

DA INSTRUÇÃO DO PROCESSO

*Relatório apresentado à Comissão Revisora sobre o Capítulo 3.º
do Título II do Livro III (1)*

Pelo PROF. DOUTOR MANUEL RODRIGUES

I. O capítulo 3.º versa sobre a prova e faz parte do título 2.º que tem a epígrafe «Do processo ordinário».

Como se disse no relatório sobre a sentença, a instrução deverá constituir um título autónomo. As razões estão indicadas naquele relatório e dão-se aqui como reproduzidas.

Passemos por isso a examinar o que na secção 1.^a se dispõe.

Os art.ºs 453.º a 464.º estabelecem os princípios orientadores aplicáveis a todos os meios de prova.

Contêm algumas inovações e esclarecimentos de disposições anteriores que andavam em jurisprudência flutuante e até contraditória.

Os art.ºs 453.º e 454.º foram já deslocados para a secção que trata da instância e onde têm os n.ºs 125.º e 126.º e os restantes abrangem as seguintes questões: factos a provar, ónus da prova, valor da lei estrangeira, cooperação de estranhos ao processo e das próprias partes na demonstração da verdade, projecção da prova de um processo em outro processo.

Embora tenha sido resolvido que o art.º 453.º tomasse o lugar que actualmente ocupa, parece-me que, não tendo sido aceite tudo o que propuz em relação ao que devia constituir a regulamentação da instância, aquele artigo deve ser mantido à frente da instrução.

(1) Os artigos do Projecto analisados neste Relatório, correspondem aos art.ºs 517.º e segs. do Código (N. da R.).

Ele define o princípio geral que a domina em todas as suas modalidades e por isso está bem que tome o primeiro lugar.

Mas o princípio será de aceitar?

Certas legislações dão ao juiz uma quase absoluta neutralidade em matéria de provas. Partem do princípio de que as partes são senhoras das suas provas como dos seus direitos. A certeza da sentença não é mais do que uma certeza formal. Daqui o brocardo; *Judex judicare debet secundum alligata e probata*.

Todavia a regra sofreu sempre algumas excepções, quanto à prova, e assim sucedia entre nós no regime no Código de processo que perfilhava aquele princípio. O critério que domina muitas outras legislações e actualmente a nossa, e constitui a tendência do processo moderno, é outro, e inspira-se na seriedade do julgamento que exige não uma verdade puramente formal, mas, tanto quanto possível, a verdade real.

É este o princípio do art.º 453.º. Nenhum limite quanto ao tempo e forma se fixa ao poder do juiz. Este pode portanto ordenar a junção de documentos em qualquer altura e até daqueles documentos que às partes já não é permitido juntar, pode ordenar exames e vistorias fora do prazo em que qualquer das partes os podem requerer, e este poder é um dever sempre que considere importantes estas e outras diligências, para o esclarecimento da verdade.

Pode este princípio trazer alguma perturbação ao processo? Pode deslocar por vezes a posição das partes? Sem dúvida.

Mas o que se pretende é que julgue segundo a verdade e que por isso a procure obter — uma só atitude se lhe impõe, e é que tenha o mesmo peso e a mesma medida para ambas as partes.

2. Passemos ao estudo dos factos a provar.

É inútil dizer que o direito português, como aliás todo o direito moderno, na inspiração do direito romano, segue o sistema da prova analítica.

Há-de demonstrar-se a existência dos factos sobre que se apoia a pretensão e não a própria pretensão em si, como sucedia no direito primitivo, e até no direito português dos primeiros tempos em que se seguia o sistema da prova sintética — provava-se apenas a conclusão do silogismo judiciário —; agora há-de provar-se a premissa menor.

Mas colocados neste ponto, ainda aqui nem todos os factos necessitam de demonstração.

O art.º 455.º diz : «as diligências destinadas à produção de prova só podem recair sobre os factos constantes do questionário a que se refere o art.º 451.º, salvo a faculdade de requerer exame em documentos juntos ao processo».

Quer isto significar que a premissa menor do silogismo judiciário está definitivamente formada na altura do questionário, não podendo invocar-se posteriormente outros factos.

Mas será assim ?

É preciso considerar que o art.º 120.º do Projecto revisto dispõe: «havendo acordo das partes, o pedido e a causa de pedir podem ser alterados em *qualquer altura*, em primeira ou segunda instância, salvo se o tribunal entender que a alteração perturba *profundamente a instrução, discussão e julgamento* do pleito».

Quando houver a alteração prevista neste artigo e porventura a do art.º 121.º, ainda se manterá a doutrina ? A alteração terá de respeitar os factos ? Parece ser assim em virtude do que se lê na resposta do Autor do Projecto, *acta n.º 6*, em comentário ao art.º 52.º e no que foi votado na mesma sessão. Mas sendo assim, em rigor, não haverá alteração, mas apenas diferente qualificação.

