mas ao longínquo ano

⁹⁹LEBRE DE FREITAS desconfia deste novo princípio, subsumindo-o a uma fusão entre o princípio do inquisitório e o princípio da adequação formal, LEBRE DE FREITAS, 2013: 226-228; Isabel ALEXANDRE, 2013: 1; TEIXEIRA DE SOUSA, 2013a: 10-13; e, parece-nos, embora dilucidemos em diante, PEREIRA RODRIGUES, 2013: 87.

¹⁰⁰TEIXEIRA DE SOUSA, 2013a: 10-13;

¹⁰¹LEBRE DE FREITAS (2013b: 227-8), referindo-se também a uma gestão formal.

¹⁰²Isabel ALEXANDRE, 2013: 1.

¹⁰³MESQUITA, 2015: 78-108.

¹⁰⁴MESQUITA, 2015: 80, criticando a ideia latente na Exposição de Motivos que acompanhou a Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho, *de que o juiz dirigente e activo nasceu com a Reforma de 1995/1996*, e que já muito antes ALBERTO DOS REIS tinha defendido, como se pode constatar pelo espírito geral do Código de 1939.

¹⁰⁵“*E os Juizes devem muito trabalhar por trazer as partes a concordia, e efto não he de neceffidade, mas de oneftidade, e virtude polos tirar de trabalho, omeffios, e defpefas*”, Livro III, Título XX, p. 77.

de 1926, quando se consagrou o poder de impulsão, no artigo 28.º, n.º 9, do Decreto n.º 12.353, de 22 de Setembro¹⁰⁶.

Se parte da doutrina não entrevê no artigo 6.º nada além de uma mera gestão procedimental, há um argumento lógico que pode pender para o lado da doutrina que vislumbra algo mais que mera direcção formal do processo. O artigo 547.º desde 1995/1996¹⁰⁷ concede ao juiz a possibilidade de flexibilizar a tramitação do processo. Portanto, qual seria a necessidade de introduzir um artigo com o mesmo escopo? A presunção do legislador razoável leva-nos a entender, na esteira de MIGUEL MESQUITA, que o artigo 6.º tem um âmbito material e procedimental. A gestão processual no sentido material (*materielle Prozessleitung*) contende com o objecto do processo¹⁰⁸. Por outro lado, o âmbito meramente formal da gestão (*formeller Verfahrensleitung*) será consumido, em parte, pelo princípio da adequação formal, do artigo 547.º¹⁰⁹, bem como por afloramentos no nosso código que correspondem, na sua essência mais pura, a aspectos do anglo-saxónico *active case management*¹¹⁰. Pelo que se pode concluir que a adequação formal é manifestação da gestão processual do artigo 6.º, mas esta não se esgota apenas no artigo 547.º. Atente-se que conferir ao juiz a direcção e gestão do processo justifica-se logo

¹⁰⁶Cfr. a n. 18. Sobre o Decreto-Lei n.º 12.353, de 22 de Setembro de 1926, e em concreto sobre o poder de impulsão judicativo, v. ALBERTO DOS REIS, 1945: 340.

¹⁰⁷Anterior 265.º-A: “O juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo”.

¹⁰⁸Impressivamente, o *coração do processo*, cfr. MESQUITA, 2015: 88. Ao dizermos que o juiz contende com o objecto do processo, através da *materielle Prozessleitung*, não queremos significar que o juiz vai interferir com o binómio pedido e causa de pedir mais excepções deduzidas, mas sim influenciar no sentido de alcançar uma justa composição do litígio. Uma influência que o mais das vezes pode configurar-se como uma advertência silenciosa. Sobre esta ténue influência, refractada ao nível do pedido, das provas e dos factos, MESQUITA, 2015: 94 e ss. No direito pretérito, MESQUITA (2009: 204) já reflectia sobre a possibilidade do juiz poder abrir portas à reconvenção, ainda que desconexa. Este presságio de uma gestão processual em sentido material foi toldado pela manutenção da rigidez no instituto da reconvenção.

¹⁰⁹A adequação formal do artigo 547.º não é um princípio diverso daquele expresso no artigo 6.º, é antes uma sua manifestação, pelo que o legislador deveria ter consagrado uma alínea neste último artigo com fim de dissipar eventuais dúvidas. O juiz, numa acção de divisão de coisa comum, pode permitir que o pedido reconvençional para pagamento de benfeitorias feito por um dos réus não se dirija apenas ao autor, mas também aos restantes réus. Este exemplo é paradigmático da adequação formal. As especificidades da causa apelam a uma solução mais flexível, fugindo à rigidez estatuída para a reconvenção, que não tem vocação para acompanhar todos os pormenores complexos da vida real e vida processual, nem porventura casos de litisconsórcio recíproco, como aquele que foi apresentado, e que merecem tutela na mesma acção. v. MESQUITA, 2015: 83-85.

¹¹⁰Nas *CPR*, destaca-se a *Rule 1.4.*, de onde se pode relevar a *identificação das grandes questões do processo* (alínea b), a *determinação da ordem de julgamento das questões* (alínea d), ou ainda a promoção de medidas para a audiência de julgamento ser *célere e eficaz* (alínea i). Outras regras são convocáveis, como a *Rule 26.10*, de conteúdo idêntico ao nosso artigo 547.º, adaptando-se a tramitação processual às circunstâncias concretas do caso, ou ainda a *Rule 18.1.*, que permite ao juiz esclarecer-se, ordenando aos litigantes que clarifiquem qualquer aspecto da causa. Sobre o *active case management*, cfr. a apreciação de MESQUITA, 2015: 85-87.

porque tal concessão garantia a actuação da lei, do direito, e, por conseguinte, da soberania do povo¹¹¹. Mas conceder a gestão ao juiz do processo é garantia de que é um terceiro imparcial que irá administrar a justiça: só desta forma se vai possibilitar a real actuação do direito objectivo (sem escamotear a realização dos direitos substantivos).

Retomemos o nosso tema central neste ponto específico. O princípio do inquisitório correlaciona-se com a gestão processual? Se sim, de que forma? Vejamos atentamente.

Recordando a dicotomia do poderio judicativo desvendado por FABBRINI, existem poderes referentes à ordenação do processo, «ao seu governo», e *poderes que contendem no conteúdo da decisão final*. Quanto aos primeiros, fará sentido o legislador atribuir-lhes natureza discricionária, realizando a sua previsão de forma genérica, e deixando ao julgador a função de decidir dar-lhe uso ou não. Assim, em sede de audiência final, fará sentido o juiz da causa ter uma margem livre de apreciação quanto à ordem dos actos a praticar, podendo não seguir a “*sugestão legal*” de começar pelos depoimentos de parte (art. 604.º, n.º 8)¹¹². Quanto aos segundos, a lei “*deve predeterminar de modo claro os seus pressupostos [legitimadores do exercício judicial] e modo de exercício, de tais poderes, tanto ao nível do conteúdo como do momento do processo, no qual podem ser exercidos*”. Quanto a estes, “*nenhuma discricionariedade é deixada ao juiz e o valor do justo processo exige a rígida predeterminação legal*”¹¹³.

PEREIRA RODRIGUES, ao descrever os princípios estruturantes do processo civil moderno, em especial aqueles do nosso Código, dedica um capítulo ao princípio do inquisitório ou da oficiosidade. Ou seja, de acordo com o Juiz Conselheiro, há uma unicidade de âmbito dogmático entre o inquisitório e a oficiosidade. Mais. Entende o Autor que o artigo 6.º reproduz, *no essencial*, o artigo 265.º do Código anterior, alterado pela Reforma de 1995/1996, e que o princípio do inquisitório mais não será do que a gestão processual. Parece-nos, muito respeitosamente, uma leitura duplamente apressada. Em primeiro lugar, a gestão processual espalha-se por todas as fases do processo; o inquisitório não¹¹⁴. E a oficiosidade não corresponderá rigidamente ao princípio do inquisitório¹¹⁵.

¹¹¹FABIANI, 2008: 707 e 708, nota 20.

¹¹²Muitas vezes, instigadores da confissão de factos, v. REMÉDIO MARQUES, 2011: 616.

¹¹³PROTO PISANI, 2000: 243.

¹¹⁴Tendencialmente restringido à fase de instrução, mas as diligências verdadeiramente instrutórias podem dar-se antes de realizada a audiência prévia ou de proferido o despacho saneador, assim por exemplo quanto à requisição de documentos que o tribunal repute como indispensáveis (e um poder que pode ser exercido em

Assim, a gestão processual do artigo 6.º, na doutrina de MIGUEL MESQUITA, pode interferir com o plano dos factos, do pedido, ou das provas. Mas no domínio das provas, vigora em pleno o Princípio do Inquisitório. Coexistem os artigos 6.º e 411.º pacificamente? Um consome o outro? Serão um só e único princípio, ou uma manifestação do outro? A resposta do nosso Professor de Coimbra é a de que ao juiz advém um poder de gerir o processo, por via do artigo 411.º¹¹⁶, na sua dimensão substancial (*materielle Prozessleitung*), na medida em que deve dirigi-lo com intuito de alcançar a realidade histórica dos factos e a justa composição do litígio¹¹⁷.

Podemos considerar o art. 411.º como uma projecção do art. 6.º, por certo. Mas não podemos obnubilar que aquele artigo tem um aditamento que este último não tem. O art. 411.º está adstrito ao “apuramento da verdade”, partícula que não está expressamente prevista no art. 6.º (mas que poderá ser-lhe ínsita), o que nos leva a firmar o seguinte: o princípio do inquisitório é um prolongamento do princípio da gestão processual, na sua modalidade de gestão material¹¹⁸ (por contender com o objecto do processo), mas é dotado de autonomia teleológica, vocacionada para a clarificação da verdade de factos controversos¹¹⁹.

primeira linha), PEREIRA RODRIGUES, 2013: 91. Ainda se pode vislumbrar inquisitório no art. 607.º, n.º 1, no momento de proferir a sentença. Mas, na verdade, reabrir-se-á a audiência final.

¹¹⁵Já não seria tão desconfortável convocar o nome de oficiosidade para caracterizar o art. 6.º – chamá-lo de inquisitório é que nos parece forçado. Ainda assim, há dimensões do art. 6.º que podem não ser puramente oficiosas, resultando do pedido prévio das partes. Podem as partes alertar o tribunal para a desnecessidade de uma medida instrutória ordenada pelo tribunal, e o tribunal posteriormente aceder (constituindo uma diligência de gestão do processo por estímulo das partes, e não *ex officio*).

¹¹⁶MESQUITA, 2015: 103. Diríamos que o artigo 6.º é um *prius*, que se concretiza no artigo 411.º, no domínio das provas. Já existiria gestão material do processo via este último artigo, pelo que se pode afirmar veementemente que desde 1939 já existe um juiz gestor do processo, na sua vertente material. O artigo 6.º veio só confirmar uma realidade que já existia e veio alargá-la a outros domínios concretos, como a possibilidade de flexibilização do artigo 609, n.º1, em casos de colisão de direitos, em que a justa composição do litígio e a economia processual exijam uma solução moderna de possibilidade de (convite à) alteração do pedido, quando este seja drástico, sobre isto v. MESQUITA, 2013: 141-142.

¹¹⁷Estes intuitos presidem também à gestão processual do artigo 6.º, havendo uma unicidade de finalidades, pelo que o inquisitório contribui para a visão do princípio da gestão processual como um *Santo Graal redentor* do processo moderno, expressão de MESQUITA, 2015: 108.

¹¹⁸ABEL LLUCH (2005: 373) refere-se a uma faculdade de direcção material da actividade probatória no que respeita ao lugar e modo da prática da prova: ouvir testemunha no domicílio, via teleconferência.

¹¹⁹Tanto que o poder-dever concedido pelo art. 411.º está afecto concretamente ao interesse público da descoberta da verdade, v. LEMOS JORGE, 2007: 67. O poder-dever do art. 6.º tem outros fins concretos, só mediamente se pode fazer ligação do fim da “descoberta da verdade” ao art. 6.º, mediante a partícula “justa composição do litígio”: a resolução justa pressupõe a verdade dos factos processualmente adquiridos.

Afirmamos mais. O princípio do inquisitório (art. 411.º) é gestão material no domínio (sobretudo) das provas e, com CAPPELLETTI, constitui a “*subtracção às partes do poder de direcção (formal) do processo*”¹²⁰.

1.3. Inquisitório como ramificação do princípio da colaboração?

Um dos autores portugueses que se debruçou mais detidamente sobre os reflexos do princípio da colaboração na fase instrutória foi SILVA PEREIRA¹²¹. Daquele princípio se retira que a relação jurídica processual se torna uma plataforma activa e operativa da *Arbeitsgemeinschaft*. O princípio plasmado no art. 7.º é muito denso, complexo, e pressupõe uma extensão a quase todas as fases do processo. A cooperação entre o juiz, os mandatários judiciais e as *próprias* partes (o legislador quer significar com o vocábulo em itálico que a cooperação inter-partes não é algo natural, que não flui espontaneamente) é um dever comum a todos aqueles. É o “*modelo de relacionamento entre os sujeitos processuais*”¹²², estes devem sinergeticamente comportar-se de modo a alcançar os fins do processo civil, claramente reforçados pela reforma operada pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho: a justa composição do litígio, em tempo útil e breve¹²³. O n.º 2 do art. 7.º permite ao juiz esclarecer-se quanto à matéria de facto e de direito que represente como obscuras. Exemplifica, assim, o legislador, uma das formas da cooperação. A cooperação é verdadeiramente um dever¹²⁴, tendo deixado de ser um poder meramente discricionário o convite às partes para suprir deficiências nos articulados (cfr. art. 590.º, n.º 4).

¹²⁰(1967: 417) O autor usa o vocábulo formal, pensamos, em respeito da bifurcação que a doutrina italiana faz do dispositivo em sentido material e o dispositivo em sentido formal (*principio della trattazione*): por este último, cabe às partes trazer os factos e provas ao processo. Se o juiz se torna activo quanto às provas, existe a tal “subtracção”. Mas, na verdade, tal trata-se de uma gestão material do processo, pois contende com o objecto do processo, e não com o mero procedimento, como analisado por MESQUITA (2015).

¹²¹2013: 111-131.

¹²²SILVA PEREIRA, 2013: 117.

¹²³Aliás, um dos princípios “*chiovendianos*”, princípios basilares do direito processual civil, pelo qual a decisão jurisdicional deve ser breve o suficiente para garantir as posições subjectivas dos litigantes. Uma justiça que tarda (embora conforme o direito objectivo) é praticamente o mesmo que uma justiça *injusta*, pois não garantiu em tempo útil os direitos subjectivos atribuídos pelo ordenamento jurídico. Formulando a ideia de que uma justiça tardia é uma modalidade de injustiça, PASSO CABRAL, 2010, 261. LEBRE DE FREITAS, 2013b: 145-148, referindo-se ao princípio do prazo razoável do processo (desde a data da propositura da acção até ao termo do processo). Ac. do TC, n.º 259/2000/T, de 7-11-2000 “*a prontidão na administração da justiça é fundamental para que o direito à tutela judicial tenha efectiva realização, pois, quando a sentença é tardia, corre-se o risco de já não se fazer justiça*”. Assim também Manuel de ANDRADE (1976: 387), vencer o litígio extemporaneamente é como não vencê-lo.

¹²⁴Sobretudo desde a reforma de 95/96, que veio a ser confirmada em 2013. Sobre a orientação seguida pelo legislador português para o princípio da cooperação, que se abrigou no § 139, 1, ZPO, v. LEBRE DE FREITAS, 2013b: 188-189. Veja-se que JAUERNIG (2002: 140) considera que “*a designação habitual dever judicial de perguntar e esclarecer [do § 139] é enganosa*”, porque “*não obriga nem sequer autoriza o juiz, por si, sem atenção às partes, a desencadear o esclarecimento dos factos*”, mas da 1.ª parte do artigo resulta

Constata também SILVA PEREIRA que o art. 7.º se dirige à relação jurídica processual, excluindo os terceiros do seu alcance normativo¹²⁵. A norma, em conjunto com o art. 8.º, referente à boa fé processual, formam um bloco normativo, que deve ser lido e interpretado conjuntamente, e não de uma forma solipsista. Ou seja, as partes devem adoptar comportamentos positivos que potenciem a *breve e eficaz justa composição do litígio*, bem como se devem abster de praticar actos conducentes à condenação em litigância de má fé¹²⁶. As partes devem cooperar porque têm de agir de boa fé, e têm de agir de boa fé porque lhes é também imposto o dever de contribuir para a célere e justa resolução do conflito, que se obterá mais facilmente através da colaboração. É um pensamento tautológico mas que nos permite reflectir sobre os princípios no processo civil.

Mas aos terceiros também é imposta a colaboração com a administração da justiça, com fim de descobrir a verdade num dado processo. Agora, já não por via do art. 7.º, mas pelo art. 417.º, uma norma que reflecte ainda o pensamento publicista do Professor ALBERTO DOS REIS: *a justiça não é uma coisa privada, é de todos e a todos interessa*. Parte do art. 417.º¹²⁷, ou seja, um pedaço do denso dever de colaboração dos cidadãos com a justiça, pode alicerçar-se num princípio geral de cooperação cívica nas tarefas públicas, corolário do Estado de direito democrático¹²⁸.

LEBRE DE FREITAS subdivide o princípio da cooperação (art. 7.º) em duas vertentes: material e formal. Na primeira modalidade, os sujeitos processuais estão obrigados *a colaborar para a descoberta da verdade*¹²⁹. Estamos, portanto, em sede do art. 417.º, n.ºs 2 e 3. Aqueles devem cooperar com o tribunal, facilitando os mecanismos instrutórios próprios: apresentação de documentos e objectos que constituam meios de prova (arts. 428.º a 431.º). A própria inspecção judicial é um mecanismo de cooperação probatório, pois implica que os titulares do objecto inspecionado contribuam para a sua examinação. Quando o tribunal determina que certos actos sejam praticados¹³⁰, por uma parte ou por um terceiro, também estaremos perante cooperação probatória. Na segunda

o dever do juiz convidar as partes para exercerem elas mesmas poderes de iniciativa probatória sobre factos (importantes para a decisão da causa), e que o juiz reputa como carecidos de prova segura.

¹²⁵SILVA PEREIRA, 2013: 120.

¹²⁶Muito impressivamente, as partes não podem tratar o processo “*como um local limitado a esgrimir argumentos de duvidosa consistência, a deduzir incidentes ou oposições sem fundamento razoável ou a procurar dilatar ilegitimamente a conclusão do processo*”, ABRANTES GERALDES, 2010: 91.

¹²⁷Referente àqueles que não são partes na causa.

¹²⁸GOMES CANOTILHO & Vital MOREIRA, 2010: 511.

¹²⁹LEBRE DE FREITAS, 2013b: 186.

¹³⁰Cfr. a título de exemplo o art. 482.º, n.º1.

modalidade de cooperação, ou seja, cooperação formal, LEBRE DE FREITAS inclui o n.º 4 do art. 7.º, que impõe ao juiz a remoção de obstáculos à observância de ónus ou cumprimento de deveres processuais¹³¹. Contudo, embora este princípio seja elevado a um estatuto apoteótico, não se pode obnubilar a seguinte realidade: os litigantes estão em disputa, procurarão o mais das vezes provocar a derrota da contraparte. *Não basta vencer; os outros têm de perder*¹³². Este princípio da cooperação impõe um dever-ser aos intervenientes processuais, aproximando-se da dignidade de um princípio ético. As partes, embora em posições distintas, não devem ser inimigas e procurar desferir ataques uma à outra. Devem, pelo contrário, interiorizar os pontos concretos em litígio e reflecti-los no futuro, com ânimo de dirimi-lo. É, na nossa perspectiva, uma visão que respeita o legado da revelação judaico-cristã e que vê em cada conflito o lugar próprio para a prática de actos com *animus conciliandi*. Distante da fase de instrução, ABRANTES GERALDES destaca a importância do princípio da cooperação em sede de audiência preliminar, insistindo que esta é o “*espaço ideal à concretização efectiva do referido princípio*”¹³³.

Portanto, sem contrariar as palavras de LEBRE DE FREITAS, pensamos que podemos constatar a existência de dois sentidos da cooperação: a vertical, entre as partes e o juiz, e a horizontal, entre as partes. Esta classificação tem em consideração o sentido e direcção em termos subjectivos¹³⁴. Mas o princípio da cooperação pode, como já tivemos oportunidade de demonstrar, espalhar-se por diversas fases processuais. A que nos importa uma detida reflexão é a fase de instrução, fase a que se reporta o princípio do inquisitório (art. 411.º). E importa-nos sobretudo na sua modalidade vertical, num sentido descendente (juiz-partes).

Que a justiça não se pode isolar sobre si mesma, é inegável¹³⁵. Na fase de instrução, esta frase, a nosso ver, fará ainda mais sentido. É sobretudo nesta fase que o

¹³¹O insigne processualista concretiza esta cooperação formal com um exemplo prático: se o réu falecer na pendência da acção, e o autor tiver dificuldade em identificar os herdeiros, o juiz poderá pedir esclarecimentos a um familiar que possa prestar as informações necessárias para a correcta observância do ónus que recai sobre o requerente do incidente da habilitação de herdeiros (indicar os sucessores conhecidos do *de cuius*, não lhe cabendo alegar e provar a inexistência de quaisquer outros – uma prova de facto negativo indeterminado, cfr. Ac. TRC de 8-9-2009 (Isabel Fonseca). Outro exemplo dado por LEBRE DE FREITAS (2013b: 190) é o acordo entre o juiz e os mandatários judiciais para a marcação de diligências.

¹³²Esta máxima de Genghis Khan quase que pode ser transportada para a ideologia duelística do processo.

¹³³ABRANTES GERALDES, 2010: 89.

¹³⁴Tendo em conta o sentido para que se dirige entre os sujeitos da relação jurídica processual. FRANÇA GOUVEIA (2007: 52-56) faz a subdivisão da cooperação de uma forma mais intuitiva: a cooperação enquanto dever das partes e enquanto dever do juiz.

¹³⁵Sobre isto, FRANÇA GOUVEIA, 2007: 55.

destino da lide pode alterar-se sobremaneira. Mas importa perguntar: a colaboração do juiz, na fase instrutória, diluir-se-á no inquisitório? Ou, pelo contrário, deverá ser entendido como um auxílio às posições e faculdades processuais das partes, *maxime* quanto ao direito subjectivo à prova? Ou parte do inquisitório fundir-se-á naquele lato princípio que postula uma justiça longe de um autismo de torre de marfim¹³⁶? Qualquer dos caminhos pelo qual enveredemos, podemos ter a certeza de que não estaremos perante uma manifestação de autoritarismo, pois a colaboração é sinalagmática, dando-se em todos os sentidos¹³⁷: entre as partes, das partes em relação ao juiz, e deste em direcção àquelas.

Quanto a nós, pensamos que pode haver momentos de diluição dos dois princípios; o princípio do inquisitório pode tornar-se uma forma de colaboração (o juiz requisita um documento que a parte lhe requereu por sérias dificuldades em obtê-lo, mas o julgador somente procedeu à diligência por estar convicto do sério e potencial auxílio daquele elemento probatório quanto à veracidade de um facto, sobre o qual tem fundadas dúvidas), mas pode haver actividade instrutória do juiz que tenha mais nexo de colaboração do que propriamente ligada ao apuramento da verdade (o juiz não entrevê utilidade nas concretas perguntas dirigidas pelos mandatários judiciais às testemunhas, mas também não as considera manifestamente impertinentes – neste último caso, teria o dever de afastar o que é inútil ou meramente dilatatório no processo, arts. 516.º, n.º 3, e 602.º, n.º 2 al. *d*), mas tendo dúvidas pode permitir que se concretizem¹³⁸, existindo um certo fundo de cooperação).

Não temos objecções de fundo que se oponham ao entendimento do inquisitório como pedaço da gestão material do processo, nem como parte integrante de um modelo cooperativo, em que exista uma *condução democrática e participativa* dentro do processo¹³⁹.

¹³⁶Acentuando a colaboração como princípio que aproxima o julgador ao mundo, FRANÇA GOUVEIA, 2007: 55.

¹³⁷FRANÇA GOUVEIA, 2007: 56.

¹³⁸Deve o juiz indagar as finalidades das questões, nesses casos e, em caso de dúvida, permitir a pergunta, pois acreditamos que o valor ínsito da instrução é o da máxima actividade probatória (*pro probatione*, v. ABEL LLUCH, 2005: 357).

¹³⁹Como consequências das inesgotáveis dialécticas que se dão entre as partes e o juiz, somente o momento judicativo-decisório será imune a este entendimento, pois é expressão de um poder de império, DIDIER JR., 2014: 212. Mas não se quer o juiz como uma “*máquina fria decisória*”, expressão de WIEDING, *eine starre Entscheidungsmaschine*, lembrada em CAVALLONE, 1991: 24, n. 22.

2. O problema da natureza jurídica

2.1. A tese do inquisitório como poder-dever

O poder-dever diferencia-se tenuemente do direito subjectivo propriamente dito¹⁴⁰. Se no segundo estamos perante um poder jurídico que só se irá impor a outrem na exacta medida em que o titular entende que o quer fazer, no primeiro não encontramos essa nota de livre actuação¹⁴¹. Ou seja, quanto ao poder-dever, o titular do seu exercício estará vinculado a um certo e determinado tipo de actuação¹⁴². Se não exercer esse poder quando era suposto fazê-lo ou agir em claro desvio do modo suposto pelo direito, o titular daquele é sancionado. Daí que também se possa designar, na esteira de CAPELO DE SOUSA, por «*direito funcional*». É um direito funcionalizado, que sujeita o seu titular ao exercício *de um certo modo ou segundo uma certa função*¹⁴³. Assim, este direito deve ser exercido de forma adequada a cumprir a sua concreta função. Como CAPELO DE SOUSA relembra, “*a ideia de liberdade no exercício dos direitos funcionais não é totalmente estranha, embora estes sejam direitos de exercício geralmente vinculado*”¹⁴⁴. Não é totalmente líquido dizer-se, a nosso ver, que nos direitos funcionais o titular do direito, ao exercê-lo, apenas irá realizar interesses alheios. É certo que prevalentemente se cumprirão interesses,

¹⁴⁰Sobre a caracterização do direito subjectivo em sentido amplo, cfr. MOTA PINTO, 2012: 178-179; Será o *poder jurídico, que o ordenamento jurídico reconhece a uma pessoa, de exigir livremente a outrem um comportamento positivo ou negativo*. Ou será ainda o poder de, *por um acto um livre de vontade, só de per si ou integrado por um acto de uma autoridade pública, produzir determinados efeitos jurídicos que inevitavelmente se impõem a outra pessoa*. Manuel de ANDRADE (1974: 3) omite o termo “*livremente*” na delimitação do conceito. Densificando o direito subjectivo *hoc sensu* em torno da sua instrumentalidade para dar ensejo à autonomia pessoal bem como forma de tutela dessa mesma autonomia, Orlando de CARVALHO (2012: 106-107). CAPELO DE SOUSA (2003: 180) apõe ao advérbio de modo *livremente* “em princípio”, para poder integrar o poder-dever nos direitos subjectivos em sentido amplo. Sobre esta caracterização, abtemo-nos de tomar posição. O carácter de livre actuação existirá com toda a certeza no direito subjectivo propriamente dito (*poder de exigir ou pretender de outrem um determinado comportamento positivo ou negativo*), deixando de presidir na delimitação do poder-dever. Daí que também sejam chamados direitos de conteúdo altruísta. Orlando de CARVALHO (2012: 131, 134) integra igualmente os poderes-deveres na categoria de direitos subjectivos. Certo é que, ainda que remotamente, poderá não ser um total altruísmo que presida ao exercício do direito funcional. Ou, pelo menos, como externalidade do seu exercício cumprem-se interesses do titular. Por exemplo, no poder-dever dos pais de educarem os filhos, ainda que prevaleça o interesse da criança, cumprem-se interesses públicos educacionais bem como “*interesses civis dos pais (maxime, a sua realização como pais, que envolve valores desde o sentido da sua vida ao seu instinto de perpetuação da espécie humana)*”, CAPELO DE SOUSA, 2003: 185.

¹⁴¹A livre actuação no sentido de o sujeito titular do direito subjectivo querer exercê-lo ou não. Sobre os limites da actuação livre, veja-se que o sujeito não pode agir segundo um “*quero, posso e mando*”, nem “*atentar contra a sua própria dignidade, contra a sua pessoalidade*”, sob pena de propugnarmos por direitos subjectivos solipsistas. É que “*o homem é incapaz de se realizar plenamente no isolamento*”, MIRANDA BARBOSA, 2016: 278-280.

^{142c}“*Os poderes não podem ser exercidos se o seu titular quiser e como queira, mas devem ser exercidos do modo exigido pela função do direito*”, MOTA PINTO, 2012: 179.

¹⁴³CAPELO DE SOUSA, 2011: 609.

¹⁴⁴CAPELO DE SOUSA, 2003: 186.

desígnios alheios, mas reflexamente, nem que seja como uma externalidade, outros interesses colaterais poderão ser plenamente realizados.

Um dos problemas em que se desdobra a questão do revestimento do art. 411.º, se é um poder-dever ou um poder discricionário, bem como cada uma das suas *ramificações normativas*, é o de distinguir muito meticulosamente se há alguma margem de actuação judicativa. Repare-se, mesmo num poder-dever há margem de livre actuação: se a doutrina o tem incluído nos direitos subjectivos, outra coisa não se poderia esperar, pois é no campo dos direitos subjectivos [*em sentido amplo*] onde ganha propriedade a noção de arbitrariedade. O titular do direito subjectivo goza dessa arbitrariedade. Exerce-o, ou não, se e quando quiser. Essa arbitrariedade é cerceada nos poderes-deveres, mas também nos poderes discricionários essa nota de pura arbitrariedade não sobrevive. Isto iremos comprovar de seguida.

ORLANDO DE CARVALHO, brilhantemente, permita-se-nos, recorda certos traços distintivos [*internos*], e não baseados somente na dicotomia literal do “poder” ou “dever” incluídos no texto da norma. Assim, nos poderes discricionários da Administração, “*a esfera de interesses do agente e a esfera de interesses públicos estão naturalmente em tensão*”. Aquele que age, segundo critérios de conveniência e oportunidade, deve deixar-se diluir no interesse público, mas tem de agir com vista ao interesse da Administração: se se deixar *possuir* por interesses privados, “*ainda que o resultado esteja virtualmente certo, haverá necessariamente um vício, haverá tecnicamente um desvio de poder*”¹⁴⁵. A lei pressupõe, então, que o agente possa colocar em jogo os seus interesses particulares que derroguem o interesse público: daí que a lei balize, defina as extremas da actuação do agente, dentro das quais ele deve orientar-se segundo os tais critérios de oportunidade e procurar a prossecução do interesse público. Daí que ainda possa dizer-se que “*o poder discricionário é ainda vinculado, é um poder ainda ligado pela lei*”¹⁴⁶. Já nos poderes-deveres, o ordenamento jurídico prevê-os com uma nota implícita e *pressuponte*: os interesses do titular (próprios) e os interesses daqueles que a lei quis tutelar (alheios) não estarão numa permanente tensão, mas haverá entre eles uma “*natural compenetração*”¹⁴⁷. Mais ainda. Para além dessa nota *intuitiva*, a lei confia que os titulares destes poderes-deveres irão gerir os interesses alheios como se fossem os seus próprios interesses. É como

¹⁴⁵Orlando de CARVALHO, 2012: 132.

¹⁴⁶Orlando de CARVALHO, 2012: 133.

¹⁴⁷Orlando de CARVALHO, 2012: 133.

que uma “*natural inserção dos interesses de outrem na própria esfera de interesses do sujeito*”¹⁴⁸. O titular do direito funcional age “*vi sua et sponte sua*”, substituindo-se a *voluntas* de quem beneficia com o exercício do poder pela vontade de quem o exerce. Acaba, assim, por existir uma autêntica livre disposição, um autêntico direito subjectivo. Acaba por se poder sintetizar, com ORLANDO DE CARVALHO, que “*o representante tem um verdadeiro poder de agir vi sua et sponte sua, é um verdadeiro representante da vontade, o que significa que se lhe reconhece um verdadeiro direito subjectivo, embora limitado pela representação em concreto*”¹⁴⁹. Através do titular do poder-dever, a lei tacitamente intui que se está perante a melhor forma de tutelar o beneficiário. Os conflitos poderão naturalmente aflorar a jusante, e a lei, também com toda a naturalidade, prevê modos de reprimi-las. Mas essa nota de tensão não é tão visível como no exercício dos poderes discricionários.

E o que se beneficia com o exercício desse poder? A administração da justiça. O poder é outorgado ao juiz para que apure a verdade dos factos que lhe é lícito conhecer e para que alcance a justa composição do litígio.

Portanto, não podemos ceder à constatação de que é “*difícil reconhecer às partes um direito processual ao exercício do poder instrutório oficioso*”¹⁵⁰.

Transportemo-nos para a mundividência jurídico-processual. Ainda mais concretamente, para o domínio do art. 411.º: “*Incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer*”. A formulação é exactamente a mesma do art. 265.º, n.º 3, do CPC resultante das modificações operadas pelo Dec.-Lei n.º 329-A/95 (a célebre Reforma de 95/96). E estamos longe da formulação do CPC 1939, desta feita art. 264.º, n.º 3: “*O juiz tem o poder de realizar ou ordenar oficiosamente as diligências que considere necessárias para o apuramento da verdade, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer*”. Igual letra manteve a Reforma de 1961. É diferente o legislador afirmar que “*o juiz tem o poder de*” ou que “*incumbe ao juiz*” fazer algo. A letra da lei tem uma importância infungível, a interpretação parte dela, e os resultados não devem, em princípio, desligar-se de um mínimo de correspondência verbal em relação à norma. Se no âmbito do CPC de 1939 até à Reforma de 95/96 somos tentados

¹⁴⁸Orlando de CARVALHO, 2012: 134.

¹⁴⁹Orlando de CARVALHO, 2012: 135.

¹⁵⁰O que não impede que seja um poder-dever, NICOLO, 2014: 119.

a classificar este poder como discricionário, a partir de 1995/96 não temos dúvidas em afirmar peremptoriamente que se está perante um poder-dever. Até 1995/96, o legislador concedia ao julgador dois momentos discricionários: apreciação e decisão. Num primeiro momento, o juiz apreciava se as diligências concretas eram necessárias ao apuramento da verdade material. Num segundo momento, se da primeira operação resultasse na sua mente que a diligência era necessária (ao apuramento da verdade), ao juiz era concedido um segundo momento discricionário: tinha o poder de agir ou de abster, de realizar ou não a diligência. A nosso ver, não parece haver dúvidas de que seria um poder discricionário. O legislador concedia uma margem livre de actuação ao julgador e este, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decidia se realizava as diligências ou não (e só podia alcançar este segundo momento discricionário decisório se antes reputasse a diligência como necessária ao apuramento da verdade). Após 1995/1996, desaparece, a nosso ver, esta discussão. Agora, se a medida ou diligência probatória for objectivamente necessária para apurar a verdade, o juiz tem de ordená-la. Está obrigado a fazê-lo. Deve fazê-lo. Aqui já não há margem livre de apreciação: se a medida é objectivamente necessária ao apuramento da verdade, o juiz está obrigado a um resultado. Mas note-se que este poder-dever de ordenar diligências não está funcionalizado apenas a uma finalidade. São duas as finalidades que, em concreto, podem determinar a obrigatoriedade de realizar diligências. São elas o apuramento da verdade, que já resultava de redacções anteriores, e a justa composição do litígio, que somente foi introduzida em 1995/1996.

“O texto é o ponto de partida da interpretação”, e “quando (...) as normas comportam mais de um significado, então a função positiva do texto traduz-se em dar mais forte apoio a, ou sugerir mais fortemente, um dos sentidos possíveis”¹⁵¹. Neste âmbito, não é possível entrever no art. 411.º um poder discricionário¹⁵². É um poder vinculado, que tem de ser exercido mal se preencham os pressupostos normativos¹⁵³. É um autónomo poder-

¹⁵¹BAPTISTA MACHADO, 1983: 182. A letra é limitadora, pois afasta o pensamento legislativo que não tenha um mínimo de correspondência verbal no elemento literal da lei, art. 9.º, n.º 2, CC.

¹⁵²Como seria defensável antes da reforma de 95/96. Ainda assim, PESSOA VAZ (1973: 178), ao debruçar-se sobre as vantagens de um sistema de gravação áudio integral das audiências, qualificava a clarificação e integração da actividade instrutória das partes pelo juiz como poderes-deveres afectos à *descoberta da verdade material*. No sentido de ser um poder essencialmente discricionário, se não tiver sido sugerido pelas partes, Ac. STJ, 6-6-2002 (Ferreira de Almeida).

¹⁵³LEMONS JORGE, 2007: 62-64. LEBRE DE FREITAS, 2013b: 176; Ac. STJ, de 12-6-2003 (Quirino Soares), Rui PINTO, 2015a: 343, Paulo PIMENTA, 2016: 340; VIDIRI, 2012: 1555-6, embora quanto ao direito italiano. GUASP (1996: 356), em Espanha, também entendia que, *de iure constituendo*, devia ser um dever: “se uma prova é necessária para a apreciação dos factos trazidos para o processo, não há dúvida que o juiz deve ordená-la por sua própria iniciativa”, embora tivesse dúvidas quanto à sua eficácia.

dever de indagação oficiosa, e não “*um poder discricionário, tendente a realizar uma função meramente supletiva e residual do tribunal em sede de produção de provas*”¹⁵⁴.

2.2. Posição crítica

Sem um mínimo de actividade probatória pelas partes, não nos parece que haverá preenchimentos dos pressupostos implícitos do art. 411.º, muito menos das suas ramificações normativas (arts. 436.º, 452.º, 477.º, 490.º, 494.º, 501.º, 526.º). Como poderá o juiz tomar as diligências necessárias, se dos autos nada resulta para formar a convicção de se esclarecer sobre um certo aspecto da causa? Mais. Nesse caso hipotético, se as partes não *aportam* provas para demonstrar a veracidade dos factos anteriormente deduzidos, o juiz não poderá fazer essa substituição, pois a sua actuação está dependente do preenchimento de um critério lógico (e não normativo): ele só pode ter dúvidas sobre a existência de um facto, se se tentou demonstrar-lhe, causando dúvidas. E a dúvida não nasce do *vazio probatório*, mas sim da dialéctica de provas (ou por vezes do oferecimento unilateral por uma das partes)¹⁵⁵. Portanto, na verdade, o princípio da auto-responsabilidade das partes (que está indubitavelmente conexo ao *Verhandlungsmaxime*) mantém a sua vigência, a partir do momento em que as partes têm de ser minimamente responsáveis para aportar no processo elementos que permitam criar a convicção no juiz da existência de necessidade de se esclarecer sobre um facto. Quando existe a mera controvérsia entre os factos das partes, e elas não se disponibilizam a trazer provas, o juiz deverá convidá-las a produzir prova. Se não o fizerem, sofrerão a inobservância desses ónus, e o juiz não poderá mais do que sujeitar-se à regra de decisão do ónus da prova: que mais não é do que a regra da consequência da falta de prova¹⁵⁶.

2.3. Momento típico para o exercício dos poderes instrutórios de ofício?

Não existem dúvidas sobre a independência do exercício do poder-dever do art. 411.º em relação aos prazos previstos para as partes, no que respeita à proposição da prova.

¹⁵⁴Expressão recolhida do Ac. STJ de 11-1-2001 (Aragão Seia).

¹⁵⁵Daí que Paulo PIMENTA (2016: 342-3) diga, muito acertadamente, que “*o inquisitório deve orientar-se por um padrão mínimo de objectividade, condição para ser exigível que o juiz adopte certa conduta em matéria instrutória*”. Na nota 802, confirmando a plena vigência da auto-responsabilidade das partes (ainda que mitigada), “*jamais as partes podem encontrar naquele poder-dever um pretexto para negligenciarem a sua iniciativa probatória*”: o tribunal não estará lá para colmatar falhas das partes, pois o sentido da sua intervenção é outro.

¹⁵⁶E que afasta um dos medos do GUASP (1996: 357) quanto à natureza de poder-dever: “*defender a iniciativa judicial com carácter obrigatório, ou seja, estabelecer o dever para o juiz de averiguar a verdade constituiria uma tese num extremo radical e praticamente de resultados infrutíferos. Se o juiz tivesse de indagar a verdade, as partes desleixar-se-iam quanto ao estímulo que as move*”. O juiz só agirá com esse substrato dado pelas partes.

Apesar disto, tendo em conta que a audiência prévia tem também como fim a programação da audiência final, LEBRE DE FREITAS considera aquela como o momento processualmente mais idóneo à determinação das diligências instrutórias necessárias¹⁵⁷. Será também nesta sede que entendemos ser relevante a indicação pelo juiz às partes da potencial ou manifesta insuficiência probatória dos meios de prova apresentados no requerimento probatório (em virtude do art. 7.º)¹⁵⁸. Acreditamos que, percorrendo este trilho, muitas vezes se evitará situações em que se torna obrigatório por lei o uso de poderes instrutórios de ofício. É que o juiz poderá, na audiência prévia, estar numa situação difusa. Por um lado, perante a matéria de facto e matéria de direito (pedidos, excepções), o juiz considera os requerimentos probatórios potencialmente insuficientes face às pretensões das partes. Por outro, também não se preenchem pressupostos normativos para ele próprio ordenar produção de prova. A atitude do juiz deve, em nosso entender, alertar as partes para essas circunstâncias e convidá-las, de forma insinuante, cuidadosa, artilosa¹⁵⁹, a propor certos meios de prova (que repute como eventualmente necessários). Ainda que tal não se encontre no art. 591.º, relativo à audiência prévia, pode resultar do art. 6.º, n.º 1, pois pode ser uma forma de promover o andamento célere do processo. É que, apesar do art. 411.º estar “aprisionado” sistematicamente à instrução, pode entender-se aquelas actuações de alerta do juiz e convite às partes para apresentar certos meios de prova como “*diligências necessárias ao apuramento da verdade*”.

