



Augusto Ngongo Barnabé
(2012180620)

DIREITO PROBATÓRIO

Dissertação apresentada no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Área de Especialização: Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Civilísticas.

Menção: Direito processual Civil.

Orientador: **Professor Doutor Luís Miguel Mesquita**

COIMBRA, Maio/2014



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac.- Acórdão

Art.- Artigo

BFDUC- Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

BMJ- Boletim do Ministério da Justiça

CC- Código Civil

Cf.- Conferir ou confrontar

CJ- Colectânea de Jurisprudência

CPC- Código de Processo Civil

CP- Código Penal

CPP- Código de Processo penal

CRP- Constituição da República Portuguesa

CRA- Constituição da República de Angola

Nº- Número

DR.-Diário da República

Ob. cit.- Obra citada

RC- Relação de Coimbra

RE- Relação de Évora

RLJ- Revista de Legislação e Jurisprudência

RL- Relação de Lisboa

ROA- Revista da Ordem dos Advogados

STJ- Supremo Tribunal de Justiça

RP- Relação do Porto

RV- Revista

PRÓLOGO

O presente trabalho, faz parte da dissertação do mestrado com o tema : o DIREITO PROBATÓRIO.

Sendo mister fazer uma abordagem do estado actual do processo Civil, no que respeita com às concepções privatista e publicista do processo, abordar as diversas acepções do conceito de prova, do direito probatório formal e material, dos princípios essenciais do direito probatório, como sendo o do inquisitório, da audiência contraditória e por fim dos meios de prova. Sem olvidar fazer um estudo comparado.

De uma maneira não muito enquadrada, tecerei algumas considerações sobre a admissibilidade da prova ilícita. No sentido de que, excepcionalmente e com as devidas ponderações pode ser aceite. O ponto de partida é o de ponderar os interesses envolvidos, colocando-se uma balança sobre os direitos em jogo.

Da grande importancia de que se reveste o presente trabalho, é o do papel activo do juiz, especialmente, o juiz no processo civil português , comparadamente ao ordenamento angolano, onde permanece o então CPC português de 1961, todavia, nem por isso é tão passivo, como se podia pensar. Afinal, a ideia de ampliação de poderes, mormente nos poderes instrutórios do juiz, faz parte de uma certa tendência evolutiva do Direito.

Ao discorrer, farei muitos recursos ao direito brasileiro ao processo penal. Por fim, analisarei todas as questões que se suscitam com relação aos temas nos capítulos que abaixo virão desenhados.

Uma chamada de atenção com relação a dificuldade que encontrarei no que concerne aos códigos de Processos Civil de 1961 (angolano), 1995/96 e 2013, achei por bem adoptar o CPC de 1996, por ser intermédio entre o angolano e o actual português. Peço desta feita, ao avaliador, compreensão na medida em que, ao ser lido e avaliado far-se-á recurso à TABELA DE CORRESPONDÊNCIA ENTRE OS ARTIGOS DO CPC REVOGADOS E OS DO NOVO CPC. Não só porque fiz o trabalho em Angola, como tive as sessões de mestrado com base no CPC de 1995/96.

CAPÍTULO I

TEORIA GERAL DA PROVA

1-ÂMBITO DO DIREITO PROBATÓRIO

- 1.2- A PROVA, ETIMOLOGIA, CONCEITO E TEORIA, 1.2.1- OS SENTIDOS DA PROVA, 1.2.2- CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS, 1.3-OBJECTO DA PROVA, 1.3.1-FACTOS NÃO CARECIDOS DE PROVA, 1.4- OBJECTIVO DA PROVA, 1.4.1-DIREITO À PROVA, 1.4.2-DIREITO A VALORAÇÃO DA PROVA, 1.5- PRODUÇÃO ANTECIPADA DAS PROVAS E VALORAÇÃO ANTECIPADA DAS PROVAS, 1.6- VALOR EXTRAPROCESSUAL DAS PROVAS, 1.6.1- OS GRAUS DA PROVA, 1.6.2- LIMITES DO DIREITO A PROVA**
- 2- PROVA E VERDADE, 2.1- PRESSUPOSTOS DA VERDADE SUBSTANCIAL, 2.2- VERDADE ABSOLUTA E RELATIVA, 2.3 VERDADE PROCESSUAL E SUBSTANTIVA.**
- 3-A JUSTIÇA PROCESSUAL OU SUBSTANTIVA**
- 4-DIREITO PROBATÓRIO FORMAL E MATERIAL**
- 5-NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO PROBATÓRIO**

1.-1Âmbito do direito probatório

O direito probatório é um conjunto de normas jurídicas que estabelecem a disciplina relativa à prova.

O direito probatório consta do formalismo processual, isto é, na fase da instrução, art. 513º e seguintes do CPC desde 1961¹ ao presente momento em Angola e do art. 410º e seguintes, actualmente em Portugal.