3. O art.º 456.º indica duas espécies de factos que não carecem de ser provados : os notórios e aqueles de que o tribunal tiver conhecimento por virtude do exercício das suas funções.

Este artigo deverá harmonizar-se com o que se dispõe no art.º 451.º porque os factos que não necessitam de prova não devem fazer parte do questionário, mas deverão ser especificados. A enumeração é, porém, incompleta, porque os factos que não necessitam de prova são os seguintes : a) os factos admitidos por acordo, os confessados, os não especialmente impugnados, os referidos por ambas as partes; devendo todavia notar-se que nem a confissão, nem a falta de impugnação, nem o acordo, dão validade a actos para os quais a lei exige uma forma especial de prova ; — b) os que podem ser provados por documentos autênticos e autenticados ; — c) os notórios ; — d) os de que o tribunal tem conhecimento pelo exercício das suas funções ; — e) os factos presumidos, quer se trate de presunção *juris et de jure*, quer seja simples, embora esta admita prova em contrário;

f) as máximas da experiência, como a de que a gasolina é um líquido inflamável, entre os quais se devem incluir os factos impossíveis (1).

Deixemos de lado, por já examinados, os factos acima referidos, com excepção dos constantes nas alíneas c) e d).

Tratemos primeiro do facto notório. É conhecido o aforismo «*Notória non egent probatione*» admitido em alguns sistemas jurídicos do passado e até entre nós (Melo Freire, Inst. Juris. Civ. Lusit. L. 4, t., 16 § 2.º) embora com alguma contradição, e do presente, como o C. P. C. alemão, § 291.º, austríaco, § 269.º.

No primeiro Projecto oficial do C. P. C. italiano, art.º 287.º, diz-se: «O juiz dará como assentes os factos cuja prova está feita no processo ou que são públicamente notórios».

O princípio da admissão do facto notório não parece poder contestar-se, toda a dificuldade está em encontrar uma definição segura que evite dúvidas e suspeições, daí as reservas de alguns juriconsultos. No Projecto Carnelutti, art.º 297.º (2), lê-se: «reputam-se públicamente notórios os factos, cuja existência é conhecida da generalidade dos cidadãos de média cultura no tempo e no lugar em que é pronunciada a decisão».

O Projecto segue uma definição que parece coincidir com esta quando declara que os factos notórios são: «os factos que são do conhecimento geral, pelo menos na circunscrição judicial em que a causa corre». Isto implica duas espécies de factos: aqueles que tiverem repercussão em todo o mundo, por exemplo — a guerra mundial — que evidentemente não necessita de prova, e os que se deram na circunscrição do tribunal e pouca ou nenhuma repercussão tiveram fora, mas aí foram do conhecimento da generalidade das pessoas.

Parece ser este o entendimento do conceito de facto notório do Projecto. Não se pode dizer que afastará todas as dúvidas, mas aplicado com inteligência e prudência, excluirá qualquer dificuldade e por isso me parece dever merecer aprovação.

O outro ponto que importa considerar é o valor dos factos de que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções.

(1) Carnelutti. Prove, p. 26.

(2) Benthon. *Traité des preuves II*, p. 265 — Florian. *Prove penali*, I, p. 90. Calamandrei. *Riv. di diritto processuale*, II, p. 303.

Em que condições poderá admitir-se a dispensa de prova?

É princípio do direito processual que o juiz não pode julgar segundo o conhecimento particular que tiver dos factos — não pode usar da sua ciência privada porque ela escapa ao contraditório da outra parte e não constitui um dado geral do conhecimento. Mas aqui não se trata de um facto de ciência privada do juiz, mas de factos sobre que o tribunal puder exercer a sua crítica. Em que condições? Parece que condição necessária é que o facto conste de qualquer processo, ou documento avulso e sobre que tenha incidido contrariedade, se for caso disso.

4. O art.º 457.º trata do *ónus da prova*. Este problema não tem sido sempre resolvido do mesmo modo. No sistema germânico primitivo, em que se demonstrava directamente a conclusão do silogismo judiciário, isto é, a relação jurídica, a prova pertencia ao réu pela razão de que a violação da lei civil tinha carácter delitual e porque a demonstração da verdade se confiava a um poder transcendente. A prova existente era quase só o juramento.

Depois vieram os *conjuratores* que juravam com o réu. Mais tarde a pessoa que havia de jurar passou a ser designada pelo juiz que fazia um inquérito prévio para a determinar.

Na concepção romana a prova destinava-se a demonstrar a verdade dos factos, admitindo para isso todos os meios indicados pela razão e pela experiência.