Veja-se também o art. 607.º, n.º 1, que permite ao juiz, após o encerramento da audiência de discussão, reabri-la caso não se considere suficientemente esclarecido, para que se produza as diligências necessárias. Aqui, o princípio do inquisitório vai actuar numa fase mais avançada do processo (antes da prolação da sentença) e «*vai fazer recuar o processo à fase da audiência final*».

Quanto ao momento lógico de exercício dos poderes instrutórios de ofício do juiz, existe uma corrente doutrinal que sufraga a tese de que são “«*tipicamente*» exercidos depois da consolidação das preclusões instrutórias que recaem sobre as partes, porque o

¹⁵⁷2013a:177, nota 23; O eminente processualista chega mesmo a afirmar, noutra passagem, que a ordenação oficiosa de provas é aconselhável na fase de condensação, “*sem prejuízo das diligências que só depois dela entenda serem necessárias*”, (2013a: 218).

¹⁵⁸E à semelhança do que acontece em Espanha, no art. 429.º, n.º 1, 3.º parágrafo, LEC, e em Inglaterra a *Rule 32.1 CPR*.

¹⁵⁹Para evitar conotações parciais, pois embora o juiz nunca perca a imparcialidade por diligenciar *ex officio* quanto ao objecto do processo (pois a concessão é *ex lege* e perante apertados e definidos pressupostos), deve manter uma postura irrepreensivelmente salomónica.

juiz espera normalmente conhecê-las, antes de decidir integrá-las com a própria iniciativa oficiosa”¹⁶⁰. Por esta tese, o poder instrutório oficioso cumpre uma função subsidiária em relação às deduções das partes¹⁶¹. No entanto, esta doutrina, acertadamente, confirma que o juiz não está vinculado às preclusões instrutórias que são estabelecidas em relação às partes¹⁶².

O Acórdão da *Corte Costituzionale*, de 14-03-2003¹⁶³, por outro lado, envereda por uma justificação implausível, afirmando que a produção de prova *ex officio iudicis* após a preclusão probatória das partes violaria o princípio da igualdade de armas das partes. Na argumentação do douto Tribunal, “o exercício do poder oficioso acabaria por ignorar, a favor de uma parte e em detrimento da outra, os efeitos da consolidação das preclusões”¹⁶⁴. Tal se propicia na égide do entendimento do processo como um jogo, em que sai vencedor aquele que for mais sagaz, ainda que não tenha o direito material do seu lado.

No nosso entendimento, as partes devem poder readquirir poderes instrutórios, depois de operadas as preclusões probatórias, quando houver produção de prova *ex officio iudicis*¹⁶⁵, em consequência da garantia do justo processo, e do direito das partes de poderem influenciar o conteúdo da decisão jurisdicional.

¹⁶⁰CHIARLONI, 2003: 1331.

¹⁶¹CHIARLONI, 2003: 1331.

¹⁶²Assim não entendeu, erradamente diga-se, a *Corte Costituzionale*, no Ac. de 14-03-2003, n.º 69, relatado por Vaccarella. Na redacção anterior da norma 184.º, no seu 3.º parágrafo, podia ler-se “*Nel caso in cui vengano disposti d'ufficio mezzi di prova, ciascuna parte può dedurre, entro un termine perentorio assegnato dal giudice, i mezzi di prova che si rendono necessari in relazione ai primi*”. Aquele entendimento faria deste artigo um nada jurídico. A norma dava a entender que se teria dado a preclusão instrutória das partes, daí o juiz ter de dar um prazo às partes para deduzir provas tidas como necessárias em relação à prova de iniciativa oficiosa do juiz. Neste sentido, CHIARLONI, 2003: 1331; PROTO PISANI, 1991: 157. A norma, hoje, não contempla aquela complexa formulação, apenas declarando anodidamente que o juiz instrutor procede à recolha de todas as provas admissíveis. Em Portugal, pode ver-se semelhante entendimento no Ac. STJ, de 26-7-1989 (Sousa Macedo): “*Não tendo a parte, sobre quem recaía o ónus da prova, requerido a produção de qualquer meio de prova sobre determinado facto, não pode a Relação, oficiosamente, ao abrigo do disposto no n.º 3 do art. 264.º do Código de Processo Civil, determinar que o tribunal realize ou ordene as diligências que considere necessárias ao apuramento da verdade por, a tanto, se operem os princípios da preclusão e dispositivo*”. MONTESANO, 1978: 205, augurava *de iure constituendo* que o legislador fixasse as mesmas preclusões para as partes e para o juiz. ABEL LLUCH (2005: 311) refere-se à preclusão probatória como um problema que afecta as partes, e não o juiz, fazendo ainda mais sentido em sede de diligências finais extraordinárias (art. 435, n.º 2 LEC), em que a actuação do juiz pressupõe que sobre as partes já tenha operado a preclusão instrutória.

¹⁶³N.º 69, relatado por Vaccarella v. nota anterior.

¹⁶⁴V. em CHIARLONI, 2003: 1332.

¹⁶⁵PROTO PISANI, 2000: 242, em Itália, assim se retira do actual art. 184.º CPC it.

3. Fundamentos

O princípio do inquisitório parte de um pressuposto. Esse pressuposto é o de que, no processo, concorrem interesses particulares entre si, mas também um interesse público ou social¹⁶⁶. Mas existem outras implicações fundamentantes. O direito de todos os sujeitos processuais à verdade, o direito à tutela jurisdicional efectiva, o dever do juiz realizar o direito em concreto a partir da verdade (porque só a partir dos reais acontecimentos históricos é que pode existir a subsunção à correcta norma que o legislador pré-disponibilizou), o interesse da aplicação correcta do direito objectivo¹⁶⁷, a reafirmação da validade das normas¹⁶⁸, bem como a potencial pacificação dos conflitos (o assentamento da decisão na verdade potencia mais a aceitação do que o inverso).

Mas o que temos vindo a dizer não é, por si só, suficiente para permitir a actuação *ex officio iudicis* probatória. Não. A verdade pode ser perfeitamente alcançada num processo puramente dispositivo, em que o juiz não possa ter iniciativa de prova e se tenha de contentar com os contributos instrutórios das partes. É certo, isto. Mas a atribuição de poderes instrutórios ao juiz está pensada também para os casos em que as partes são negligentes ou traiçoeiras, com intuito deceptivo em relação à justiça, em que enveredam por caminhos tortuosos da mentira e da omissão da verdade. “*Muito mais que as habilidades de uma parte e dos descuidos de outra, interessa o domínio da verdade e o triunfo da justiça*”¹⁶⁹. O fim do processo não é apenas estabelecer a paz jurídica entre os litigantes, é também procurar a verdade dos factos: só com essa verdade é que se concretiza aquele primeiro objectivo¹⁷⁰. O princípio do inquisitório não deve ser entendido como uma derrogação absoluta da técnica pela qual as partes é que devem aportar os factos e provas, necessárias a demonstrá-los, ao processo¹⁷¹. O juiz seguirá, “*prudentermente, um*

¹⁶⁶ROQUE CARRIÓN, 1970: 47; para CIPRIANI (2002: 1248), mais do que não são “*um motor artificial, representado pelo juiz e dos seus ritmos burocráticos*”; MONTELEONE (2009: 8) refere-se a um putativo ou pretenso interesse superior público prevalente aos das partes.

¹⁶⁷Também referindo este fim público, MEGRE, 1951: 293.

¹⁶⁸Parece-nos que esta justificação serve também a CARNELUTTI, mas para motivar a vigência e prevalência do princípio do dispositivo sobre o inquisitório, Prova Civile, p. 65, referindo que o sistema pressupõe a posição de equilíbrio entre os interesses privados em conflito, bem como o interesse público da realização justa da norma jurídica, “*e da fixação dos factos na sentença segundo a verdade*”: as duas partes em conjunto trarão um maior rendimento ao processo, através do incessante contraditório.

¹⁶⁹ROQUE CARRIÓN, 1970: 48.

¹⁷⁰Também assim, SILVA PEREIRA, 2013: 123; CALAMANDREI, 1950: 26, para o qual o fim último do Estado, que está insito nas leis processuais, “*é a observância do direito, o triunfo da verdade, e a vitória da razão*”.

¹⁷¹Até porque continuamos a reputar como certa a ideia de que a técnica de introdução de factos e provas no processo que melhor serve é o dispositivo: são as partes que devem trazer aqueles, por melhor conhecerem o

*pouco atrás dos oponentes, mas suficientemente perto para que possa afastar os escolhos do percurso*¹⁷². E aquele princípio também não pode ser compreendido como uma deriva para a pura arbitrariedade, que é evitada através do exigente dever de fundamentação da concreta medida, da recorribilidade da mesma, e do respeito pelo contraditório das partes (art. 3.º, n.º 3). Se elevamos a verdade e a justiça a valores jurídicos, não será mais possível “*legitimar a iminente probabilidade de mentira e falsidade que permite o processo civil dispositivo*”¹⁷³: é na verdade histórica (verdade material) “*que a lei põe a base fáctica do seu imperativo jurídico*”¹⁷⁴.

O Estado não terá interesse em intrometer-se nas relações particulares, somente procurará “*adequá-las à realização dos fins mais altos da justiça e da convivência sociais*”¹⁷⁵. Parte da fundamentação do princípio do inquisitório será, então, a seguinte: as partes não são solipsistas, existem num dado contexto, arreigadas em valores sociais e jurídicos circunstancialmente balizados, não podendo desligar-se do sentido radical fundamentante das suas existências individuais: *não existe o eu sem o outro*. As partes não podem fechar-se sobre si, construir uma verdade sobre factos falsos, e o juiz não pode ficar de consciência tranquila face a uma decisão injusta por si projectada para o exterior¹⁷⁶. Mesmo que a decisão seja justa em si, o juiz não pode também ser ele solipsista, devendo em todos os momentos fundamentais do processo ouvir previamente as partes (art. 3.º, n.º 3) para que estas possam tomar uma posição quanto a um dado problema que brote na lide.

conflito material. Quando se apresentam ao magistrado, este nada sabe sobre o conflito. É, portanto, uma razão de oportunidade e conveniência (ideia presente em CHIOVENDA). Não se pode é exagerar a *índole privada dos conflitos objecto do processo* (MEGRE, 1951: 293-4) e fazer com que se faça um salto lógico: só os factos e provas trazidos pelas partes valem no processo. “*Isto porque o indivíduo sendo alguma coisa em si é também alguma coisa nos outros e com os outros*”. MEGRE utiliza uma argumentação que, quanto a nós, parece válida, coerente e dentro da letra do sistema. O legislador embora tenha optado pelo sistema dispositivo (que desde 1939, em Portugal, está em contínua mitigação), fê-lo por pensar que seria a melhor forma de alcançar a verdade material. Quando efectivamente se alcança um ponto em que essa correspondência com a verdade histórica não existe, é o momento de afastar as bases estruturantes desse sistema e permitir afloramentos de inquisitório: por exemplo, os poderes instrutórios de ofício, v. MEGRE, 1951: 298. Esta é a melhor leitura do sistema dispositivo: quando ele não alcança a verdade material por si só, deve deixar espaço à actuação dos ditos *mecanismos inquisitoriais*.

¹⁷²Muito pertinente esta passagem de IGREJA MATOS, 2007: 103.

¹⁷³ROQUE CARRIÓN, 1970: 50.

¹⁷⁴MEGRE, 1951: 296; De forma similar, REMÉDIO MARQUES, 2016: 769, “*nenhuma decisão judicial pode ser justa se for baseada numa reconstrução errada*”.

¹⁷⁵MEGRE, 1951: 294.

¹⁷⁶Parece fugir um pouco a esta ideia CALAMANDREI (1950: 48) quando afirma que o juiz não tem de se censurar com a sentença injusta, no caso de recorrer ao então *juramento supletório*, e a parte jurar falsamente.

Ainda mais nas actuações instrutórias *ex officio* deverá existir essa preocupação elementar, “*viabilizando benesses em termos de eficiência e legitimidade*”¹⁷⁷.

PICÓ I JUNOY coloca como fundamentos da iniciativa probatória do juiz civil a “justiça”¹⁷⁸, a tutela jurisdicional efectiva¹⁷⁹, e o carácter social do Estado de direito espanhol¹⁸⁰. Recusar a iniciativa probatória oficiosa corresponderá a uma limitação à busca da justiça e à efectiva tutela jurisdicional. Tudo isto contribuirá para que se fale, na terminologia de SATTA, num *potere mezzo*, instrumental, afecto a um fim estabelecido pelo legislador¹⁸¹.

Haverá também uma finalidade implícita do sistema processual de evitar, tanto quanto possível, o recurso à regra de decisão do art. 342.º CC, (e o art. 414.º)¹⁸²? FABBRINI parece sugerir que a combinação de poderes de ofício do juiz e poderes das partes podem tender a evitar a mobilização do art. 2697.º do CC it.. Parece-nos, ainda que intuitivamente, que não foi essa uma das razões a presidir à elaboração do art. 411.º, mas que pode ter como consequência a menor necessidade de lançar mão das regras do ónus da prova (para evitar o *non liquet*, art. 8.º CC). Certo é que deve existir o máximo de actividade probatória possível, pois interessa provar a existência ou inexistência dos factos controvertidos e alcançar a verdade.

3.1. Descoberta da verdade – o que é a verdade?

“«*O que é a verdade?*»”¹⁸³, a pergunta colocada por Pilatos, a “*mais extraordinária de todas as perguntas colocadas a Jesus*”¹⁸⁴, fica sem resposta. Não será também nesta sede que conseguiremos desvelar o seu sentido.

Por muito tempo, a regra *res judicata pro veritate accipitur*¹⁸⁵ foi a única ligação do processo civil à ideia de verdade¹⁸⁶.

¹⁷⁷Alertando para a necessidade da prévia audição das partes e a abertura do juiz ao debate processual, Dierle NUNES, 2014: 205-206.

¹⁷⁸Valor que resulta expressamente do art. 1.º, n.º 1, da Constituição espanhola. PICÓ I JUNOY recorre aos ensinamentos de KELSEN para demonstrar que a “*Justiça se verifica na ordem social que permita a busca da verdade*”, com respeito pelas garantias e defesas constitucionais.

¹⁷⁹1996: 230. Também com assento constitucional em Espanha, no art. 24.º, n.º 2. Em Portugal, art. 20.º CRP.
¹⁸⁰1996: 261.

¹⁸¹Poder processual que é por excelência um *potere mezzo*, por ser instrumental do exercício da função jurisdicional. O juiz só poderá declarar o direito ao caso, se existirem condições para dirigir e desenvolver o processo, em termos procedimentais e substanciais, cfr. SATTA, 1996: 167-168.

¹⁸²ABEL LLUCH (2005: 123) relembra que a actividade probatória não tem como finalidade *deixar os factos controversos órfãos de prova nem obrigar o juiz a recorrer à regra do ónus da prova*, mas sim levar a uma maior satisfação dos direitos das partes e à efectiva da tutela judicial.

¹⁸³Evangelho segundo João (18:38), tradução de Frederico LOURENÇO, 2016: 400.

¹⁸⁴*Idem*.

A corrente dos *absolutistas*, os que não aceitam o *fraccionamento* da verdade, propugna por uma só verdade¹⁸⁷. “A verdade é só uma, e não admite quaisquer distinções e qualificações”¹⁸⁸. MONTELEONE afirma mesmo que está por demonstrar que o *sistema inquisitório*¹⁸⁹ seja mais eficaz na descoberta processual da verdade¹⁹⁰.

O mesmo autor tem o mérito, quanto a nós, de apontar o seguinte: a procura incessante da *verdade real*, nas palavras do autor, permitiria ao juiz usar a sua ciência privada quanto aos factos controversos¹⁹¹. Ou seja, há uma tensão entre o princípio essencial da proibição do uso daqueles conhecimentos do foro privado e a descoberta da verdade, e se elevássemos este último *valor* a princípio absoluto, significaria a perda da posição imparcial do julgador¹⁹².

O intuito do acerto da verdade nunca pode ser entendido como a pretensão de alcançar a verdade absoluta, mas a “*máxima aproximação à realidade dos factos materiais concretamente palpáveis, atingíveis, perceptíveis, em termos espaço-temporais e juridicamente limitados*”¹⁹³. Mas a verdade não é o único fim que concorre à norma do art. 411.º, tampouco aos desígnios do processo. A exigência da procura da verdade deve ser conciliada com o respeito pelos direitos fundamentais, a imparcialidade do juiz, a segurança jurídica, a economia e celeridade processual. No processo, procura-se também a realização de outros valores, porventura no limite inconciliáveis com aquela¹⁹⁴. O juiz não pode produzir prova oficiosamente, na sequência da apreciação e valoração de uma prova materialmente ilícita (pré-constituída) sobre um facto que não o tenha deixado totalmente esclarecido. Nem pode, através do art. 411.º, produzir prova (constituenda) correspondente a uma prova materialmente ilícita. Mas poderão ser lícitas provas constituídas adquiridas

¹⁸⁵ Aquilo que o juiz decide deve ser tido como verdade.

¹⁸⁶ Assim, LE MASSON, 1998: 22.

¹⁸⁷ Sobre isto, REMÉDIO MARQUES, 2016: 766 e ss.

¹⁸⁸ MONTELEONE, 2007b: 268; Idêntica formulação MUSACCIO, 1950: 216.

¹⁸⁹ Aqui pensamos que o autor se refere ao modelo instrutório inquisitório, e não a sistema como classificámos na primeira parte deste estudo.

¹⁹⁰ MONTELEONE, 2007b: 269.

¹⁹¹ *Idem*.

¹⁹² O autor acaba por afirmar que a posição de total imparcialidade do juiz, respeitando a tão falada proibição de aproveitamento de factos do conhecimento privado, será absolutamente necessária visto que só desta forma poderá valorar e apreciar objectivamente as duas versões contrapostas e delas retirar a verdade. Ou seja, o aproveitamento dos conhecimentos privados acabaria por cegar o juiz com as suas próprias convicções apaixonadas – porventura essa cegueira impedi-lo-ia de alcançar a real verdade – a verdade apaixonada, ainda que correspondente à verdade histórica, estaria inquinada com essa subjectivação. Parece-nos de MONTELEONE, 2007b: 269.

¹⁹³ Em termos muito semelhantes, FRANÇA GOUVEIA, 2007: 65.

¹⁹⁴ O valor da dignidade humana como entrave à utilização de provas ilícitas, REMÉDIO MARQUES, 2016: 770.

de uma forma independente de provas materialmente ilícitas, e que poderão conduzir à mesma convicção.

Não vale tudo para alcançar a verdade histórico-fáctica dos acontecimentos. A sociedade também não tem interesse que esta busca se prolongue para todo o sempre: *interest rei publicae ut sit finis litium*.

É de exigir a verdade absoluta a cada um dos litigantes?¹⁹⁵ Não. Tal como não é exigível ao juiz. A *verdade absoluta* é, por definição, inalcançável¹⁹⁶. E «*as verdades*» reputadas pelo autor e réu são inflacionadas pelas suas visões apaixonadas, pelo pouco rigor da sua condição de parte. O que se exige, ao invés, é que não adulterem a verdade, não tratem como verdadeiro o que sabem que é falso: se sabem que um facto é falso, não podem tratá-lo como verdadeiro.

TARUFFO identifica dois tipos de inimigos da verdade [no processo]: aqueles que negam que se possa averiguar a verdade e os que negam que a verdade tenha de ser indagada no processo¹⁹⁷. Os primeiros postulam que a verdade que se pode procurar dentro do processo é diferente daquela que se pode procurar fora dele – é a cisão *verdade formal/verdade material*. São estes os mesmos que atribuem ao direito processual civil a função de resolver somente o conflito privado. É o pressuposto teórico do *sistema adversarial*: “*a verdade nunca é absoluta e estabelece-se com base nas provas disponíveis*”¹⁹⁸. A verdade formal será aquela referente a uma “*verdade que não corresponde à realidade dos factos tal como eles são; a verdade formal é, pois, uma verdade fingida, ou seja, uma não-verdade*”¹⁹⁹. Portanto, há que procurar a correcta decisão de facto para uma futura realização material acertada do direito²⁰⁰. Se não se procurar a

¹⁹⁵“*Cada homem é uma pessoa, que é um mundo moral único e original, que perante a lei se comporta segundo o seu gosto e os seus interesses, de maneira imprevisível e muitas vezes surpreendentes*”, CALAMANDREI, 1950: 24.

¹⁹⁶É do domínio da religião, da metafísica, não do direito processual. “*A verdade processual, como não pode ser absoluta, é necessariamente provável*”, v. TARUFFO, 2013: 27.

¹⁹⁷TARUFFO, 2013: 32. MONTELEONE, 2007a: 866 afirma expressamente que a indagação da verdade é impossível e que a prova somente pode ter como função a aquisição de certeza subjectiva pelo juiz sobre aquilo que é verdade (porque provado) e aquilo que não é (porque não provado). FRANÇA GOUVEIA (2007: 61), longe de se considerar inimiga da verdade, afirma que existe uma ilusão em “*achar que os factos que estão no processo são os factos verdadeiros, os factos objectivos, a reprodução exacta daquilo que se passou*”. Contrapomos: a maior parte das vezes os factos processuais podem corresponder às ocorrências objectivas históricas, o que não invalida que muitas vezes não exista essa correspondência. Daí que se tenha de munir o poder judiciário com mecanismos para garantir essa correlatividade.

¹⁹⁸TARUFFO, 2013: 35.

¹⁹⁹GUASP, 1996: 338; LEBRE DE FREITAS, 2013b: 122, “*a verdade, como relação de adequação do intelecto à realidade, é só uma, diversos sendo apenas os meios de a alcançar.*”

²⁰⁰MONTALVÃO MACHADO, 2001: 15.

verdade, o labor do juiz assentará na mentira, falseando a tarefa judicativa, não alcançando os seus desígnios: a justa composição do conflito e boa aplicação do direito (que só poderá dar-se tendo como base a verdade)²⁰¹.

A verdade é do mundo das ideias: mas não é por ser de difícil alcance que se deve desistir dela. A prova não existiria, se não pressupusesse “*que é possível encontrar a verdade dos factos, ou seja, que é possível estabelecer uma correspondência entre o que as partes afirmam em juízo e o mundo real*”²⁰². Uma sentença que assente sobre matéria de facto falsa não estará conforme *a dignidade do juiz e do tribunal*²⁰³.

Mas votamo-nos à constatação de REMÉDIO MARQUES: “*o processo civil não é o mecanismo adequado para obter uma certeza absoluta em torno das alegações sobre os factos controvertidos*”²⁰⁴. Não obstante, podemos alcançar decisões no processo com graus de probabilidade de acerto tão elevados, que acabarão por corresponder à badalada *verdade absoluta*. Esta mais não é que uma verdade relativa do caso litigioso concreto: o absoluto é a ausência do relativo, e por isso não é humano. Possivelmente, deveria abandonar-se o conceito de verdade no processo – a verdade não é mais do que aquela pergunta inicial sem resposta.

3.2. Justa composição do litígio

KELSEN, num estudo dedicado à justiça, acaba por defini-la como “aquilo que (...) favorece a verdade e a sinceridade (...) a justiça da democracia, a justiça da tolerância.”²⁰⁵. Após asseverar que “*a justiça é uma característica possível mas não necessária da ordem social*”, acaba por concluir que “*a justiça absoluta configura uma perfeição suprema irracional*”²⁰⁶. TARUFFO estabelece umnexo lógico entre verdade e justiça: “*a averiguação da verdade dos factos é condição necessária para a justiça da decisão*”, pois “*nenhuma norma se aplica correctamente a factos falsos*”²⁰⁷. GUASP afasta a relatividade da Justiça: “*não há mais do que uma Justiça como não há mais que uma Verdade*”²⁰⁸.

²⁰¹MUSACCIO, 1950: 216.

²⁰²TEIXEIRA DE SOUSA, 2013b: 34.

²⁰³JAUERNIG, 2002: 147, referindo-se a uma célebre frase de SCHMIDT.

²⁰⁴2016: 817; Assim também ANDRÉ (1910: 182): “*se a certeza forma a base evidente da verdade, por outro lado ela não é por si só a verdade*”.

²⁰⁵KELSEN, 2008: 21.

²⁰⁶*Idem.*

²⁰⁷2013: 13.

²⁰⁸1996: 344

A deriva para um processo em que o juiz assista passivamente ao desenrolar dos acontecimentos entre as partes dá-se, sobretudo, quando se adjudica ao processo somente a *função de resolver os conflitos entre privados*, sem mais²⁰⁹. Não interessa, portanto, a qualidade material da decisão, a reafirmação contrafáctica das normas de direito substantivo violadas, a afirmação do direito objectivo. A racionalidade procedimental pode aderir a esta forma de estar no processo, sobretudo porque a decisão final será *justa* se se tiver observado um certo tipo de procedimento (observação do contraditório, da paridade de armas, da auto-responsabilidade das partes,...), independentemente do bom direito pronunciado ou do substrato fáctico que deu origem à decisão. Ou seja, um procedimento feito para legitimar a decisão final. Para esta visão, é impossível maximizar simultaneamente as finalidades de resolução dos conflitos privados e a descoberta da verdade²¹⁰. O que interessa é solucionar a controvérsia, ainda que através de uma decisão injusta²¹¹. Assim, a racionalidade procedimentalista assenta a justeza da decisão na observância de determinados trâmites: “*Justiça tem, dentro do sistema, um significado muito concreto e jurídico. A justiça é a conformidade com uma regra*”²¹². De acordo com esta posição, será justa a resolução do conflito quando seja conforme a regra que tenha de se aplicar ao caso concreto, “*quando seja conforme ao direito ou à equidade*”²¹³.

Não pode ser assim. “*No processo não pode vencer a parte mais hábil ou mais esperta, mas sim a que tem razão*”²¹⁴.

A resolução justa do conflito terá de ter o pressuposto do accertamento da verdade. São indissociáveis. A justeza material da decisão é sempre funcionalizada ao caso, e o exercício metodológico adequadamente compreendido parte das circunstâncias concretas do caso interpelante, e só posteriormente se convoca a norma abstracta pré-disponibilizada na ordem jurídica. Os poderes instrutórios do juiz só contribuirão para a justiça, se contribuírem para a verdade da matéria de facto. Portanto, consideramos a justa composição do litígio o desenvolvimento lógico da premissa *apuramento da verdade*.

²⁰⁹ Assim, TARUFFO, 2012: 281; e 2013: 15: às partes deixa-se a dedução de factos, provas, e no final o poder jurisdicional pronuncia-se, pois interessa apenas resolver aquilo e somente aquilo que foi trazido pelas partes.

²¹⁰ Sobre isto, v. TARUFFO, 2012: 283 e 286: referindo-se à visão individualista de FISS, em que são apenas válidas as pretensões, os interesses e os objectivos privados, acabando por se reflectir na iniciativa probatória do juiz.

²¹¹ TARUFFO, 2013: 15.

²¹² ROQUE CARRIÓN, 1970: 42, referindo-se à compreensão *carneluttiana* do dispositivo no sistema processual.

²¹³ ROQUE CARRIÓN, 1970: 42, ainda sobre a visão de Carnelutti.

²¹⁴ JAUERNIG, 2002: 141.

4. Limites

O juiz deve ordenar as diligências probatórias necessárias ao apuramento da verdade, mas com limitações impostas pelo ainda vigente princípio do dispositivo, no segmento “aos factos que lhe é lícito conhecer”. Assim, só em relação aos factos essenciais principais articulados pelas partes (art. 5.º) e controvertidos (art. 596.º). Sufragamos a construção de PICÓ I JUNOY²¹⁵, que estabelece como limites ideais à iniciativa probatória de ofício: (i) os factos controvertidos entre as partes; (ii) as fontes probatórias do processo; (iii) o respeito pelo direito de defesa das partes.

(i) A iniciativa probatória *ex officio iudicis* deve cingir-se aos factos discutidos e controversos entre as partes²¹⁶.

(ii) Do processo devem constar os elementos ou fontes de prova sobre os quais incidirá a actividade probatória judicativa. Só desta forma haverá um real e efectivo controlo da imparcialidade do juiz, porque ele se limita a investigar aquilo que resulta dos autos. Não se pode investigar factos novos, à margem dos resultados constantes dos autos – o que prefigurará um modo inquisitivo do processo, onde o juiz poderá usar o seu conhecimento privado, visto que não há o controlo objectivo daquilo que resulta dos autos²¹⁷.

(iii) Para uma plena realização do processo justo, os litigantes devem ter a oportunidade de se manifestar e contradizer sobre tudo o que possa influir na decisão da causa (art. 3.º, n.º 3).

Mas atente-se também que os particulares têm o direito subjectivo público de recusar a colaborar com a justiça e com a descoberta judicial da verdade, quando tal cooperação importe a violação da intimidade da vida privada e familiar, da dignidade humana ou do sigilo profissional ou causar grave dano à honra e consideração do recusante (art. 417.º, n.º 3). Só que “nem toda a ofensa aos direitos de personalidade contende com a dignidade humana”²¹⁸

²¹⁵PICÓ I JUNOY, 2008: 320-321.

²¹⁶Daí a impossibilidade de o juiz “criar ou ficcionar a alegação de excepções peremptórias que favoreçam os réus, tal como lhe está vedado criar novas causas de pedir para o autor, mesmo que no decurso do julgamento se apurem factos que tal permitissem”, Ac. TRL, de 3-12-2014 (Duro Mateus Cardoso).

²¹⁷PICÓ I JUNOY, 1996: 271. Isto vem confirmar um dos pressupostos da actuação judicial, para ABEL LLUCH (2005: 139) (ainda que relativo à faculdade de assinalar insuficiência probatória e de sugerir às partes a produção de prova, v. art. 429.º LEC), que é o de existir prévia actividade probatória das partes: o juiz não pode diligenciar sobre o vazio probatório.

²¹⁸PETERS, através de COSTA ANDRADE, 2013: 263.

Para uma adequada ponderação dos interesses em concreto, “há sobretudo que tomar na devida conta o peso muito variável da específica área atingida do ser e da vida privada, a particular qualidade e grau da ofensa e o valor do interesse jurídico que no exercício de um direito ou no cumprimento de um dever aparece como justificativo da ofensa” e “para a detecção dos interesses preponderantes a respeitar tem de fazer-se uma adequada ponderação caso por caso”²¹⁹. O dever de cooperação de terceiros na descoberta judicial da verdade justifica a ilicitude de ofensas à reserva de outrem²²⁰. Mas a iniciativa de prova pelo juiz que lese a reserva de um dos litigantes deve respeitar o princípio do uso do meio mais cuidadoso (*Prinzip des schonendsten Mittels*), reflectindo por isso a preocupação judicativa da ponderação dos interesses conflitantes²²¹, sob pena de se ter como desconforme ao direito.

5. Articulações do Inquisitório com o novo panorama judiciário português

A este propósito, é conveniente estabelecer algumas considerações sobre o inquisitório, enquadrado à luz da LOSJ, Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto. As modificações introduzidas, em parte densificadoras de uma autêntica *metamorfose* do anterior tribunal de comarca²²², estão ineliminavelmente correlacionadas com os poderes instrutórios de ofício judicativos. Justifiquemos.

Consabidamente, o desdobramento do *novo* tribunal de comarca em juízos de competência especializada, de competência genérica e de proximidade²²³, é descaracterizador do conceito intuitivo de comarca. Este factor aliado a uma distribuição de parcelas de jurisdição que desconsidera a máxima de ALBERTO DOS REIS, de que a circunscrição judicial deve ser *natural e social*²²⁴, têm perturbado uma pacífica vigência do

²¹⁹CAPELO DE SOUSA, 2011: 346.

²²⁰CAPELO DE SOUSA, 2011: 348.

²²¹CAPELO DE SOUSA, 2011: 349.

²²²Expressão muito conveniente, v. MESQUITA, 2014: 41-44, 67.

²²³O art. 81.º, alterado pela Lei n.º 40-A/2016, de 22/12, nada vem trazer de novo, a não ser mais uma alteração desnecessária, meramente terminológica, e que demonstra o autismo agrilhoante do legislador desde 2013, em que propugnava um desdobramento em instâncias locais e instâncias centrais. Agora, fala-se em juízos em vez de instâncias. A única vantagem é ter de se deixar de se referir às secções, se de competência genérica, se especializada, podendo o tipo de competência adjectivar de imediato o “juízo”. Juízo cível local ou juízo cível central, consoante se refira à ex-secção de competência genérica da instância local, que se podia desdobrar em matéria cível (v. ex-art. 81, n.º 3, LOSJ na redacção original da Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto, e que também deixou como «herdeira» simultaneamente o juízo de competência genérica), ou à secção cível da instância central.

²²⁴Recordada por MESQUITA, 2014: 38, de onde se retira que muitas acções vão ter de dar entrada em *juízos*, na designação do legislador, irrazoavelmente distantes do espaço que motiva a atribuição de competência, o mais das vezes ligado às circunstâncias das partes ou ao objecto do processo. A organização judiciária deve ser congruente com a realidade social. Deve ser representativa do *real verdadeiro*. Não deve ser construída

actual mapa judiciário. Há, seguramente, mais elementos preocupantes na LOSJ. Percorridos os critérios da hierarquia (artigos 67.º e a 69.º CPC, e 42.º LOSJ), território (artigos 70.º a 90.º CPC), matéria (artigos 65.º CPC, e 81.º, n.º 2, 83.º LOSJ), se nem algum juízo de competência especializada do tribunal de comarca ou algum tribunal de competência territorial alargada forem competentes para apreciar a acção concreta, restará indagar o critério do valor. Continuando este excursus lógico, se a acção tiver valor superior a 50.000 €, terá de ser dirigida ao juízo central cível do tribunal de comarca (artigo 117.º, n.º 1, al. a) LOSJ), mas se o valor for igual ou inferior a 50.000 €, a acção terá de dar entrada no juízo local cível ou no juízo de competência genérica do tribunal de comarca (artigo 130.º da LOSJ)²²⁵. Esta solução é, na generalidade, contestada na doutrina²²⁶. Ora, é neste preciso ponto nevrálgico que a LOSJ contende com o Princípio do Inquisitório, diminuindo a sua eficácia, perturbando o seu âmbito normal, votando-o a um estado moribundo. Vejamos. Uma acção de responsabilidade civil decorrente de um acidente de viação, que teve lugar na Pampilhosa da Serra, de valor superior a 50.000 €, terá forçosamente de dar entrada no juízo central cível do tribunal de comarca de Coimbra (artigo 117.º, n.º 1, al. a) LOSJ). Pela solução legal anterior, quando ainda existiam cerca 230 comarcas, a acção daria entrada no Tribunal da Comarca da Pampilhosa da Serra. Ora, este desapareceu. Com a mais recente divisão judicial em 23 comarcas (artigos 3.º e 117.º, n.º 3, do ROFTJ), transformou-se num juízo de proximidade (ver Mapa III anexo ao ROFTJ, por indicação do seu artigo 4.º, n.º 3). Vejamos, se a causa fosse de valor inferior a 50.000 €, teria de dar entrada no juízo de competência genérica da Lousã do Tribunal de Comarca de Coimbra, que tem competência territorial sobre os municípios de Lousã, Miranda do Corvo e da Pampilhosa da Serra. Por ter um valor superior àquele, terá de

num autismo tecnocrata de torre de marfim. Deve atender à densidade populacional, ao número de litígios, bem como à *facilidade das comunicações*, e ter uma correspondência efectiva à divisão administrativa.

²²⁵ Aqui haverá, por princípio, uma subtil incoerência lógica: se o juízo local cível é de competência especializada (art. 81.º, n.º 3, al. b) LOSJ), será depois competente pelo critério do valor na ausência de um específico tribunal especializado?

²²⁶ V. MESQUITA, 2014: 59-66. Nas palavras do nosso Professor de Coimbra, o legislador *passa um atestado de menoridade* aos juízes das instâncias locais (agora juízos locais), havendo como que um regresso histórico aos tribunais inferiores, plasmados nos artigos 68.º e 69.º do CPC de 1939, com a excepção de que nestes havia uma fundamentação para poderem apenas julgar causas até certos valores: os seus juízes não possuíam formação jurídica. Mas mais. Caso a acção prossiga para o juízo central (por exceder os 50.000€), o mais das vezes muito mais distante do lugar da historicidade fáctica do litígio do que os juízos locais, colocar-se-ão entraves práticos nas fases da audiência final e instrução, obrigando o juiz, no cumprimento de certas e necessárias diligências a transformar-se num juiz *caixeiro-viajante*, se nos é permitida a expressão, ou, ao invés, obriga as partes e testemunhas a percorrerem inconvenientes e evitáveis distâncias. A instrução, como mais adiante desvelaremos, sairá destróçada.

tramitar no juízo central cível, com sede em Coimbra, do Tribunal de Comarca de Coimbra. Com isto queremos significar que faz pouco sentido, ainda mais num processo civil em que se concede poderes de ofício instrutórios ao juiz, afastar o lugar do órgão que visa dirimir a conflitualidade e o lugar onde se funda o litígio. Como pode facilmente o juiz percorrer vários quilómetros para proceder a uma inspecção judicial? No caso que aqui afluímos, o juiz teria de percorrer mais de 90 Km, para inspecionar a concreta configuração de ruas, com a finalidade de reconstituir os factos e a realidade histórica do sinistro. O mesmo pode ser replicado para um acidente de viação na Lousã, ou na Figueira da Foz (conferir o Mapa III anexo ao ROFTJ), sendo mais difícil para o magistrado do juízo central Tribunal de Comarca de Coimbra aceder a factos que os dos juízos locais²²⁷. Porém, este é apenas *uma das faces de Jano*: não é só o juiz que se afasta da reconstituição histórico-fáctica dos acontecimentos, as partes também se afastam da administração da Justiça. Este binómio de acontecimentos marcescentes contribui para uma maior dificuldade de efectivar as declarações de partes (artigo 466.º), a deslocação de testemunhas à *domus iustitiae*²²⁸, bem como posteriormente a acareação entre testemunhas com depoimentos totalmente contrários (artigo 523.º). Pois bem, tudo se resumirá ao seguinte: *qualquer inquirição, a pedido das partes ou oficiosa* (veja-se especialmente o artigo 501.º, ou ainda o artigo 526.º), *terá de ser confrontada com o grave inconveniente das deslocações e distâncias irrazoáveis, podendo contribuir para uma negligente actuação oficiosa judicativa, lesando o fim da justa composição do litígio.*

A Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto, não é consonante com as propostas da reforma do CPC de 2013, que manteve os extensos poderes do juiz em sede de instrução e consagrou o importante cânone do art. 6.º. Assim, parece que o legislador *quis oferecer algo com uma mão e tirar de seguida com a outra*: é que a proximidade judiciária é o maior garante da eficiência da administração da justiça, da coesão social e do apuramento

²²⁷Poderíamos aqui incluir uma noção intuitiva de *factos notórios locais*, v. LEBRE DE FREITAS, 2013b: 170. Embora a noção de facto notório que transitou para o Código não seja compatível com a circunscrição regional, a verdade é que existem factos de conhecimento generalizado em vilas, pequenas cidades, que não são do conhecimento dos cidadãos medianamente informados, diligentes, de todo o País. E esses factos seriam mais judicialmente perceptíveis ou apreensíveis. Na verdade, a lógica do *centralismo* inerente ao novo mapa judiciário poderá em concreto liquidar a justeza material da decisão, bem como obnubilar realidades em consequência da distância entre o lugar do foro e o lugar do objecto do processo. Mais. É impeditiva de um eficiente uso de poderes instrutórios de ofício.

²²⁸Embora a inquirição possa ser por teleconferência, ao abrigo do lato artigo 6.º, deixa de haver a imediação e a percepção *in loco* do juiz, MESQUITA, 2014: 55, 62, 65. Pronunciando-se sobre a dificuldade na efectiva implementação da inspecção judicial em virtude da significativa distância a percorrer, PURIFICAÇÃO CARVALHO, 2015: 40-41.

da verdade (pressuposto da decisão justa). E mal esteve o legislador em 2016²²⁹, ao ratificar aquela manifesta incongruência, cingindo-se sobretudo ao autismo de mudanças terminológicas, sem procurar alterar a substância errada veiculada desde 2013.

6. A omissão do cumprimento do dever

6.1. Qual o meio processual para reagir?

Perante a omissão da realização de uma diligência judicial devida, a parte deve reclamar perante o próprio juiz que foi *omissivo*. Mal se verifiquem os pressupostos normativos das diligências probatórias de ofício, estas devem ser exercidas. Ao não exercer essa diligência devida, o tribunal *a quo* viola o exercício de um *autónomo poder-dever de indagação oficiosa*, o que acarreta uma *nulidade por omissão*, nos termos do art. 195.º, n.º 1.