A prova é para o direito substantivo um instituto vital, a espinha dorsal de qualquer sistema jurídico e de direito. Tal como no esqueleto humano, a espinha dorsal é condição de se manter em pé, do mesmo modo a prova, para com o Direito . A prova numa outra analogia é o pulmão do direito. O Direito não existe sem a prova, tal como o homem não existe sem pulmões, faltar-lhe-ia ar para viver. Enfim, é no dizer de CASTRO MENDES, o

¹ No ordenamento português, embora com sucessivas reformas, mantém o objecto da prova no art. 513º. No ordenamento angolano, mantém-se o CPC de 1961 português.

pressuposto da evocação do direito². Não podemos reclamar por um direito se o mesmo não for demonstrado.

Enquanto parte estruturante e constituinte do processo, o direito probatório está adstrito às mutações que os sistemas de direito e o Processo Civil têm sofrido ao longo dos tempos, sobretudo nas concepções que o processo vem sofrendo, relevantemente desde o século XIX.

Há quem dissesse que o Processo Civil desde aquele século ficou infectado pelo vírus do autoritarismo³. Na ideia de que o processo civil como em grande parte, o direito em geral, era (é) influenciado pelos regimes governamentais e políticos. Tratava-se de facto da época em que os regimes autoritários iam nascendo e se espalhando pelo mundo fora.

Não é este o nosso ponto de vista, na medida em que reza a mesma história que, regimes autoritários como o então do Brasil, da década de sessenta, não terá influenciado o Processo Civil e o Direito em geral: facto que se demonstra da Lei 4.717 de 29 de Junho de 1965, lei que regula a acção popular; a 7.347, de 24 de Julho de 1985, que disciplina a acção civil pública; o mesmo se diga do então ordenamento da Alemanha, em que as alterações introduzidas na Zivilprozessordnung em pleno nazismo não terá sido influenciado por aquele regime político⁴. O mesmo se diga do ordenamento angolano, que desde 1975-1992 adoptou o modelo monopartidário, que indirectamente se aproximava de qualquer regime autoritário. Nem por isso aquele direito terá sido influenciado pelo então regime. Prova disso é que o direito ensinado naquela época é o actual .⁵

Na verdade só excepcionalmente os regime autoritário influenciam o direito. Até porque os regimes autoritários são avessos ao poder judicial. O que os regimes autoritários fariam, seria atribuir mais poderes ao executivo e diminuir os poderes judiciais. Por essa razão, dificilmente um regime autoritário para se manter, precisa de atribuir amplos poderes aos órgãos judiciais.

² JOÃO DE CASTRO MENDES, do Conceito Jurídico da Prova em Processo Civil, pág. 341

³ No dizer de LUÍS CORREIA DE MENDONÇA, in revista *Julgar* nº1/2007, esse vírus apareceu pela primeira vez na casa do imperador da Áustria e rei da Hungria, FRANCISCO JOSÉ (1810-1916) transmitido pelo Dr. FRANZ KLEIN (1854-1926). O vírus propagou-se por toda a Europa

⁴ O mesmo ocorreu em Angola desde a independência à 1991. Mesmo ter adoptado o regime comunista e monopartidário, nem por isso o Direito terá sido influenciado, nem a UAN, primeira Universidade Pública após a independência e única até 2010, terá ensinado um direito Comunista.

⁵ Por incrível que pareça, a Lei constitucional de 1975-1992 previa pena de morte, nem por isso um Tribunal terá condenado alguém na pena de morte.

Outrossim, por aqui o autoritarismo não se identifica com a excessiva severidade nem com certas manifestações abusivas de autoridade, mas tão sómente, no reforço dos poderes discricionários do juiz em detrimento das partes. O autoritarismo de que muitos juristas adjectivam o processo civil, mais do que dá-lo uma qualificação denotativa, deve-se-lhe atribuir mérito, na medida em que traduz uma ideia de evolução do direito, tendo em conta a função secundária do próprio Direito⁶. Se o processo civil era visto como um simples meio de resolução de conflitos, sendo o Juiz um mero árbitro, hoje é mais do que isso, deixou de ser assunto apenas das partes, por gerar também benefícios sociais. Hoje em diversas ocasiões, as decisões de processos, têm influenciado na produção de muitas leis, incumbindo ao juiz a gestão do processo.⁷

O processo civil tem efectivamente um ciclo evolutivo, comparável ao do ser humano, essencialmente desde o século XIX, ciclos esses que muitas vezes coincidiram com determinadas épocas, da vida cultural, política e económicas dos povos e nações, tais como:

No século XIX, pairava o modelo liberalista, cuja concepção se podia resumir em três aspectos fundamentais como o individualismo económico, liberalismo político e o positivismo jurídico. O processo civil não deixou de se influenciar pelo próprio princípio da liberdade e da autonomia da vontade das partes que dominava o direito civil. Sem olvidar excelentemente o princípio do dispositivo⁸ época em que tais princípios, fruto da época, floresciam. O direito de acção, em prejuízo da justiça privada⁹, passou a ser tido como fundamental ou essencial para a salvaguarda dos direitos dos cidadãos, tendo o processo civil a finalidade de tutelar os direitos do requerente e mediante a prova se demonstraria a existência do direito.