Foi esta a forma que veio a predominar mesmo sobre os povos germânicos, cuja evolução se aproximava como se disse até se confundir com esta concepção. Todavia a síntese das duas concepções deu origem a que o sistema romano perfilhasse a enumeração e graduação probatória à maneira germânica.

Em consequência desta evolução o *ónus da prova* veio a recair sobre quem alega: «*affirmanti non neganti incumbit probatio*».

5. Mas que factos tem de provar aquele que é obrigado à prova?

Já atrás se indicaram os factos cuja prova era desnecessária. Importa agora determinar a posição de cada uma das partes. O princípio fundamental é o seguinte: «*actori incumbit onus probandi; reus excipiendo fit actor*. Toda a questão está em saber quem deverá ser considerado como autor.

A distinção entre factos positivos e negativos algumas vezes apre-

sentada como base da distribuição da prova, não tem valor algum e nem o Projecto a aceita.

O autor tem de provar o que afirma e o interesse do réu em contestar só surge quando esta prova se fez, isto é, quando o autor provou a existência do seu direito. Até lá o réu pode limitar-se a negar, o que não quer dizer que não deva ou deva contestar a existência dos factos alegados pelo autor, ou não possa atribuir aos seus elementos significado diferente.

Ao autor incumbe portanto a prova do facto constitutivo do direito que invoca e por facto constitutivo deverá entender-se o facto causal do direito com os elementos que a lei indica. Trata-se de um facto voluntário ou de uma contingência da lei? O autor terá de demonstrar que o facto se deu e nos termos e com as condições indicadas na lei.

Esta doutrina, em relação aos negócios jurídicos, dá, porém, origem a dúvidas.

Com efeito, no negócio jurídico há elementos específicos e elementos gerais, isto é, elementos que se encontram em todo o negócio jurídico. Assim, na compra e venda o preço é o elemento específico, a capacidade, o consenso, e a comercialidade do objecto são elementos gerais.

Será o autor obrigado a provar todos os elementos — os específicos e os gerais?

A generalidade dos escritores entende que no negócio jurídico os elementos gerais existem normalmente; o que é anormal é a sua inexistência. Os elementos específicos esses, porém, não podem presumir-se. Daqui tiram a conclusão de que o autor é obrigado a provar apenas a existência do elemento específico e não a dos elementos gerais (1).

Provado o facto constitutivo há-de, por seu lado, o réu afirmar e provar que há factos impeditivos ou, finalmente, que o direito do autor foi destruído por um facto extintivo.

Não é fácil dar uma definição de *factos impeditivos* pois que estes apresentam várias modalidades. Poderá dizer-se que como tais

(1) Lessona. *Trattato delle prove*, I, n.º 97 — Coviello. *Manuale*. § 169. Chiovenda. *Principi*, § 55, III — Vindscheid. *Pandette*, I, § 156. Bartin, em Aubuy et Rau, XII, § 749. — Giacomo Augenti. *L'onere della prova*.

se devem considerar todos os factos anormais, isto é, todos os factos que se opõem à validade do facto constitutivo. A dúvida por vezes está na determinação do que é normal e do que é anormal.

Assim, alega o autor a existência de um contrato de compra e venda; mas este não existe porque não se fixou o preço? O autor não prova o preço ou não exhibe a escritura pública, ou documento particular quando este é da essência do acto ou demonstra a sua existência? Não há facto constitutivo. Prova o preço, mas o devedor estava interdito? É o vendedor que terá de provar a incapacidade, porque constitui uma situação anormal. A regra é a capacidade. A incapacidade é um facto anormal que, em geral, não existe.

Pode igualmente o devedor afastar a sua responsabilidade não obstante confessar o facto constitutivo, invocando um facto extintivo, isto é, um facto que tenha a virtualidade de extinguir a obrigação invocada. Assim, o pagamento, a prestação, etc.

De tudo resulta que o autor terá de provar os factos constitutivos e que o réu terá de provar os factos impeditivos e extintivos. Esta é a forma de distribuição da prova, sem prejuízo do que atrás se disse.

Em conclusão, parece-me que o artigo deverá ser redigido do seguinte modo:

«Incumbe ao autor fazer a prova dos factos constitutivos que servem de fundamento à acção; incumbe ao réu fazer a prova dos factos impeditivos ou extintivos, que servem de fundamento à excepção.»

6. Uma coisa é a obrigação de provar e outra o efeito da prova produzida. Qualquer prova trazida ao processo deverá ser tida em consideração independentemente do benefício ou do agravo que ela possa acarretar para aquele que a produziu. Este é o princípio que resulta da concepção da prova, que é um meio de indagação da verdade, e não da verdade do autor ou do réu.