O tribunal irá apreciar a reclamação e a bondade da arguição da nulidade (art. 200.º, n.º 3). A partir daí, o tribunal profere uma decisão interlocutória. Ou determina a realização ou profere um despacho de indeferimento. A parte interessada pode recorrer através de recurso de apelação, com subida imediata, autónomo²³⁰ e com efeito meramente devolutivo, art. 644.º, n.º 2, al. *d*) e art. 647.º, n.º 1)²³¹, no prazo de 15 dias a partir da notificação da decisão, nos termos do art. 638.º, n.º 1. A importância da prova para a fixação e decisão da matéria de facto explica que um despacho de não admissão de um meio de prova seja imediatamente recorrível.

Se se perder o direito à impugnação, por meio da reclamação, extinguir-se-á o direito à impugnação por via do recurso ordinário. Há que reclamar e, se o juiz indeferir, depois recorrer desta decisão. As exceções serão as nulidades cujo prazo comece a correr depois do recurso para o tribunal *ad quem* e as nulidades de conhecimento oficioso (que seja possível conhecer em qualquer estado do processo, e enquanto não forem sanadas), podendo ser alegadas no recurso sem que anteriormente o tenham sido (art. 199.º, n.º 3)²³².

²²⁹Referimo-nos à Lei n.º 40-A/2016, de 22 de Dezembro.

²³⁰Que tem uma vantagem em relação ao recurso em conjunto com o recurso final. Neste último caso, o tribunal *ad quem*, considerando que uma certa diligência poderia e deveria ter sido ordenada, procedia à cassação da decisão, e devolvia ao tribunal *a quo* para praticar a diligência devida e construir uma nova decisão. Para PICÓ I JUNOY (1996: 142), ainda que se praticasse a diligência devida, o tribunal poderia estar inclinado inconscientemente a manter o mesmo resultado (ainda por cima por não ter ordenado uma prova que não considerou necessária).

²³¹Ver Ac. TRP, de 4-3-2013 (Ana Paula Amorim).

²³²Ver também Ac. TRL, 9-12-2010 (Henrique Antunes): 127.

6.2. Sindicabilidade pelo tribunal *ad quem*

Quanto a um recurso de apelação referente ao art. 644.º, n.º 2, al. *d*), o Tribunal da Relação vai substituir-se por inteiro ao tribunal *a quo*, e colocar-se na posição em que este último esteve. Vai determinar se os meios de provas indeferidos eram necessários ao apuramento da verdade, nos termos do art. 411.^{o233}. Feito esse juízo, se entender que eram convenientes e úteis, determina a realização do meio de prova negado, anulando a respectiva decisão interlocutória proferida na 1.^a instância e actos subsequentes. Esta anulação não vai contaminar a restante prova realizada, se aquele meio probatório tiver por si só autonomia. Não prejudicará, em princípio, a prova já produzida. Mas a jusante, tanto o tribunal *a quo* e *ad quem* poderão esclarecer-se com renovação de prova, se assim acharem necessário. Se o juízo decisório da 1.^a instância não violar os pressupostos do art. 411.º, então o recurso julgar-se-á improcedente, confirmando-se a decisão recorrida.

Já no que respeita a um recurso final, importa referir que, hoje, os tribunais de 2.^a instância têm acesso a todos os elementos fundamentantes da decisão do tribunal de 1.^a instância, bem como aos concretos pontos da matéria de facto impugnados através do recurso ordinário de apelação, em virtude da gravação audiovisual (art. 155.º, n.º 1). O art. 662.º assume uma aura apoteótica neste capítulo: a Relação pode decidir, sem estar vinculada ao percurso lógico-decisório do tribunal inferior, devendo formar a sua própria convicção sobre os elementos constantes nos autos, estando perfeitamente dotada de “*autonomia decisória*”²³⁴. A Relação pode vir a anular a decisão de facto proferida em 1.^a Instância, ordenar a renovação da produção da prova ou a produção de novos meios de prova. Quanto a estas considerações, remetemos para o ponto 6.3.

6.2.1. *Os tribunais a quo e ad quem estão vinculados ao sentido de um despacho de indeferimento de meio de prova não recorrido, querendo significar que não podem exercer os seus poderes instrutórios de ofício (operando assim um caso julgado formal dentro do processo)?*

A resposta intuitiva é afirmativa, e extensa jurisprudência tem vindo a apontar nesse sentido. Se a parte reclama de uma omissão instrutória, perante o juiz *a quo*, e este indefere e a parte não recorre do despacho, tanto a lei, como a jurisprudência e doutrina são consonantes: opera-se caso julgado formal dentro do processo, ou seja, *uma força*

²³³Sem prejuízo da nulidade do despacho de indeferimento de um meio de prova por não especificar os fundamentos de facto e de direito em que assenta a decisão.

²³⁴REMÉDIO MARQUES, 2016: 794; Ac. STJ, 24-9-2013 (Azevedo Ramos).

vinculante dentro do mesmo processo (arts. 620.º e 628.º). Se não se recorrer do despacho de indeferimento de uma diligência probatória dentro do prazo concedido pela lei, gera-se uma situação de preclusão. Estaremos perante uma “*inadmissibilidade da prática de um acto processual pela parte depois do prazo peremptório fixado, pela lei ou pelo juiz, para a sua realização*”²³⁵. Se a parte não observa o ónus processual de reagir tempestivamente contra aquela decisão do juiz, gera-se uma situação de imutabilidade, de estabilidade. A preclusão é, assim, a consequência da não observância de um ónus processual.

O Ac. do STJ, de 20-3-2014 (Maria dos Prazeres Beleza), versa sobre um caso em que houve despacho de indeferimento pelo tribunal de 1.ª instância de um pedido do réu para inquirir duas pessoas, não incluídas no rol de testemunhas, cujos nomes foram referidos na audiência de julgamento, e reputadas como portadoras de conhecimentos de facto de extrema importância para a descoberta da verdade. O magistrado indeferiu a inquirição de uma das pessoas, por entender que nada resultava dos autos que tivesse conhecimento directo sobre a causa. Indeferiu a inquirição da outra, por não saber se a pessoa referida na audiência era a mesma que agora se pedia para inquirir. Disse mais, ainda: indeferia a inquirição porque o réu tinha conhecimento da existência daquelas pessoas e não as arrolou oportunamente.

Algumas notas fulcrais: entendendo que aquela pessoa não contribuía para o apuramento da verdade, o juiz não devia convocá-la (até porque poderia cair na *armadilha* do art. 130.º e estar a praticar um acto inútil). Motivou a sua decisão e naturalmente seria susceptível de impugnação. Quanto à segunda pessoa, o argumento do juiz da 1.ª instância não nos convence, pois podia pedir ao requerente que ajudasse a compreender se se tratavam da mesma e única pessoa, ou fá-lo-ia *ex officio*. O terceiro argumento trata da querela entre o *princípio da disponibilidade da prova mediado com a preclusão* (o réu já não teria oportunidade de convocar como testemunhas aquelas pessoas, porque tinha precluído essa possibilidade 20 dias antes da data da audiência final, que é o prazo máximo até ao qual se pode alterar o rol de testemunhas) e o *princípio dos poderes instrutórios de ofício do juiz* (o magistrado tomará diligências só quando tal actuação seja necessária ao apuramento da verdade). O juiz não foi prudente, esgotando o seu argumento na inexistência do direito subjectivo à prova da parte e numa *poena praeclusi* da não observância do encargo da parte em incluir aquelas pessoas no rol de testemunhas. Uma

²³⁵ TEIXEIRA DE SOUSA, 2016: 1.

coisa é precluir a possibilidade do litigante incluir aquelas pessoas no rol de testemunhas; outra distinta é sugerir ao tribunal que existem pessoas que têm conhecimentos de factos e que deveriam ser inquiridas ao abrigo do art. 526.º: essa possibilidade não preclude. Então, é nesse momento que se deve dar a análise fria e objectiva do julgador, não afastando de rompante a sugestão da parte (que poderia ter arrolado aquelas pessoas como testemunhas). Se o juiz cria a convicção que os depoimentos daquelas podem contribuir para o apuramento da verdade, deve convocá-las, sem mais considerações: é a finalidade última do legislador, não obstante negligências grosseiras das partes, nem a preclusão no aditamento de pessoas ao rol de testemunhas²³⁶.

Certo é que a parte requerente não recorreu do despacho de indeferimento no prazo fixado pela lei, criando uma situação de caso julgado formal, precludindo a possibilidade de requerer novamente a mesma diligência processual, nos mesmos termos, e impedindo-a de reagir contra a mesma situação. Não obstante, a parte reagiu contra esse despacho de indeferimento no recurso da decisão final (erro crasso, perante a nossa lei processual). O tribunal *ad quem* lembrou o caso julgado formal e pronunciou-se no sentido de que não podia contrariar aquela decisão de não inquirir as duas testemunhas, com base no art. 625.º, n.º 2, (*havendo duas decisões contraditórias que versem sobre a mesma questão concreta da relação processual, cumpre-se a que passou em julgado em primeiro lugar*) por mais mérito que tivesse a pretensão do requerente. O réu recorreu ainda para o STJ, que confirmou a decisão do tribunal de 2.ª instância, repetindo que seria inútil qualquer decisão em contrário daquela do despacho de indeferimento que não foi recorrido autonomamente, nos termos da lei processual. É este o melhor entendimento, ou o entendimento possível tendo em conta a lei processual? É o que procuraremos debater.

É certo que precluiu a possibilidade da parte recorrer novamente do despacho de indeferimento da inquirição das duas pessoas. Essa preclusão opera-se através do caso julgado formal²³⁷ do art. 620.º, n.º 1, e do art. 625.º, n.º 2.

²³⁶É este o entendimento que se colhe do Ac. TRP, de 2-5-2013 (José Araújo Barros): “a inquirição por iniciativa do tribunal prevista no n.º 1 do art. 645.º [leia-se art. 526.º] é um poder-dever que se impõe ao juiz sempre que, com base em elementos objectivos colhidos nos autos (nomeadamente outras provas), haja razões para presumir que determinada pessoa tem conhecimentos de factos importantes para a boa decisão da causa”, afirmando ainda “o que interessa é que se verifique o referido circunstancialismo, sendo indiferente que tal tenha decidido face a requerimento de uma das partes e que esta tenha ou não requerido atempadamente produção de prova”.

²³⁷Curiosa a frase de TEIXEIRA DE SOUSA (2016), “Pode falar-se de «preclusão e caso julgado», mas não de «caso julgado e preclusão»”, isto é o caso julgado mais que não é que a preclusão a efectivar-se, mas a preclusão opera independentemente do caso julgado; É uma preclusão consumativa. Mas veja-se, “admitir a

A preclusão numa acepção puramente lexical é o efeito de precluir e, num senso mais especificamente jurídico, “a impossibilidade de cumprir um determinado acto, em consequência de um prévio comportamento passivo da parte”²³⁸. Por isso, deve ser tida como um mecanismo necessário para garantir a celeridade processual e a duração razoável do processo. Estes não são valores vazios, tendo mesmo dignidade constitucional (art. 20.º, n.º 5 CRP), legitimando o legislador a adoptar mecanismos que sejam idóneos a repelir as partes de protelarem indevidamente o processo²³⁹. O processo não pode ter uma duração qualquer, deve prolongar-se no tempo de forma razoável e adequada. A preclusão é, portanto, simultaneamente um pressuposto e uma garantia do *processo justo*²⁴⁰. A preclusão não incide sobre os direitos materiais nem sobre as acções, somente produz efeitos sobre o desenvolvimento do processo.

Por exemplo, a preclusão temporal, aflorada no art. 139.º, n.º 3, consiste na impossibilidade de exercício de uma faculdade processual após o decurso de um prazo, fixado por lei ou pelo juiz, para a realização daquela²⁴¹. Naturalmente, existem outras modalidades de preclusão²⁴², mas a consequência, o ponto de chegada, será sempre a impossibilidade de concretizar o acto, para o qual o processo *cerrou para sempre a porta*. E não pode haver processo sem preclusão. O processo tem uma vocação preclusiva, pois, se não a tiver, perderá estabilidade e ordenação²⁴³, determinante para que um conjunto sucessivo de actos processuais culmine na declaração jurisdicional do direito ao caso.

preclusão do poder jurisdicional decisório, porque já praticado o ato, não significa afirmar que, em qualquer hipótese, seja ao juiz vedado rever o decidido. O que o princípio da unicidade proíbe é a duplicação da atividade processual sem propósito”, v. PASSO CABRAL, 2010: 256.

²³⁸ CIACCIA CAVALLARI, 1999: 890. Ou “a perda, a extinção ou consumação de uma faculdade processual”, CHIOVENDA, 1993b: 232-233. Ou princípio da eventualidade, PESSOA VAZ (1946: 173), pelo qual a inobservância de certos ciclos processuais para carrear certos elementos para o processo determina a impossibilidade de fazê-lo posteriormente, *enquanto isso se justifique para os fins duma decisão justa*. FERREIRA DE ALMEIDA, 215: 143, distingue preclusão e eventualidade. Manuel de ANDRADE (1976: 380) não destrinça. Também impressivamente, há como que um *esgotamento* ou *empobrecimento* de um poder, de natureza fisiológica se já foi anteriormente exercido, ou uma sanção, se o poder não foi efectivado tempestivamente, não existindo possibilidade de praticá-lo, BIAVATI, 1996: 482-483.

²³⁹ Assim, Ac. TC, n.º 259/2000, de 7-11-2000.

²⁴⁰ O sistema das preclusões corresponde a uma exigência constitucional em Itália (art. 111.º, 2.º parágrafo, da Constituição italiana), tendo vindo a ser entendido como *um modo de ser do processo, que transcende as partes e cumpre o superior interesse da justiça*, v. BARTOLINI, 2015: 12.

²⁴¹ Prazo peremptório, findo o qual, se a parte não observar o ónus de praticar um acto, impede-se a sua posterior prática, LEBRE DE FREITAS, 2013b: 182.

²⁴² Por exemplo, a conformação, tácita ou expressa, com a decisão jurisdicional preclui a interposição de recurso, TEIXEIRA DE SOUSA (2016).

²⁴³ TEIXEIRA DE SOUSA (2016: 2) alerta estas funções, classificando-as de *primordiais*. Poderá entrever-se uma outra finalidade, a de *coagir* as partes a impulsionar o processo e agir. CAVALLONE, 2014: 1036 refere-se também à contraposição entre o interesse da realização da verdade e os interesses da celeridade e da boa fé processual, insinuando, portanto, que uma das razões fundantes da preclusão é a boa fé processual

Se uma das partes não reage tempestivamente à omissão de iniciativa oficiosa do juiz no domínio probatório, poderá fazê-lo num ciclo processual posterior? A preclusão terá um domínio irrestrito ou será temperada por outras valorações?

Questão diversa é saber até que ponto o magistrado *a quo* e o tribunal *ad quem* estão impedidos de inquirir aquelas duas testemunhas, no caso *sub judice* em tratamento.

6.2.2. A preclusão para o juiz? A posição de PASSO CABRAL

PASSO CABRAL defende a preclusão de qualquer posição jurídica processual, inclusivamente a do juiz²⁴⁴. Naturalmente. Temos o princípio da extinção do poder jurisdicional (a maior das preclusões judicativas²⁴⁵), presente no art. 613.º, e que se aplica, com as devidas adaptações, aos despachos, por via do seu n.º 3. Ou seja, “o juiz não pode, por sua iniciativa, alterar a decisão que proferiu, ainda que logo a seguir se arrependa, por adquirir a convicção que errou”²⁴⁶. Desta feita, *ao juiz cerra-se uma porta*. O juiz, como sujeito desinteressado (no sentido de imparcial) da relação controvertida, não tem ónus, pois não procurará praticar actos para obter certas vantagens. Ele, ao invés, pratica actos porque enquanto órgão jurisdicional lhe é adjudicado o poder de declarar o direito ao caso, e este poder colocá-lo-á naturalmente noutra posição que não a das partes: ele é supra-partes.

Ainda assim, PASSO CABRAL defende a *preclusão ao juiz*, não pela omissão de um acto devido (que gera *de per se* nulidade), mas sim na impossibilidade de praticar um acto comissivo (não omissivo) posterior incompatível com a expectativa criada pela omissão – “*gera-se um padrão de conduta tão estável que a prática futura da conduta se torna vedada*”²⁴⁷.

O processualista defende uma preclusão mais flexível, em que não se fixe um preciso momento tempo (a prática de um acto processual, findo o qual se fecha a porta à avaliação das mesmas circunstâncias processuais que foram ou que podiam ser apreciadas naquele acto), mas se determine, ao invés, “*um espaço processual após o qual não mais se*

(evitar que as partes tomem atitudes nocivas e indevidas, de protelamento do processo, e de deduzirem factos tardiamente, com efeito surpresa sobre o adversário e o juiz, configuradores de uma prática indesejada).

²⁴⁴Assim, “há decisões que se tornam preclusas pela simples perda do momento processual para proferi-las”, 2010: 264.

²⁴⁵PEREIRA RODRIGUES (2013: 184) chama-lhe o princípio da “preclusão do poder jurisdicional”. O poder-dever do juiz declarar o direito ao caso tem de se esgotar, sob pena de se manter *ad aeternum*, o que violaria as mais elementares exigências da segurança jurídica.

²⁴⁶Ac. de TRC, de 1-7-2014 (Carvalho Martins), “*Proferido despacho a admitir a produção de prova nos termos preditos, não pode por isso o juiz ulteriormente sobrestar em tal despacho, denegando a perícia, com fundamento, declarado ex novo, na falta de pertinência da diligência*”.

²⁴⁷PASSO CABRAL, 2010: 327.

poderia praticar a conduta”. Assim, “os vícios da instrução probatória não mais poderiam ser pronunciados pelo juízo posteriormente à sentença”²⁴⁸.

“A inércia do Estado, pois, sinaliza mais claramente para a criação de expectativa, pois geralmente não se opera como fruto de uma opção legítima de não actuar (direito ou faculdade)”²⁴⁹. Se sobre o juiz recaem poderes-deveres, e se ele não os exerceu, tal cria na convicção psicológica da parte que não haveria nada para exercer. A preclusão vai operar no sentido de defender a protecção da confiança legítima.

A inacção, para PASSO CABRAL, deve ser entendida como “*sinalização comunicativa de uma avaliação programa de conduta omissiva*”. No entanto, entendemos que o silêncio pode ser vontade de silêncio ou pode significar a inexistência de vontade alguma, nem mesmo de uma remissão ao silêncio. O mesmo acontece com a inacção, que pode significar vontade de não agir, ou pode significar uma omissão sem esse sentido pressuponte. A vedação ao juiz de condutas incompatíveis justifica-se “*no princípio da protecção da confiança, que atua pela estabilização das relações jurídicas, inclusive da relação jurídica processual. A protecção da confiança oferece segurança jurídica na tutela das expectativas dos sujeitos não estatais, forte na preservação das situações constantes e estáveis contra modificações jurídicas posteriores*”²⁵⁰. PASSO CABRAL defende um aumento de preclusões para o juiz e a flexibilização das preclusões temporais das partes, harmonizando e equilibrando os poderes dos diversos sujeitos processuais²⁵¹ - assim, conclui, “*quando a prática de atos for incompatível com as condutas pretéritas, violando a expectativa criada para outros sujeitos, deve ser considerada inadmissível ou invalidada*”²⁵².

O art. 607.º, n.º 1, que concede o poder (*e que é uma ramificação dos arts. 6.º e art. 411.º*) de, após o encerramento da audiência de julgamento, o juiz reabri-la, caso não se considere suficientemente esclarecido, “*ouvindo as pessoas que entender e ordenando as demais diligências necessárias*”, para PASSO CABRAL, se não erramos o seu percurso lógico, seria uma violação das expectativas criadas para os outros sujeitos processuais. Praticaria o magistrado um acto, ou até vários, contraditório com a sua omissão pretérita

²⁴⁸PASSO CABRAL, 2010: 267.

²⁴⁹PASSO CABRAL, 2010: 331.

²⁵⁰PASSO CABRAL, 2010: 336-7. E ao qual DIDIER JR. deixa a porta entreaberta, fundando no princípio da cooperação esta preclusão a actos jurisdicionais contraditórios com uma omissão prévia do próprio julgador (2014: 213), evitando “*venire contra factum proprium*” do magistrado.

²⁵¹PASSO CABRAL, 2010: 342.

²⁵²PASSO CABRAL, 2010: 343.

(se pratica o mesmo acto que antes indeferiu através de despacho). Não nos parece ser esse o melhor entendimento, bem como normativamente é impossível retirar preclusões lógicas em relação ao juiz, a não ser nos casos excepcionalmente implicados pela lei. O grande momento preclusivo para o juiz, mantemos, é o princípio da extinção do poder jurisdicional, que impede o juiz de reapreciar a sua própria decisão, ainda que imediatamente após a sua pronúncia.

Pior contradição, quanto a nós, é o juiz não promover diligências instrutórias *ex officio*, quando os pressupostos legais se verificam (violando aí as legítimas expectativas de um ou dos vários litigantes em júízo). E existirá ainda mais contradição lógica, e até um implícito *venire contra factum proprium*, quando o juiz, não convencido nem na veracidade nem na falsidade de um facto, faz aplicar a regra de decisão do art. 342.º CC, sem antes esgotar as diligências, que a lei lhe permita e imponha lançar mão. A omissão de fazer uso de uma diligência probatória *ex officio* imposta por lei estará em contradição intelectual com uma decisão de aplicação da regra do ónus da prova, quando dos autos ressaltam as dúvidas do magistrado quanto à existência do facto - e o recurso ao art. 342.º CC é feito para evitar uma decisão *non liquet*. Não é pela ausência de manifestação ou reclamação tempestiva da parte que se faz precluir ao tribunal *ad quem* a pronúncia sobre a violação do dever do tribunal *a quo* (de não ter promovido diligências instrutórias, quando o deveria ter feito). A leitura de PASSO CABRAL, de que a não actuação *ex officio* do magistrado (quando lhe era exigido por lei agir) cria expectativas nos sujeitos processuais da não existência de um poder-dever naquela concreta circunstância (em que podia e devia ter agido)²⁵³, pode também ser invertida: feriu-se a legítima expectativa de um ou vários sujeitos processuais relativamente a uma acção devida pelo tribunal²⁵⁴.

Existirá *preclusão instrutória* quanto ao próprio julgador *a quo*, relativamente a diligências probatórias que indeferiu às partes, baseando-se na desnecessidade daquelas, e sem que tenha havido recurso desse despacho?

²⁵³As omissões dos sujeitos públicos devem ser, em regra, compreendidas como a caracterização de hipóteses de não actuação, na visão de PASSO CABRAL, 2010: 331. O exemplo dado pelo processualista é a do despacho saneador que, não corrigindo as eventuais invalidades até ali existentes, vai originar um direito dos demais sujeitos não serem confrontados com “a pronúncia de nulidade no futuro”, v. *Idem*.

²⁵⁴Isto é, estariam confiantes que existiria um poder-dever e a sua confiança foi abalada pelo não exercício. Quanto a nós, pensamos que não deve haver protecção da confiança nestes casos: o poder-dever do art. 411.º é estabelecido com pressupostos muito fixos e a actuação do tribunal é em primeira linha – nada mais criador de confiança que isto.

Quanto a este problema, podemos sem mais lançar mão do art. 613.º, n.º 3. O princípio do esgotamento do poder jurisdicional aplica-se também às decisões interlocutórias: não poderá o juiz alterar a sua própria decisão, predominando a imutabilidade. Esta solução, como já pudemos entender, obtém acolhimento na tese de PASSO CABRAL, para quem o juiz deve sofrer efeitos preclusivos quanto às suas acções e omissões. E se, encerrada a audiência de julgamento, o juiz se encontra na situação prevista pelo n.º 1 do art. 607.º? E se o juiz, após a escaldante audiência de julgamento, se recolhe na frieza calma decisória e se apercebe que não está suficientemente esclarecido quanto a um facto? E se se apercebe que se torna necessário realizar uma diligência que anteriormente indeferiu através de despacho, e que o requerente não recorreu autonomamente (art. 644.º, n.º 2, al. *d*)? No Ac. STJ, de 20-3-2014 (Maria dos Prazeres Beleza), cimenta-se a posição no sentido de que se forma caso julgado formal – não podendo a questão desviar-se do sentido que adquiriu dentro do processo – a força vinculante dentro do processo (art. 620.º, n.º 1). É a leitura pela qual não será permitido nem ao tribunal *a quo* nem ao tribunal *ad quem*, nem a qualquer instância de recurso contrariar aquela posição. Não pensamos assim.

O caso julgado formal, quanto a nós, prevalecerá neste sentido: nenhum tribunal do mesmo processo, *a quo* ou *ad quem*, poderá, no caso que consideramos, praticar a diligência instrutória concretamente indeferida naquele despacho (e não recorrida autonomamente pela parte requerente) se prevalecer o sentido fundamentante daquela decisão (desnecessidade do meio da prova, por exemplo). Se, entretanto, o tribunal, *a quo* ou *ad quem*, entender que a prova se tornou necessária ao esclarecimento da verdade de um facto (ou factos) pode, respectivamente, fazer uso do art. 607.º, n.º 1, ou do art. 662.º, n.º 1, al. *b*).

Pensamos que é a solução mais consentânea com o espírito do sistema. E não será assim tão inédita: havendo despacho de indeferimento da admissão de uma testemunha incluída no rol por este ter sido oferecido extemporaneamente, não obsta a que posteriormente o tribunal venha chamar essa pessoa, anteriormente indicada como testemunha, ao abrigo do art. 526.^{o255}.

²⁵⁵Veja-se o Ac. TRP de 26-4-2001 (Teles de Menezes), em que se admite que, de alguma forma, se retira “*parte do significado ao despacho de indeferimento da sua admissão por extemporaneidade*”, afirmando mesmo que não se opera essa preclusão em relação ao juiz.

6.3. Produção oficiosa de prova pelo tribunal *ad quem* ou repetição pelo tribunal *a quo* (art. 662.º)?

Para um efectivo segundo grau de jurisdição quanto à matéria de facto, a reforma de 2013 veio melhorar os poderes do Tribunal da Relação. Interessa-nos, primeiro, a renovação autónoma de prova das als. *a)* e *b)* do art. 662.º: a Relação poderá alterar a decisão da matéria de facto após produzir prova novamente.

Quanto à al. *a)*, quando haja dúvidas sérias sobre a credibilidade de depoimentos de testemunhas ou partes, deve a Relação ordenar renovação da prova.

Quanto à al. *b)*, trata-se de uma “*situação ampla*”²⁵⁶: pode a Relação ordenar a produção de qualquer meio de prova, novo ou em substituição de anteriores, independentemente das partes terem impugnado a decisão sobre a matéria de facto, desde que existam dúvidas fundadas, ou sérias, sobre a prova realizada²⁵⁷. E isto, independentemente das alegações e conclusões do recorrente não permitirem à Relação conhecer certos aspectos da matéria de facto (art. 640.º). Os poderes-deveres do art. 662.º, n.º 2, als. *a)* e *b)*, são faculdades sem possibilidade de serem vendadas pelas partes, para que a apreciação da Relação mantenha uma unidade de pensamento lógica e coerente²⁵⁸. Para a Relação valorar todo o material fáctico e probatório da causa, necessita de uma autonomia de decisão que passa por uma extensão de poderes instrutórios igual à do tribunal *a quo*. Se a Relação ordena renovação ou produção de prova, nos termos do art. 662.º, n.º 3, al. *a)*, observam-se as regras da instrução, discussão e julgamento na 1.ª instância.

Portanto, a regra geral é “*a da não anulação da decisão, devendo o tribunal da Relação sanar esses vícios, mesmo officiosamente, socorrendo-se dos elementos de prova que existam nos autos*”²⁵⁹.

E quanto à competência cassatória da Relação? Veja-se o art. 662.º, n.º 2, al. *c)*. A Relação anulará a decisão de facto do tribunal *a quo* se esta for deficiente, obscura ou contraditória em determinados pontos. Anulará, também, se a ampliação da matéria de

²⁵⁶Rui PINTO, 2015b: 163.

²⁵⁷REMÉDIO MARQUES (2011: 645-6) augurava *de iure constituendo* as vantagens da Relação poder renovar produção de prova indispensável ao apuramento da verdade (e não só os meios de prova “absolutamente indispensáveis”, no ex-art. 721.º, n.º 3). Veio a reforma de 2013 a consagrar esta ideia, referindo-se a “*dúvida fundada sobre a prova realizada*” como pressuposto do dever da Relação produzir officiosamente novos meios de prova, art. 662.º, n.º 2, al. *b)*.

²⁵⁸Assim, Rui PINTO, 2015b: 163. Para que não subsistam dissonâncias, v. Ac. STJ, de 4-7-2013 (Moreira Alves).

²⁵⁹Ac. TRG, de 17-12-2014 (Jorge Teixeira).

facto for fundamental e não constem do processo elementos suficientes para alterar a decisão de facto nos termos do n.º 1 do mesmo artigo. Só no caso de não constarem do processo esses elementos é que a decisão deve ser anulada, e os autos remetidos à 1ª instância para o julgamento ser repetido, embora apenas limitado à parte viciada. Mas “*independentemente de constarem ou não do processo todos os elementos de prova (é este o sentido do artº 662, nº2, al. c), do C.P.C.), são concedidos à Relação poderes oficiosos, sempre que na decisão da primeira instância ocorre algum dos vícios elencados*”²⁶⁰. Haverá também *apelação-anulação*, quando a Relação entenda que a decisão sobre um facto essencial não está devidamente fundamentada (art. 662.º, n.º 2, al. d)).

6.4. O problema da actuação negligente da parte – breves apontamentos concludentes

A promoção de diligências instrutórias (oficiosas) não pode tornar-se um sucedâneo da actuação negligente das partes. Assim, é o entendimento de LEMOS JORGE, que acentua brilhantemente a necessidade da justificação da actuação judicativa assentar “*nos elementos constantes dos autos*”²⁶¹. Terá de ser forçosamente assim, sob pena de a promoção de qualquer outra diligência resultar da vontade da parte, que não agiu no momento processualmente adequado, e que será suprida pela vontade do juiz, que age somente como integrador daquela falha processual. Não, a actuação probatória oficiosa do juiz, quando perante uma omissão negligente da parte, apenas será possível concretizar-se sob a égide da importância da descoberta da verdade (que contribuirá para a justa composição do litígio) e que se sedimenta e afere pelo conjunto dos autos²⁶². Não é a mera sugestão pelas partes de que uma prova (que deveria ter previamente requerido ou apresentado) é essencial à boa decisão da causa que vai obrigar o juiz a fazer uso dos poderes conferidos pelo art. 411.º. Não é por se reputar um meio de prova como necessário à boa decisão da causa que obriga o juiz a recorrer àquela prerrogativa: essa necessidade tem de resultar objectivamente do conjunto do processo. A sugestão das partes (após a preclusão probatória que se lhes operou) só terá sucesso se tiver “*mérito em si mesma, em função dos elementos probatórios em que se apoia e dos fins que visa alcançar*”²⁶³.

²⁶⁰ *Idem.*

²⁶¹ LEMOS JORGE, 2007: 70.

²⁶² Assim também, Ac. TRP de 9-2-2015 (João Nunes); Ac. TRC de 16-12-2015 (Arlindo Oliveira), que acentua que o inquisitório não pode “*servir para remediar a inércia da parte, a quem incumbe a alegação e prova dos factos em que assenta a sua pretensão*”, Ac. TRP 2-5-2013 (José Araújo Barros).

²⁶³ Ac. TRP de 9-2-2015 (João Nunes); também FABBRINI (1989: 435), para o qual a atribuição de poderes de iniciativa oficiosa do juiz não tem como “*função equilibrar hipotéticos efeitos negativos da preclusão dos poderes de parte quanto à reconstrução dos factos relevantes para a decisão*”.

Portanto, a investigação de ofício pode dar-se na ausência de manifestação das partes em relação à diligência, como contra aquelas vontades. É uma decisão que cabe ao magistrado, com fins próprios distintos dos das partes, que deve ter como *leitmotiv* a procura da verdade e a boa decisão da causa, e que só despertará a actuação daquele se objectivamente surgir essa necessidade dos autos²⁶⁴.

Do Ac. do TRG de 12.5.2016 (Cristina Cerdeira), também se pode extrair uma advertência silenciosa. No caso *sub judice*, a autora demanda o réu no pagamento de uma quantia resultante de um contrato celebrado entre os dois, no qual constava a assinatura do último. O réu contestou, impugnando a existência do contrato, bem como contestando a veracidade da assinatura. O autor socorreu-se de duas testemunhas, que comprovaram a tese do autor, mas deixando uma larga margem de dúvida na convicção do julgador. Este, por sua vez, não lançou mão da prova pericial (art. 477.º), mas tal também não foi requerido por nenhuma das partes. O juiz de primeira instância considerou improcedente a acção e absolveu o réu do pedido. No recurso, o autor afirmou que a assinatura deveria ter sido considerada pertencente ao réu, com base nos depoimentos das testemunhas arroladas. Na perspectiva do autor, aquelas deveriam ter suscitado uma resposta diferente na convicção do juiz. Ademais, o autor considerou que, caso não se entendesse conforme a sua tese, deveria ser ordenada oficiosamente perícia à assinatura do réu, para dar cumprimento ao dever de averiguação oficiosa dos factos. Será que uma das partes pode através do recurso pretender que se dê cumprimento a um dever oficioso de averiguar um facto, se não reclamou tempestivamente perante o juiz do tribunal *a quo* essa mesma omissão²⁶⁵? Como já tivemos oportunidade de afirmar, o juiz não está vinculado às preclusões instrutórias que são estabelecidas em relação às partes, pelo que, existindo preenchimento dos pressupostos do art. 411.º, deve ordenar as diligências probatórias necessárias. Naquele caso, esteve bem o tribunal *ad quem* a anular a decisão e a ordenar o tribunal *a quo* a ordenar a prova pericial, pois dos autos ressaltavam as imensas dúvidas do magistrado quanto à veracidade da assinatura, sem esgotar outras hipóteses probatórias. No

²⁶⁴Que tenham uma utilidade presumida em si, na impressiva expressão no Ac. TRP, de 9-2-2015 (João Nunes).

²⁶⁵Tal vai ao encontro dos desejos *de iure constituendo* de CIPRIANI (2002: 1255), de possibilitar as partes de usar o recurso de apelação para produzir novas provas. Ou, ainda, de dar ao litigante a escolha de impugnar uma questão (insusceptível de definir o litígio, como por exemplo uma prova) autónoma e imediatamente, ou no fim, junto com o recurso final (2002: 1260-1). Desta forma, conciliam-se melhor os interesses da parte desfavorecida por uma decisão interlocutória e a parte “vencedora”: dando-lhe a faculdade de escolha, não se dá consentimento de jogar com o tempo.

entanto, haverá quem projecte que o poder-dever do inquisitório não é “*complementar e nem pode funcionar como forma de suprimento oficioso de omissões negligentes das partes em sede de indicação de meios de prova*”²⁶⁶.

Distinta destas últimas considerações (*actuação probatória negligente da parte insuprível pelo inquisitório por esse simples facto*) é a circunstância da parte não ter um comportamento razoável, ter noção das provas que quer produzir para provar os factos que lhe são favoráveis, mas ter dificuldade em fazê-lo. Digamos, assim, que estamos no domínio da substituição do tribunal à parte, quanto à produção de prova, ainda ao abrigo do art. 411.º. Só se justificará, diga-se, quando a parte tem dificuldade em produzir a prova e, simultaneamente, demonstre ao tribunal que sofre essa dificuldade: o tribunal deve substituir-se à parte dificultada, nesse caso.

Assim, na apresentação dos documentos essenciais ao apuramento da verdade (v. arts. 411.º e 436.º), se uma das partes tem muita dificuldade em os conseguir e demonstra esse facto ao tribunal, este deve obtê-los. Questão pertinente, a nosso ver, é perceber se esta substituição só pode dar-se quando a parte convença o tribunal de que a medida é estritamente necessária ao apuramento da verdade, ou se tal não será necessário, recaindo no lato direito à prova das partes. Temos dúvidas, e estamos conscientes que caminhamos terrenos pantanosos. O Ac. TRC de 16-12-2015²⁶⁷ parece propender para esta última solução, quando as partes, ainda no campo do direito à prova e de uma actuação probatória diligente, não têm facilidade em obter documentos ou não os podem obter. Se a parte justificar esta dificuldade, o douto Acórdão parece entreabrir portas para que se use o poder do art. 411.º, mas sem apor o requisito da necessidade do elemento probatório para a descoberta da verdade²⁶⁸. Ainda assim, parece ter de haver um mínimo convencimento do tribunal de que os documentos em questão são pertinentes para a prova de factos relevantes para a apreciação do conflito²⁶⁹.

²⁶⁶ LOPES DO REGO (2004: 533), embora em relação à inquirição oficiosa de testemunhas, mas plenamente válido para a noção geral de inquisitório.

²⁶⁷ (Arlindo Oliveira).

²⁶⁸ Última página do Ac. TRC, de 16-12-2015 (Arlindo Oliveira).

²⁶⁹ LOPES DO REGO, 2004: 474.

7. As manifestações normativas do princípio do inquisitório

7.1. Quanto à prova

7.1.1. A requisição de documentos (art. 429.º e art. 436.º e ss.)

No processo liberal, eram notórios os constrangimentos à instrução oficiosa, pelo que ao juiz não era permitido procurar officiosamente documentos necessários ao apuramento da verdade subjacente ao litígio²⁷⁰. Mas hoje não há dúvidas que o tribunal necessita de assegurar meios e expedientes para assegurar a administração da justiça.

LEBRE DE FREITAS, MONTALVÃO MACHADO e Rui PINTO consideram que uma leitura do art. 436.º no sentido de que o tribunal só deve agir subsidiariamente é errada²⁷¹. Não é necessário a parte interessada demonstrar previamente que foi diligente, tendo praticado actos adequados à obtenção do documento, e que por manifesta dificuldade não foi possível trazê-lo ao processo²⁷². O juiz intervém, agora, também em primeira linha (*ex officio*), embora numa lógica distinta da iniciativa de prova das partes. A finalidade última da concessão de poderes-deveres quanto à prova, e em primeira linha, ao juiz não é a de suprir uma ineficiente ou negligente condução processual das partes. Pelo contrário, é face ao disposto nos autos e às necessidades objectivas que destes resultam que a iniciativa instrutória *ex officio iudicis* se vai justificar. Portanto, cronologicamente, o mais das vezes, esta iniciativa do juiz só se vai dar depois da contribuição das partes (ou através de factos ou de meios de prova) que, ao invés de lhe criar uma forte convicção da existência ou inexistência dos factos deduzidos, lhe originam dúvidas e lhe provocam a necessidade de dissipá-las através de instrumentos instrutórios ao seu dispor. Não são quaisquer dúvidas, observe-se: são, por um lado, incertezas que podem ser afastadas por um meio instrutório *ex officio* (critério da idoneidade do meio para afastar a dúvida); são incertezas que se opõem no caminho da descoberta da verdade (dúvidas que se interpõem no caminho da decisão justa), e dúvidas que não podem ser suprimidas pelas partes (impossibilidade de actuação probatória pela parte). Com isto “*não se pretende defender a consagração, no novo Código de Processo Civil, de um qualquer processo officioso, totalitário, determinado essencialmente pela vontade ou caprichos do magistrado judicial, que encena a seu belo*

²⁷⁰ ANDRÉ reconhece esta ideia, aludindo à proibição de busca pessoal de ofício, o que não impedirá o juiz, para o mesmo autor, de tentar consolidar a sua convicção sobre esses documentos através das testemunhas arroladas, quando estas fossem permitidas, v. ANDRÉ, 1910: 128.

²⁷¹ 2008: 470-471.

²⁷² Em sentido contrário, Ac. TRL, de 13-10-2016 (Eduardo Petersen Silva); em sentido próximo, Ac. do TRC, de 18-12-2013 (Albertina Pedroso), embora neste último caso os contornos sejam distintos, censurando a falta de fundamentação do requerimento da parte a pedir um documento em poder da parte contrária.

*prazo o pleito em concreto que lhe é levado ao palco do tribunal e em que as partes representam o papel de atores secundários, quando não mesmo de meros figurantes, havendo antes que buscar um balizado e adequado equilíbrio entre o papel e a intervenção de uns e outros, sempre moldados pelo objectivo comum a todos de uma célere e justa composição do litígio em presença*²⁷³.

Veja-se o disposto no art. 438.º, n.º 2: “Quando o juiz verifique que os documentos requisitados se revelam manifestamente impertinentes ou desnecessários e caso a parte requerente não tenha atuado com a prudência devida, é a mesma condenada ao pagamento de multa nos termos do Regulamento das Custas Processuais”. Este artigo vem confirmar algo que já deixámos implícito atrás: a parte que pede ao juiz para requisitar documentos, embora o acto possa não transparecer manifesta inutilidade aquando do seu pedido, apenas se pode exigir a sua presuntiva necessidade (quase como um *fumus boni iuris*), em respeito pelo *interesse em agir* presente no art. 130.º²⁷⁴: isto porque, se se exigisse uma *certeza de utilidade* do documento, não faria sentido a jusante condenar a parte requerente da requisição a pagar uma multa, por aquele se ter demonstrado totalmente inoportuno²⁷⁵.

Assim, se no âmbito de uma acção de impugnação da regularidade e licitude de despedimento, a entidade empregadora tiver requerido ao tribunal que obtenha documentos de uma entidade hospitalar que concretizem factos constantes no procedimento disciplinar e respectiva motivação disciplinar, este pedido não deverá ser indeferido. No caso sobre o qual versa o Ac. TRL de 3-5-2016²⁷⁶, pode ver-se que a entidade empregadora requereu diversas vezes a uma entidade hospitalar que lhe facultasse elementos (se na agenda do serviço constavam as visitas da autora a um concreto médico, num dado dia) que contribuíssem para a correcta factualidade no procedimento disciplinar e motivação do despedimento. Embora não tenha tido sucesso perante o hospital, na acção entretanto intentada contra si, veio novamente a requerer esses documentos, desta feita ao tribunal, justificando a dificuldade que tivera em obtê-los, bem como a actuação diligente que tivera. O tribunal *a quo* rejeitou, aduzindo que “*não cabe ao Tribunal substituir-se à parte na*

²⁷³Ac. do TRL, de 3-5-2016 (José Sapateiro).

²⁷⁴Assim também Ac. do TRC, de 18-12-2013 (Albertina Pedroso).

²⁷⁵No Ac. do TRL, de 13-10-2016 (Eduardo Petersen Silva), refere-se a manifesta irrelevância da requisição de documento como fundamento do seu indeferimento: não é uma qualquer irrelevância, deve ser manifesta, objectiva, fundamentada.

²⁷⁶(José Sapateiro).

recolha da prova”, considerando ainda que não estaria justificado o porquê de a ré não a obter. Esta recorreu do despacho de indeferimento, e o tribunal *ad quem* corrigiu a posição do tribunal recorrido: o poder de requerer documentos pelo tribunal situa-se “*numa primeira linha de combate da acção, quando necessário para a boa e correcta composição do litígio e que é judicialmente sindicável por via recursória*”²⁷⁷. Concluiu também o tribunal *ad quem* que, ainda que hipoteticamente a justificação para a não obtenção dos documentos requeridos não constasse da motivação do despedimento, o tribunal de 1.^a instância deveria ter ponderado os interesses em jogo, a natureza urgente do processo, os elementos requeridos e a sua relevância para o mérito e a dificuldade de obtenção dos mesmos. A atitude do juiz, hoje, deve ser de maior abertura aos interesses concretos presentes no caso e à “bondade” das dificuldades probatórias das partes, devendo agir se necessário for para alcançar a verdade dos factos. O que nos parece aqui é que a actuação instrutória do tribunal, neste caso, se alicerça mais no princípio da cooperação do que propriamente no princípio do inquisitório²⁷⁸.

Entre os arts. 429.º e 436.º há uma intrínseca conexão. Se o juiz indeferir uma requisição de uma das partes ao abrigo do art. 429.º (não tendo existido reacção contra o despacho), não pode posteriormente esta pedir substancialmente o mesmo, ao abrigo do art. 436.º. Opera-se caso julgado formal dentro do processo²⁷⁹. O poder de requisição previsto no art. 436.º era, para o Professor ALBERTO DOS REIS, subsidiário do direito das partes conferido pelo art. 429.º: “*mal avisado andar*á o juiz que se apresse a requisitar documentos enquanto as partes estão em tempo de os oferecer”²⁸⁰.

²⁷⁷ *Idem.*

²⁷⁸ O que não invalida a legítima actuação instrutória do tribunal, cooperante com os outros sujeitos processuais e, porventura, realizando direitos fundamentais das partes, como o direito à prova, v. PICÓ I JUNOY, 1996: 230. Não se pode falar, contudo, num direito subjectivo da parte ao poder instrutório de ofício do juiz.

²⁷⁹ Ac. TRL, de 18-11-2015 (Duro Mateus Cardoso), defendendo que o art. 436.º, apesar de todas as preocupações de busca da verdade material, “*não serve para se ultrapassar ou contornar decisões judiciais que têm força vinculante dentro do processo*”.

²⁸⁰ “O poder de requisição do juiz é subsidiário e supletivo do direito das partes”, e afirmando expressamente que a actividade instrutória do juiz deve ser tida como supletiva e subsidiária em relação à actividade das partes (adstrita à boa instrução do processo), v. 2012b: 50-51. No ZPO, a requisição de documentos está regulada no § 142. Quando um documento é essencial, mas já não pode ser requerido pelas partes (por operar a preclusão probatória), ou seja já não estão reunidos os pressupostos para o exercício desse poder, CAPONI (2006: 548) entende que a discricionariedade do juiz é reduzida a zero. Quando as partes podem pedir documentos que estão na disponibilidade de terceiro (através do manto do direito à prova), entende o autor, na esteira da doutrina germânica maioritária, que será um poder discricionário do julgador. Apesar de isso poder ser retirado da ZPO, a nossa lei consagrou um poder de requisição pelo tribunal em primeira linha.

Hoje, se a parte quer requerer um documento que está na posse da parte contrária, até ao início da audiência de julgamento deve apoiar-se no art. 429.º. Após esse momento temporal, deve mobilizar o art. 436.º para fundar a sua requisição²⁸¹.

Mas recaem ónus sobre a parte interessada. O primeiro é o de indicar quais os factos que quer provar através do documento pretendido, o que irá permitir ao tribunal aferir a pertinência do documento, para deferir ou indeferir o pedido (sem aquela indicação, será difícil ao magistrado compreender a utilidade do documento)²⁸². Também através da indicação daqueles factos, pode melhor o tribunal livremente apreciar a eventual recusa da parte contrária em mostrar o documento (porque compreende os factos que esta se recusa aclarar). O segundo é o de individualizar a espécie do documento, caracterizando-o, *identificando-o quanto possível*²⁸³. O terceiro ónus tem sido controverso: tem a parte interessada de alegar e provar a dificuldade em obter o documento por ela? Da letra da lei, não nos parece resultar esse entendimento, mas tem havido jurisprudência a sufragar esta posição²⁸⁴.

Se a parte que tem no seu poder o documento não obedece à injunção do juiz, não tendo motivos legítimos para recusar a colaboração, viola o dever do art. 7.º. Coloca-se como entrave à Justiça. E deve sofrer cominação. Então, o juiz deve aplicar-lhe uma multa e livremente apreciar a recusa, sem prejuízo da inversão do ónus da prova nos termos do art. 344.º, n.º 2 CC²⁸⁵.

Se for um terceiro que tem um documento necessário ao apuramento da verdade em seu poder, aplica-se-lhe multa, sem prejuízo de outros meios coercitivos (art. 433.º). O juiz avalia a situação em concreto e define se “*as circunstâncias serão de molde a*

²⁸¹ Ac. TRL de 18-11-2015 (Duro Mateus Cardoso).

²⁸² A necessidade afere-se em concreto e não em abstracto (um juízo de prognose de utilidade).

²⁸³ ALBERTO DOS REIS, 2012b: 39, anotação ao art. 553.º.

²⁸⁴ Ac. TRE de 22-9-2011 (João Gonçalves Marques), embora corresponda a uma posição mais mitigada, pois entende que essa dificuldade pode resultar dos autos, não tendo a parte de alegar a dificuldade, devendo o juiz atender a esse circunstancialismo. Ainda assim, fazendo uma leitura conjugada com o então art. 266.º, n.º 4 (que fazia depender a intervenção do juiz na remoção do obstáculo na dificuldade séria de obtenção pela parte de determinado documento ou informação, que lhe condicionava o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual); Ac. TRC, de 5-12-2012 (Albertina Pedrosa), pondo como critério de requisição a dificuldade séria.

²⁸⁵ A solução diverge da cominação propugnada pelo Professor ALBERTO DOS REIS, 2012a: 319 e ss., e que se veio a consagrar no art. 524.º do CPC de 1939: se a parte não entregasse os documentos em seu poder, e fossem necessários ao apuramento da verdade, caso a recusa não fosse legítima, davam-se como provados os factos que se queriam investigar com a entrega do documento, v. 2012b: 43.

aconselhar as buscas necessárias para a apreensão”²⁸⁶. Não há nenhum dever a incumbir o juiz de apreender, parece-nos, embora o magistrado seja obrigado a considerar as circunstâncias do caso concreto julgando e a ponderar se a apreensão deve ser diligenciada²⁸⁷. Porém, a recusa pode ser legítima e o tribunal deve respeitar essa fundada rejeição. ALBERTO DOS REIS refere-se a outras causas fundantes da recusa, sem ser aqueles previstos na lei (hoje no art. 417.º, n.º 3), sendo uma *cláusula aberta de justa causa de recusa*²⁸⁸. Assim, se houver receio da deterioração do documento, o juiz deve ter isso em consideração, mas o terceiro é obrigado “*a facultar o documento para o efeito de ser fotografado, examinado judicialmente, ou se extraírem dele as cópias ou reproduções necessárias*” (art. 434.º).

Quanto às despesas, a solução do Código é simples. Se o tribunal requisita após sugestão de uma parte, as despesas da diligência recairão sobre esta. Se o tribunal officiosamente enceta a requisição, as custas estarão a cargo da parte a quem aproveita a medida instrutória. ALBERTO DOS REIS tem esta frase enigmática, quanto a esta última solução: “*o juiz, quando faz a requisição, tem em vista esclarecer determinado facto; deve entender-se que a requisição é feita em proveito da parte que tiver alegado esse facto*”. Embora o resultado útil da requisição aproveite a uma das partes, a requisição é feita em nome da verdade, que é independente das posições dos litigantes: o que acontece no caso concreto é o aproveitamento útil a uma das partes, e por isso ela deve custear a operação. Isto, para afastar as críticas de que a concessão de poderes instrutórios ao juiz é uma forma encapotada de beneficiar uma das partes, deixando cair o manto da imparcialidade judicial.

De relevar também um afloramento do princípio geral do art. 6.º: o juiz deve recusar e afastar do processo os documentos meramente dilatatórios e impertinentes. Apesar de não existir uma norma concreta dirigida ao dever de recusa dos documentos²⁸⁹, resulta do art. 6.º que o magistrado deve recusar documentos impertinentes e meramente dilatatórios, deve também retirar do processo documentos com as mesmas características, a fim de

²⁸⁶Pelo §390 ZPO, a recusa injustificada de um terceiro exibir documentos pedidos pelo magistrado é cominada com uma sanção pecuniária. Em caso de sistemática recusa, é mandado apreender.

²⁸⁷ALBERTO DOS REIS (2012b: 48) defende que o juiz deve determinar a busca do documento, se a parte interessada requerer essa medida (e não houver fortes razões em contrário).

²⁸⁸“*O justo motivo é qualquer motivo razoável que obste à junção, sem obstar, porém, à exibição*”, v. ALBERTO DOS REIS, 2012b: 47, dando o exemplo de um documento raro que pode deteriorar-se com a sua introdução no processo; ou o exemplo hipotético de o terceiro necessitar fazer dele um certo uso que consubstancie justo impedimento.

²⁸⁹Como existia no CPC de 1939, o art. 556.º. ALBERTO DOS REIS (2012b: 58) considerava-o, já nesta altura, um poder-dever. A norma era uma concretização do então art. 266.º, que conferia ao juiz um poder geral de disciplina.

cumprir também um dos princípios latentes do nosso processo: a proibição da prática de actos inúteis (art. 130.º)²⁹⁰.

7.1.2. Prova por declarações de parte (art. 466.º)

Este meio de prova é uma novidade introduzida pela reforma de 2013 e de enorme alcance prático, pois antes as partes só poderiam depor quando o juiz o determinasse *ex officio* ou a parte contrária o requeresse, e com fim de obter confissão da parte inquirida.

Quanto ao restante depoimento da parte, como se valorava o remanescente que não correspondesse a confissão²⁹¹? Com o meio de prova previsto no art. 466.º, veio a facilitar-se situações em que o depoimento da própria parte seria fulcral, mas dificultado ou não permitido pelas regras adjectivas, *maxime* art. 496.º. Sobretudo, redimensiona-se nos casos em que se discutem relações indisponíveis ou em que se discutem matérias do foro íntimo ou pessoal das partes. A sua consagração veio equilibrar exigências de um processo equitativo e garantir um pleno e efectivo direito à prova: haveria circunstâncias em que o depoimento de parte traria uma mundividência única ao processo, por inexistirem outros meios de prova idóneos (as tais relações de foro íntimo)²⁹².

O art. 466.º está afecto à descoberta da verdade, pela sua remissão para o art. 417.º, não se configurando aqui um “*direito anárquico*” da parte a ser ouvida²⁹³.

A questão que colocamos, nesta sede, é a de saber se o juiz pode ordenar officiosamente a declaração de parte. LEBRE DE FREITAS (2013a: 278) afasta esta possibilidade: a declaração de parte só pode partir da vontade dela. Rui PINTO (2015a: 380) sufraga esta visão, bem como Paulo PIMENTA (2016: 356) e Abílio NETO (2015: 553).

Pensamos que não há objecções de fundo à ordenação *ex officio* de declarações de parte, face ao espírito do sistema: para quê impedir o juiz de ordenar *ex officio* a audição de uma parte mesmo que não seja com intuito de lhe retirar uma confissão? O Ac. TRG, de 17-9-2015²⁹⁴ entendeu que a ordenação officiosa das declarações de parte era possível, por duas razões. Primeiro, o art. 466.º não a proíbe expressamente, pelo que se tem de ler em

²⁹⁰Como foi bem assinalado no Ac. TRP, de 15-2-2016 (Domingos Morais).

²⁹¹Paulo PIMENTA, 2016: 355.

²⁹²Mais impressivamente, REMÉDIO MARQUES (2012: 168) afirmava, antes da reforma de 2013, que a recusa de livre apreciação das declarações favoráveis do depoente poderia provocar “*uma concreta e intolerável ofensa do direito à prova, no quadro da garantia de um processo equitativo e da tutela jurisdiccional efectiva dos direitos subjectivos*”.

²⁹³Rui PINTO, 2015a: 381.

²⁹⁴(Figueiredo de Almeida).

conjunto com o *omnipresente* art. 411.º. A segunda razão prende-se com o segmento “Às declarações das partes aplica-se o disposto no artigo 417.º e ainda, com as necessárias adaptações, o estabelecido na secção anterior”, legitimando a aplicação do art. 452.º, n.º 1, pelo qual o juiz pode determinar a comparência das partes para a prestação de depoimento²⁹⁵.

Será esta determinação um poder vinculado? Pensamos que sim, novamente quando o juiz considere a diligência necessária ao apuramento da verdade, na linha do art. 411.º: a utilidade da sua produção, atendendo aos factos especiais sobre que versa (em que a parte tenha intervindo pessoalmente ou de que tenha um conhecimento directo), e sem o intuito confessório inerente ao art. 452.º.

7.1.3. Prova pericial (art. 467.º)

A determinação *ex officio iudicis* de perícia também será, a nosso ver, poder-dever quando seja necessário apurar a verdade de determinados factos, e estejam em causa conhecimentos especiais que o juiz não tem (art. 388.º CC). Deve, nessas circunstâncias, ordenar uma perícia²⁹⁶, seja a um laboratório ou serviço oficial idóneo a essa actividade²⁹⁷.

Quanto à segunda perícia, o art. 487.º, n.º 2, parece novamente indiciar a existência de um poder discricionário. Mas mal o juiz considere necessária a sua realização, pensamos que *deve* ser concretizada, com vista à correcção das imperfeições nos resultados da primeira perícia²⁹⁸.

7.1.4. Inspeção judicial (art. 390.º CC e art. 490.º)

O art. 490.º, em vez de oferecer uma definição de inspeção judicial, concretiza o seu fim²⁹⁹. Do art. 390.º CC, pouco também é apreensível: a finalidade é a “percepção directa” dos factos da causa, ou seja, não é uma percepção distante das ocorrências litigiosas³⁰⁰. Ainda assim, das duas normas, podemos retirar implicitamente uma

²⁹⁵Em sentido concordante, RAMOS DE FARIA, 2013: 365.

²⁹⁶Paulo PIMENTA, 2016: 363.

²⁹⁷Também a *Rule 706* das FRCP prevê um poder instrutório de ofício de ordenar prova pericial e de ouvir técnicos, pelo que não se pode afirmar, sem mais, que o processo norte-americano é avesso a poderes instrutórios de ofício.

²⁹⁸Assim, Ac. STJ, de 12-6-2003 (Quirino Soares).

²⁹⁹A norma mantém a essencialidade do art. 616.º do CPC de 1939, sendo o fim da inspeção judicial “o esclarecimento do juiz sobre facto que interesse à decisão da causa.”, ALBERTO DOS REIS, 2012b: 314. A prova por inspeção judicial foi introduzida pelo Decreto n.º 21 694, de 29 de Setembro de 1932, no seu art. 19.º. No CPC de 1876, não era objecto de regulação nem previsão, v. ALBERTO DOS REIS, 2012b: 305.

³⁰⁰MONTERO AROCA, 1996: 271: também se refere à inspeção judicial, que toma o nome de “*reconocimiento judicial*” no ordenamento jurídico espanhol (arts. 353 a 359 LEC) ou ainda “*inspección personal del juez*” (arts. 1240 e 1241 CC), afirmando em primeira linha que “*permite ao juiz a percepção*

caracterização perfunctória da figura. É uma examinação, uma busca. Tem como objecto coisas e pessoas³⁰¹. Sofre limitações que, mesmo que não estivessem expressas, decorriam de preceitos constitucionais: a intimidade da vida privada e familiar, bem como a dignidade humana. O fim desta diligência é o esclarecimento de factos necessários à justa decisão da causa.

A inspecção judicial não poderá recair sobre coisas incorpóreas. Terão de ser susceptíveis de apreciação sensorial. Pode até dar-se o caso de o objecto da inspecção não ser a coisa em si considerada, mas vestígios ou efeitos dessa coisa (ex: electricidade)³⁰². A “coisa” pode referir-se não a um objecto, mas a uma actividade (o labor de máquinas numa fábrica, pertinente numa acção em que se pede o encerramento da fábrica por ruídos). Quanto à inspecção de pessoas, parece-nos que tal assume uma preponderância maior nas acções de interdição, inabilitação, filiação. Num conceito amplo de “pessoas” caberá a noção de material biológico ou de partes exteriores do corpo, pelo que fará sentido recorrer a esta diligência em processos onde seja pertinente examinações corporais ou psíquicas.

Como modos de proceder desta diligência, o legislador exemplifica a deslocação ao lugar da questão controvertida, bem como a ordenação da reconstituição dos factos³⁰³ (que, em abstracto, pode não ser no lugar das ocorrências fácticas). O acesso ao lugar é a *modalidade historicamente mais típica da inspecção*³⁰⁴. Mas pode dar-se também a inspecção através da prova por apresentação de coisas móveis ao tribunal (art. 416.º)³⁰⁵. Sobre a metodologia da realização da diligência, o legislador nada nos oferece, pelo que

directa dos factos objecto da prova, sem que exista um ente intermediário”. Assim também, FABIANI, 2008: 590.

³⁰¹ A prova por inspecção judicial não tinha este carácter pessoal no CPC 1939. Pelo menos, não resultava da letra do art. 616.º. Mas ALBERTO DOS REIS reconhecia a possibilidade da inspecção de pessoas nas acções de interdição por demência e na acção de interdição por surdez mudez, v. ALBERTO DOS REIS, 2012b: 310. ANTUNES VARELA & BEZERRA & SAMPAIO E NORA (1985: 602) desconsideram o carácter pessoal da inspecção, pois mesmo quando esta “*recai sobre pessoas, estas funcionam mais como objecto da observação do juiz ou do tribunal (...) do que como sujeitos activos colaborando na formação do juízo sobre a realidade do facto.*”

³⁰² MONTERO AROCA, 1996: 277.

³⁰³ A doutrina italiana chama-lhe reprodução dos factos (*riproduzione del fatto*), podendo o julgador posteriormente gravá-la fotográfica ou audiovisualmente, LUISO, 2007: 160. CAPELO (2015: 336) caracteriza esta reconstituição de “dinâmica”, ao invés da *percepção estática* da inspecção *propriamente* dita das coisas, lugares e pessoas. Isto é, estático porque o julgador deixa-se absorver pelo que vê, no outro tenta indagar aquilo que existiu, mas já não existe, tendo de tomar uma postura mais frenética. A reconstituição não deixa de ser uma forma de inspeccionar. No processo penal, o art. 150.º CPP prevê uma similar actividade reconstitutiva.

³⁰⁴ CAVALLONE, 1991: 329, e muito provavelmente daí o CPC it. ter outrora outorgado a designação de *accesso giudiziale*, cfr. ALBERTO DOS REIS, 2012b: 305.

³⁰⁵ Paulo PIMENTA (2016: 350) considera que a prova por apresentação de coisas móveis ao tribunal não implica necessariamente a sua inspecção.

deixa um espaço livre de actuação ao juiz: “o tribunal procederá conforme julgar conveniente”³⁰⁶. O juiz, no acto de inspecionar, delibera o modo de captar a *coisa litigiosa*. Mas essa actuação naturalmente deverá pautar-se, como reconhece ALBERTO DOS REIS, pela procura do *máximo rendimento*, sem que a diligência se torne uma *excursão de prazer*, tendo sempre no seu horizonte a sua finalidade: o esclarecimento do facto que interesse à decisão da causa³⁰⁷. O facto carecido de esclarecimento, e que motiva a realização da diligência, não limita o objecto da inspecção. Isto é, “a actividade do juiz não fica necessariamente circunscrita a esse facto; uma vez no local da questão, o tribunal pode, e até deve, observar, recolher e apreciar quaisquer outros factos relevantes, que o habilitem a decidir a causa com perfeita consciência e segurança”³⁰⁸.

A inspecção judicial é infungível³⁰⁹. A verificação *in loco* pelo tribunal é dotada de incontáveis virtuosismos. Em primeiro lugar, não é interposta por tantas aporias ou dificuldades como outros meios probatórios. O que se quer significar é que a percepção dos factos [que podem ser considerados pelo juiz] dá-se de uma forma infinitamente mais segura no lugar das ocorrências controvertidas, do que através de meios de prova distantes³¹⁰. Estes apenas permitem reluzir um pedaço dos acontecimentos históricos, não tendo o mesmo grau de fiabilidade nem de imediação. Numa acção relativa a limites da linha de demarcação entre dois terrenos confinantes, é seguramente distinto o julgador poder inspecionar a concreta configuração de um prédio rústico composto por um terreno de pinhal e mato e das parcelas de terrenos adjacentes, ou limitar-se a ouvir os depoimentos contraditórios de testemunhas e cingir-se a imaginar o lugar. São como que “parentes pobres da realidade que podia e devia ter sido apreendida no local”³¹¹ pelo juiz, ou autênticos sucedâneos sem aptidão para substituir em termos significativos a inspecção.

³⁰⁶ALBERTO DOS REIS, 2012b: 317.

³⁰⁷Este *máximo rendimento* deve implicar que o julgador se possa socorrer de todos os meios necessários para alcançar esse fim, tal como então era previsto para os peritos, no art. 597.º do CPC do célebre Professor, v. ALBERTO DOS REIS, 2012b: 317-318.

³⁰⁸*Idem.*

³⁰⁹É uma das excepções em que o juiz entra em “*contacto directo com os factos da causa, uma vez que estes já ocorrem no passado fora do próprio processo*”, REMÉDIO MARQUES, 2016: 779.

³¹⁰Melhor, a “*prova por meio de inspecção ou reconhecimento judicial é frequentemente idónea para convencer o juiz, de modo extraordinariamente simples, da existência ou inexistência de um facto e de exercer, na decisão da questão de facto, um papel absorvente*”, assim no Ac. TRC, de 14-10-2014 (Henrique Antunes).

³¹¹Expressão muito oportuna no Ac. TRG, 12-5-2016 (Figueiredo de Almeida).

Na inspecção, o magistrado é posto em contacto *directo*³¹² com a fonte de factos e elementos processualmente relevantes, sem qualquer intermediário, ao contrário do que acontece com os documentos, testemunhas, peritos, e até partes. Estes todos são autênticos intermediários entre o juiz e o facto a provar.

Em caso de colisão com meios de provas indirectos, em princípio deverá prevalecer a inspecção. Em princípio, repetimos, porque apesar do grau de convencimento elevado adquirido numa inspecção sobre a veracidade de um facto, o juiz pode fundamentadamente ficar convencido do contrário através de outros meios de provas abstractamente mais *frágeis*. No caso de impugnação de matéria de facto, se a Relação chegar a um impasse ou situação de *dúvida insanável*³¹³, se houver sido produzida prova por inspecção que vai no sentido da comprovação dos factos impugnados, deve dar-se prevalência à decisão impugnada da 1.^a Instância³¹⁴. Tal demonstra a força probatória valiosa da inspecção face a outros meios de prova: apesar de não lhes ser hierarquicamente superior, as suas concretas características, imediação e proximidade entre facto a colher e o julgador, colocam-na numa posição de maior fiabilidade. Quase como que uma presunção de veracidade, sem a ser.

As partes têm o direito de assistir à inspecção, sendo notificadas para esse efeito, acompanhadas ou não pelos respectivos mandatários judiciais (art. 491.º)³¹⁵. O tribunal pode fazer-se acompanhar por um técnico, se entender necessário os conhecimentos deste para a apreensão dos factos a ser observados (art. 492.º)³¹⁶. Mas ao juiz é imposto mais um dever, um dever aliás que tem todo o sentido de ser: deve ser lavrado auto. O auto não é o

³¹² ALBERTO DOS REIS, 2012b: 306, se em todos os outros meios probatórios “o juiz serve-se de intermediários, na inspecção judicial não há intermediário algum”; LEBRE DE FREITAS, 2013b: 172.

³¹³ Não é uma qualquer dúvida. A dúvida a que o tribunal *ad quem* deve ser de tal modo intensa que deve fazer prevalecer a decisão assente na *prova directa por excelência* (expressão muito conveniente de PIRES DE SOUSA, 2016: 361), em vez de alterá-la por outras provas de grau de convicção inferior (provas indirectas).

³¹⁴ Ac. TRC de 5-12-2012 (Francisco Caetano).

³¹⁵ O que, aliás, configura incontestavelmente um exercício do direito de defesa das partes, o de poder controlar as operações realizadas. Assim também para a prova pericial, v. ANDRÉ, 1910: 69.

³¹⁶ Até que ponto a possibilidade de ordenar o acompanhamento do técnico é um poder discricionário é algo que não nos propomos discutir: qual será a aptidão científica do juiz para apreender factos para os quais não tem preparação? Nesses casos, a inspecção quase que seria inócua. Isto colocar-se-á, o mais das vezes, na inspecção de resíduos químicos. Só um especialista poderá auxiliar o juiz nessas matérias. Será que o juiz deve obrigatoriamente fazer-se acompanhar por um técnico? Possivelmente, sim. Mas não nos comprometemos nesta sede. MONTERO AROCA (1996: 296) refere-se neste caso a uma acumulação de inspecção judicial com outros meios de prova (*maxime* prova pericial), em que juiz e perito elaborarão cada um uma acta com os seus dados objectivos e as suas apreciações. Sobre a ténue diferenciação entre técnico e perito, v. Maria José CAPELO, 2013: 1066); E elogiando a solução legal italiana muito ampla da *consulenza tecnica* (onde se incluem perito e técnico), v. Maria José CAPELO, 2015: 334.

fundamento da convicção criada no juiz pelo que foi observado. Não. O auto é somente um auxiliar de memória daquilo que foi percebido durante a diligência³¹⁷.

7.1.4.1. Limites

Os limites *imediatos* que resultam do art. 490.º são o respeito pela intimidade da vida privada e familiar e pela dignidade da pessoa humana³¹⁸. Não se pode conceber uma inspecção feita pelo juiz em que estes valores sejam postos em causa. É seguramente evidente. O legislador pretendeu reforçar os limites intangíveis da diligência, mas estes resultariam sempre da CRP. O art. 26.º, n.º1, CRP assim o determinaria. Mediamente, pode convocar-se o sigilo profissional como causa limitadora (art. 417.º, n.º 3, al. c)), porque se é fundamento para não cumprir o dever de cooperação, também será motivo legítimo para não se sujeitar à inspecção.

A inspecção judicial pode configurar, em abstracto, uma *intervenção restritiva*³¹⁹ a direitos, liberdades, garantias constitucionalmente consagrados. E esta intervenção restritiva é de admitir, pois em concreto pode resolver questões de conflito com direitos também constitucionalmente consagrados. Não será o direito à prova igualmente tutelável ao abrigo do art. 20.º CRP? Naturalmente.

Perante a oposição do proprietário da coisa imóvel, ou móvel que não possa ter sido apresentada ao juiz, que se sucede? Apesar do carácter público da diligência, pode haver oposição à entrada de pessoas estranhas. E oposição a pessoas que têm o direito de intervir (*rectius* juiz, partes, representantes, técnicos)? A oposição injustificada deve acarretar, para o Professor ALBERTO DOS REIS, a *condenação em multa, sem prejuízo do emprego da força para conseguir a entrada; se o dono do prédio for a parte contrária ao requerente, consideram-se provados contra ela os factos que se pretendiam averiguar*³²⁰. Em vez desta fictícia prova dos factos, não deverá tentar prosseguir-se a via

³¹⁷Também assim, MONTERO AROCA, 1996: 299. No entanto, tratando-se de *dados intrinsecamente objectivos* (a altura de um muro, a distância de um marco a uma estrada) inscritos no auto, o juiz considera-os como certos. Já quando são *considerações intrinsecamente subjectivas*, isto é, deduções, conclusões retiradas pelo juiz que realizou a diligência, MONTERO AROCA relembra a especial dificuldade do controlo por parte de um outro juiz: chega mesmo a defender que deve repetir a diligência. “A convicção tem de formar-se com aquilo que foi percebido directamente, não com o que foi lido no auto”.

³¹⁸Do art. 616.º CPC de 1939 não resultavam estes limites. Nem sequer do art. 612.º do CPC de 1961. Por outro lado, após a revisão de 95/96, já encontramos a mesma disposição de hoje. Naturalmente, teve de haver uma adequação ao texto fundamental.

³¹⁹Estas *intervenções* têm de observar o princípio da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido restrito, GOMES CANOTILHO & Vital MOREIRA, 2007: 388.

³²⁰ALBERTO DOS REIS, 2012b: 320; A recusa de colaborar com a Justiça, nos termos do então art. 524.º do CPC de 1939, importava a multa se fossem terceiros (sem prejuízo de meios coercivos como a apreensão ou busca). Se fosse uma parte a não observar aquele denso dever de colaborar, e não entregasse o documento

da realização coactiva da diligência, em caso de injustificada oposição³²¹? Pensamos que sim, desde que com contínuo e reiterado respeito pelos princípios da proibição do excesso, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Para LUISO, a recusa da inspecção da própria pessoa ou de uma coisa sua deve ser livremente valorada pelo juiz, em conjunto com as outras provas³²². Ou seja, o juiz pode (ou não) dar como provado o facto que se queria provar através da inspecção: não se faz prova imediata, como seria na tese de ALBERTO DOS REIS. O mesmo sucede com a requisição de documentos na solução dada pelo CPC it.³²³. É esta a solução actual do nosso CPC: o tribunal livremente aprecia a recusa da parte, sem prejuízo de coactivamente realizar as diligências, com as devidas cautelas constitucionais.

Para CAPELO DE SOUSA³²⁴, em virtude do dever de cooperação que vincula as partes, é legítimo exigir, numa acção de investigação de paternidade, ao investigado a submissão a exames de sangue (e/ou de ADN), desde que pelos instrumentos idóneos. Já não será legítimo, para o insigne Professor, coagi-lo a realizar o exame, em caso de recusa, *sem prejuízo da multa e da livre apreciação da recusa*³²⁵. Em virtude destas [reiteradas] violações do dever de cooperação com a descoberta da verdade, deve assumir-se uma postura mais rígida. Assim, em caso de recusa, sem dúvida que se deve deixar imaculada a personalidade humana (e dignidade), não o submetendo coercivamente a determinados métodos de investigação. Mas também nesse específico caso de recusa, o tribunal deve decretar a inversão do ónus da prova, sobretudo se não houver outros meios probatórios à disposição que possibilitem o convencimento judicial daquilo que se queria provar através do meio de prova recusado pela parte (investigado, *in casu*). Esta possibilidade só vem

essencial à descoberta da verdade, era condenada em multa e davam-se como provados os factos que se pretendiam averiguar. Tal só não aconteceria se a recusa fosse legítima, ALBERTO DOS REIS, 2012a: 327-330.

³²¹O ordenamento jurídico-processual espanhol é avesso à *ficta confessio*. MONTERO AROCA (1996: 283) rejeita essa possibilidade mesmo em caso de oposição injustificada. Para isso, mune-se o julgador com os “mandatos de hacer e non hacer”, art. 297, n.º 2, LEC, e que tem gerado dúvidas constitucionais, ABEL LLUCH, 2005: 381.

³²²LUISO, 2007: 160. CALAMANDREI (1950: 46) afirma que, desta forma, se vai ao encontro de um dos postulados do princípio da auto-responsabilidade das partes: a parte é livre de comportar-se como acredita ser melhor, e o juiz pode retirar do comportamento daquela as devidas consequências. “*A parte comporta-se de um determinado modo, indo ao encontro de um certo risco*”.

³²³O art. 210.º do CPC it. remete para o seu art. 118.º, relativo à *ispezione*. Veja-se CAVALLONE (1970: 170-1), a oposição permite ao tribunal deduzir a existência do facto (que o recusado quer provar através da exibição de documentos) desfavorável ao recusante.

³²⁴CAPELO DE SOUSA, 2011: 103.

³²⁵CAPELO DE SOUSA, 2011: 101. O insigne civilista contempla também casos de recusa legítima de sujeição a esses exames: pense-se no caso da não esterilização adequada da seringa, que poria em causa a dignidade do investigado.

demonstrar que a máxima *nemo tenetur se ipsum accusare* não é dimensão constitutiva do processo civil. No processo penal, o arguido está longe de ser um objecto, e como verdadeiro sujeito processual pode recusar-se a produzir prova contra si mesmo. Essa recusa impede que tal seja valorizado como uma confissão, ou que seja sequer valorado: é um *nullum jurídico*, tal como o silêncio³²⁶. No processo civil, a lógica divergirá, quanto a nós, um pouco. As partes não serão obrigadas a produzir prova contra si mesmo, é certo. Mas tal será valorado: “*quem não deve, não teme*”. É que o processo civil não pode dar-se ao privilégio de não apreciar os comportamentos omissivos. O juiz do processo civil não tem o arsenal que o juiz do processo penal tem ao seu dispor: e bem, porque se num se visa a resolução de conflitos de natureza eminentemente privada, no outro estão em causa bens jurídicos que dizem respeito a toda a comunidade, e cujo fim do processo pode culminar com a privação de liberdade do criminoso. Daí que, como mera técnica processual, o legislador do Código de Processo Civil tenha optado por manter, em caso de ausência de contestação do réu, a doutrina da *ficta confessio*: o réu que não contesta os factos contra ele dirigido, é porque os admite³²⁷. Tais efeitos da revelia não seriam congruentes com o espírito do processo penal. Daí que se possa admitir que, em sede de processo civil, a recusa de cooperação de uma das partes comporte a sanção de inversão do ónus da prova. Tal já não poderá suceder no processo penal.

No ordenamento italiano, a diligência não pode ser ordenada se comportar graves danos para a parte (ou terceiro) nem se implicar a violação de um segredo profissional ou de que se tem conhecimento em razão do ofício³²⁸. Na LEC, permite-se a inspecção de pessoas à porta fechada, com exclusão de publicidade, art. 355.º, n.º 1, desde que se preencham os requisitos do art. 138.º: a protecção da vida privada de uma das partes ou de outros direitos e liberdades.

Mas haverá sempre um limite extrínseco da própria norma: os factos sobre os quais pode recair a diligência (em respeito pelo art. 5.º). A inspecção também não poderá ter um fim puramente investigatório, para encontrar ao acaso elementos probatórios úteis

³²⁶É a renúncia do arguido de se pronunciar sobre a matéria em discussão, COSTA ANDRADE, 2013: 129. Somente se aceitam as confissões que sejam verdadeiramente livres, é uma garantia que não poderá ser frustrada, COSTA ANDRADE, 2013: 284.

³²⁷É “um «saber de experiência feito» que conduz à resolução imediata da questão de facto, mas de forma alguma à «condenação» automática do demandado”, ou seja, o efeito cominatório semi-pleno, MESQUITA, 2013b: 1071.

³²⁸Embora LUISO admita que estes limites normalmente se impõem quanto à inspecção de pessoas, salvo raríssimas excepções (o exemplo dado pelo Professor italiano é uma máquina industrial, cuja inspecção possa importar a revelação de um segredo profissional), LUISO, 2007: 159.

ao caso concreto. A inspecção servirá para acertar, verificar, confirmar os factos alegados pelas partes e outros factos que possam ser processualmente atendidos pelo juiz, já determinados na dialéctica processual, *factos que permanecem na exclusiva disponibilidade das partes*³²⁹.

7.4.1.2. A inspecção judicial do art. 490.º é um poder discricionário ou um poder-dever?

O n.º 1 do art. 490.º apresenta os elementos deonticos permissivos “*pode*” e posteriormente “*podendo*”, remetendo-nos inevitavelmente para a discussão da natureza jurídica desta operação judicial. O verbo “poder” parece votar-nos à inelutável conclusão de que estamos perante um poder discricionário.

Uma norma jurídico-processual conferirá um poder discricionário ao julgador quando o dotar de um certo espaço de livre decisão, espaço no qual terá de agir e decidir, segundo critérios de adequação, conveniência e oportunidade, com intuito de cumprir certos fins. Assim, “*o poder discricionário está ligado à prossecução de um certo fim*”³³⁰. Simultaneamente, estes fins fundamentam e motivam a concessão desses poderes ao seu destinatário. Estes são outorgados para que aqueles sejam alcançados. Ou seja, por um lado, os fins estão no ponto de partida lógico. E, por outro, estão no ponto de chegada.

Em bom rigor, não sentimos que sejamos confrontados com uma *discricioniedade livre*, ou seja, aquela aplicação discricionária desligada do *sentido e fim normativo da lei*³³¹. Esta é de recusar, por princípio, pois o juiz não pode escolher o fim do comportamento que vai adoptar. O comportamento que adoptar, esse sim, estará vinculado ao fim prescrito do corpo normativo em estudo, o art. 490.º, sem nunca descurar do horizonte os arts. 6.º e 411.º. Aceitar que a inspecção judicial configurasse uma manifestação de *discricioniedade livre* quereria significar necessariamente a sua entrega ao *absolutismo judicial*, desligado de *quaisquer critérios materiais e objectivos aquém dos limites gerais impostos pelo fim legal*³³² concreto. E, repare-se, em sede judicial, na presença de uma determinada faculdade discricionária concedida pelo legislador ao julgador, a única finalidade com que este pode exercê-la é “*a concreta e fundada*

³²⁹FABIANI, 2008: 591. Na verdade, esta tese serve para legitimar a inspecção e afastá-la das críticas dos liberais: as partes trouxeram factos à causa, é perfeitamente legítimo que o juiz inspecione lugares, coisas, pessoas, de forma a acertá-los. Mas a inspecção versando sobre quaisquer factos legitimamente adquiridos no processo não faz com que seja um mecanismo inquisitorial.

³³⁰V. QUEIRÓ, 1989: 460 e ss.

³³¹CASTANHEIRA NEVES, 2010: 559.

³³²CASTANHEIRA NEVES, 2010: 568.

*realização do direito*³³³, é a realização materialmente justa do direito no caso concreto. Mesmo que estivéssemos em sede de uma discricionariedade livre em sede judicial [que nos parece inexistente], ela nunca seria livre, pois o juiz está ao serviço do direito, mais do que a formulação escassa do art. 203.º CRP, segundo o qual os “*tribunais (...) apenas estão sujeitos à lei*”.

É que, mesmo em sede de discricionariedade, não se pode negar que lhe é conatural a conformação a um certo dever: “*não só o «postulado da justeza» (...), mas inclusivamente a ideia e a finalidade da justiça terão de informar o concreto exercício de uma qualquer faculdade discricionária*”³³⁴.

Os fundamentos da conveniência e utilidade são a causa jurídica da realização da inspecção judicial. Quer reputeemos o poder concedido pelo art. 490.º como discricionário ou vinculado, aquele visará a satisfação de uma concreta necessidade, em determinadas circunstâncias de facto. E bem poderá acontecer que o juiz se tenha determinado pela convicção psicológica de que, no caso concreto, não existia utilidade na realização da diligência; de nada valerá essa convicção em face da objectiva necessidade e conveniência da inspecção, isto é, da existência dos pressupostos ou factos susceptíveis de as provocarem.

O Professor ALBERTO DOS REIS tomou posição quanto a esta querela³³⁵, exemplificando expressamente que o poder de ordenar a prova por inspecção judicial é discricionário³³⁶. RODRIGUES BASTOS posiciona-se do lado do saudoso Professor, defendendo a natureza discricionária do poder conferido pelo art. 490.^o³³⁷. Rui PINTO³³⁸ também, assim como o Ac. STJ de 18-11-1997³³⁹. Ainda no mesmo sentido se pronuncia o

³³³CASTANHEIRA NEVES, 2010: 571.

³³⁴CASTANHEIRA NEVES, 2010: 586.