Todavia há casos em que a lei declara irrelevante a alegação de um facto quando não seja feita por certo interessado; a prova de tal facto nestas circunstâncias não tem valor algum.

Parece-me, por isso, justo o que se dispõe no § único do art.º 457.º.

E também não tenho qualquer correcção a fazer ao que se dispõe no art.º 458.º.

7. No processo pode invocar-se:

- direito consuetudinário;
- direito local, ou
- direito estrangeiro.

Qual a posição do juiz, em tais casos?

A questão tem sido largamente tratada entre nós, em face do art.º 2.406.º do C. C. e as opiniões são contraditórias (1).

O Projecto consigna a doutrina que começa a fazer carreira entre nós e é de resto a que parece justa.

No Projecto do C. P. C. italiano (oficial), diz-se: «o juiz aplica a norma do direito independentemente de invocação das partes, mesmo que se trate de direito local ou estrangeiro». Neste último caso o juiz pode proceder officiosamente às indagações que entender e em particular pedir informações por meio do M.º da Justiça.

Aos art.ºs 460.º e 461.º nada a observar.

8. No art.º 462.º estabeleceu-se o princípio de:

- a) qualquer pessoa pode ser obrigada a prestar a sua cooperação para a descoberta da verdade;
- b) qualquer pessoa, seja ou não parte na causa, está sujeita a esta obrigação.

A cooperação revela-se:

- 1) respondendo ao que lhe for perguntado;
- 2) submetendo-se às inspecções que forem julgadas necessárias;
- 3) facultando o que for requisitado;
- 4) praticando os actos necessários que forem determinados.

A que pessoas se refere este artigo?

(1) Dr. Vilela. *Tratado de Direito Internacional privado*, vol. II.

As partes, às testemunhas e aos peritos?

A estas sem dúvida, mas também a todos os depoentes independentemente daquelas qualidades.

No § 1.º enumeram-se as pessoas que estão obrigadas ao segredo profissional. É a enumeração do n.º 1.º do art.º 217.º. Não são certamente as únicas e seria talvez conveniente inserir a fórmula do C. C. no art.º 2.511.º, n.º 5.º A recusa será ainda legítima se causar grave dano à honra e consideração da própria pessoa, de um seu ascendente, descendente, irmão ou cônjuge. Ainda esta excepção parece justa, porque de outro modo ou poderia ferir sentimentos que importa manter vivos, ou obrigar a depor falso quem acima de tudo quisesse respeitar aqueles sentimentos.

Art. 463.º — É doutrina antiga (Ord. 3. t. 55 § 7.º) e nada há a dizer, salvo que tanto no caso de incertos como de ausentes se deverá notificar o M.º Público em harmonia com o que foi resolvido no art.º 16.º do Projecto revisto, devando alterar-se o § 2.º neste sentido.

O art.º 464.º, estabelece doutrina nova, interessante e justa.

Os depoimentos e arbitramentos produzidos em um processo podem ser invocados noutro processo contra a mesma parte, desde que tenha havido audiência contraditória.

Compreende-se a doutrina partindo do princípio de que o que está no processo se apurou na presença da parte contrária e apesar da intervenção dela constitui um elemento de convicção.

O juiz mantém, todavia, no segundo processo o poder de apreciação que tinha no primeiro. Se portanto a prova por testemunhas e por arbitramento estiver sujeita ao critério da livre convicção, é ainda dentro deste critério que o juiz a deverá apreciar. Doutra maneira a prova aumentaria de valor.

Para que assim seja são necessárias duas condições:

- a) a prova deve ter sido produzida em audiência contraditória — por isso os factos admitidos por falta de impugnação não podem ser invocados;
- b) é necessário também que o regime de produção de prova do primeiro processo não ofereça às partes garantias inferiores às do segundo.

Quando é que isto succede? Quando o primeiro processo não admite segundo arbitramento e o segundo o admite, e também quando o número de testemunhas permitido pela lei no primeiro processo for inferior ao número admitido pelo segundo?

Parece que sim.

Mas mesmo quando se verificarem estes dois casos, a prova feita não é destituída de valor — tem o valor de prova indiciária — o que é ainda de admitir.

Também as confissões feitas pela parte nos articulados podem ser-lhe opostas noutro processo.

Concordo. Sobre o mesmo facto não há duas verdades, há uma só e sempre a mesma.

O § 2.º nega o valor ao que se dispõe no artigo quando o primeiro processo tiver sido anulado pelo menos na parte relativa à produção da prova que se pretende invocar.

Concordo, mas a expressão «disposto neste artigo» não deverá abranger o § 1.º.

MANUEL RODRIGUES