³³⁵Mas entendemos que a visão do Professor não deve ser absolutizada. Isto é, as suas ideias cristalizaram-se no tempo. A sua clarividência e sagacidade marcaram um dado tempo balizado, mas se, porventura, o Professor hoje fosse vivo, por certo que marcaria também este tempo com soluções ainda mais vanguardistas. É de louvar que as ideias e o pensamento de ALBERTO DOS REIS tenham quebrado com a corrente liberal do séc. XIX. A concessão de poderes ao juiz era inegável. Inegável também era que a maior parte desses poderes (sobretudo ao nível da prova) ficavam aprisionados à vontade e ao prudente arbítrio do juiz: era este que decidia se um meio de prova era necessário. Posteriormente, mesmo que fosse necessário, o juiz decidia se o ordenava ou não. Todas estas decisões seriam irrecorríveis, porque discricionárias, excepto se a causa da sua impugnação fosse matéria de direito (juiz que recusa a realização da inspecção judicial não porque repute esta como inconveniente, mas porque afirma que não é compatível com o processo em causa).

³³⁶ALBERTO DOS REIS, 2012c: 254.

³³⁷RODRIGUES BASTOS, 2001: 132.

³³⁸2015a: 395.

³³⁹(Sampaio da Nóvoa).

Ac. TRC, de 18-5-2004³⁴⁰: a realização da inspecção judicial depende de o tribunal a julgar como conveniente para se esclarecer sobre qualquer facto que interesse à decisão da causa. O mesmo Acórdão cimenta a insindicabilidade da decisão de omitir esta diligência: se o juiz *a quo* não realizou a inspecção por não a considerar conveniente, o tribunal *ad quem* não pode controlar esse juízo. No Ac. TRE, de 3-6-2004³⁴¹, cimenta-se a particular dificuldade do tribunal de recurso se substituir ao tribunal *a quo*, no que respeita à sua convicção resultante da diligência, afirmando a sua insindicabilidade³⁴². Os resultados práticos desta linha de pensamento são imediatos: do despacho de indeferimento de um requerimento para a realização da inspecção judicial não cabe recurso³⁴³. Só caberia recurso, para o eminente Professor, no caso de, por exemplo, o juiz fundamentar que aquela diligência não tinha cabimento naquele dado processo: tal é uma questão de direito e dessa decisão cabe recurso³⁴⁴. Já quando o juiz indeferisse o pedido da realização da inspecção judicial com base na inconveniência da diligência, aplicar-se-ia o actual art. 630.º e esse despacho de indeferimento seria irrecurável. Não se pronunciado sobre a natureza jurídica da inspecção judicial, o Ac. TRE, de 3-6-2004 (Gaito das Neves), estabelece que não há omissão do dever de averiguação da verdade material por não se praticar a concreta diligência, se o juiz alude à desnecessidade do acto investigativo (em virtude dos factos que se querem dilucidados resultarem já de outros meios de prova). O Juiz Relator coloca também como limite natural da realização da inspecção a proibição da prática de actos processuais inúteis (art. 130.º).

Mas ainda que se considere um poder discricionário, o despacho de indeferimento é recorrível pelo art. 644.º, n.º 2, al. *d*)³⁴⁵.

No entanto, pensamos que o poder concedido pelo art. 490.º é um poder-dever, em virtude da adaptação da norma do art. 490.º aos princípios modernos que regem o processo civil, bem como o princípio ínsito da máxima actividade probatória possível³⁴⁶. Pese

³⁴⁰(Monteiro Casimiro).

³⁴¹(Ana Bernardes).

³⁴²Insindicabilidade da apreciação feita pelo tribunal em resultado da inspecção, ou seja, há um efeito limitador do auto lavrado durante a diligência.

³⁴³Porque proferido no uso de poder legal discricionário.

³⁴⁴ALBERTO DOS REIS, 2012c: 255.

³⁴⁵Em sentido contrário, Rui PINTO, 2015a: 395.

³⁴⁶*Facultas probationum non est angustanda*: não deve o direito à prova ser cerceado. O direito probatório material é uma das condições do direito de acesso à Justiça.

embora o termo “pode”, o artigo é uma manifestação do art. 411.º, logo um poder vinculado³⁴⁷.

7.4.1.2.1. Interpretação conforme os princípios

Haverá contradição entre os fundamentos normativos que devem fundar a prescrição do art. 490.º e a sua efectiva prescrição? A norma, na sua vertente formal, não entrará em colisão com os fundamentos que lhe conferem validade normativa?

A prescrição do art. 490.º não pode ser colhida de forma atomística. Brota de um contexto mais amplo, de um conjunto de princípios que se afirma como sua “*fundamentante dimensão constitutiva*”³⁴⁸. A interpretação do artigo que determina a finalidade da inspecção judicial, que deve fazer-se sempre partindo do caso concreto decidendo³⁴⁹, vai obrigatoriamente forçar a apreciação do art. 411.º, norma que veicula um princípio vinculante para o comportamento processual do juiz quanto ao direito probatório: o juiz deve tomar uma atitude activa na procura da verdade material, quando efectivamente o pode fazer. Na verdade, este mandamento normativo é ainda mais amplo, alicerçando-se também no art. 6.º. Pode afirmar-se, então, que o “*Tribunal não pode ficar com dúvidas quando é possível saná-las com a realização de outras diligências de prova, devendo, até mesmo, ordená-las oficiosamente, caso não tenham sido requeridas pelas partes, estando tal procedimento inserido nos amplos poderes conferidos ao juiz*”³⁵⁰. É esta a fundamentante *ratio iuris* ínsita na actividade interpretativa do art. 490.º. Não é bastante nem suficiente atender à letra normativa. Atribuir um significado transcendente, abstracto e ideal ao elemento permissivo “pode”, desarraigado de um outro conjunto de normas, dos princípios implícitos nas normas relativas à instrução do processo (art. 410.º e ss.), e do concreto princípio fundamentante do critério positivo do art. 490.º não será, a nosso ver, uma interpretação conforme os princípios nem aquela determinação *judicativamente exigida*³⁵¹. O problema que aqui afloramos reduz-se a uma única e singular ideia: o

³⁴⁷Assim, Ac. STJ, 19-4-95 (Martins da Costa); Despacho de 29-6-1992 TRL (Cardona Ferreira); Ac. TRP de 11-5-2009 (Sampaio Gomes); Ac. TRE, 12-2-2015 (Elisabete Valente); Ac. TRE, de 3-11-2016 (Mário Serrano).

³⁴⁸CASTANHEIRA NEVES, 2013: 190.

³⁴⁹“*O prius metodológico não é a norma-prescrição fechada na sua significação e subsistente na sua idealidade, mas pelo contrário o caso concreto decidendo, na sua autónoma e específica problematidade jurídica*”, CASTANHEIRA NEVES, 2013: 129.

³⁵⁰Muito impressivamente, o Ac. TRG, de 12-5-2016 (Cristina Cerdeira).

³⁵¹Expressão de CASTANHEIRA NEVES, 2013: 189.

disposto no art. 490.º traz em si mesmo uma “*contradição que se revela na própria imanência da normatividade da norma*”³⁵².

Relembre-se que, no quadro desta correcção normativa que propomos, tal só é legítimo “*na medida e nos limites dessa coerência a recuperar*”³⁵³. E parece-nos que o poder conferido ao juiz pelo art. 490.º, embora na sua prescrição formal se crie a convicção de consubstanciar um poder discricionário, é vinculado. É, assim, um poder-dever, respeitando os princípios fundamentantes dos arts. 6.º e 411.º, pelo que o juiz tem e deve inspeccionar coisas ou pessoas, bem como deve deslocar-se ao lugar da questão controvertida e deve proceder à reconstituição dos factos, quando estes procedimentos forem necessários ao apuramento da verdade material. Faz-se, desta forma, o elo entre o art. 411.º e o art. 490.º.

Os princípios fundamentantes que conferem validade normativo-jurídica ao art. 490.º, positivados formalmente nos arts. 6.º e 411.º, não o eram assim originariamente. Se hoje a prescrição formal do fim da inspecção judicial entra em contradição normativa com o princípio do inquisitório³⁵⁴, que a nosso ver dá coerência e validade normativo-jurídica ao corpo de normas da instrução do processo, o mesmo não se pode dizer em sede do CPC de 1939, antes de qualquer das reformas sofridas³⁵⁵. Pelo que estamos em sede da correcção diacrónica³⁵⁶.

7.1.4.3. Quando deve ser determinada a inspecção judicial?

O juiz não deve ordenar a inspecção judicial se esta for manifestamente inútil. Para isso, tem de fazer um juízo de prognose sobre a utilidade da diligência. Se for favorável, deve ordená-la. Se o juízo for negativo, deve afastá-la, em respeito pelo art. 130.º e art. 6.º. Durante a tramitação do processo, deve ser afastada a prática de actos processualmente inúteis. Estes embutem no processo morosidade, complexidade, e prejudicam o fim da justa composição do litígio em prazo razoável.

Quanto ao dever de ordenar a inspecção judicial: (i) só deve deixar de ser realizada se se demonstrar, através de um *iter* lógico-racional argumentativo, que a

³⁵²CASTANHEIRA NEVES, 2013: 190.

³⁵³*Idem.*

³⁵⁴Também seguramente entrará em colisão com o princípio da gestão processual do art. 6.º, bem como com o princípio da cooperação, art. 7.º, especialmente o n.º 1.

³⁵⁵Mesmo em sede do CPC pós-reforma de 1961, o art. 264.º, n.º 3, dispunha que “*O juiz tem o poder de...*”, pelo que não tinha o mesmo alcance literal nem transliteral do actual art. 411.º.

³⁵⁶Por ter havido *uma alteração do sentido dos pressupostos princípios fundamentais*, CASTANHEIRA NEVES, 2013: 190.

diligência é de todo desnecessária ou inútil para a descoberta da verdade³⁵⁷; (ii) se se fizer um juízo de apreciação da utilidade da medida, e desse juízo de prognose resultar que esse meio probatório pode consolidar a convicção do tribunal, a inspecção tem de ser obrigatoriamente concretizada³⁵⁸.

7.1.5. As verificações não judiciais qualificadas (art. 494.º)

Este expediente instrutório, introduzido em 2013, é alternativo à inspecção e consubstancia um poder discricionário, o que parece introduzir uma brecha no que temos vindo a afirmar: as diligências probatórias de ofício devem ser sempre entendidas como poderes-deveres, por respeitarem ao *coração do processo* e por poderem influir no conteúdo da decisão final.

Esta diligência vem, de certo modo, quebrar com a imediação *própria* da inspecção do art. 490.º³⁵⁹. Assume um carácter *residual* em relação à inspecção do art. 490.º, por duas razões (i) em causa está uma certificação objectivamente simples³⁶⁰; (ii) o juiz entende que, em virtude dessa observação singela, não tem de ser ele mesmo a fazê-la. É nesse preciso momento que a verificação do art. 494.º “já não é inspecção judicial”³⁶¹.

Todo o objecto passível de verificações não judiciais qualificadas é também objecto passível de inspecção judicial, mas nem todo o objecto desta última é susceptível de uma verificação do art. 494.º³⁶².

E quem fará esta verificação não judicial? Não sendo o juiz, poderá tal tarefa recair sobre um técnico, já não como mero auxiliar do juiz na melhor percepção dos resultados de uma prova, mas como “*agente da própria prova*”³⁶³. Ainda assim, este

³⁵⁷PURIFICAÇÃO CARVALHO, 2015; neste sentido também Ac. TRP, 26-11-2013 (Rodrigues Pires); Ac. STJ de 19-4-1995 (Martins da Costa). Será inútil, quando já tenha havido uma inspecção prévia e esclarecedora, ou quando nos autos existam documentos ou provas que, por si, tornem inócuo o acto de inspecção do local, bem como quando o lugar no qual se quer proceder à diligência já não tem os elementos considerados relevantes para a individualização do caso concreto – uma verdadeira impossibilidade superveniente (alterações topográficas totais).

³⁵⁸Neste sentido, Ac. TRG, 12-5-2016 (Figueiredo de Almeida): “A inspecção judicial é um meio probatório que só deve ser afastado quando não contribuir, ou contribuir pouco para o esclarecimento da matéria de facto sobre que incide, ou seja, quando não tenha relevância para a descoberta da verdade material”.

³⁵⁹Maria José CAPELO, 2015: 330.

³⁶⁰A simplicidade na percepção dos factos, CAPELO, 2015: 332.

³⁶¹CAPELO, 2015: 331.

³⁶²As pessoas estão excluídas da inspecção do art. 494.º.

³⁶³CAPELO, 2015: 333.

técnico que faz uma verificação qualificada não deverá ter o poder de reconstituir os factos (como previsto no art. 490.º), sendo essa possibilidade “*reserva de juiz*”³⁶⁴.

Qual o porquê de considerarmos como poder discricionário a incumbência de um técnico de proceder à verificação do art. 494.º, mas termos reputado a inspecção judicial como um poder-dever? A resposta afigura-se-nos simples. A verificação do art. 494.º apresenta-se num esquema de *subsidiariedade*, é um problema que só se coloca depois de estar acertada a necessidade de inspecção. Se a inspecção é necessária ao apuramento da verdade, *ela terá de ser realizada*. Mas o legislador prevê a possibilidade de essa inspecção ser *singela*. Nesse caso, o legislador não obriga o juiz a fazer ele mesmo essa diligência, podendo este delegá-la num técnico ou pessoa qualificada. Mas mesmo que essa tarefa seja considerada simples pelo juiz, nada o impede de ele mesmo fazê-la e nada o obriga a ter de recorrer ao art. 494.º. Existe discricionariedade na escolha do meio probatório, quando o objecto da diligência de inspecção é dotada de extrema simplicidade, podendo o juiz, um técnico ou pessoa qualificada realizá-la. Já não existe, ao invés, possibilidade de não recorrer a uma daquelas, quando, embora a matéria por inspecionar seja simples, ela é essencial ao apuramento da verdade: o momento discricionário somente existe no momento de escolha entre as diligências dos arts. 490.º e 494.º, quando os factos a serem *apreendidos* forem simples. Dizemos, portanto, que há fungibilidade entre aquelas, neste último caso, salvaguardando sempre o contraditório prévio das partes (art. 3.º, n.º 3).

Em conclusão, a imprecisão da figura vota-a à incerteza se se aproxima mais da inspecção judicial, se da intervenção do técnico³⁶⁵. Por nós, propendemos para uma inspecção *desjudicializada*, um *minus* da do art. 490.º.

Interessante caso é o do Ac. TRL de 8-9-2015 (Maria Adelaide Domingos): uma seguradora exerce o seu direito de regresso sobre o segurado, em virtude de este ter sido exclusivamente culpado de um acidente de viação (por circular com taxa de alcoolemia superior ao limite legal permitido), o que obrigou a autora (companhia de seguros) a pagar às vítimas do acidente um considerável montante. O réu requereu a prova por inspecção judicial do lugar do acidente, para provar que as condições do lugar não lhe permitiram uma condução segura. O juiz rejeitou por entender que a diligência era manifestamente

³⁶⁴ Assim, CAPELO, 2015: 336. Tal demonstra que a verificação não judicial qualificada é um *minus* da inspecção do art. 490.º. No entanto, o texto legal abre caminho ao sentido contrário.

³⁶⁵ CAPELO, 2015: 340; LEBRE DE FREITAS (2013a: 300) afirma que a figura “*mais não se trata do que uma perícia*”, sem as garantias que existem para a prova pericial (impossibilidade de alargar o objecto pelas partes).

inidónea, por terem decorrido mais de 5 anos do sinistro, não sendo adequada à prova daqueles contrafactos. O réu não impugnou autonomamente o despacho de indeferimento dentro dos 15 dias conferidos pelo art. 644.º, n.º 2, al. *d*) conjugado com o art. 638.º, n.º 1. Ora, não havendo impugnação autónoma do despacho de indeferimento do meio de prova, não pode ser objecto de apreciação em conjunto com o recurso interposto pelo recorrente da decisão final. O tribunal *ad quem* não apreciou a rejeição de um meio de prova pelo tribunal *a quo*. O recorrente afirmou também que o tribunal *a quo* não substituiu a inspecção judicial pela verificação do art. 494.º: esteve bem o tribunal de recurso ao afirmar que, não se considerando a inspecção judicial obrigatória [porque dos autos não surge objectivamente a sua necessidade], a verificação do art. 494.º será discricionária³⁶⁶ - a não determinação oficiosa da verificação não judicial qualificada não pode assim ser sindicada pelo tribunal de recurso. Temos o pensamento em consonância, não obstante as circunstâncias do caso ajudarem. Caso a inspecção judicial fosse obrigatória realizar, em virtude da sua concreta necessidade para o apuramento da verdade de um facto, o tribunal *ad quem* já poderia pronunciar-se sobre um eventual decretamento oficioso da verificação do art. 494.º (caso fosse necessário o apuramento de um facto extremamente importante para a boa decisão da causa e a percepção de factos fosse simples).

7.1.6. Inquirição oficiosa de testemunhas (art. 526.º)

O interrogatório das testemunhas era sempre feito pelos advogados, no CPC 1876³⁶⁷. O CPC 1939 introduziu a possibilidade do juiz inquirir a testemunha³⁶⁸. O modelo introduzido foi o de permitir tanto aos advogados como ao juiz fazer o interrogatório directo da testemunha³⁶⁹. O juiz deve afastar as perguntas impertinentes, vexatórias, o *interrogatório desprimoroso* bem como o *sugestivo*³⁷⁰. Havendo fundada justificação para se acreditar que a testemunha mente, o juiz deve, por despacho circunstanciado, determinar a extracção de certidão com vista à instauração de procedimento criminal pela prática de

³⁶⁶Ac. TRL, de 8-9-2015 (Maria Adelaide Domingos).

³⁶⁷Excepto quando não estivesse presente o advogado da parte, v. art. 273.º, DIAS FERREIRA, 1887: 369.

³⁶⁸Aliás, já no seguimento do Decreto n.º 12 353.

³⁶⁹ALBERTO DOS REIS, 2012b: 436.

³⁷⁰As perguntas sugestivas, que levam consigo mesmo uma resposta implícita, são de afastar. As perguntas capciosas (v. ALBERTO DOS REIS, 2012b: 440) constituem perguntas arditosas, preparadas com intuito deceptivo e de induzir o inquirido em erro.

um crime de falsidade de testemunho (art. 360.º CP)³⁷¹. O juiz deve também repelir a prolixidade do testemunho.

A inquirição por iniciativa do tribunal (art. 526.º, ex-art. 646.º CPC 1939 e ex-art. 645.º CPC 1961) para o Professor ALBERTO DOS REIS era um poder discricionário, não um dever³⁷².

Os dois pressupostos da convocação oficiosa de uma pessoa para depor serão: (i) a suspeita de esta possuir o conhecimento de factos importantes para a causa; (ii) que estes ainda não se encontrem clarificados. São pressupostos cumulativos. A circunstância de certas pessoas poderem saber de factos importantes para a causa e não terem sido incluídas no rol de testemunhas não é suficiente para lançar mão do dispositivo do art. 526.º³⁷³: o tribunal deve considerar-se carecido desse contributo face ao conjunto de provas já produzido. Se o tribunal entende (um entendimento motivado) que um facto já se considera provado, não irá notificar uma pessoa para prestar depoimento sobre a existência daquele. Ou seja, *de per se*, é insuficiente o elevado grau de conhecimento de uma pessoa fora do rol de testemunhas sobre um facto da causa, isto é, que tenha conhecimentos de factos importantes para a boa decisão da causa. É preciso que o tribunal ainda não esteja convencido sobre a veracidade ou falsidade do facto em questão³⁷⁴.

O recurso ao art. 526.º não é impedido pela prévia negligência grosseira das partes. A circunstância dos litigantes conhecerem determinadas pessoas, saberem que estas tinham conhecimento de factos importantes para a boa decisão da causa e, ainda assim, não as arrolarem como testemunhas, não impede que o tribunal notifique essas pessoas para

³⁷¹Ac. TRE de 20-1-2015 (Sérgio Corvacho): “Quando alguém afirma, numa ocasião, uma coisa, e, noutra ocasião, o contrário dessa coisa, está necessariamente a faltar à verdade numa das vezes, mesmo que não se saiba qual das duas afirmações é a verdadeira”.

³⁷²2012b: 485. Para o eminente Professor, o artigo conferia um poder ao tribunal, e não um direito às partes (que apenas poderiam sugerir que a medida se concretizasse), v. *Idem*: 487. Repare-se que a concepção do Professor de poder discricionário é de poder arbitrário e, portanto, na p. 487 o Professor afasta a designação de poder discricionário para caracterizar o poder do então art. 646.º (hoje art. 526.º). Mas o *verdadeiro poder discricionário* ainda assim está afecto à realização de certos fins, tem pressupostos na sua concretização. No entanto, concede-se ao agente titular do poder uma margem livre de apreciação e a escolha da solução mais oportuna e conveniente entre as opções concedidas. Sem dúvida que estamos, hoje, perante um poder vinculado, quanto ao art. 526.º.

³⁷³Salvador da COSTA, 2016: 16, insinua que, nestas circunstâncias, funciona o princípio do dispositivo a limitar o tribunal, não podendo ouvir pessoas que não foram oportunamente arroladas pelas partes. Não é o dispositivo a restringir; é a preclusão do direito da disponibilidade de prova das partes, aliada à falta de pressupostos do art. 526.º. Mas não é caso para afirmar que o inquisitório funciona a título supletivo: ele funciona em primeira via, desde que se preencham os requisitos normativos.

³⁷⁴Só será um dever do tribunal notificar uma pessoa fora do rol de testemunhas para depor, “quando se convença que o depoimento pode ainda ser importante para a decisão da causa”, sob pena de os *processos se eternizarem...*, Ac. TRE, de 10-3-2005 (Bernardo Domingos); PIRES DE SOUSA, 2016: 274.

deporem, mal na sua convicção se verifiquem os pressupostos objectivos do art. 526.^{o375}. Interpretou-se bem a norma, no douto Ac. do TRP, de 2-5-2013 (José Araújo Barros), no específico segmento “*quando (...) haja razões para presumir que determinada pessoa, não oferecida como testemunha*”, ao afirmar-se que “*não é impeditivo da utilização de tal poder-dever o facto de a testemunha ter sido arrolada e de, posteriormente, ter sido prescindida pela parte que a indicou*”³⁷⁶. Tal passagem deverá ser entendida como “independentemente da pessoa ter sido oferecida como testemunha ou não”, sob pena de se estar a criar um subterfúgio às partes, que poderiam arrolar como testemunha uma pessoa com conhecimentos importantes para a causa e posteriormente, de forma abusiva, prescindir dela, para que ao tribunal fosse vedado conhecer aquele depoimento.

De forma assertiva, o Ac. TRG, de 28-1-2004 (António Gonçalves), pronuncia-se sobre a *ratio* do art. 526.^o: é munir o juiz de possibilidades de se esclarecer sobre determinados aspectos da causa, em virtude de circunstâncias que advieram da própria discussão pela sua novidade, numa altura processual em que às partes está vedada contribuição instrutória (em que já não se pode aditar pessoas ao rol de testemunhas)³⁷⁷.

7.1.6.1.(Des)necessidade de inovação fáctica?

Portanto, da discussão deve resultar um facto novo para o qual a actividade instrutória das partes não se acautelou? Assim, é o entendimento plasmado naquele Ac. da Relação de Guimarães, e implicitamente no Ac. do TRP, de 16-12-2009 (Rodrigues Pires). No primeiro, relativo a uma acção de investigação de paternidade em que o investigado considerou que uma pessoa devia ser inquirida officiosamente a fim de infirmar a tese propugnada por uma das testemunhas arroladas³⁷⁸. No caso *sub judice*, um sobrinho do investigado afirmou, enquanto testemunha, que ele próprio teria dito perante o notário local que a autora era sua prima e filha do seu tio. Este facto (que o sobrinho do investigado tinha feito aquela afirmação) havia sido alegado nos articulados e o juiz havia considerado como provado, dadas as provas. O réu requereu ao juiz que inquirisse o notário, para

³⁷⁵ Assim, Ac. TRG, de 28-1-2004 (António Gonçalves); Ac. TRP, de 19-10-2006 (Amaral Ferreira); Ac. TRP, de 16-12-2009 (Rodrigues Pires); Ac. TRP, de 7-6-2011 (Pinto dos Santos); Ac. TRL, de 18-6-2009 (Manuel Gonçalves); Ac. TRP, de 2-5-2013 (José Araújo Barros).

³⁷⁶ Também concordante com esta visão, Ac. TRL de 18-6-2009 (Manuel Gonçalves); Ac. TRP, de 26-4-2001 (Teles de Menezes), neste último a testemunha arrolada foi rejeitada por extemporaneidade e posteriormente inquirida ao abrigo do art. 526.^o.

³⁷⁷ Aqui parece acentuar-se a face de “*integração da iniciativa probatória das partes*” do art. 411.^o, ainda que este poder-dever possa (e deva) ser utilizado em primeira linha.

³⁷⁸ Abílio NETO (2015: 588) afasta a aplicação do artigo nestes casos, pois o deferimento nestes casos corresponderia à contradita. PIRES DE SOUSA (2016: 275) também.

infirmar as declarações da testemunha referida. O tribunal *a quo* indeferiu essa pretensão com base na presuntiva inutilidade da diligência, pois o episódio não estaria dentro do campo de hipóteses de acontecimentos que um notário deveria ter registado. E bem. O investigado recorreu deste despacho, e o tribunal *ad quem* confirmou a decisão do tribunal *a quo*, mas pondo a tónica da decisão na falta de inovação do facto. Isto é, da instrução não surgiu um facto novo. Ou seja, deu-se oportunidade às partes para produzir prova e contra-prova sobre aquele facto já conhecido. A tónica da motivação do tribunal *ad quem* devia ter sido, pois, a manifesta inutilidade da medida e a não verificação dos pressupostos do art. 526.º: (i) presuntivo conhecimento pela pessoa a ser inquirida de factos relevantes da causa; (ii) necessidade objectiva do contributo probatório dessa pessoa resultante dos autos. Nenhum dos dois requisitos se verificava na causa, e deveria ter passado por aí a justificação do tribunal de recurso: concordamos com a solução final, não com o *iter* percorrido. A falta de inovação de um facto resultante da instrução não é critério, entendemos.

Por outro lado, podemos também afirmar que, o mais das vezes, resultam factos instrumentais da instrução que indiciam a existência de factos essenciais. Provando a existência de um facto instrumental ou indiciário, mais facilmente se poderá convencer o juiz da veracidade do facto essencial. Nessas situações, dá-se uma *inovação fáctica*, que não é pressuposto do art. 526.º. Mas tal não invalida que, nos casos em que surja um novo facto da instrução, se recorra ao art. 526.º, contanto que a pessoa a inquirir tenha presuntivamente conhecimentos sobre esse facto e que esse contributo seja considerado essencial, dado o conjunto probatório já adquirido. Vejamos o supra-mencionado Ac. do TRP, de 16-12-2009 (Rodrigues Pires). O autor pede a resolução do contrato de arrendamento de um imóvel com base no art. 1083.º, n.º 2, al. *d*), do CC, alegando que o réu não usava o bem locado há mais de um ano. O réu defendeu-se, afirmando que nunca deixara de usar o imóvel e que exercia lá a sua actividade de serralheiro. Embora o caso tenha alguns contornos complexos, durante uma inspecção judicial ao imóvel, notou-se que não existia energia eléctrica, embora existisse uma extensão eléctrica, bem como material que supunha o exercício da actividade mencionada. Veio a saber-se que a energia eléctrica se encontrava há muito cortada pela EDP, o que fazia pressupor o abandono do bem locado. O réu apresentou um requerimento para que uma pessoa viesse a ser ouvida, nos termos do art. 526.º, pois a inexistência do contrato de fornecimento de energia eléctrica não podia

fazer inferir o não uso do imóvel, visto que “*usava uma extensão eléctrica e usufruía da electricidade da vizinha*”. O juiz *a quo* indeferiu o pedido, e após recurso autónomo do despacho de indeferimento, o tribunal *ad quem* veio a pronunciar-se, afirmando que se reuniam os pressupostos normativos do art. 526.º. O que é certo é que o conhecimento da pessoa a inquirir era em relação a um facto inovador (*o uso da electricidade da casa da vizinha*), mas também mediatamente em relação a um facto que já constava dos articulados (que o réu mantinha o uso do bem locado). A inovação fáctica não é pressuposto do recurso ao art. 526.º.

Voltemos ao primeiro requisito da norma. De que forma o juiz afere a utilidade presuntiva da pessoa a inquirir pelo art. 526.º? Pensamos que deve atender à posição da pessoa tal como configurada na hipótese apresentada pelo requerente: assim, se numa acção em que A pretende que B pague os montantes devidos em virtude de um contrato de fornecimento de carne, se A sugere ao juiz que inquirir C por este ter feito os presuntivos transportes das mercadorias relativos às facturas juntas no processo, o juiz deverá colocar-se na hipótese prefigurada por A e entender que o depoimento de C pode vir a ser conveniente para se convencer da existência do contrato. Como também o será numa acção em que se pretende a declaração de nulidade de um testamento, nos termos do art. 2180.º CC, ou que se pretenda a anulação do mesmo, por via da incapacidade acidental (art. 2199.º CC), e o magistrado, perante a dúvida sobre a real capacidade do testador no momento da declaração, não permite a inquirição do seu médico de família. Daqui se retira algo implícito: sobre a parte recai um ónus de convencer o tribunal de que a diligência instrutória *ex officio* é necessária, obrigatória, tendo em conta os autos³⁷⁹. Não é a mera alegação da parte que fará com que a inquirição do art. 526.º seja necessária, mas tem a parte o encargo de demonstrar ao tribunal de que resulta essa necessidade, por exemplo de um outro meio probatório (uma testemunha que referiu aquela pessoa como portadora de conhecimentos essenciais, um documento referindo-se ao nome daquela pessoa)³⁸⁰.

³⁷⁹ Ac. TRL, de 18-6-2014 (Francisca Mendes), onde se retira implicitamente que a parte interessada, ao não indicar “*as razões que permitiriam ao Tribunal presumir que a referida testemunha tinha conhecimento dos factos em causa*”, inobserva um encargo, o que facilitaria o enquadramento da diligência como necessária.

³⁸⁰ Formulação mais simples é a que colhemos do Ac. TRL, de 10-12-2009 (Maria José Mouro), “[d]esde que haja elementos do processo que levem a crer que esse conhecimento [mencionado no art. 526.º] existe – sendo que qualquer meio probatório, como, por exemplo, um documento, pode servir de veículo de transmissão desse conhecimento – tal é suficiente para que, considerando a relevância dos factos para a decisão da causa, o depoimento seja ordenado”. Portanto, bastará a alegação desses elementos do processo. Avançando com o mesmo critério, de forma muito acertada, Ac. TRP, 10-9-2013 (Vieira e Cunha): desde que

O conhecimento da essencialidade do testemunho de pessoas não oferecidas como testemunhas pode resultar de qualquer meio probatório³⁸¹, em virtude da modificação operada pelo Dec.-Lei n.º 329-A/95 (antes, só se podia ter em conta aquelas pessoas cuja essencialidade fosse referida por testemunhas arroladas)³⁸².

7.1.6.2. O cumprimento mínimo de encargos quanto à apresentação de testemunha

Sem dúvida que a actividade instrutória *ex officio iudicis* não serve para completar uma insuficiente ou negligente actuação das partes quanto à prova. Mas o evidente desleixo das partes a *transportar* provas adequadas ao processo não impede a actuação oficiosa do tribunal, quando verificados os pressupostos das normas que impõem a prática oficiosa das diligências probatórias³⁸³.

Não obstante, é extensa a doutrina e jurisprudência que faz alusão à necessidade de um mínimo contributo probatório das partes, cuja produção implique a realização de uma audiência. Pensamos que este argumento, embora lógico, seja de vital imposição.

E porquê? Porque não podemos cair na ideia de que as partes podem deixar de ser responsáveis. As partes têm de ser diligentes, têm de cooperar, e sem essa colaboração não podem sem mais exigir que o tribunal colabore. Tem de haver reciprocidade na colaboração, sem ela cai todo o edifício do processo. Considerando a situação extrema em que o processo não inclui um mínimo de elementos probatórios (carreados pelas partes), não pode o juiz aferir a necessidade de uma diligência probatória de ofício. LOPES DO REGO defende mesmo que a actuação probatória das partes com negligência grosseira deve impedir o recurso aos poderes instrutórios de ofício³⁸⁴: uma sanção ao desrespeito pelas regras elementares da auto-responsabilidade das partes. Assim também foi o entendimento do Ac. STJ, de 28-5-2002 (Afonso Melo), Ac. TRP, de 2-10-2006 (Machado da Silva), o Ac. TRP, de 16-12-2009 (Rodrigues Pires), Ac. TRG, de 4-3-2013 (Ana

haja elementos constantes no processo que levem a crer que o mencionado conhecimento do art. 526.º existe, a diligência deve ser ordenada.

³⁸¹Ac. TRP, de 19-10-2006 (Amaral Ferreira).

³⁸²Em Itália, veja-se o art. 281.º *ter* do *CPC it.*, o juiz apenas poderá ordenar de ofício prova testemunhal, quando as pessoas tenham um presuntivo conhecimento decisivo sobre a causa, e tenham sido “referidas pelas partes, nas exposições dos factos”, não podendo resultar do material da causa, v. NICOLO, 2014: 109. Nos Estados Unidos da América, a *Rule* 614 (a) e (b) das *FRCP* prevê que o tribunal possa chamar a depor uma testemunha, bem como interrogar as que lhe foram apresentadas, sem a lei colocar mais entraves.

³⁸³Assim, Ac. do TRP, de 2-5-2013 (José Araújo Barros): “não poderá nunca essa eventual negligência estreitar a margem de manobra do juiz que queira mais bem investigar os factos, inquirindo pessoa relativamente à qual há indicações objectivas de que pode esclarecê-los”.

³⁸⁴2004: 533-534. O pressuposto dos poderes de investigação oficiosa do tribunal é o cumprimento mínimo dos ónus que sobre as partes caem de indicarem tempestivamente as provas a que vão recorrer “para demonstrar os factos cujo ónus probatório lhes assiste”; no mesmo sentido Abílio NETO, 2015: 588.

Cristina Duarte). De acordo com esta posição, não será de admitir a inquirição de pessoa, ainda que resulte objectivamente dos autos elementos que façam com que aquele depoimento seja presuntivamente necessário ao apuramento da verdade, quando seja precedido de negligência grosseira das partes.

Mas há que fazer uma pequena mitigação a esta posição. Tem de haver elementos probatórios nos autos carreados pelas partes (um mínimo) que despertem o juiz e lhe criem a necessidade de se esclarecer sobre um facto, que considera dúbio: dele não consegue retirar que seja verdadeiro nem consegue retirar a sua falsidade. Do *vazio probatório* nada pode resultar, e o *prius* lógico do uso de qualquer poder instrutório de ofício é precisamente um mínimo de contribuição probatória das partes. Até pode existir negligência grosseira das partes (que poderiam ter arrolado tempestivamente uma testemunha, que sabiam que tinha conhecimentos essenciais), mas tal não é impedimento *de per se* recorrer ao art. 526.º.

7.2. Poder relativo ao conhecimento de factos (art. 5.º)

Como já pudemos apreciar, o princípio do inquisitório não se limita às *diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio* (art. 411.º), tem também um reflexo na matéria fáctica da causa. Embora a epígrafe do art. 411.º seja princípio do inquisitório, este tem um significado mais extenso, e tem um domínio que se estende até aos factos. O princípio do dispositivo (hoje muito mitigado, v. art. 5.º) limita duplamente o princípio do inquisitório³⁸⁵: os factos que podem ser considerados na decisão (art. 5.º) e os factos que podem ser objecto da prova (a instrução dirige-se à prova dos factos controvertidos, art. 410.º, e só alguns factos, aqueles que lhes é lícito conhecer, v. arts. 411.º e 5.º).

Por outro lado, o princípio do inquisitório significa aproveitamento de factos da causa na sentença. É este o lado oculto do princípio. No nosso art. 5.º, pode observar-se essa *longa manus* do princípio do inquisitório: o juiz pode aproveitar todos os factos da causa à excepção dos factos essenciais principais não alegados pelas partes (ainda que resultem da instrução). É aqui que reside (ainda) a tensão do lato princípio do dispositivo e princípio do inquisitório: pelo primeiro só se podem aproveitar factos aportados pelas

³⁸⁵Têm sido estudados como princípios antagónicos. Na doutrina nacional, MANUEL DE ANDRADE, 1976: 373; CASTRO MENDES, 2012: 123; ABRANTES GERALDES, 2010: 50; FIGUEIREDO DIAS, 2004: 188; A boa doutrina, LEBRE DE FREITAS (2013b: 176), coloca em planos opostos princípio do inquisitório e princípio da controvérsia (*Verhandlungsmaxime*): são meras técnicas processuais. Ao inquisitório preferimos designar, como já tivemos ensejo de referir, princípio dos poderes instrutórios de ofício.

partes, ao passo que fazendo cedências ao segundo, o juiz pode aproveitar factos não alegados por aquelas. O princípio do inquisitório significará a possibilidade do tribunal considerar factos não alegados pelas partes.

O princípio do dispositivo deve sofrer uma recompreensão de forma a não se reputar o aproveitamento de qualquer material fáctico da causa como transgressão aos seus postulados. É este o ponto de chegada que almejamos.

Vejamos muito atentamente, e de forma breve, o princípio do dispositivo.

7.2.1.1 O princípio do dispositivo

Secundum allegata et probata iudex iudicare debet, non secundum conscientiam. Quod non est in actis non est in mundo. Nemo iudex sine actore. Ne procedat iudex ex officio. Ne eat iudex extra petitum partium. Sententia debet esse conformis libello.

Não há princípio mais complexo de tratar, a nosso ver, do que o princípio do dispositivo. É a *alma mater* do direito processual civil. Pode ser entendido como um *multiversum*. Nele tem sido encerrado uma multitude de proibições e limites que vinculam o poder judicativo. Numa abordagem intuitiva, poderemos desvelar uma primeira impressão. O princípio do dispositivo (*Dispositionsprinzip oder Dispositionsmaxime*) naturalmente estará ligado a uma disposição, a um poder de dispor. Segundo GUASP, este princípio *prescreve a inactividade do juiz e aplica-se somente à matéria de facto*³⁸⁶. No respeitante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito, o tribunal não estará sujeito às alegações das partes (*iura novit curia*). Ainda assim, o dispositivo vai reflectir-se no conhecimento de direito pelo tribunal³⁸⁷.

Podemos distinguir alguns domínios tradicionalmente abrangidos por este princípio: (i) *decisão quanto à submissão da contenda ao tribunal*; (ii) *limitação da realização judicativo-decisória e definição do thema decidendum*; (iii) *domínio sobre os factos e provas a serem carreados para a discursividade jurídico-processual concreta*; (iv) *poder de colocar fim ao processo por acordo entre as partes*.

³⁸⁶GUASP, 1996: 285.

³⁸⁷“A liberdade subsuntiva do juiz vai exercer-se necessariamente e apenas sobre os factos processualmente adquiridos”, LOPES DO REGO, 2013: 785. GUASP refere-se a esta ligação imbricada entre o *iura novit curia* e o dispositivo, criticando ferozmente afirmar-se que existe uma liberdade de conhecer o direito, ainda que baseado em factos imprecisos: “o ideal de «ver», «ouvir» e «calar» parece que, com efeito, é para a lei um dos mais dignos que se pode ter como inspiração. Logo se diz que, com respeito à última fase do juízo lógico do juiz, este é livre. Mas que tipo de liberdade é esta? (...) Se o juiz tem de apoiar-se forçosamente, por vezes, em factos que não reflectem a realidade, como poderá ser livre para ditar, com base somente naqueles, uma resolução justa?”, GUASP, 1996: 338.

(i) *Decisão quanto à submissão da contenda ao tribunal.* As partes dominam o processo, pois foi entre elas que se desenvolveu a relação controvertida. E esta relação substancial, atendendo a que num dos seus pólos radica um direito material disponível, vai reflectir-se na natureza do processo. Se o direito substancial é disponível, o processo tendente a declará-lo ou efectivá-lo também o deve ser: é a congruência entre as juridicidades material e processual³⁸⁸. Será o dispositivo um verdadeiro princípio processual, ou será apenas uma consequência das regras de direito substantivo? Isto é, não haverá uma confusão entre a disposição do processo e a disponibilidade do direito substancial, bem como com a natureza privada da questão? Não será uma e a mesma coisa³⁸⁹? LEBRE DE FREITAS, em virtude destas mesmas controvérsias, distingue peremptoriamente o princípio da autonomia privada e o princípio que estamos a tratar³⁹⁰.

Apesar destas considerações, a decisão quanto à submissão do litígio à apreciação jurisdicional pertence exclusivamente ao autor, *nemo iudex sine actore*, ou a célebre frase germânica *wo kein Kläger, da kein Richter*. Ou seja, sem autor, não pode haver juiz. GUASP afirma que desta regra se pode apenas retirar *a necessidade do juiz e demandante serem pessoas distintas e, sobretudo, que a actividade do órgão jurisdicional tenha sido exigida ou solicitada previamente*³⁹¹. E isto leva-nos para um segundo momento lógico: o

³⁸⁸ ANDRÉ, 1910: 11, “As partes são, com efeito, senhoras dos seus direitos e, conseqüentemente, dos meios dos quais dependem os seus direitos”.

³⁸⁹ A resposta só pode ser negativa, visto que há cisão entre direito de acção e o direito substantivo que será, em princípio, substrato daquele. Poder-se-á exercer o direito de acção sem que haja subjacente a este um direito material que o funde, o que será avaliado no final da emissão decisória jurisdicional, que declara o direito ao caso. São dois planos distintos, a renúncia ao direito material e a renúncia ao processo, v. LEBRE DE FREITAS, 2013b: 156-7. Vejamos PICÓ I JUNOY (1996:211), “*en virtud del principio dispositivo las partes son absolutamente libres para disponer de sus intereses privados y reclamarlos o no, judicialmente, en la medida que estimem oportuno*”, ou seja, há uma parte do princípio dispositivo que coincide com uma das características dos direitos disponíveis. GRANDI, ministro italiano, chamava ao dispositivo “*projeção no processo do direito subjectivo*”, v. sobre estas considerações, GUASP, 1996: 346; MONTELEONE (2009:10) afirma mesmo que o princípio do dispositivo não se reporta somente ao aspecto substancial do direito, mas também ao “*desenvolvimento do processo, rejeitando que o governo da disciplina técnica seja diferente da natureza jurídica dos direitos naquele deduzidos*”. Não se pode isolar o processo da sua fonte genética, tal como “*não se pode separar o rio da sua fonte*”.

³⁹⁰ 2013b: 157.

³⁹¹ GUASP, 1996: 297-298. Mas o processualista diz mais. “*A iniciativa processual negada ao juiz não equivale forçosamente a uma iniciativa privada*”, pois no processo civil podem estar em causa interesses que extravasem o âmbito particular, *Idem*, p. 363. Havendo interesses públicos em discussão, a regra do *nemo iudex sine actore* não perde vitalidade: cabe ao Ministério Público o impulso inicial do processo. Há diversos exemplos legais como a acção de interdição, art. 141.º, n.º1, CC, a acção de declaração judicial da nulidade do acto de constituição de pessoa colectiva, art. 158.º-A do CC, a acção de impugnação de maternidade, art. 1807.º CC, ou a acção de impugnação de paternidade, nos termos do art. 1841.º, n.º 1, CC.

tribunal não se activa por si só, *ne procedat iudex ex officio*³⁹². Só um estímulo externo pode interpelar os tribunais, só o autor pode fazer com que o tribunal se pronuncie sobre uma relação jurídica material. A esta realidade, podemos chamar *princípio do pedido*³⁹³. É natural que assim seja, pois, de acordo com a natureza dos direitos subjectivos, estes estão à disposição dos seus titulares, logo não é possível uma intromissão oficial na esfera daquilo que é privado. Só o titular do direito subjectivo saberá se quer exercê-lo jurisdicionalmente. É aqui que se revela a “*faceta processual da autonomia privada*”³⁹⁴. Mas, como sabiamente GUASP relembra, esta dimensão do dispositivo tem como pressuposto lógico a “*existência de uma... pretensão*”³⁹⁵. Só com *esta* pretensão se pode dar um processo³⁹⁶.

(ii) *Limitação da realização judicativo-decisória e definição do thema decidendum*. Com isto, queremos aludir à segunda vertente do *principio della domanda*, acolhida no artigo 609.º, n.º 1, de que o juiz não pode condenar em quantidade superior ou em qualidade diversa daquilo que lhe é pedido: *ne eat iudex extra petitum partium*. A teleologia da norma não coloca aporias. Em causa está um garante da imparcialidade do julgador, pois se este puder condenar em quantidade superior àquilo que é pedido por uma

³⁹²Embora a expressão latina seja equivalente ao *nemo iudex sine actore*, tem um âmbito mais amplo do que somente o impulso inicial do processo, referindo-se a todos os actos de impulso que o procedimento acarreta consigo, assim GOMEZ LIAÑO, 1973: 569. Seria, portanto, *uma proibição para o juiz de fazer avançar o julgamento em todas as etapas a serem percorridas até alcançar a decisão final*, GUASP, 1996: 299.

³⁹³Na esteira de LIEBMAN (1960: 551-2) e de MESQUITA, pode autonomizar-se o princípio do pedido do dispositivo. Aquele assume dois sentidos. Um primeiro, pelo qual ao tribunal não é permitido proceder oficiosamente no sentido de dirimir um conflito privado, como resulta do art. 3.º, n.º 1. Ou seja, a consagração do brocardo *ne procedat iudex ex officio*. O segundo prende-se com a limitação da condenação de acordo com o pedido pela parte, art. 609.º, n.º 1, vedando-se ao julgador condenar o réu ou reconvinando a mais ou em qualidade diversa daquilo que foi pedido pelo autor ou pelo reconvinte. Esta última faceta do princípio do pedido conhece diversas derrogações, mas a sua finalidade última reside em garantir a imparcialidade do juiz, que, tal como *a mulher de César, não basta ser, tem de parecer*, v. MESQUITA, 2013a:136 e 140. No mesmo sentido, FABIANI, 2008: 536, afirmando que o princípio do dispositivo se refere somente à actividade de introdução no processo de factos (*allegata*) e das fontes de prova. Também ANSELMO DE CASTRO (1982: 153) atribui uma intencionalidade própria ao princípio do pedido, chegando a afirmar que o princípio dispositivo de parte é uma decorrência daquele. Não autonomizando o princípio do pedido dentro do princípio do dispositivo, SATTA, 1996: 169.

³⁹⁴JAUERNIG, 2002: 131.

³⁹⁵GUASP, 1996: 296.

³⁹⁶Esta dimensão do *ne procedat iudex ex officio (strictu sensu)* ou *nemo iudex sine actore*, queremos assinalar muito contundentemente, não pode jamais ser abandonada. Se tal acontecesse, significaria a *infiltração* ou a imiscuição do poder público em todas as relações privadas. O perigo deste fenómeno hipotético seria se se considerasse a vontade estadual isoladamente idónea a perseguir os interesses que têm tutela do direito privado, o que significaria o desaparecimento do direito privado. E mesmo que houvesse concorrência entre vontade estadual e vontade individual de judicializar interesses privados, haveria relações híbridas, de direito público e privado, a sofrerem uma dupla tutela: privada e pública. Certo é que se estaria a forçar a dimensão individual de certas relações jurídicas, deixando de ter automaticamente esse estatuto privado: *a César o que é César*. V. nota 62, GUASP, 1996: 298-299.

parte, ele tenderá a parecer “*mais parte do que a parte*”³⁹⁷. Outra consequência da regra é a proibição dirigida ao julgador de *não deixar de apreciar qualquer das questões submetidas, deixando-as sem solução*³⁹⁸. O legislador, ao vedar a possibilidade de se condenar em qualidade diversa daquilo que é pedido, parece-nos acolher outro princípio, o da congruência entre o pedido e a condenação³⁹⁹. Mas parece-nos haver uma ineliminável ligação desta segunda acepção do princípio do pedido com um brocardo, mal transposto digamos, e que predominou a partir do século XIX com WACH, e do início do século XX, com CHIOVENDA: *secundum allegata et probata partium iudex iudicare debet*⁴⁰⁰⁻⁴⁰¹. A sentença ter-se-á de manter dentro de um limite máximo, que é o pedido, e abaixo do qual é lícita a condenação. Mas aquela estará sempre limitada pelos factos alegados e provados pelas partes. Ou seja, a decisão jurisdicional vai sofrer duas limitações em interconexão. A primeira, pela qual se cinge ao campo da controvérsia definido pelo autor e réu. É uma segunda, pela qual não pode extravasar o efeito jurídico pretendido pelo autor. É neste sentido que há limitação da realização do direito através do princípio do dispositivo.

³⁹⁷Efectivamente, se o juiz condena o réu a pagar ao autor uma quantia maior do que aquela que o autor pediu na petição inicial, parecerá *mais parte do que a parte*, e comprometerá o pressuposto judicativo de ser *supra partes*. E a imparcialidade é “a essência de julgar”, FAZZALARI, 1972: 201. Sobre estas considerações, MESQUITA, 2013a: 136 e 140.

³⁹⁸GUASP, 1996: 299. Concordamos com esta ideia aduzida pelo eminente processualista. Se, por um lado, ao juiz está vedado decidir sobre matérias não submetidas à sua competência, por outro, não pode deixar de dar solução às questões propostas pelas partes. É o contrapólo necessário: *não pode decidir sobre o que está fora do delimitado pelas partes, mas não pode deixar de decidir dentro dessas limitações*. Com formulação muito idêntica, ALBERTO DOS REIS, 1921-1923: 69, “*o juiz deve conhecer de todo o pedido e unicamente do pedido*”.

³⁹⁹V. GUASP, 1996: 300.

⁴⁰⁰Originalmente esta máxima não se configurava deste modo. Seguimos em inteiro PICÓ I JUNOY, na sua obra *El juez y la prueba*, na qual, muito sucintamente, o Mestre espanhol explana a errada recepção do brocardo formulado pela Escola medieval de Bolonha, *secundum allegata et probata iudex iudicare debet, non secundum conscientiam*, à qual os oitocentistas teriam apostado o vocábulo *partium* ou *partibus*, e apagado a segunda parte. Por um lado, defendendo que somente o alegado e provado pelas partes poderia ser incluído na sentença, permeia-se uma máxima com a visão duelística do processo: o domínio das partes reflectir-se-á na sentença. Por outro, desfigura-se o sentido original do brocardo, ao eliminar o segundo segmento. Unindo as duas partes do aforisma, o intuito seria vedar o juiz de recolher factos da sua ciência privada, e cingir-se ao alegado e provado no processo, independentemente da fonte de emanação ser as partes. *Secundum conscientiam* assume o sentido de “segundo o conhecimento privado do juiz”. Esta linha de pensamento será fulcral para conduzir à desconstrução do dispositivo enquanto limite intransponível do inquisitório. Sobre a errada recepção do brocardo, v. PICÓ I JUNOY, 2007: 43-64, 161-163 e também (1996: 216-217).

⁴⁰¹LIEBMAN entrevê neste brocardo o fundamento do dispositivo, v. LIEBMAN, 1960: 551. BUONCRISTIANI também, 2001: 11. ALBERTO DOS REIS repete a formulação, 1921-1923: 77, mas brilhantemente denota que a imparcialidade do juiz não é ferida por aproveitar factos que surjam do processo: apela à intencionalidade original do brocardo *secundum allegata et probata iudicare debet, non secundum conscientiam*. Diz o Professor: “*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*”. O limite ao aproveitamento de factos emanados do processo, assim, seria o princípio da estabilidade da instância.

ALBERTO DOS REIS pronunciou-se não raras vezes sobre a limitação da actividade judicial em virtude do extenso princípio do dispositivo. Para o saudoso Professor, *os poderes do juiz ficariam circunscritos ao impulso dado pelas partes através da acção*⁴⁰². Apelava à ideia de congruência entre a acção e a sentença, pois esta “*deve julgar a acção proposta e controvertida, nem mais, nem menos, nem coisa diversa*”⁴⁰³. O Professor ALBERTO DOS REIS ia mais longe: apenas os pedidos articulados na conclusão da petição inicial eram tidos em conta, pelo que os pedidos implícitos ou expressos na narração eram desconsiderados⁴⁰⁴.

O princípio da congruência entre o pedido e a pronúncia jurisdicional arrega-se, naturalmente, neste segmento do dispositivo que estamos a tratar. O nexo de coerência entre a decisão judicial e as pretensões deduzidas pelas partes deve subsistir, sob pena da sentença ser nula por excesso de pronúncia.

(iii) *O domínio sobre os factos e provas a serem mobilizados para o processo*⁴⁰⁵. Há muito que a doutrina autonomizou a *introdução de factos e provas no processo* do princípio do dispositivo. GÖNNER designou este princípio de *Verhandlungsmaxime*, que na doutrina italiana tomou o nome de *principio de trattazione*, e na doutrina espanhola *aportación das partes*⁴⁰⁶. A ideia de que as partes controlam o material fáctico e meios de provas destinados a formar a convicção judicial também estará no âmbito do dispositivo. É um dos seus postulados: às partes cabe essencialmente definir o objecto do litígio. São os litigantes que têm de alegar os elementos fácticos da realidade discutida no processo.

Também esta dimensão do dispositivo estará ligada ao ponto anterior, como já tivemos oportunidade de estabelecer. Escrevia ALBERTO DOS REIS, seguindo por perto

⁴⁰²E a acção desdobra-se em três pedaços: os sujeitos, activo e passivo; a *causa petendi*, ou seja, a razão por que se pede tutela jurisdicional, alicerçada em fundamentos de direito e num “*estado de facto contrário ao direito*”; e o efeito prático-jurídico que se pretende obter: o pedido, cfr. ALBERTO DOS REIS, 1921-1923: 66.

⁴⁰³Os limites que o eminente Professor identifica, *Idem*: 67.

⁴⁰⁴A solução corresponde ao formalismo excessivo e rígido, característicos do séc. XIX, entretanto já muito mitigado hodiernamente, v. ALBERTO DOS REIS, 1921-1923, 70.

⁴⁰⁵Ou a *dimensão* [do princípio do dispositivo] *controladora e limitadora do poder cognitivo do tribunal propriamente dito*, pois o tribunal fica limitado ao conhecimento dos factos trazidos pelas partes para a discursividade jurídico-processual, v. MONTALVÃO MACHADO, 2001: 128.

⁴⁰⁶Em Portugal, LEBRE DE FREITAS (2013b) designa-o por princípio da controvérsia, e Manuel de ANDRADE (1976: 373) por princípio de discussão. Tirando estes *conflitos designativos*, importa assentar que o princípio do dispositivo tem historicamente no seu domínio a alegação de factos e a introdução de provas. Se se lhe retirar esses momentos, que correspondem ao *Verhandlungsmaxime*, podemos ousar dizer que estamos perante o princípio do dispositivo *strictu sensu*. O *Verhandlungsmaxime* pode também ser denominado princípio do dispositivo em sentido processual, por se referir à organização do processo e à iniciativa probatória, assim MONTELEONE, 2007b: 267. Sobre isto, v. PICÓ I JUNOY, 1996: 208-222.

MATTIROLO, que a sentença judicativa que se baseasse em factos diversos daqueles deduzidos pelas partes sofreria de um vício *ultra petita*⁴⁰⁷. No entanto, deixava já assente uma fresta, uma pequena abertura ou fenda para novos ventos: “*mal se compreende, na verdade, que o juiz se veja forçado a decidir sôbre relações fictícias, sobre factos incompletos ou desfigurados, sôbre situações quiméricas*”⁴⁰⁸.

Certo é que, se pertence às partes alegar e provar, levando ao extremo este sentido do princípio do dispositivo, a produção oficiosa de provas pelo juiz torna-se excepcional⁴⁰⁹. É através desta dimensão do dispositivo que se define a amplitude de factos que se podem considerar processualmente adquiridos e atendíveis.

(iv) *O poder de colocar fim ao processo por acordo entre as partes*. Sobre esta dimensão do dispositivo, os litigantes podem alcançar consenso no sentido de terminar o processo. Podem, entre eles, perfazer uma transacção. Podem renunciar à continuidade do processo, extinguindo a instância (cfr. art. 277.º, d)), ou o autor pode desistir do pedido, extinguindo consequentemente o direito que queria fazer valer (art. 285.º, n.º 1). Os litigantes podem também pôr fim ao processo através de um compromisso arbitral (art. 277.º, al. b) e art. 280.º). De forma mais directa, a *Ley de Enjuiciamiento Civil* faz referência a este aspecto do princípio do dispositivo, no seu art. 19.º: “*Aos litigantes é permitido dispor do objecto do litígio e poderão renunciar, desistir do juízo, confessar, submeter-se à arbitragem e acordar sobre o que seja objecto do mesmo*”⁴¹⁰.

Ainda há outros momentos *dispositivos* no processo. Assim, as partes é que decidem se querem recorrer de uma sentença, de um despacho, ou se se querem conformar com a orientação decisória do magistrado.

7.2.1.2. Radicação constitucional do dispositivo

A Constituição consagra o direito à propriedade privada e a liberdade de iniciativa económica, bem como um modelo em que convivem interesses públicos, privados, e difusos, em que se admite um lastro amplo de autonomia da vontade e de iniciativa de particulares. Desta feita, de forma indirecta, pode dizer-se que existe uma certa fundamentação constitucional do princípio do dispositivo. Isto é, “*o reconhecimento*

⁴⁰⁷ ALBERTO DOS REIS, 1921-1923: 74.

⁴⁰⁸ *Idem*: 77.

⁴⁰⁹ Como se pode ver no art. 282.º LEC, dedicado à iniciativa da actividade probatória, o princípio da “aportação de parte” surge em primeiro plano, e num plano excepcional pode surgir a prática de prova *ex officio iudicis*, quando a lei o permita. É um dos exemplos de como a actividade instrutória pelo juiz é mal vista e malquista, em nome do *Verhandlungsmaxime*. Sobre isto, v. ABEL LLUCH, 2005: 67-8.

⁴¹⁰ Debruçando-se sobre esta dimensão, PICÓ I JUNOY, 2008: 311.

*constitucional da propriedade privada como um dos pilares básicos do Estado do Direito exige que o processo civil configurado pelo legislador deva estar enformado pelo princípio do dispositivo*⁴¹¹.

A garantia constitucional da propriedade significa que “*a uma posição jurídica de direito privado é associado um direito fundamental de defesa ou manutenção dessa defesa*”⁴¹². FRANÇA GOUVEIA também não entrevê aporias a essa radicação constitucional: “*o princípio do dispositivo é a tradução processual do princípio constitucional do direito à propriedade privada e da autonomia da vontade*”⁴¹³.

7.2.1.3. Leitura do princípio do dispositivo em sentido processual (a uma luz do direito a constituir)

Tem sido utilizado erradamente um certo tipo de argumentação “*a maiori, ad minus*” no que respeita à relação do princípio do dispositivo *strictu sensu* e o princípio da controvérsia ou discussão: se se pode o mais, que é dispor no sentido de demandar e contestar, por maioria de razão somente podem ser considerados os factos deduzidos pelas partes⁴¹⁴.

É PICÓ I JUNOY⁴¹⁵ o autor que mais se debruçou sobre a temática da recompreensão do princípio do dispositivo em sentido processual (*Verhandlungsmaxime*). Passa a argumentação do autor por afirmar que o brocardo *secundum allegata et probata partium iudex iudicare debet* é uma criação do séc. XIX, que deu ensejo à introdução de ideias tipicamente liberais no processo. A verdadeira máxima *secundum allegata et probata iudex iudicare debet, non secundum conscientiam* foi então desvirtuada, e significava que o juiz podia aproveitar o que foi discutido e provado no processo⁴¹⁶. Quanto à segunda parte da máxima, era somente a imposição da proibição do uso do saber privado.

⁴¹¹*Idem.*

⁴¹²NOGUEIRA DE BRITO, 2007: 846.

⁴¹³2013: 602.

⁴¹⁴Este salto lógico, a que MONTALVÃO MACHADO faz referência (2001: 21), não colhe, no nosso entender. Estará por demonstrar que, se as partes dispõem da relação jurídica material, também dispõem dos factos histórico-concretos que lhe dão subsistência. CAVALLONE (1991: 179 e ss e 181 e ss) faz referência às divergências doutrinárias sobre esta “consequência lógica” da disponibilidade das partes sobre a relação material privada e o objecto do processo; PESSOA VAZ, 1946: 87, referindo-se ao princípio da discussão (dispositivo da passividade do juiz), questiona-se mesmo sobre este *controlo da preparação do material de facto da sentença*, acabando por desmenti-lo no conjunto da obra.

⁴¹⁵2007: 161-2

⁴¹⁶Actual nota 400.

É esta compreensão que temos do dispositivo: a garantia da imparcialidade. Tal dá-se em todos os seus momentos: (i) *nemo iudex sine actore*, impede a auto-activação do tribunal – sendo mais parte do que a parte; (ii) *secundum allegata et probata iudex iudicare debet, non secundum conscientiam*, garantido que o juiz se cinge somente ao que se discute e resulta do processo (não podendo aportar a ciência privada); (iii) possibilidade das partes transigirem entre si sobre o objecto do processo – onde não há conflito, não deve o juiz encontrá-lo⁴¹⁷.

Não vemos impedimento ao aproveitamento pelo juiz de qualquer facto que surja da instrução, ainda que não alegado⁴¹⁸. No nosso ordenamento jurídico, tal é visível em dois artigos fundamentais: no art. 11.º CIRE⁴¹⁹ e no art. 72.º, n.º 1, CPT⁴²⁰. Quanto ao segundo, tem-se entendido que a sua singularidade se justifica “*pelo carácter público dos interesses que a lei adjectiva laboral procura acautelar com vista a uma melhor realização da justiça e da harmonia sociais*”⁴²¹. Na aplicação do disposto no artigo 72.º, do CPT, configurando um poder-dever, o juiz está limitado aos factos que resultem da discussão da causa ou aos factos que tenham sido alegados pelas partes nos seus articulados. Podem aproveitar-se factos essenciais⁴²² para a decisão, desde que tenham sido objecto de discussão e de efectivo contraditório.

A mesma solução deveria, a nosso ver, ser transportada para o processo civil. O momento da alegação deve ser flexibilizado, e permitir a jusante uma maior interferência de ofício do tribunal, e concomitante mitigação das preclusões quanto às partes, a fim de alcançar a justa composição do litígio⁴²³⁻⁴²⁴. Não vemos razões para não aderir à tese de

⁴¹⁷E que está definitivamente inspirado pelo direito canónico: preferencialmente, deve procurar-se um acordo com o adversário, *porque o pleno cumprimento da lei é o amor*, a reconciliação, pelo que se deve exponenciar os juízos conciliatórios, BUCCI, 2008: 15, 20-23.

⁴¹⁸Isto porque o “*monopólio dispositivo das partes não respeita, certamente, aos factos históricos na sua consistência ontológica, ou, se se preferir, a «verdade objectiva» das alegações com as quais aqueles vêm afirmados (ou negados) em juízo*”, COMOGLIO, 2014: 1056.

⁴¹⁹Com epígrafe “*Princípio do inquisitório*”: “[n]o processo de insolvência, embargos e incidente de qualificação de insolvência, a decisão do juiz pode ser fundada em factos que não tenham sido alegados pelas partes”.

⁴²⁰“*Se no decurso da produção da prova surgirem factos que, embora não articulados, o tribunal considere relevantes para a boa decisão da causa, deve ampliar a base instrutória ou, não a havendo, tomá-los em consideração na decisão da matéria de facto, desde que sobre eles tenha incidido discussão*”.

⁴²¹Circunscrito ainda “*pela causa de pedir e pedidos, tal-qual delineados pelo autor*” OLIVEIRA & SILVEIRA, 2014: 1-2.

⁴²²Na verdade a lei processual laboral abstém-se de qualificar os factos, se essenciais, se indiciários: são factos.

⁴²³Porventura, uma solução semelhante à do Anteprojecto do CPC de 1990: “*Podem, todavia, ser considerados factos essenciais à procedência da pretensão formulada pelo autor ou da excepção ou reconvenção deduzidas pelo réu, que só por manifesto lapso a parte interessada não tenha alegado, desde*

que o convencimento do juiz em relação aos factos da causa se forma por duas vias distintas: (i) o poder de disposição das partes sobre os seus próprios direitos (ii) e a ideia de que se as partes promovem um processo com um determinado objecto, autorizam implicitamente o juiz a desenvolver cada indagação necessária ao acerto da verdade⁴²⁵.

No entanto, quanto aos factos essenciais entendemos que a atendibilidade pelo juiz deveria depender da vontade da parte a quem aproveita: se são factos essenciais, ou seja, “*factos integrativos da previsão da norma aplicável à pretensão ou à excepção*”⁴²⁶, conduzirão, em princípio, por si só à procedência da pretensão. Se a parte a quem aproveita o facto não quer que dele se saiba por um motivo legítimo, não deve poder prescindir dele? Sim. Prescindir desse facto é prescindir da via da declaração de um direito subjectivo seu; é prescindir livremente do poder jurídico de produzir determinados efeitos jurídicos e de impô-los a certa pessoa. Como CAPPELLETTI defende, a introdução de factos através da iniciativa oficiosa do juiz não se deve considerar uma intervenção profanadora da autonomia privada das partes, porque significaria que estas podem dispor da realidade histórica. As partes podem dispor dos seus direitos, por certo. Mas não podem modelar o *real verdadeiro* fáctico⁴²⁷.

Na nossa construção, assim, se o autor intenta acção de anulação de um negócio jurídico alegando factos constitutivos da hipótese normativa do art. 282.º CC (negócios usurários) e na instrução não se faz prova desses factos, mas resulta dela a existência de factos constitutivos do art. 257.º CC (incapacidade acidental)⁴²⁸, o juiz só deve poder

que à parte contrária tenha sido efectivamente facultada a produção de contraprova ou de prova do contrário.”. MONTALVÃO MACHADO (2001: 364) classifica este sistema de perigoso e susceptível de arbitrariedades do julgador (no exercício dos poderes cognitivos): “*a circunstância de a parte não ter alegado determinado facto essencial (portanto, imprescindível ao êxito da sua pretensão) pode derivar, no nosso entender, de duas razões: - de a parte (ou o advogado) se ter esquecido de o alegar; - ou de a parte (ou o advogado) supor que o facto era irrelevante. Em bom rigor, só a primeira dessas razões é que estava contemplada no AP de CPC de 1990, pois que se a parte não alegasse o facto por não o querer alegar (por supor a sua irrelevância) é óbvio que não estaríamos perante um manifesto lapso*”. “*Seria muito difícil para o juiz descobrir o “estado de alma” da parte (ou do advogado) no momento em que se verificara a não alegação do facto.*”

⁴²⁴ MESQUITA (2016) considera que, *de iure constituendo*, se deve projectar uma maior flexibilização do princípio do dispositivo, articulada com a boa fé, convocando o art. 901.º, n.º 4, o art. 33.º, n.º 3, LAV, ou a *Rule 15* das *FRCP* como exemplos a ter em conta.

⁴²⁵ Sobre a doutrina da «*due vie*», de GÖNNER, bem como da sua *Verzichtsfiction*, pela qual os litigantes autorizam implicitamente o juiz a fazer tudo o que seja mais oportuno para a melhor tutela dos seus direitos, cfr. CAVALLONE, 1991: 18 e 54.

⁴²⁶ SALAZAR CASANOVA, 1991: 115.

⁴²⁷ CAVALLONE, 1991: 38, n. 34.

⁴²⁸ Exemplo semelhante colhido de MESQUITA (2016).

aproveitar esses factos essenciais (mas que importam alteração da causa de pedir) se a parte a quem eles aproveitam demonstrar interesse, e se se fizer um novo contraditório efectivo sobre esses factos. Naturalmente, a parte podia não estar interessada, por poderem estar em causa factos potencialmente lesivos da sua reputação: o estado de intoxicação, ou de embriaguez, ou de transe mediúnico, em que estaria no momento da emissão da declaração negocial. É necessária a manifestação de vontade do aproveitamento⁴²⁹. Se não existir, é como se a parte desistisse dessa via para alcançar o efeito pretendido: a anulação do contrato.

À luz do direito constituído, firme-se, decisivamente isto não é possível (arts. 260.º e 265.º, n.º 1)⁴³⁰. Mas fazendo as alterações necessárias, em cada instituto, inclusivamente no das preclusões para as partes, estar-se-ia ainda assim dentro da finalidade do brocardo *secundum allegata et probata iudex iudicare debet, non secundum conscientiam*, desde que garantindo a defesa, o contraditório, e a vontade daquele a quem os factos essenciais aproveitam obter essa vantagem⁴³¹. Repare-se que, através deste trilho, não se pode afirmar que *o juiz julga o que lhe apetece e o que não lhe é pedido*⁴³², pois estas alterações são desencadeadas pelo desenrolar do próprio processo⁴³³. Seria também por esta via que se reduziria a confusão de distinção de factos essenciais complementares e concretizadores⁴³⁴, bastando fazer referência a factos essenciais e factos não essenciais.

⁴²⁹Ou, de outra forma, “*o juiz pronuncia-se sem acção, porque a acção proposta era individualizada por um elemento causal em tudo diverso*” daquele que o juiz aproveitaria para a sua decisão, CAPPELLETTI, 1967: 417. Impressionantemente, haveria assim um “*fenómeno de subtracção do direito de acção da esfera da disponibilidade exclusiva do sujeito que é titular do direito material*”, não podendo haver uma desprivatização do direito material.

⁴³⁰É para tal contribui a ideia de que o tribunal só pode servir-se dos factos que as partes carregam para o processo: “*as partes deviam ser consideradas os melhores defensores dos seus próprios interesses e, por isso, ninguém melhor do que elas saberia quais os factos que deviam (e quais os que não deviam) ser trazidos ao processo*” MONTALVÃO MACHADO, 2001: 333.

⁴³¹Solução, aliás, que FRANÇA GOUVEIA (2013: 615) defende existir *de iure constituto*, e parece-nos razoável, para os factos essenciais complementares e concretizadores, apesar da letra do art. 5.º, n.º 2, al. d). Apela ao sentido constitucional do princípio do dispositivo. É nesta interpretação que existe epiqueia da norma.

⁴³²FRANÇA GOUVEIA, 2013: 603.

⁴³³GUASP (1996: 337) defende a iniciativa judicial relativamente a quaisquer factos relevantes num processo, “*quando o juiz num processo tivesse notícia da existência de algum facto relevante para o mesmo, e que as partes não tivessem utilizado, a sua actividade devia passar por introduzi-lo no material objecto da decisão e deixá-lo à mesma evidência objectiva de qualquer facto alegado pelas partes.*”

⁴³⁴Terminologia do legislador que suscita a maior das dúvidas. A noção dileitante de factos complementares, relativos a *fattispecies* complexas, pode perigar a noção de causa de pedir ou da excepção. Como questiona Maria José CAPELO (2014: 295-6), qual será o critério para saber quais os factos constitutivos de uma hipótese normativa complexa que devem necessariamente constar para evitar uma ineptidão?

Desta forma, a manifestação de vontade quanto ao aproveitamento de factos essenciais seria o factor diferenciador entre o processo civil e os processos de insolvência e laboral, e com inegáveis vantagens para a vida judiciária, para a tutela jurisdicional efectiva e declaração do direito ao caso em prazo razoável⁴³⁵.

8. O princípio do inquisitório nos processos de jurisdição voluntária: intencionalidade problemática própria?

Os processos de jurisdição voluntária são aqueles em que o juiz assume uma postura essencialmente administrativa, não estando sujeito a critérios de legalidade estrita (art. 987.º)⁴³⁶, ao contrário dos processos de jurisdição contenciosa, nos quais exerce uma “*actividade verdadeiramente jurisdicional*”⁴³⁷. São apenas processos de jurisdição voluntária aqueles previstos na lei como tais (*taxatividade dos processos de jurisdição voluntária*), tendo esta solução do legislador a grande vantagem de “*oferecer à jurisprudência segurança e certeza*”⁴³⁸.

Interessa-nos o art. 986.º, n.º 2: “*O tribunal pode, no entanto, investigar livremente os factos, coligir as provas, ordenar os inquéritos e recolher as informações convenientes; só são admitidas as provas que o juiz considere necessárias*”⁴³⁹. Para ALBERTO DOS REIS, esta consagração significa o triunfo da actividade inquisitória do juiz sobre a actividade dispositiva das partes, em virtude do juiz poder “*utilizar factos que ele próprio capte e descubra*”⁴⁴⁰, e podendo produzir prova em primeira linha. Na jurisdição contenciosa, continuava o eminente Professor, “*os poderes oficiosos do juiz em matéria de instrução do processo têm carácter subsidiário, em confronto com os poderes*

⁴³⁵“*Note-se que a prevalência de uma visão que tende a sacralizar a regra do dispositivo (...) conduz a resultado profundamente lesivo dos princípios – também fundamentais em processo civil- da economia e da celeridade processuais: na verdade, a improcedência da acção inicialmente intentada e em que se formulou pretensão material juridicamente inadequada não obsta a que o autor proponha seguidamente a acção correcta, em que formule o – diferente – pedido juridicamente certo e adequado, por tal acção ser objectivamente diversa da inicialmente proposta (e que naufragou em consequência da errada e insuprível perspetivação e enquadramento jurídico da pretensão)*”, LOPES DO REGO, 2013: 794. Também GUASP, 1996: 353 se pronuncia neste sentido: “*o direito objectivo pede ao juiz que comprove a efectiva existência de uma declaração de vontade do autor para dar início ao processo. O juiz não pode substituir a parte nem ajudá-la. Mas ultrapassado este momento inicial, a função de colaboração do órgão jurisdicional deve ser ordenada com um amplo critério (...) a lei não tem interesse num enorme número de acções ineficazes por um planeamento errado do problema jurídico*”.

⁴³⁶Por exemplo, o processo de promoção dos direitos e protecção das crianças e jovens em perigo, previsto no art. 100.º LPCJP. A este propósito v. Ac. TRL 13-10-2016 (Anabela Calafate), em que se procura a solução mais oportuna e conveniente para o caso concreto, caracterizante dos processos de jurisdição voluntária.

⁴³⁷ALBERTO DOS REIS, 1956: 398.

⁴³⁸*Idem.*

⁴³⁹Formulação idêntica, mas não coincidente em relação ao art. 1448.º do CPC 1939.

⁴⁴⁰ALBERTO DOS REIS, 1956: 399. Ou seja, de acordo com esta caracterização, hoje o Professor ALBERTO DOS REIS consideraria o nosso processo civil inquisitorial moderado.

das partes, ao passo que na jurisdição voluntária não se verifica tal subordinação”⁴⁴¹. O juiz pode também recusar provas que não repute como necessárias, como resulta na 2.^a parte do n.º 2 do art. 986.º. Não é esse o critério para o processo comum. O juiz pode afastar as actuações probatórias impertinentes e dilatórias (art. 6.º), mas não pode impedir que as partes produzam prova (no âmbito do direito à prova, ou *disponibilità delle prove*)⁴⁴².

Na verdade, queremos aqui marcar uma posição crítica: embora resulte da lei que o tribunal investiga livremente os factos (em sede de jurisdição voluntária), cremos que o carácter *inquisitivo* ou *inquisitorial* não resulta da circunstância de o juiz poder investigar factos por si mesmo (em primeira linha), mas sim poder investigá-los de *forma livre*, podendo “arbitrariamente” prescindir de uns e recolher outros (tendo como único farol no horizonte a equidade, a justiça com coração, desprendida das amarras das normas rígidas do direito constituído.

⁴⁴¹ *Idem.*

⁴⁴² Assim também ALBERTO DOS REIS, 1956: 400.

Capítulo III

Os movimentos sofisticados contra os poderes probatórios *ex officio iudicis*

1. Críticas ao Princípio do Inquisitório

A doutrina que crítica a atribuição de poderes ao juiz sobre a prova é geralmente também contra o seu papel mais activo no processo, preferindo um comportamento mais inerte e apático. Trazem consigo, muitas vezes, os mesmos medos que o liberalismo procurou combater: os juízos arbitrários, irrestritos, incontrolláveis. Defendem, muitas vezes, um processo de índole duelística, que se conforma à máxima que perpassa todo o pensamento liberal: a neutralidade⁴⁴³. A passividade do juiz seria o meio funcional de alcançar a garantia plena e eficaz dos direitos subjectivos dos cidadãos⁴⁴⁴.

CIPRIANI, embora parecendo-nos perto da linha *ideológica* de MONTELEONE e MONTERO AROCA, aduz um argumento que nos é muito sensível e em nada preclui o nosso trilha argumentativo: *a concessão de poderes instrutórios de ofício ao juiz não é por si manifestação de autoritarismo*⁴⁴⁵ ... mas já o será quando o conteúdo desse poder for insindicável, insusceptível de controlo por instâncias superiores. Ou seja, *a ampliação dos poderes discricionários do juiz à custa das garantias das partes, da certeza do direito e do princípio da igualdade de armas*⁴⁴⁶, configura uma manifestação de autoritarismo em sede do processo civil. CIPRIANI, ainda assim, desconfia que a atribuição de poderes instrutórios de ofício é um regresso camuflado a um passado remoto, que se quer distante⁴⁴⁷.

Não há perigo nenhum que num processo civil coexistam poderes do juiz e das partes: como se tem visto desde as concepções publicistas. A iniciativa oficiosa quanto à prova não é incompatível com a estrutura do processo civil, também. O problema começa, avisa FABBRINI, com a *“coexistência entre poderes do juiz ilimitados e poderes das*

⁴⁴³A neutralidade é levada a conceito central do liberalismo, MERRILL, 2015: 52-3, existindo uma obsessão febril do processo liberal em procurar um *juiz de pedra*, desapaixonado da lide, desinvestido de um lastro significativo de poderes instrutórios. Melhor: *“O jurista decidente, aprisionado por um ergotismo dissolvente, transfigura-se numa grotista personagem, volvendo-se em mero autómato,...”*, e *“não passa então de um andróide”*, BRONZE, 2012: 79. A imparcialidade judicativa implica uma atitude pró-activa, desprendida de passividade, pois *“julgar significa discernir, examinar, valorar, discriminar, [proceder a] operações intuitivamente imputáveis à razão”*, TRUJILLO, 2003: 50-1.

⁴⁴⁴GRECO, 2008: 30-31.

⁴⁴⁵CIPRIANI, 2007: 295; também CIPRIANI, 1994: 60, em que defende a redução das decisões discricionárias ao mínimo possível, aumentando ao máximo a sua sindicabilidade, assegurando sincronicamente às partes o exercício dos seus direitos processuais, equilibradamente, e o mútuo respeito entre os sujeitos do processo.

⁴⁴⁶CIPRIANI, 1994: 32-33.

⁴⁴⁷2007: 297.

partes circunscritos em demasia a um sistema de preclusão rígida”, ou seja, a existência de “*poderes solitários do juiz*”⁴⁴⁸. Os poderes e faculdades activas do tribunal exigem que se concedam “*fortes garantias às partes, para não se convolar em arbitrariedade e abuso de poder*”⁴⁴⁹.

A solução estará obviamente em condicionar o exercício de poderes judicativos à existência de pressupostos-base, que quando verificados implicarão obrigatoriamente o uso daqueles, e sempre sujeitos a limites determinados. Mas não só. Estes poderes terão de ser impugnáveis, e controlados nesta sede: se se provar que deveriam ter sido de outro modo, repete-se o exercício; se houve omissão, pratica-se *ab initio* esse poder *devido*⁴⁵⁰.

1.1. Os interesses privados em jogo

Alguns autores afirmam que a concessão de poderes instrutórios de ofício ao juiz é ilegítima visto que, na sua perspectiva, o processo é um contrato entre os litigantes. Mas há muito que esta visão se dissolveu na poeira do tempo e, embora a relação material controvertida que subjaz ao processo tenha natureza privada, não se pode afirmar que a autónoma relação jurídica processual tem a mesma natureza. Pelo contrário. A relação jurídica processual dá-se entre as partes e entre estas e o juiz. E o juiz não é um sujeito processual meramente espectador, pois deve contribuir activamente para o *ius-dicere* e para a justa composição do litígio, também parte integrante do direito à tutela jurisdicional efectiva. Portanto, embora a relação material controvertida ou o objecto litigioso seja de natureza privada, não se pode submeter a administração da justiça nem os interesses superiores do ordenamento jurídico a raciocínios de mera oportunidade privatística. A intervenção do magistrado na prova ainda assim é exercício da jurisdição.

⁴⁴⁸FABBRINI, 1989: 435; em sentido contrário, apelando a um sistema de preclusão rígida em relação às partes, convivendo com o poder inquisitório do juiz, IGREJA MATOS, 2007:105. Tendemos para o autor italiano, mas preferindo uma cominação pecuniária das actuações negligentes das partes. MONTELEONE, 2007a: 868, critica a ausência de preclusões para o juiz e as excessivas preclusões para as partes. Quanto à primeira crítica, discordamos, pois o órgão jurisdicional não deve sofrer preclusões com prejuízo à justa composição do litígio – a não ser na modalidade do esgotamento do poder jurisdicional, em que deve ceder ao brocardo *interest rei publicae ut sit finis litium*, e fazer prevalecer a segurança jurídica. Quanto à segunda, temos de concordar: um sistema rígido de preclusões sobre as partes está por demonstrar que seja o meio mais idóneo a alcançar a justa pacificação do conflito. Parece-nos de adoptar um sistema de preclusões flexíveis. Só deve o processo fechar a porta a actuações abusivas e dolosas e sancionar pecuniariamente as acções processuais extemporâneas mas necessárias ao apuramento da verdade.

⁴⁴⁹TARUFFO, 2013: 85.

⁴⁵⁰FABIANI, 2008: 712.

Como SATTA indica, não é por o legislador subtrair às partes o poder monopolístico da iniciativa de prova, e ceder parte dele ao juiz, que se comprometerá o carácter disponível do interesse discutido no processo civil⁴⁵¹.

1.2. Motivações técnicas ou de oportunidade⁴⁵²

Foram as partes que viveram a relação material controvertida, que conhecem os concretos contornos, os factos a mobilizar para o processo. Uma das críticas apontadas ao uso de poderes instrutórios *ex officio* baseia-se no antigo ensinamento de CHIOVENDA que “*as partes são os melhores juízes da própria defesa e que ninguém pode conhecer melhor que elas os factos que devem ser alegados e os que não devem*”⁴⁵³. Em consequência, também são elas que sabem as melhores provas a carrear para o processo. Está mais que demonstrado que, por razões de técnica processual (e de lógica), são as partes que trazem os factos e as provas ao processo (o juiz não se auto-activa, e sobre o vazio o juiz não pode ter qualquer intervenção). Mas esse pensamento não contende com a actividade instrutória do julgador⁴⁵⁴. Aquela afirmação de CHIOVENDA não explica o porquê de se excluir essa actividade jurisdicional⁴⁵⁵.

1.3. Expressão de um regime autoritário

MONTERO AROCA reabriu um longo debate doutrinal no processo civil, abrindo caminho para uma deriva neo-liberal, e de acordo com o reputado autor a escolha de conceder ao juiz poderes de iniciativa probatória oficiosa é *eminente política, de índole autoritária*⁴⁵⁶. Um sistema processual civil que confere ao juiz poderes de instrução reflectirá um Estado eminentemente autoritário. Se a *longa manus* do Estado no processo tem poderes de influenciar o destino da lide, interferindo ao nível da prova, quererá significar que o Estado interfere nas relações entre os particulares, esvazia o sentido das esferas privadas, imiscui-se de forma a fazer diluí-las: é um Estado totalitário⁴⁵⁷. Um Estado liberal não deve contemplar juízes com poderes de iniciativa probatória. A concessão de poderes instrutórios de ofício não é uma mera técnica processual, à

⁴⁵¹ V. SATTA (1996: 187-8), que confirma, intuitivamente, a natureza meramente técnica do *Verhandlungsmaxime*, presente no art. 115.º CPC it. Justifica-se pela oportunidade que as partes “*tiveram de conhecer melhor a existência e conveniência das provas*”.

⁴⁵² Como PICÓ I JUNOY (2007: 105) afirma, trata-se de uma objecção de índole prática.

⁴⁵³ CHIOVENDA, 1993a: 176.

⁴⁵⁴ Também assim, PROTO PISANI, 2006: 411.

⁴⁵⁵ Assim, PICÓ I JUNOY, 2007: 106.

⁴⁵⁶ MONTERO AROCA, 2004: 553 e ss.; 1996: 42 e ss. e 465 e ss..

⁴⁵⁷ Ver sobretudo, CORREIA DE MENDONÇA, 2005: 65-125, 2007: 67-72; CIPRIANI, 1995: 969 e ss.; e 2002: 1243 e ss.; MONTELEONE, 2007b: 271; MONTELEONE, 2007a: 864 e 867.

disposição da ponderação do legislador⁴⁵⁸. O aumento dos poderes do juiz no que concerne à prova não é mais do que reflexo de uma visão autoritária do Estado, pois os poderes do Estado sobre a sociedade aumentam de forma desvelada, através de um juiz mais interventivo no processo civil⁴⁵⁹.

Este é um dos argumentos sistematicamente repetidos, mas vejamos que este não é o argumento decisivo para inferir se um Estado é liberal ou autoritário. Se o Estado não assegurar a proibição do juiz poder aproveitar-se da sua ciência privada, ou seja, não garantir a sua imparcialidade, por muito que confie totalmente a instrução às partes, não poderá ser considerado um Estado liberal (nem democrático)⁴⁶⁰. A tensão entre processo liberal e processo autoritário prende-se também a muitos equívocos: um processo puramente de partes pode dar-se em regimes autocráticos e despóticos, e o processo que os liberais qualificam de autoritário (em que se concede iniciativa instrutória ao juiz) pode dar-se em regimes democráticos, com pleno respeito pelo Estado de direito⁴⁶¹. MONTELEONE refere-se também ao *juiz-ditador* dentro de um processo, que se apropria dos direitos deduzidos em juízo pelas partes⁴⁶². Não nos parece razoável esta leitura, até porque, a todo o tempo, o princípio do dispositivo permite a transacção, o compromisso arbitral, o consenso dos litigantes para que o conflito chegue ao fim. Logo, existindo estes consensos, o juiz não pode continuar o processo em nome da declaração do direito objectivo ao caso. Afasta-se a ideia do *juiz-ditador*. Se o processo civil tem como função a tutela dos direitos subjectivos dos cidadãos, como afirma acertadamente MONTELEONE⁴⁶³, como podemos permitir que, perante um substrato de falsidade fáctica, se permita (eventualmente) tutelar direitos que afinal não existiam?

É preciso deixarmo-nos de tergiversações. TARUFFO desconstrói aqueles argumentos: “*um processo em que um juiz dispõe de poderes sobre a prova não implica*

⁴⁵⁸Em claro confronto à posição de PROTO PISANI, pela qual existem duas vias possíveis de técnica processual, o princípio da disponibilidade das provas e o princípio dos poderes instrutórios de ofício. No primeiro, a prova apenas é trazida à mundividência do processo por via das partes. No segundo também é possível por iniciativa do juiz, desde que com respeito pelo contraditório e controvérsia das partes e se respeite a limitação imposta pela *proibição do uso da ciência privada*. É sobretudo este último aspecto que o distingue do princípio do inquisitório para o eminente Mestre italiano, pelo qual se atribui poderes autónomos de procura da verdade (mas sem se observar aquelas exigências), v. PROTO PISANI, 2006: 411.

⁴⁵⁹MONTERO AROCA, 2004: 571.

⁴⁶⁰TARUFFO, 2002: 267.

⁴⁶¹Como exemplifica, e bem, TARUFFO, 2002: 269, com a Itália fascista, a Alemanha nazi (que deixou intocada os poderes de instrução do juiz) ou a Espanha de Franco, que mantiveram processos civis de índole liberal. V. também BARBOSA MOREIRA, 2005: 200-1; DIDIER JR., 2014: 210.

⁴⁶²MONTELEONE, 2007a: 873; MONTELEONE, 2009: 12.

⁴⁶³MONTELEONE, 2009: 13.

algum autoritarismo processual, podendo tais poderes configurar-se como meramente supletivos e integradores daqueles das partes". Ou seja, "o juiz pode desenvolver um papel totalmente secundário, ou marginal, na recolha das provas"⁴⁶⁴. Mais. Demonstra que a concepção de autoritarismo é frágil, pois pode ter várias significações, tornando-se vaga e genérica, e sobre as equivalências tradicionalmente feitas na doutrina de "juiz munido de poderes instrutórios" a "regime autoritário", e "juiz de pedra" a "regime liberal", afirma que se está perante *slogans polémicos privados de valor científico*⁴⁶⁵. Critica, além do mais, a racionalidade procedimental inerente à teoria liberal. Melhor, põe-a a descoberto: "não se preocupa com a qualidade da decisão final", pois o que pretende é que seja "resultado directo do choque individual entre as partes, sem relevar o conteúdo daquela"⁴⁶⁶. O panorama muda completamente quando se põe como finalidade do processo a descoberta da verdade, para que se alcance a justa composição do conflito. A decisão será materialmente justa se assentar em factos verdadeiros, que não sejam incompletos, porque na incompletude também não existe verdade⁴⁶⁷.

Ora, se todos os sistemas europeus continentais (que temos conhecimento) de um modo ou outro atribuem, em maior ou menos quantidade, poderes ao nível da prova, como se pode qualificar como autoritários os processos, se os regimes europeus são democráticos⁴⁶⁸?

1.4. Perda de imparcialidade

A *terzietà* distingue-se da imparcialidade. Ainda assim devem ser tratadas em conjunto, por serem quase indissociáveis. A primeira refere-se à qualidade de terceiro, e por isso implica que o juiz não possa realizar actos das partes, *maxime* introdução de

⁴⁶⁴TARUFFO, 2012: 453-454.

⁴⁶⁵TARUFFO, 2012: 458. Na Alemanha, Suíça, Portugal, França, é conferido ao juiz um papel activo quanto à prova, e não é por esse facto que estamos perante regimes autoritários e anti-democráticos; de forma concordante, PICÓ I JUNOY, 2007: 114-117. O juiz alemão tem um poder geral de iniciativa de prova, com a excepção da prova testemunhal, CAPONI, 2006: 533; Em Inglaterra, as CPR de 1998 conferiram poderes de direcção ao juiz, mas manteve-se a tradição do *sistema adversarial*, sem atribuir àquele poderes de iniciativa de prova. Apesar de isso, o juiz pode controlar a prova, *Rule 32.1*, alertando as partes para os factos carecidos de prova, clarificando o tipo de provas que reputa como idóneas para tal, bem como pode pedir à parte para esclarecer matéria da causa, *Rule 18.1 (1.(a))*.

⁴⁶⁶TARUFFO, 2012: 470.

⁴⁶⁷E o accertamento dos factos pode exigir uma integração da iniciativa probatória das partes, quando se verifique que seja escassa, inadequada, para que se alcance uma sentença materialmente verdadeira, v. TARUFFO, 2012: 476.

⁴⁶⁸Este argumento, quanto ao caso concreto português saído da reforma de 95/96, é avançado por FRANÇA GOUVEIA (2007: 51), contrariando os argumentos de CORREIA DE MENDONÇA. V. também PICÓ I JUNOY, 2012: 277-278.

provas no processo⁴⁶⁹. É fácil derrogar este argumento. O juiz enquanto sujeito da relação jurídica processual deve também *participar constitutivamente na declaração do direito ao caso*. O juiz deve poder usufruir de iniciativa probatória de ofício, mas esta estará consignada ao fim do apuramento da verdade de um facto necessário à justa composição do conflito⁴⁷⁰. Quanto à imparcialidade, será *sempre algo de subjectivo*⁴⁷¹. MONTERO AROCA insinua que as provas disponíveis de ofício seriam lesivas à garantia da imparcialidade⁴⁷². É comum ver-se na doutrina referências à incompatibilidade psicológica da mesma pessoa julgar e procurar elementos de defesa das partes⁴⁷³. Isto é, haveria uma incompatibilidade psicológica entre as funções de recolha de prova e de decisão. Mas não haverá a mesma incompatibilidade, se um juiz considerar certos factos verdadeiros, sabendo que são falsos (porque não pode considerar certos factos não introduzidos pelas partes, mas que brotaram da dinâmica do processo)?

Uma das críticas é que o julgador estará a tomar parte por um dos litigantes: se ordena uma prova que, em abstracto, poderá beneficiar um dos pólos da relação material controvertida (e processual). MONTELEONE vai mais longe, afirmando que o juiz que se envolve na aquisição probatória, “*perde a objectividade e a autonomia do juízo, sendo inelutavelmente levado a atribuir peso decisivo às provas introduzidas por ele*”⁴⁷⁴.

A *terzietà* (qualidade de terceiro) e a imparcialidade do julgador não estarão afectadas somente num tipo de processo civil inquisitório (ou seja, aquele no qual o juiz pode recorrer à ciência privada para alcançar a decisão que põe fim ao litígio). Estarão também perigadas num sistema que atribui ao juiz poderes instrutórios officiosos (e, portanto, na terminologia de FABBRINI, «*poteri capaci di influire sul contenuto della decisione del giudice*»)⁴⁷⁵ mas cujo exercício esteja “*desvinculado de um determinado*

⁴⁶⁹Referindo-se a esta noção de *imparcialidade*, com maior rigor, IGREJA MATOS, 2007: 89 (nota 4) e 96.

⁴⁷⁰Aqui é um interesse público que motiva a actuação judicativa, e não o interesse egoístico das partes.

⁴⁷¹IGREJA MATOS, nota 4 da p. 89.

⁴⁷²1996: 384.

⁴⁷³Assim, expressamente, CHIOVENDA, 1993a: 176; e LIEBMAN, 1960: 562-3. Também PESSOA VAZ, 1946: 144. “*Não seria de modo nenhum conveniente confiar-se-lhes [aos juízes] essa actividade [indagação de índole policial das relações jurídico-materiais dos particulares], por haverem de manter-se nitidamente distanciadas no plano processual as esferas de actuação do juiz e do defensor, em consequência de existir uma verdadeira incompatibilidade psicológica entre a função de julgar e a de empreender no processo a pesquisa dos elementos de defesa das partes – Quere dizer que, segundo esta última perspectiva, o princípio da actividade probatória dos tribunais não só envolveria grave perigo de parcialidade por parte destes no exercício da função judicial, como ofenderia, por outro lado e sempre, um dos princípios fundamentais do processo civil – o princípio da igualdade das partes*”

⁴⁷⁴MONTELEONE, 2007b: 270.

⁴⁷⁵FABBRINI, 1989: 410.

modo de exercício predeterminado e, portanto, remetido à mera discricionariedade do juiz” (entenda-se arbitrariedade, insusceptível de controlo, insindicável).

Se o juiz, por requerer certas provas ou sugerir produção de uma certa prova às partes, perde a sua imparcialidade, por maioria de razão, quando o juiz adjudica a decisão a favor de uma das partes também perderá a sua imparcialidade⁴⁷⁶. O juiz orienta-se por critérios de justa eficiência do processo e de busca da verdade.

Só partindo do pressuposto de que o juiz não é uma pessoa razoável, é que se pode temer a concessão de poderes instrutórios *ex officio iudicis*. O modo de combater as eventuais *early bias*, as inelimináveis subjectividades do julgador, não é a eliminar esses poderes: é sim oferecer às partes as máximas garantias de defesa, de contraditório, de recurso.

PICÓ I JUNOY diz mais: se o juiz no processo civil perde a sua imparcialidade por produzir prova de ofício, quererá dizer que no contencioso penal e no contencioso administrativo, os juízes serão parciais por praticarem esse tipo de prova⁴⁷⁷?

Consideramos que a imparcialidade do juiz estará garantida desde que a concessão destes poderes seja por via da lei e com limites bem definidos. É o legislador que tem de fixar os pressupostos da actuação judicial. Estabelecendo rigidamente a causa fundante do poder instrutório *ex officio iudicis*, não há que temer a perda de imparcialidade. A partir do momento em que o legislador faz depender a actuação do juiz da existência de uma causa objectiva (*maxime* o surgimento nos autos do nome de uma pessoa não arrolada como testemunha e que tem conhecimentos esclarecedores sobre um facto do processo sobre o qual o juiz tem dúvidas), não se pode duvidar da imparcialidade do julgador: ele move-se na estrita e rígida “margem” concedida pelo legislador, devendo apenas agir ao nível da instrução mediante a verificação de certos acontecimentos. Como os acontecimentos são imparciais na sua ocorrência (uma testemunha que refere uma pessoa com conhecimentos importantes ou um documento com informações essenciais para a resolução do conflito), o que resulta a jusante disso também será imparcial⁴⁷⁸. O que não

⁴⁷⁶Em sentido semelhante parece estar DENTI (1984: 732), que afasta os críticos dos poderes instrutórios *ex officio*, afirmando que o juiz, então, também poderia ser chamado parcial no momento da aplicação da regra de direito (em sede de *iura novit curia*), pois “se o juiz vai à procura da solução à *quaestio iuris* deveria por isso mesmo perder a sua neutralidade, tal como o juiz que se mostra activo a fim de resolver a *quaestio facti*”.

⁴⁷⁷PICÓ I JUNOY, 2007: 112-113.

⁴⁷⁸Expressamente contra, MONTELEONE, 2007a: 870 e ss.. Como o juiz estará, com a sua actuação instrutória de ofício, a potencialmente beneficiar uma das partes (embora não saiba o resultado final da diligência, não destruindo a sua imparcialidade), estará a colocar-se num *plano de interesses das partes*, o

pode existir é uma actuação de investigação *ex officio* de factos desconexos com a causa. A actividade judicial será de verificação desses mesmos factos que brotam do processo⁴⁷⁹.

Ora, quando o tribunal ordena de ofício a produção de uma prova, não sabe a quem pode beneficiar ou prejudicar, sendo o seu “*único objectivo o cumprimento eficaz da função da tutela jurisdicional [efectiva] que a Constituição lhe outorga*”⁴⁸⁰.

1.5. Destruição da regra do ónus da prova

Alguns autores têm posto em evidência que o labor officioso do juiz em matéria probatória pode avantajá-la uma das partes em detrimento da outra. Os poderes instrutórios do juiz são idóneos a demonstrar os factos deduzidos, o que resultará *num esvaziamento do ónus da prova*⁴⁸¹. E incentivariam a negligência instrutória das partes, já que estas esperaríamos sempre o posterior suprimento do julgador, que iria completar através das provas officiosas o vazio deixado pelas partes. Ter o ónus da prova significa tão-só “*a conveniência de ter a iniciativa da prova, a fim de evitar a consequência desfavorável da sua falta*”⁴⁸². De outra forma, se quisesse significar que somente cada parte pode trazer ao processo provas para comprovar os factos que lhe interessam, tirar-se-ia significado ao princípio da aquisição processual (art. 413.º). O ónus da prova é a forma de resolver um litígio, não obstante a falta de prova. E, por existir essa forma de solucionar um conflito sem dados firmes de convicção dos factos da causa, as partes terão a convicção de que, se nada fizerem, mais perto estarão da derrota processual e perda do direito material⁴⁸³.

As regras do ónus da prova são mobilizáveis para evitar o *non liquet*. Assim, em caso de sérias dúvidas do magistrado, ele não pode deixar de proferir uma decisão: e o legislador oferece-lhe um critério de decisão, uma regra de decisão, *uma regra de superação do non liquet*⁴⁸⁴. Se um facto aproveita a uma das partes, recai sobre ela o encargo de prová-lo. Se do processo não resulta essa prova (independentemente da proveniência, pelo princípio da aquisição processual), a decisão quanto a esse facto deve ser contra aquele que não observou esse ónus e tinha o encargo de ganhar essa vantagem.

que o “*torna uma parte da causa*”; PICÓ I JUNOY (2007: 114) refere-se ainda às instâncias recursórias como uma das vias de corrigir os perigos de um exercício discricionário pelo juiz.

⁴⁷⁹PICÓ I JUNOY, 1996: 261.

⁴⁸⁰PICÓ I JUNOY, 2007: 112.

⁴⁸¹MONTELEONE, 2007a: 867.

⁴⁸²LEBRE DE FREITAS, 2013a: 211.

⁴⁸³Será o ónus da prova subjectivo referido em LEBRE DE FREITAS, 2013a: 211, nota 31. Isto, porque se «*raciocina em termos de quantidade de prova e dá-se prevalência a quem provou mais*», VERDE, 1998: 24.

⁴⁸⁴CAPONI, 2006: 536; e estas regras operam somente no momento de proferir a sentença, PICÓ I JUNOY, 2007: 108. Daí que se diga que a teoria do ónus da prova seja, na verdade, a teoria das consequências da falta de prova, *Idem*.

Daqui se retira que os poderes instrutórios *ex officio* e as regras do ónus da prova actuam em distintos momentos do processo, estando as últimas limitadas ao momento da elaboração da sentença⁴⁸⁵.

1.6. O uso dos poderes instrutórios é incompatível com o direito à prova das partes

De acordo com esta ideia, os únicos sujeitos que poderiam trazer provas ao processo seriam as partes porque em causa estaria o direito subjectivo daquelas à prova. O juiz ao agir *ex officio* no domínio da prova iria estar a prejudicar o exercício daquele direito. É relativamente a esta controvérsia que TARUFFO alude à «*teoria da torta*»: os poderes de iniciativa instrutória no seu conjunto fazem uma só torta. O legislador pode distribuir *as fatias dessa torta* de diversas formas: ora vai concedendo mais poderes ao juiz, ora às partes. Quanto mais ao juiz se der, menos porção caberia às partes, ainda de acordo com esta teoria. O que TARUFFO faz é, novamente, desconstruir este modo de pensar a distribuição de iniciativa probatória: o art. 10.º do *CPC fr.*⁴⁸⁶ atribui *um poder geral de disposição de prova de ofício, o que significaria nenhuma iniciativa probatória restar às partes*⁴⁸⁷ e, naturalmente, tal não acontece. Os poderes probatórios do juiz não usurpam os poderes homólogos das partes⁴⁸⁸.

PICÓ I JUNOY também se sustém contra este argumento⁴⁸⁹. O exercício do direito à prova sem dúvida que se mantém no campo da livre actuação. As partes é que sabem se querem ou não usar certos meios de provas com fim de convencer o juiz sobre a bondade das suas pretensões e da veracidade dos factos do litígio. O direito à prova das partes não significa que estas detenham um monopólio exclusivo sobre as provas, sendo perfeitamente compatível aquele direito com o poder-dever de iniciativa probatória *ex officio*, atendendo aos fins distintos que presidem a cada um daqueles. ABEL LLUCH pronuncia-se no mesmo sentido, embora em relação à *limitada* faculdade do art. 429.º

⁴⁸⁵E como alerta ABEL LLUCH (2005: 166), mesmo que se faça uso da iniciativa probatória de ofício, pode ainda assim ter de se recorrer ao ónus da prova.

⁴⁸⁶Que dispõe que “*o juiz tem o poder de ordenar de ofício todas as diligências instrutórias legalmente admissíveis*”, quase como que um princípio da legalidade das diligências probatórias do juiz: são admissíveis as que não forem proibidas por lei.

⁴⁸⁷TARUFFO, 2012: 289.

⁴⁸⁸Actuam, sim, em planos distintos, DENTI, 1984: 731-732.

⁴⁸⁹V. PICÓ I JUNOY, 2007: 106-107.

LEC⁴⁹⁰. BARBOSA MOREIRA regista a ilogicidade de estabelecer a incompatibilidade entre direito à prova das partes e a actuação probatória *ex officio iudicis*⁴⁹¹.

2. Convenções processuais do art. 190.º CPC br.

A contratação, fenómeno que pulula no direito privado, não é estranha ao mundo árido do direito processual. A transacção, a confissão, o compromisso arbitral⁴⁹², a cláusula compromissória, nunca saíram das cogitações da doutrina processual: são, sem margem para dúvida, negócios jurídicos processuais⁴⁹³.

O surgimento de uma “nova” categoria de negócios jurídicos processuais (atípicos), que submete a administração da justiça às dimensões contratuais do direito privado, pode alicerçar-se nas correntes que propugnam uma “*mercantilização da justiça*”⁴⁹⁴, uma corrente que se pode designar como *neoprivatismo processual*⁴⁹⁵: um serôdio regresso ao liberalismo do séc. XIX, com vestes ainda mais perigosas. Não haja dúvidas: existirá uma diluição de direito privado e direito processual.

O primeiro argumento que queremos aduzir é meramente teórico. Toda a discussão em torno dos negócios jurídicos processuais atípicos (art. 190.º CPC br.) parte sempre de uma premissa que consideramos perigosa: *as partes estão de mãos dadas*, embora em conflito⁴⁹⁶. A premissa é a de que o conflito, em vez de ser entre os litigantes, dá-se entre estes e o juiz. Estará por demonstrar que todas as contratações ao abrigo da cláusula de atipicidade do art. 190.º CPC br. corresponderão à visão romântica dos seus defensores. Estamos em crer que irão pulular casos na sociedade civil em que contraentes impõem a seu bel-prazer cláusulas (formalmente legais) em contratos triviais (compra e venda, mútuo, arrendamento) que provocam diminuição do direito à prova (impossibilidade de aportar prova testemunhal, por exemplo) e o contraente visado por essa cláusula acaba por aceitar, por se encontrar numa situação de necessidade em relação ao objecto material do contrato (necessidade premente de imóvel onde habitar, casa com condições únicas para comprar). E, desta forma, o direito privado será catapultado para a mundividência processual com toda a sua vocação perniciosa – a pretensa autonomia

⁴⁹⁰2005: 163.

⁴⁹¹(2005: 204) “*determinar que se ouça o depoimento de alguém não significa necessariamente cercear o direito da parte de nomear e fazer ouvir as suas testemunhas*”.

⁴⁹²Porventura, herdeira da *litis contestatio* do direito romano clássico.

⁴⁹³Sobre a convenção de arbitragem, v. LEBRE DE FREITAS, 2002: 627 e ss. Não deixam de ser negócios jurídicos processuais, por serem praticados fora de um processo.

⁴⁹⁴CADIET, 2012: 6, mas que surge também como resposta às ineficiências da justiça pensada pelo Estado.

⁴⁹⁵Expressão de BARBOSA MOREIRA, 2005.

⁴⁹⁶PASSO CABRAL, 2016a: 783.

poderá prevalecer sobre a decisão justa. Esta consagração no CPC br. é a *entrega de Pandora a Epimeteu*, com todos os riscos que daí advêm.

E estes “novos” negócios jurídicos processuais são pensados como um instrumento de gestão do processo alternativo ou complementar à solução típica desenhada pela lei.

A negociação sobre o processo é uma das novidades mais controvertidas do novo CPC brasileiro. Distingue-se da negociação sobre o objecto do conflito, sobre o direito litigioso (para esses, já existiam os clássicos e típicos negócios processuais como a transacção, a confissão). Os negócios do art. 190.º serão atípicos, podendo versar sobre uma multitude de “circunstâncias processuais”, os ónus, os deveres, os poderes. Refere DIDIER JR., assim, que a norma consagra o *subprincípio da atipicidade da negociação processual*⁴⁹⁷. Continua o Autor exemplificando alguns desses acordos: *a dispensa consensual de assistente técnico, o acordo para limitar testemunhas, acordo para autorizar intervenção de terceiro fora das regras legais, o acordo para tornar ilícita uma prova*, ou ainda *o acordo de instância única*⁴⁹⁸. O nosso ordenamento não é estranho a este último tipo de negociação, veja-se o caso hipoteticamente previsto pelo art. 681.º, n.º 1, referente à renúncia antecipada do direito de recorrer.

O art. 190.º CPC br. permite apenas aquelas negociações para “*processos que admitam autocomposição*”, o que faz DIDIER JR. assumir que submeter o procedimento à negociação das partes “*pode acabar afectando a solução do mérito*”. Logo por aqui sustentamos a nossa posição. Se somos defensores da maior aproximação à verdade, da decisão jurisdicional justa e da declaração do direito objectivo, não podemos deixar-nos contaminar por uma vereda que completa a avenida do liberalismo (puro), descurando o interesse público que também subjaz ao processo. A solução do art. 190.º constituirá, quanto a nós, um *efeito cobra*, pois ao invés de criar maior igualdade substancial na resolução das demandas processuais, dará lugar a maior arbitrariedade, casuísmo, desigualdade de resoluções de casos que interpelam o sistema para iguais decisões e, como já referido anteriormente, perturbam *a solução do fundo da causa*.

DIDIER JR. aponta as preocupações de existirem violações a *matérias de reserva legal*, que continuarão intactas na vigência daquela norma, não podendo, por exemplo, as partes criar recursos ordinários não previstos na lei. Não poderão as partes utilizar este

⁴⁹⁷2016: 64.

⁴⁹⁸DIDIER JR., 2016: 66-7.

expediente para defraudar a lei ou operar uma qualquer simulação (aplicando-se analogicamente o regime da propositura de um processo simulado)⁴⁹⁹. Estes negócios não poderão também afastar regras do processo que protejam direitos indisponíveis⁵⁰⁰.

2.1. A tese de PASSO CABRAL

PASSO CABRAL considera que o juiz não é parte das convenções processuais. Naturalmente. Pelas regras do direito privado, os contratos têm eficácia *inter partes*. O juiz não participou nas negociações – não é parte da convenção⁵⁰¹. Ainda assim, está vinculado. Apela o autor à ideia de hetero-vinculação: o juiz deve respeitar o espaço de actuação das partes legitimado pelo ordenamento processual⁵⁰². Inerente ao seu raciocínio poderá estar uma das reflexões de CAPONI: *a escolha judicial entre modelos alternativos de objecto do processo limita um aspecto fundamental do princípio do dispositivo em sentido substancial, isto é, o domínio da autonomia das partes, não só na determinação do início e fim do processo, mas também do seu objecto*⁵⁰³.

PASSO CABRAL adianta mais. A convenção processual existe para interferir nos poderes do juiz: se não existe para isso, não tem nenhuma utilidade. Podem as partes convencionar alterações à regra do ónus da prova, estabelecer que a falta de colaboração de uma delas não acarretará nunca a inversão daquele, que o juiz não pode lançar mão *ex officio* de um qualquer meio de prova⁵⁰⁴. O autor coloca entraves ao objecto destes negócios: não pode versar sobre a calendarização do processo, por exemplo, pois significaria contender com outros processos, e com outros direitos. A argumentação do Autor passa também por afirmar que as normas processuais não são cogentes, bem como a

⁴⁹⁹DIDIER JR., 2016: 75.

⁵⁰⁰DIDIER JR., 2016: 76.

⁵⁰¹2016b: 225.

⁵⁰²PASSO CABRAL, 2016b: 226. Se a lei permite e a convenção das partes e esta está dentro dessa permissão (impondo ao juiz a sua validação depois de um juízo de controlo), a norma abstracta que permite o acordo processual é convocada e chamada ao caso concreto... Como com qualquer outro contrato. Daí PASSO CABRAL (2016b: 229) afirmar que “*o juiz se vincula apenas aos acordos processuais válidos*” - aplica a norma convencional permitida (e desejada) pela lei. Não podemos concordar: nem tudo pode ser objecto de negociação, e a mera legitimação formal pela lei não torna um contrato materialmente legítimo. Se a convenção processual contende com direitos fundamentais (contraditório, prova), muito mais longe estará a declaração do direito ao caso concreto ser justa. E o valor fundamental de qualquer ordenamento jurídico tem de ser a justiça. Mais do que qualquer autonomia, que gerará a jusante uma hidra que consome todos os institutos – e o domínio do forte sobre o fraco.

⁵⁰³CAPONI, 2010: 8.

⁵⁰⁴Se bem que PASSO CABRAL alerta para a necessidade de distinção da natureza dos poderes instrutórios de ofício: se independentemente da vontade da parte, ou via subsidiária em relação às partes, v. (2016b). O Autor sufraga a segunda posição. Mas admite que, adoptando a primeira visão, as convenções processuais não podem ter como objecto os poderes instrutórios de ofício do juiz.

possibilidade que os contraentes têm de renunciar aos seus direitos fundamentais (inclusivamente à prova, e porventura ao contraditório)⁵⁰⁵.

2.2. Críticas

2.2.1 Direito subjectivo à prova

Direito à prova é um direito fundamental, em qualquer tipo de processo⁵⁰⁶. A inadequada redução do direito à prova pode fazer com que mediatamente não exista um contraditório efectivo⁵⁰⁷. “*O direito de acção e de defesa subtraídos do direito à prova seriam um direito somente aparente*”⁵⁰⁸, o que não significa que o legislador não possa prever limites às provas utilizáveis⁵⁰⁹. Mas a limitação do direito fundamental à prova, para além dos seus limites naturais, comporta graves lesões à natureza própria do processo. Sem condições probatórias (à partida) para acertar o direito material, ou seja, sem a parte ter possibilidade para desenvolver uma actividade probatória com fim de obter uma decisão favorável, não existirá contraditório efectivo, nem sequer processo. Sem actividade probatória não pode existir tutela dos direitos subjectivos.

Como direito fundamental, entendemos que o direito à prova será irrenunciável. E aqui importa convocar a distinção entre renúncia ao conteúdo ou renúncia ao exercício do direito. A primeira significa uma afectação ao direito em si mesmo. Mal o seu titular convencie abdicar desse direito fundamental, a ordem jurídica concede *valides* a esse acto, impedindo-o de posteriormente exercê-lo, ainda que o queira, por se ter vinculado em sentido contrário. Quanto ao segundo tipo de renúncia, o titular não manifesta vontade em exercer nem pretende exercer o direito, acabando por não fazê-lo: mas em nenhum momento a ordem jurídica o impediu de fazer, se aquele quisesse. E, “*por não contender com o conteúdo do direito em si mesmo*”⁵¹⁰, o texto fundamental permite essa actuação. Por ser um direito fundamental, de aplicabilidade directa, garantindo-lhe a CRP eficácia directa horizontal e vertical (art. 18.º, n.º 1), subtrai-se à livre disposição dos próprios titulares do direito a possibilidade de estabelecer convenções incompatíveis com aquele direito constitucional.

⁵⁰⁵ 2016a: 781-783, embora ressalve o núcleo essencial de direitos processuais fundamentais, acreditamos que não se deve abrir espaço a nenhum tipo de legitimação de contratação nestes domínios.

⁵⁰⁶ PICÓ I JUNOY, 1996: 33 e 195

⁵⁰⁷ PICÓ I JUNOY, 1996: 35.

⁵⁰⁸ VERDE, 1998: 18. Ou, muito impressivamente, a previsão dos direitos materiais não passará de uma boa intenção do legislador, LEMOS JORGE, 2008: 100.

⁵⁰⁹ Em Itália, tem-se entendido que serão inconstitucionais os limites ou proibições absolutas, (VERDE, 1998: 19).

⁵¹⁰ PICÓ I JUNOY, 1996: 196.

Mas com isto, não se quer dizer que o direito à prova não possa ser comprimido em nome de outros valores fundamentais ou interesses públicos preponderantes, de forma adequada e proporcional, somente se necessário (art. 18.º, n.º 2 CRP), deixando imaculado o núcleo intangível do direito à prova⁵¹¹. A limitação imposta ao direito fundamental à tutela jurisdicional efectiva tem de preencher uma finalidade constitucional legítima, de forma razoável e proporcional.

2.2.2 Adequação formal como princípio diametralmente inverso ao art. 190.º CPC br.

O rito processual pré-determinado pelo legislador para o processo comum é muito rígido e naturalmente não cobre as necessidades de determinados processos, que ora necessitam de ser mais aligeirados, ora necessitam de outras especificidades que só as circunstâncias do caso concreto deixam apurar – daí a *exigência de normas processuais abertas*⁵¹². Não se pense que o legislador português não reflectiu sobre isto. Sem dúvida que o fez, e as suas reflexões repousam no art. 547.º, no *princípio da adequação formal*. Os efeitos operados por esta introdução são diversos. Em primeira linha, atribui ao juiz a gestão do processo (o *active case management* inglês), mas que já provém dos distantes pensamentos de ALBERTO DOS REIS. O princípio é simples: a forma processual deve adaptar-se às circunstâncias do caso concreto, quando necessário, pois a rigidez do processo pré-disponibilizado pelo legislador pode acarretar consequências graves, como a falta de celeridade ou a perda dos direitos materiais. Graças ao princípio da adequação formal, “*a forma é dúctil*”⁵¹³. Mas o artigo “*não transforma o juiz em legislador*”, e o poder-dever conferido pelo art. 547.º deve ser usado “*tão somente quando o modelo legal se mostre de todo inadequado às especificidades da causa e, em decorrência, colida frontalmente com o atingir de um processo equitativo*”⁵¹⁴. O poder-dever de adequar formalmente o processo às especificidades do caso concreto decidendo é uma competência outorgada ao juiz para que assegure um processo equitativo⁵¹⁵. É, ainda na esteira do douto

⁵¹¹O direito à prova cede se em causa estiverem provas materialmente ilícitas, v. TEIXEIRA DE SOUSA, 1997: 57. Existem, depois, as provas processualmente inadmissíveis: a apresentação de testemunhas em número superior ao legalmente admitido, sem o juiz permitir a ampliação do rol.

⁵¹²LEBRE DE FREITAS, 2013b: 229.

⁵¹³MESQUITA, 2013b: 1087.

⁵¹⁴Ac. TRC, 14-10-2014 (Carvalho Martins).

⁵¹⁵Paulo PIMENTA; João CORREIA; Sérgio CASTANHEIRA, 2013: 65; mas as tentações de ceder à economia processual em processos de valor não superior a metade da alçada do tribunal de comarca, e de dispensar actos processuais previstos pela lei (v. art. 597.º), não deve ser diferente da atitude que o juiz deve ter em relação a outros processos de valor superior. Se se quer um processo equitativo, tanto o que for inútil num processo com um valor baixo como o que for meramente dilatatório num processo com um valor mais

Acórdão referido, “uma válvula de escape”, e não um instrumento que deva ser utilizado frequentemente. A ele se deve recorrer, portanto, com parcimónia, “*sob pena de se subverter os princípios essenciais da certeza e da segurança jurídica*”⁵¹⁶.

A tendência dos ordenamentos jurídicos europeus continentais é a de confiar ao julgador a adequação do rito processual, de acordo com a complexidade do caso concreto, mas sempre dentro dos trâmites pré-estabelecidos pelo legislador⁵¹⁷. Por exemplo, o art. 764.º do CPC fr. determina que o juiz da *mise en ètat*⁵¹⁸ fixe os termos necessários à instrução da causa, tendo em conta a natureza, urgência e complexidade da mesma, depois de ouvir os mandatários judiciais.

2.2.3. Impossibilidade de convenções processuais contenderem com os poderes do juiz

LEBRE DE FREITAS refere-se ao art. 345.º, n.º 2, CC, artigo essencial para a compreensão dos contratos probatórios no nosso ordenamento, e dele retira que se deve “*ter por inadmissível que [as partes] possam cercear a iniciativa oficiosa do juiz*”⁵¹⁹. Mas daquele artigo resulta também que as partes podem restringir ou alargar o conjunto de provas pré-disponibilizadas pelo legislador, desde que não se torne excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito⁵²⁰, ou que em causa não esteja um direito indisponível ou a determinação legal quanto à prova que as partes queiram alterar tenha por fundamento razões de ordem pública. Podem convencionar que um certo facto apenas possa ser provado através de um certo meio, ou que certo meio não o possa provar. As exclusões ou limitações de meios de prova, porventura, devem dar-se em concreto, e não em abstracto. Que se quererá dizer com isto? Um contrato pelo qual os litigantes acordaram que um deles se verá cerceado da produção de prova testemunhal só será válido, no nosso entender, se no caso concreto se verificar que aquela prova não é a única idónea a viabilizar a pretensão, havendo possibilidade de recorrer a outro tipo de prova, ou ainda a restrição não seja de tal forma desproporcionada que a defesa dos direitos fique irreversivelmente perigada. A validade da convenção só poderá, assim, ser apreciada em

elevado, deve ser afastado e removido. LEBRE DE FREITAS (2013b, 229) afirma que essa adequação será mais comum no segundo tipo de processo.

⁵¹⁶Ac. TRC, 14-10-2014 (Carvalho Martins).

⁵¹⁷Uma disciplina elástica, CAPONI, 2010: 2.

⁵¹⁸Magistrado do tribunal de grande instância, que deve providenciar pelo andamento leal de um processo e é encarregado da instrução nos processos civis complexos.

⁵¹⁹2013a: 225, nota 63.

⁵²⁰E que tem vindo a ser o mesmo juízo de ponderação que o TC tem usado relativamente às restrições, pelo legislador, do direito à prova: “*não podem conduzir à situação em que o interessado se veja constringido à impossibilidade de uma real defesa dos seus direitos ou interesses em conflito*”, sobre isto, v. LEMOS JORGE, 2008: 100.

concreto⁵²¹. Pode haver restrição, desde que proporcionada, do direito à prova (por lei ou por convenção). A ponderação de interesses deverá ser feita pelo julgador: apesar da possível compressão do direito à prova, em favor da segurança jurídica (ou até da autonomia privada, *in casu*), a restrição não poderá esvaziar o direito de acção, nem a possibilidade de efectivar os direitos subjectivos concedidos pelo direito objectivo⁵²².

No plano do direito constituído é, de todo, impossível sufragar a tese pela qual se confere às partes a possibilidade de vedar, ou sequer limitar, o uso de poderes instrutórios de ofício (*maxime* art. 411.º) através de negócios jurídicos processuais. Como também não será legítimo, ou sequer possível, ampliar esses ou outros poderes: não poderão as partes convencionar que, num futuro ou actual litígio, o juiz possa valorar quaisquer provas ilicitamente adquiridas, ou possa aproveitar factos essenciais principais não alegados pelas partes, mas que resultem da instrução da causa (v. art. 5.º e o limite do art. 411.º)⁵²³.

A nossa intuição é, tanto no plano do direito constituído como no do direito a constituir, a de evitar o paroxismo do *necontratualismo* processual⁵²⁴. O efeito deletério dos seus postulados é inegável. Permitindo às partes que definam os termos, limites, contornos do poder jurisdicional, bem como o procedimento judicial (ainda expressão do *ius imperii*), está a abrir-se a *caixa de Pandora* do casuísmo, da arbitrariedade, da subjectividade, e do velho medo sugerido na frase de LACORDAIRE “*entre o rico e o pobre, entre o forte e o fraco, é a lei que liberta e a liberdade que oprime*”. A lei é libertadora por evitar que certas circunstâncias (ainda que eventuais) possam concretizar-se sob o manto diáfano e deceptivo da liberdade: uma liberdade, o mais das vezes, sedimentada em debilidades e vulnerabilidades de um dos pólos contraentes. Não será de afastar as hipóteses em que um dos contraentes impõe ao outro que prescindam de prova testemunhal. Ao criar situações de indefesa, “*a sentença só por acaso será justa*”⁵²⁵.

Ainda assim, tememos mais a arbitrariedade e o casuísmo⁵²⁶ gerados pela solução. Se um dos maiores medos em relação à declaração do direito ao caso é o risco da sua disparidade consoante os casos em questão, o que dizer do *efeito cobra* gerado por uma

⁵²¹O pensamento é análogo àquele feito em relação à bondade de normas legais restritivas de meios de prova para as partes, v. LEMOS JORGE, 2008: 101.

⁵²²LEMOS JORGE, 2008: 106.

⁵²³CADIET (2012: 21) refere-se expressamente à possibilidade de aumento dos poderes do julgador.

⁵²⁴Assim era a posição de ALBERTO DOS REIS, 2012a: 250-1.

⁵²⁵Ac. TC, n.º 346/2009, de 18-8-2009.

⁵²⁶Em sentido contrário, afirmando que os acordos processuais geram maior confiança, PASSO CABRAL, 2016a: 786.

cláusula como a do art. 190.º do CPC br.? Se em casos eminentemente análogos, num deles existe um acordo entre as partes a proibir a prova testemunhal (coloque-se de lado a hipótese de afastar o poder oficioso de inquirir pessoas e suponha-se que as testemunhas a ser arroladas tinham conhecimentos importantes para a boa decisão da causa) e no outro não exista tal acordo, a verdade estará muito mais próxima de ser alcançada no segundo caso. No primeiro caso, tornar-se-á muito mais difícil convencer o julgador que as pessoas em questão (não arroladas) têm conhecimentos decisivos para a causa.

Muito mais poderia ser dito sobre o art. 190.º CPC br. Quanto a nós, cabe-nos somente afirmar que estaremos mais próximos de *resoluções de conflitos sem justiça*. Ou uma justiça sofista, que nada mais é do que “*a conveniência do mais forte*”⁵²⁷. Não pode ser esse o escopo do direito processual. Muito menos num ordenamento processual que se constrói em torno, não em primeira linha da liberdade, mas da (sempre presente) dignidade da pessoa humana e da tutela jurisdicional efectiva. Muito nos admira que haja um processo de reversão no Brasil, de “*reprivatização do processo*”⁵²⁸, quando vozes no ordenamento jurídico-processual dos Estados Unidos da América apontam o falhanço do sistema adversarial, que importa prejuízos ao igual acesso à justiça⁵²⁹. Se “*o direito compete à autonomia cultural do homem, que, tanto no seu sentido como no conteúdo da sua normatividade, é uma resposta culturalmente humana ao problema também humano da convivência no mesmo mundo e num certo espaço histórico-social*”⁵³⁰, aquela solução será somente mais um *estilhaçar da instância ideológica processual*.

⁵²⁷ Frase inolvidável de Trasímaco em PLATÃO, 2007: 23.

⁵²⁸ Sobre a contaminação do processo por ideologias, CAPPELLETTI, 1962: 195. O processualista concede-nos o exemplo dos institutos do direito substantivo nos sistemas feudais, pautados pela segregação de estratos da sociedade e por mecanismos promotores de desigualdades, que naturalmente ingressaram no direito adjectivo: a prevalência do testemunho daqueles que pertenciam à nobreza sobre aqueles que não ostentavam esse distintivo, do rico sobre o pobre.

⁵²⁹ KESSLER, 2005: 1254; GOROD, 2011: 2-12.

⁵³⁰ CASTANHEIRA NEVES, 1998: 35.

Conclusões

É tempo de concluir. Apresentamos as seguintes notas como síntese do nosso estudo:

1. O termo inquisitório reveste-se de imensa diversidade. Pode significar um sistema em que o juiz assume iniciativa na promoção do processo, recolha de factos e provas. Pode referir-se a um modelo instrutório onde o juiz assume iniciativa de prova quanto aos factos apresentados pelas partes ou inclusivamente aproveita todos os factos do processo, com respeito pela proibição do uso da ciência privada.

2. Todos os factos legitimamente adquiridos no processo devem poder ser objecto dos poderes instrutórios de ofício do juiz, sem que a isto se possa chamar verdadeiramente inquisitorial. A substituição do nome de princípio do inquisitório por princípio dos poderes instrutórios de ofício seria conveniente, para evitar adesão a velhos fantasmas do passado.

3. O princípio do inquisitório (art. 411.º) pode alicerçar-se no art. 20.º, n.º 5, CRP, no direito à tutela jurisdicional efectiva. Representa também uma manifestação do princípio da gestão processual (art. 6.º) ao nível sobretudo da prova, e traz consigo diluído também momentos típicos do princípio da colaboração (art. 7.º).

4. O poder conferido pelo art. 411.º é de natureza vinculada: se se verificarem os requisitos normativos, isto é, se forem necessárias determinadas diligências ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, o juiz tem de ordená-las, com excepção dos factos que não lhe é lícito conhecer. Para além deste limite, a iniciativa instrutória do juiz deve mostrar-se o meio mais cuidadoso, com pleno respeito pela dignidade da pessoa humana.

5. O poder concedido pelo art. 411.º integra-se no conjunto de poderes que, de acordo com FABBRINI, são “*capazes de incidir, por si só ou combinados com o exercício de poderes pelas partes, sobre o conteúdo da decisão final*”⁵³¹, em oposição aos poderes judiciais que providenciam pelo mero andamento do processo, que têm natureza unicamente procedimental. Como relembra PROTO PISANI, os poderes instrutórios de ofício devem estar sob a alçada rígida do legislador, isto é, a lei deve “*predeterminar em modo claro os seus pressupostos, o controlo do exercício de tais poderes, tanto o seu*

⁵³¹FABBRINI, 1989: 410. FABBRINI tem o mérito de também distinguir a *materielle prozessleitung* da *formeller prozessleitung*.

conteúdo e o momento do processo no qual podem ser exercidos”⁵³². Quanto a estes poderes, *que podem influir no conteúdo da decisão*⁵³³, “*o valor do justo processo exige a predeterminação legal rígida*”⁵³⁴.

6. Entendemos também que o recém mapa judiciário pode ter implicações negativas no uso dos poderes instrutórios, por afastar o juiz do lugar da ocorrência do litígio.

7. Questão diversa é a de saber se, em sede de sindicabilidade da omissão de um poder instrutório e em que haja omissão simultânea da parte de recorrer de uma decisão de indeferimento de um meio de prova, pode o tribunal *ad quem* contornar esse caso julgado formal. Parece-nos que sim, face ao art. 662.º, n.º 2, al. b). Mesmo quanto ao tribunal *a quo*, parece-nos que pode haver reversão do caso julgado formal de um despacho de indeferimento de meio de prova, que não foi recorrido pela parte interessada, através do art. 607.º, n.º 1.

8. Ainda que admitida a iniciativa judicial quanto à prova, as partes não vão perder o interesse de alegar factos e trazer provas ao processo que as ponham numa situação de vantagem, pois pode dar-se o caso de os resultados objectivos transparecidos nos autos não determinarem que o juiz necessite de procurar a verdade material (de provas incompletas, de factos obscuros). A diligência das partes mantém-se, pois há o redobrado perigo de o juiz descobrir elementos favoráveis à contraparte. Logo, haverá um interesse ainda maior de um dos litigantes se colocar na posição mais benéfica possível, trazendo ao processo tudo o que lhe adjudique a vitória⁵³⁵.

9. O exercício dos poderes instrutórios de ofício não cria litigantes mais desleixados nem negligentes. Pelo contrário, pressupõe litigantes diligentes cuja actuação, embora por vezes insuficiente para o esclarecimento da verdade fáctica na perspectiva do convencimento psicológico judicial, é suficiente para alertar o juiz da necessidade de aclarar, precisar e burilar certos factos da causa tidos como obscuros. Ou seja, os comportamentos probatórios das partes são suficientes para estimular e fazer o juiz sentir a

⁵³²PROTO PISANI, 2000: 243.

⁵³³FABBRINI, 1989: Não são só os poderes instrutórios de ofício, mas também os poderes de relevar officiosamente factos ou matéria de direito relativos ao mérito da causa, bem como os poderes de relevar de ofício as irregularidades nos pressupostos processuais.

⁵³⁴PROTO PISANI, 2000: 243.

⁵³⁵Assim, MEGRE, 1951: 305-6.

imprescindibilidade de recorrer aos poderes conferidos pelo art. 411.º – tornando-se, nesse caso, obrigatório exercê-los.

10. A procura da verdade também não pode ser ela incessante. É que *procurar significa ter um objectivo, mas encontrar significa ser livre, manter-se aberto*. Há que fazer, portanto, esta harmonização: a busca pela verdade deve também passar pelo juiz deixar-se ser encontrado pela verdade.

11. Quanto às diligências que o juiz pode lançar mão (requisição de documentos, depoimentos e declarações de parte, prova pericial, inspecção judicial, inquirição de testemunhas), como se tratam de ramificações do art. 411.º, têm de ser ordenadas mal sejam necessárias ao apuramento da verdade. Tal necessidade deve resultar objectivamente dos autos.

12. Embora a redacção do art. 490.º seja potencialmente deceptiva, trata-se seguramente de um poder-dever, nos termos de uma correcção normativa e interpretação conforme os princípios que fundam a norma.

13. Quanto ao princípio do inquisitório, entendido como possibilidade de o juiz aproveitar factos não alegados pelas partes, propendemos para uma solução similar à do art. 11.º CIRE e art. 72.º, n.º 1, CPT, não deixando assim de se respeitar o velho brocardo *secundum allegata et probata iudex iudicare debet, non secundum conscientiam*, desde que quanto aos factos essenciais a parte interessada mostre vontade em aproveitá-los.

14. Quanto às críticas dirigidas aos poderes instrutórios de ofício pelo juiz, cremos que as afastámos de forma racional. O processo civil não é algo somente das partes. Apesar de estas terem melhor conhecimento dos factos e provas a aportar, tal não invalida a iniciativa de ofício do juiz. Não significa também manifestação de autoritarismo no processo: pelo contrário, a existência de pressupostos rígidos e pré-disponibilizados pelo legislador, a exigência de fundamentação e a possibilidade de recurso afastam esta visão, bem como a crítica de que o juiz perde a imparcialidade. As regras do ónus da prova saem também intocáveis, por se cingirem à fase decisória final.

15. Quanto aos negócios jurídicos processuais do art. 190.º CPC br., entendemos que se trata de uma fresta perigosa e insidiosa do neoprivatismo. A possibilidade de contender com o procedimento, com os poderes do juiz, bem como com as regras pré-determinadas legais do modo de decidir jurisdicional (ou decidir no caso de falta de prova) mostram uma abertura à incerteza jurídica.

16. Mesmo a possibilidade de negociar direitos fundamentais das partes (ainda que de forma limitada) é dar desnecessariamente abertura a mecanismos perniciosos no dia-a-dia da sociedade. Isto sem prejuízo das convenções de prova em que as partes queiram simultaneamente prescindir de uma certa prova. Não poderão, ao invés, impedir o juiz de produzi-la de ofício.

Bibliografia

ABEL LLUCH, Xavier

2003 «La iniciativa probatoria del juez civil. A proposito de un caso», in Xavier Abel Lluch & Joan Picó i Junoy (coord.), *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, Barcelona: Bosch Editor, pp. 141-155.

2005 *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, Barcelona, Editorial Bosch.

ABRANTES GERALDES, António

2010 *Temas da reforma do processo civil*, vol. I, 2.^a edição revista e ampliada, 3.^a reimpressão da edição de 1998, Coimbra, Almedina.

ALBERTO DOS REIS, José,

1921-1923 «Os poderes do juiz no julgamento da acção», in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Ano VII, Coimbra, Imprensa da Universidade, pp. 65-79.

1945 «O novo Código de Processo Civil português», *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Suplemento 6, pp. 340-367.

1956 *Processos especiais*, vol. II, Coimbra Editora.

2012a *Código de Processo Civil: anotado*, 3.^a edição, Reimpressão, vol. III, Coimbra, Coimbra Editora.

2012b *Código de Processo Civil: anotado*, 3.^a edição, Reimpressão, vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora.

2012c *Código de Processo Civil: anotado*, 3.^a edição, Reimpressão, vol. V, Coimbra, Coimbra Editora.

ALEXANDRE, Isabel

2013 *O dever de gestão processual do juiz na proposta de lei relativa ao novo CPC*, pp. 1-30, disponível em:

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Texto_intervencao_Isabel_Alexandre.pdf (consultado em 5-6-2017).

ANDRADE, Manuel de

1974 *Teoria geral da relação jurídica*, 4.^a reimpressão, Coimbra, Almedina, vol. I.

1976 *Noções elementares de processo civil*, Coimbra, Coimbra Editora.

ANDRÉ, Georges

1910 *Du principe de la neutralité du juge dans l'instruction des affaires civiles*, Thèse pour le doctorat, Faculté de Droit de L'Université de Paris, Jouve & C^{ie} Éditeurs.

ANSELMO DE CASTRO, Artur

1982 *Direito processual civil declaratório*, vol. III, Coimbra, Almedina.

ANTUNES, Maria João

2016 *Direito Processual Penal*, Coimbra, Almedina.

ANTUNES VARELA, João de Matos & BEZERRA, J. Miguel & SAMPAIO E NORA

1985 *Manual de Processo Civil*, 2.^a edição revista e actualizada, Coimbra, Coimbra Editora.

BAPTISTA MACHADO, João

1983 *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, Almedina.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos

2005 *O neoprivatismo no processo civil*, pp. 197-210, disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista26/revista26%20%20JOS%C3%89%20CARLOS%20BARBOSA%20MOREIRA%20%E2%80%93%20O%20Neoprivatismo%20no%20Processo%20civil.pdf> (consultado em 3-6-2017).

BARTOLINI, Francesco,

2015 *Eccezioni e preclusioni nel processo civile*, Giuffrè Editore, Milano.

BERNABÉ, Boris

2009 *La récusation des juges: étude médiévale, moderne et contemporaine*, Paris, L.G.D.J.

BIAVATI, Paolo,

1996 «Iniziativa delle parti e processo a preclusioni», in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, Giuffrè, Anno 50, n.º 2, pp. 477-502.

BRONZE, Fernando José

2012 *Analogias*, 1.ª edição, Lisboa, Coimbra Editora.

BUCCI, Alessandro

2008 «Il processo romano e la sua realtà ontologica nella tradizione giuridica europea e la mediazione del diritto canonico», *Caietele Institutului Catolic*, VII, pp. 5-26.

BUONCRISTIANI, Dino

2001 *L'allegazione dei fatti nel processo civile: profili sistematici*, Torino, Giappichelli Editore.

CABRAL DE MONCADA, Luiz

1961 «O processo perante a filosofia do direito», *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra: Suplemento 15, vol. 1, pp. 55-100.

CADIET, Loïc

2012 «Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia», *Civil Procedure Review*, v. 3, n.º 3, Aug.-Dec., pp. 3-35.

CALAMANDREI, Piero

1942 «*Processo Civile in Russia*», *Rivista di Diritto Processale*, a. XIX, I, pp. 287-294.

1950 «Il processo come giuoco», *Rivista di Diritto Processuale*, vol. V, parte I, pp. 23-51.

CAPELO, Maria José

2013 «A enigmática figura do técnico no Código de Processo Civil», *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, 1.ª edição. Coimbra, Coimbra Editora, pp. 1045-1067.

2014 «Os factos notórios e a prova dos danos não patrimoniais : Acórdão de 22 de Junho de 2010: [anotação]», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 143, nº 3985, pp. 286-304.

2015 «As verificações não judiciais qualificadas: reforço ou desvirtuamento da prova por inspecção judicial?», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 144, nº 3992, pp. 330-340.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath

2011 *O Direito Geral de Personalidade*, 1.^a ed. (Reimpressão), Wolters Kluwers.

CAPPELLETTI, Mauro

1962 «*Ideologie nel diritto processuale*», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XVI, pp. 193-219.

1967 «Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiudicizie della struttura del processo», *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXII, serie II, pp. 407-428.

CAPONI, Remo

2006 «Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la Riforma del 2001», *Rivista di Diritto Civile*, anno LII, n.º 4, Luglio-Agosto, pp. 523-548.

2010 *Processo e complessità*, pp. 1-11 disponível em:

http://www.academia.edu/32684607/_R._Caponi_2010_Processo_civile_e_complexit%C3%A0_Civil_Procedure_and_Complexity_ (consultado em 1-6-2017).

CARVALHO, Orlando de,

2012 *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.^a edição, Coimbra, Coimbra Editora.

CASTANHEIRA NEVES, António

1998 «Entre o ‘legislador’, a ‘sociedade’ e o ‘juiz’ ou entre ‘sistema’, ‘função’ e ‘problema’ - os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito», *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXIV, pp. 1-44.

2010 *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, 1.^a edição, Reimpressão, vol. I, Coimbra, Wolters Kluwers.

2013 *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*, 1.^a edição, Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora.

CASTRO MENDES, João de

2012 *Direito processual civil*, vol. I, Lisboa, AAFDL.

CAVALLONE, Bruno

1970 «Esibizione delle prove e sequestro giudiziario», *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXV, II serie, pp. 155-172.

1991 *Il giudice e la prova nel processo civile*, CEDAM, Padova.

2014 «Istruzione probatoria e preclusioni», in *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXVIII (seconda serie), n.º4-5, Luglio-Ottobre, pp. 1036-1044.

CHEVALLIER, Jean

1962 «Remarquessur l'utilisation par le juge de ses informations personnelles», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, pp. 5-19.

CHIARLONI, Sergio

2003 «Poteri istruttori d'ufficio del giudice civile: le sirene dell'ideologia liberista inducono la Corte costituzionale in un errore di interpretazione del diritto positivo», in *Giurisprudenza Italiana*, anno 155.º, pp. 1330-1332.

CHIOVENDA, Giuseppe

1993a «Identificazione delle azione. Sulla regola 'ne eat iudex ultra petitum partium'», in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, vol. I, Milano, pp. 157-177.

1993b «Cosa giudicata e preclusione», in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, vol. III, Milano, 231-283.

CIACCIA CAVALLARI, Bona

1999 «Le preclusioni e l'istruzione probatoria del nuovo processo civile», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Settembre, anno LIII, n.º 3, pp. 889-930.

CIPRIANI, Franco

1994 «Autoritarismo e garantismo nel processo civile (a proposito dell'art. 187, 3.º comma, c.p.c.)», *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XLIX, II serie, pp. 24-61.

1995 «Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)», *Rivista di Diritto Processuale*, a. L, n.º4, pp. 969-1004.

2002 «Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno LVI, n.º 4, Dicembre, pp. 1243-1261.

2007 «L'autoritarismo processuale e le prove documentali», in *Il giusto processo civile*, 1, 2007, pp. 289-301.

COMOGLIO, Luigi Paolo

2014 «Fatti non contestati e poteri del giudice», *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXVIII (seconda serie), n.º 4-5, Luglio-Ottobre, pp. 1045-1059.

CORREIA DE MENDONÇA, Luís

2005 «O Pensamento de Franco Cipriani sobre a Justiça Civil», *Revista do CEJ*, n.º 2, pp. 65-125.

2007 «Vírus Autoritário e processo civil», *Julgar*, n.º 1, Janeiro/Abril, pp. 67-98.

COSTA, Salvador da

2016 *Os incidentes da instância*, 8.º edição, Coimbra, Almedina.

COSTA ANDRADE, Manuel da

2013 *Sobre as proibições de prova em processo penal*, 1.ª edição, Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora.

COSTA E SILVA, Paula

2008 *A litigância de má fé*, Coimbra, Coimbra Editora.

DENTI, Vittorio

1984 «Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, anno XXXVIII, pp. 726-740.

DIAS FERREIRA, José

1887 *Código de Processo Civil: anotado*, Tomo I, Lisboa, Typographia Lisbonnsee.

DIDIER JR., Fredie,

2014 «Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo», pp. 207-217, disponível em:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/364050/mod_resource/content/0/FREDIE%20DIER%20-%20Os%20tr%C3%AAs%20modelos%20de%20processo%20-%20dispositivo,%20inquisitivo%20e%20cooperativo.pdf [consultado em 25-4-2017].

2016 «Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015», *Revista Brasileira da Advocacia*, vol. 1, ano 1, São Paulo, Ed. RT, Abril-Junho, pp. 59-84.

EFTHYMIOS, Patsouris

1987 «Les pouvoirs d’office du juge dans la procédure civile française et dans la procédure civile grecque», *Revue internationale de droit comparé*, vol. 39, n. 3, pp. 705-720.

FABIANI, Ernesto

2008 *I poteri istruttori del giudice civile – I. Contributo al chiarimento del dibattito*, Napoli: Edizione Scientifiche Italiane.

FAZZALARI,

1963 «La funzione del giudice nella direzione del processo civile», *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XVIII, pp. 64-72.

1972 «La imparzialità del giudice», *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXVII, (II serie), pp. 193-203.

FABBRINI, Giovanni

1989 *Scritti Giuridici: Studi sull’oggetto del processo e sugli effetti del giudicato*, Milano, Giuffré Editore.

FERREIRA DE ALMEIDA, Francisco Manuel Lucas

2015 *Direito Processual Civil*, vol. II, Coimbra, Almedina.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de

2004 *Direito Processual Penal*, 1.^a edição, Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora.

FRANÇA GOUVEIA, Mariana

2007 «Os poderes do juiz cível na acção declarativa: em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão», *Julgar*, n.º 1, pp. 47-65.

2013 «O princípio dispositivo e a alegação de factos em processo civil: a incessante procura da flexibilidade processual», *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73, 2/3, Abril/Setembro, pp. 595-617.

GOROD, Brianne J.

2011 «The adversarial myth: appellate court extra-record factfinding», *Duke Law Journal*, vol. 61, October, n.º 1, pp. 1-79.

GOMES CANOTILHO, Joaquim

2010 *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a edição, 10.^a reimpressão, Coimbra, Almedina.

GOMES CANOTILHO, Joaquim & MOREIRA, Vital

2007 *Constituição da República Portuguesa*, vol. I, 4.^a edição revista, Coimbra, Coimbra Editora.

GÓMEZ DE LIAÑO, F.

1973 «En torno al principio dispositivo en el proceso civil», *Revista General de Legislacion y Jurisprudencia*, año CXXII, Noviembre, n. 5, pp. 553-581.

GRASSO, Eduardo

1966 «La collaborazione nel processo civile», *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXI, II serie, pp. 580-609.

GRECO, Leonardo

2008 «Publicismo e privatismo no processo civil», *Revista de Processo*, 164, pp. 29-56.

GUASP, Jaime

1996 «Juez y hechos en el proceso civil (Una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho en proceso)», in *Estudios Jurídicos*, edición al cuidado de Pedro Aragonese, pp. 279-390.

IGREJA MATOS, José

2007 «O juiz e o processo civil (contributo para um debate necessário)», *Julgar*, n.º 2, 2007, pp. 87-106.

KELSEN, Hans

2008 *¿Qué es la justicia?*, pp. 1-21, disponível em:

<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/09/doctrina44074.pdf> (consultado em 4-5-2017).

KESSLER, Amalia

2005 «Our inquisitorial tradition: equity procedure, due procedure, and the search for an alternative to the adversarial», *Cornell Law Review*, vol. 90, pp. 1181-1276.

LE MASSON, Jean-Marc,

1998 «La recherche de la vérité dans le procès civil», *Droit et société*, n.º 38, 1998, pp. 21-32.

LEBRE DE FREITAS, José

2002 «Algumas implicações da natureza da convenção de arbitragem», *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II, Coimbra, Almedina, pp. 625-641.

2013a *A ação declarativa comum: à luz do Código de Processo Civil de 2013*, 3.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora.

2013b *Introdução ao Processo Civil: conceito e princípios gerais à luz do novo código*, 3.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora.

LEMOS JORGE, Nuno

2007 «Os poderes instrutórios do juiz: alguns problemas», *Julgar*, n.º 3, pp. 61-84.

2008 «Direito à prova: brevíssimo roteiro jurisprudencial», *Julgar*, n.º 6, pp. 99-106.

LIEBMAN, Enrico

1960 «Fondamento del principio dispositivo», *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XV, pp. 551-565.

LOMBARDO, Luigi

2002 «Prova scientifica e osservanza del contraddittorio nel processo civile», *Rivista di Diritto Processuale*, anno LVII, (seconda serie), n.º 4, Ottobre-Dicembre, pp. 1083-1122.

LOURENÇO, Frederico

2016 *Bíblia – Novo Testamento: Os quatro Evangelhos*, vol. I, tradução do texto grego, apresentação e outras notas, Quetzal editores.

LUISO, Francesco

2007 *Diritto Processuale Civile*, vol. II, 4.^a edizione, Giuffrè Editore, Milano.

MEGRE, Domingos Manuel

1951 «O princípio dispositivo e o princípio inquisitório no processo civil», *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 11, pp. 282-306.

MERRILL, Roberto

2015 «A neutralidade liberal segundo Ronald Dworkin: ética do desafio e neutralidade das intenções», *Themis: Revista da Faculdade de Direito da UNL*, ano 16, n.º 28/29, pp. 51-71.

MESQUITA, Miguel

2009 *Reconvenção e exceção no processo civil: o dilema da escolha entre a reconvenção e a exceção e o problema da falta de exercício do direito de reconvir*, Coimbra, Almedina.

2013a «A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno Processo Civil: Acórdão de 8 de Julho de 2010 [anotação]», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, a. 143, n.º 3983, pp. 129-151.

2013b «A revelia no processo ordinário», *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, 1.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 1081-1118.

2014 *A metamorfose do futuro tribunal de comarca*, Coimbra, Almedina.

2015 «Princípio da gestão processual: o “Santo Graal” do novo processo civil?», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, a. 145, n.º 3995, pp. 78-108.

2016 *Lições de Direito Processual Civil I ao 2.º Ciclo da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*.

MIRANDA BARBOSA, Mafalda, «Dignidade e autonomia a propósito do fim da vida», *O Direito*, 148.º, 2016, II, pp. 233-282.

MONTALVÃO MACHADO, António

2001 *O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo Código de Processo Civil*, 2.ª edição revista e actualizada, Coimbra, Almedina.

MONTALVÃO MACHADO, António & LEBRE DE FREITAS, José & PINTO, Rui

2008 *Código de Processo Civil anotado*, vol. II, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora.

MONTELEONE, Girolamo

2007a «Limiti alla prova di ufficio nel processo civile (cenni di diritto comparato e sul diritto comparato)», *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXII, n.º 4, Luglio-Agosto, pp. 863-874.

2007b *Manuale di diritto processuale civile*, vol. 1, 4.ª edição, Padova, CEDAM.

2009 «Intorno al concetto di verità «materiale» o «oggettiva» nel processo civile», *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXIV, (seconda serie), n.º 1, Gennaio-Febrero, pp. 1-13.

MONTERO AROCA, Juan

1996 *La prueba en el proceso civil*, Madrid, Editorial Civitas.

2004 «Il processo civile «sociale» come strumento di giustizia autoritaria», *Rivista di Diritto Processuale*, anno LIX, seconda serie, n.º 2, Aprile-Giugno, pp. 553-579.

MONTESANO, Luigi

1978 «Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XXXII, pp. 189-206.

MOREIRA, Rui

2013 «Os princípios estruturantes do processo civil português e o projecto de uma nova Reforma do Processo Civil», in *O Novo Processo Civil: Contributos da Doutrina para a compreensão do novo Código de Processo Civil*, Caderno n.º 1 do CEJ, 2.ª edição, pp. 59-83, disponível em:

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Caderno_I_Novo%20Processo_Civil.pdf, (consultado em 15-4-2017).

MUSACCIO, Alberto

1950 «Diritto e ricerca della verità», *Rivista di Diritto Processuale*, vol. V, parte I, pp. 215-222.

NETO, Abílio

2015 *Novo Código de Processo Civil: anotado*, 3.ª edição revista e ampliada, Lisboa, Ediforum.

NICOLO, Cristina

2014 *Iniziativa probatoria del giudice e decadenze delle parti*, Università di Pisa, Laurea Magistrale in Giurisprudenza.

NOGUEIRA DE BRITO, Miguel

2007 *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*, Coimbra, Almedina.

NUNES, Dierle

2014 «Novo CPC, o “caballo de Tróya” *iura novit curia* e o papel do juiz», *Revista Brasileira de Direito Processual*, ano 22, n.º 87, Julho/Setembro, pp. 205-210.

OLIVEIRA, Hermínia & SILVEIRA, Sílvia

2014 *Discussão e julgamento da causa: poderes do juiz*, pp. 1-15, disponível em http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/coloquios_STJ/V_Coloquio/int2014/juiza_assessora_i.pdf, (consultado em 6-6-2017).

PASSO CABRAL, Antonio do

2009 *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*, 2.^a edição, Rio de Janeiro, Editora Forense.

2014 *Palestra: negociação processual*, CFC – Simpósio – O Novo CPC e os impactos no processo do trabalho.

2016a «Accordi processuali nel diritto brasiliano», *Rivista di Diritto Processuale*, anno LXXI, II serie, n.º 3, Maggio-Giugno, pp. 773-793.

2016b *Convenções processuais: conforme novo CPC*, Editora JusPodivm.

PEREIRA RODRIGUES, Fernando

2013 *O Novo Processo Civil – Os Princípios Estruturantes*, Coimbra, Almedina.

PESSOA VAZ, Alexandre M.

1946 «Atendibilidade de factos não alegados: (estudo de jurisprudência crítica)», *Separata de Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 19-21, Coimbra.

1973 «Justiça célere, económica e segura», *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 33, pp. 167-196.

2002 *Direito Processual Civil: do antigo ao novo código*, 2.^a edição, Coimbra, Almedina.

PICÓ I JUNOY, Joan

1996 *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona, Bosch Editor.

2003 «La iniciativa probatoria del juez civil. A proposito de un caso», in Xavier Abel Lluch & Joan Picó i Junoy (coord.), *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, Barcelona: Bosch Editor, pp. 155-174.

2007 *El juez y la prueba: Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*, Barcelona, Bosch Editor.

2008 «La iniciativa probatoria del juez civil: un debate mal planteado», *Revista Oficial del Poder Judicial*, 2/1, pp. 309-334.

2012 «El Derecho Procesal entre el Garantismo y la Eficacia: Un Debate Mal Planteado», *Revista Derecho & Sociedad*, n.º 38, pp. 274-280.

PIMENTA, Paulo

2016 *Processo Civil Declarativo*, Coimbra, Almedina.

PIMENTA, Paulo & CORREIA, João & CASTANHEIRA, Sérgio

2013 *Introdução ao estudo e à aplicação do Código de Processo Civil de 2013*, Coimbra, Almedina.

PINTO, Rui

2015a *Notas ao Código de Processo Civil*, vol. I, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora.

2015b *Notas ao Código de Processo Civil*, vol. II, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora.

PIRES DE SOUSA, Luís Filipe

2016 *Prova testemunhal*, Coimbra, Almedina.

PLATÃO

2007 *A República*, Fundação Calouste Gulbenkian, 10.ª edição, introdução, tradução e notas de Maria Helena da Rocha Pereira.

PROTO PISANI, Andrea

1991 *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, Jovene Editore.

2000 «Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile», *Il foro italiano*, ano 125, n.º 10, Outubro, p. 241-250.

2006 *Lezioni di diritto processuale civile*, 5.ª edição, Napoli, Jovene Editore.

PURIFICAÇÃO CARVALHO, Maria de

2015 *A inspeção judicial: contributos para uma melhor verificação ou interpretação dos factos*, pp. 1-44, disponível em:

<http://www.trg.pt/ficheiros/estudos/a%20inspeco%20judicial%20vf.pdf> (consultado em 29-3-2017).

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues

1989 *Estudos de Direito Público*, vol. I, Coimbra, Acta Universitatis Conimbricensis.

RAMOS DE FARIA, Paulo & LOUREIRO, Ana Luísa

2013 *Primeiras notas ao novo Código de Processo Civil: os artigos da reforma*, Coimbra, Almedina, vol. I.

REGO, Carlos Lopes do

2004 *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 1, Coimbra, Almedina.

2013 «O princípio dispositivo e os poderes de convolação do juiz no momento da sentença», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 781-810.

REMÉDIO MARQUES, João Paulo

2011 *A Acção Declarativa à Luz do Código Revisto*, 3.^a edição, Coimbra: Coimbra Editora.

2012 «A aquisição e valoração probatória de factos (des)favoráveis ao depoente ou à parte chamada a prestar informações ou esclarecimentos», *Julgar*, n.º 16, pp. 137-172.

2016 «Os poderes da Relação em Matéria de Presunções Judiciais e o Controlo do STJ sobre o exercício desses poderes», *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XCII, tomo 2, pp. 757-825.

RODRIGUES BASTOS, Jacinto

2001 *Notas ao Código de Processo Civil*, vol. III, 3.^a edição revista e actualizada, Lisboa.

ROQUE CARRIÓN, W.

1970 «Los principios dispositivo e inquisitorio en el proceso civil», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 28, pp. 38-55, disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5144040> (consultado em 11-05-2017).

SALAZAR CASANOVA, José Fernando de

1991 «Princípio dispositivo e poderes de cognição do tribunal», *Scientia Iuridica*, Braga, T. XL, n.ºs 229/234, pp. 109-120.

SATTA, Salvatore

1996 *Diritto Processuale Civile*, 12.ª ed, Padova, CEDAM.

SILVA PEREIRA, Fernando

2013 “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 X, 2013, pp. 111-131.

STRICKLER, Yves

2012 *L'office du juge et les principes*, Formation Ecole Nationale de la Magistrature, pp. 1-26.

TARUFFO, Michelle

2012 *La prueba, artículos y conferencias*, Editorial Metropolitana, Monografías Jurídicas Universitas.

2013 «Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos», in *Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel

1997 *Estudos sobre o novo processo civil*, 2.ª edição Lisboa, Lex.

2013a *Apontamento sobre o princípio da gestão processual no novo Código de Processo Civil*, disponível em:

https://www.academia.edu/5187428/TEIXEIRA_DE_SOUSA_M._Apontamento_sobre_o_p_rinc%C3%Adpio_da_gest%C3%A3o_processual_no_novo_C%C3%B3digo_de_Processo_Civil_10.2013_ (consultado em 2-6-2017).

2013b «Prova, poderes da Relação e convicção: a lição da epistemologia – Ac. do STJ de 24.9.2013, Proc. 1965/04», *Cadernos de Direito Privado*, n.º 44, Outubro/Dezembro, pp. 29-36.

2016 *Preclusão e caso julgado*, disponível em:

https://www.academia.edu/24956415/TEIXEIRA_DE_SOUSA_M._Preclus%C3%A3o_e_caso_julgado_05.2016_ (consultado em 5-6-2017).

TRUJILLO, Isabel

2003 *Imparzialità*, Torino: G. Giappichelli Editore.

VERDE, Giovanni

1998 «La prova nel processo civile (profili di teoria generale)», *Rivista di Diritto Processuale*, anno LIII, (seconda serie), n.º 1, Gennaio-Marzo, pp. 2-25.

VIDIRI, Guido

2012 «Giusto processo, accertamento della verità materiale e «imparzialità» del giudice», *Rivista Diritto Processuale*, anno LXVII (seconda serie), n.º 6, Novembre-Dicembre, pp. 1547-1566.

WOLTER, Udo

2000 «L'Officium en droit ecclésiastique médiéval: un prototype de l'administration moderne», in *Justice et législation*, sous la direction de Antonio Padoa-Schioppa, Paris, PUF, pp. 37-58.

Jurisprudência

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ac. STJ, de 26-7-1989, relatado por Sousa Macedo, processo n.º 077891

Ac. STJ, de 19-4-1995, relatado por Martins da Costa, in Colectânea de Jurisprudência, ano III, Tomo II, pp. 43-44.

Ac. STJ, de 18-11-1997, relatado por Sampaio da Nóvoa, processo n.º 96B957

Ac. STJ, de 11-1-2001, relatado por Aragão Seia, processo n.º 3521/00

Ac. STJ, de 28-5-2002, relatado por Afonso Melo, processo n.º 02A1605

Ac. STJ, de 6-6-2002, relatado por Ferreira de Almeida, processo n.º 02B1489

Ac. STJ, de 12-6-2003, relatado por Quirino Soares, in Colectânea de Jurisprudência, Tomo II, 2003, pp. 100-102

Ac. STJ, de 4-7-2013, relatado por Moreira Alves, processo n.º 1727/07.1TBSTS-L.P1.S1

Ac. STJ, de 24-9-2013, relatado por Azevedo Ramos, processo n.º 1965/04.9TBSTB.E1.S1

Ac. STJ, de 20-3-2014, relatado por Maria dos Prazeres Beleza, processo n.º 4867/06.0TBVLG.P1.S1

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ac. TC, n.º 259/2000, de 7-11-2000

Ac. TC, n.º 346/2009, de 18-8-2009

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA

Ac. TRC, de 18-5-2004, relatado por Monteiro Casimiro, processo n.º 640/04.

Ac. TRC de 8-9-2009, relatado por Isabel Fonseca, processo n.º 138-D/1998.C1

Ac. TRC de 5-12-2012, relatado por Francisco Caetano, processo n.º 388/06.0TBSRT.C1

Ac. TRC, de 5-12-2012, relatado por Albertina Pedroso, processo n.º 771/10.6T2OBR-B.C1

Ac. TRC, de 18-12-2013, relatado por Albertina Pedroso, processo n.º 319/12.8T2ILH-A.C1

Ac. TRC de 14-10-2014, relatado por relatado por Henrique Antunes, processo n.º 1622/12.2TBGRD.C1

Ac. TRC, de 14-10-2014, relatado por Carvalho Martins, processo n.º 507/10.1T2AVR-C.C1

Ac. TRC de 16-12-2015, relatado por Arlindo Oliveira, processo n.º 1395/08.3TBLRA-B.C1

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE ÉVORA

Ac. TRE, de 3-6-2004, relatado por Ana Resende, *in* Colectânea de Jurisprudência, Ano XXIX, Tomo III, pp. 249-252.

Ac. TRE, de 3-6-2004, relatado por Gaito das Neves, processo n.º 546/04-3

Ac. TRE, de 10-3-2005, relatado por Bernardo Domingos, processo n.º 69/05-2

Ac. TRE, de 22-9-2011, relatado por João Gonçalves Marques, processo n.º 281/10.1TBVVC-A.E1

Ac. TRE, de 20-1-2015, relatado por Sérgio Corvacho, processo n.º 390/12.2TALLE.E1

Ac. TRE, de 12-2-2015, relatado por Elisabete Valente, processo n.º 487/14.4T2STC.E1

Ac. TRE, de 3-11-2016, relatado por Mário Serrano, processo n.º 211/05.2TBARL-E.E1

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES

Ac. TRG, de 28-1-2004, relatado por António Gonçalves, processo n.º 2287/03-1

Ac. TRG, de 4-3-2013, relatado por Ana Cristina Duarte, processo n.º 293/12.0TBVCT-J.G1

Ac. TRG, de 17-12-2014 relatado por Jorge Teixeira, processo n.º 2777/12.1TBBERG.G1

Ac. TRG, de 17-9-2015, relatado por António Figueiredo de Almeida, processo n.º 912/14.4TBVCT-A.G1

Ac. TRG, de 12-5-2016, relatado por Cristina Cerdeira, processo n.º 3/14.8TJVNF.G1

Ac. TRG, de 12-5-2016, relatado por António Figueiredo de Almeida, relatado por 190/12.0TBAVV.G2

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

Despacho de 29-6-1992, TRL, Cardona Ferreira, *in* Colectânea de Jurisprudência, ano XVII, Tomo III, pp. 171-173.

Ac. TRL, de 18-6-2009, relatado por Manuel Gonçalves, processo n.º 7947/2008-6

Ac. TRL, de 10-12-2009, relatado por Maria José Mouro, processo n.º 825/2000.L1-2

Ac. TRL, de 9-12-2010, relatado por Henrique Antunes, *in* Colectânea de Jurisprudência, n.º 226, ano XXXV, Tomo V, pp. 127-132.

Ac. TRL, de 18-6-2014, relatado por Francisca Mendes, processo n.º 48/13.5TTTVD-A.L1-4

Ac. TRL, de 3-12-2014, relatado por Duro Mateus Cardoso, processo n.º 58/12.0TTVFX.L1-4

Ac. TRL, de 8-9-2015, relatado por Maria Adelaide Domingos, processo n.º 4474/12.9TBVFX.L1-1

Ac. TRL, de 18-11-2015, relatado por Duro Mateus Cardoso, processo n.º 2105/14.1TTLS.A.L1-4

Ac. TRL, de 3-5-2016, relatado por José Eduardo Sapateiro, processo n.º 3149/15.1T8BRR-A.L1-4

Ac. TRL, de 13-10-2016, relatado por Anabela Calafate, processo n.º 808/ 14.OTBSCR.L1

Ac. TRL, de 13-10-2016, relatado por Eduardo Petersen Silva, processo n.º 1585-10.9TCLRS-A.L1-3

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO

Ac. TRP, de 26-4-2001, relatado por Teles de Menezes, processo n.º 0130495

Ac. TRP, de 2-10-2006, relatado por Machado da Silva, processo n.º 0613159

Ac. TRP, de 19-10-2006, relatado por Amaral Ferreira, processo n.º 0633968

Ac. TRP, de 11-5-2009 relatado por Sampaio Gomes, processo n.º 0857899

Ac. TRP, de 16-12-2009, relatado por Rodrigues Pires, processo n.º 577/08.2TBVNG-A.P1

Ac. TRP, de 7-6-2011, relatado por Pinto dos Santos, processo n.º 3056/10.4TBVCD-C.P1

Ac. TRP, de 4-3-2013, relatado por Ana Paula Amorim, processo n.º 6880/11.7TBMAI.P1

Ac. TRP, de 2-5-2013, relatado por José Manuel Araújo Barros, processo n.º 16295/11.7YIPRT-A.P1

Ac. TRP, de 10-9-2013, relatado por Vieira e Cunha, processo n.º 115/09.0TBCNF.P1

Ac. TRP, de 26-11-2013, relatado por Rodrigues Pires, processo n.º 309/07.2TBLMG.P1

Ac. TRP, de 9-2-2015, relatado por João Nunes, processo n.º 572/11.4TTPNF-A.C1.P1

Ac. TRP, de 15-2-2016, relatado por Domingos Morais, processo n.º 96/14.8TTVFR-A.P1