Desta ideia liberalista que correspondia à concepção *jus privatística* do processo, tinha como consequências de ao juiz, de entre vários aspectos, estar vedado o impulso da acção, tanto inicial quanto sucessivo¹⁰, o juiz só

⁶ Nesta senda, o direito tem a finalidade de se adaptar à novas realidades, o direito olha para si mesmo e se auto-organiza, actualiza-se, sob o risco de ser ultrapassado.

⁷ Com a aprovação, em 2013, do novo CPC, um novo princípio foi instituído, o da gestão processual, art. 6º, embora se pudesse subentender nos artigos 264º-3 e 265º-3 do CPC de 61 e 95/96, respectivamente.

⁸ O princípio do dispositivo traduz-se na ideia de liberdade de decisão sobre a instauração do processo, sobre a formação do seu objecto, das partes na causa sobre os meios de prova, e sobre o termo do processo.

⁹ Se foram os tempos em que no antigo direito germânico e não só, um litígio se decidia consoante o resultado de um jogo ou de uma luta.

poderia tomar decisão com base nos fundamentos alegados pelas partes, estando proibido decidir diversamente ou para além daquilo que se pediu¹¹. As partes eram as donas do processo, delas dispunham, não sendo o juiz outra coisa a não ser árbitro, especialmente, mero árbitro. O juiz dependia absolutamente da vontade das partes, sob a cominação de tornar nulo os seus actos. No que tocava a matéria da prova, apesar do surgimento do principio da livre apreciação da prova, dependia apenas das provas arroladas pelas partes, sendo o prazo de apresentação das mesmas, preclusivo;

Já o processo do século XX, período em que florescia o Estado Social, fruto do espírito da época, empreendeu-se na ordem jurídica, um modelo intervencionista do processo já que o Espírito da época era de um modelo Estadual Interventor nas relações entre o individuo e o Estado. O Estado Social de Direito caracterizou o Processo Civil em publicístico¹², onde o juiz deixa de ser um mero árbitro do processo, passando a ser o construtor do mesmo, com um papel activo e interventor, tendo até alguns processualistas declarado que as pessoas ou as partes é que estavam ao serviço do processo e não o contrário. O juiz passava a possuir amplos poderes, dentre vários, os de iniciativa processual, na fixação dos prazos e na faculdade de ouvir as partes sempre que o entendesse, poderes de cognição de factos não alegados pelas partes, de ordenar meios de provas não arroladas por nenhuma das partes, desde que se revelassem essenciais para a decisão¹³.

É com este carácter *publicístico*, que alguns processualistas passaram a caracterizá-lo de autoritário, muito embora alguns desses juristas não lhe atribuam uma imagem denotativa.

O autoritarismo, como asseveramos supra, deve ser visto positivamente, como sendo, da atribuição ao juiz de amplos poderes, não só discricionários, poderes esses que não constituem um privilégio corporativo, nem para a realização pessoal do julgador, mas como pressuposto e garantia não só de uma justiça material, mas como uma

¹¹ Ainda hoje o art. 661 do CPC

¹² O carácter publicista do processo civil, pôs em risco um dos princípios basilares do processo civil que é o do dispositivo, transformando o juiz não apenas num arquitecto do processo, mas em quase parte, sob o pretexto das morosidades processuais, dirige o processo muitas vezes com alguns exageros como de ouvir testemunhas não arroladas, de decidir diversamente do que pediu, e de em muitos momentos reduzir o papel activo do advogado

¹³ Afloração por excelência do princípio do inquisitório, desde o CC de 1961, art. 264º-3.

justiça célere, isto é, pontual, actual e eficiente ¹⁴. Na verdade não basta que a justiça chegue logo, é importante que chegue já. Afinal, a morosidade processual¹⁵, embora a sua sentença possa ser justa, não deixa de ser uma enfermidade, injusta¹⁶. E a atribuição aos juízes daqueles poderes discricionários constituem condimentos para que a justiça seja célere, evitando-se perigos e danos sociais da morosidade da justiça.

Diferentemente do carácter publicístico do processo, muito recentemente se começa a defender uma nova ideologia processual, que é a *garantista*, em reacção aos exageros e abusos da publicização processual. Esta nova ideologia, apesar de vista como uma alternativa¹⁷ para o moderno processo civil, tem como base o aumento da defesa e garantia das liberdades dos direitos dos particulares. Ao contrário do que se tem pensado com a perspectiva publicista, o processo é deste modo o instrumento para o exercício do poder jurisdicional, instrumento único de exercício do direito de acção. A concepção garantista do processo implica a superação da objectiva e juspublicista da jurisdição, sob a égide de um juiz independente, terceiro e imparcial, materialmente.

A independência dos juízes, material, consistiria em os mesmo serem autónomos funcionalmente, isto é, política, administrativa e financeiramente¹⁸. O seu acesso, posicionamento e regalia não depender de

¹⁴ A celeridade processual deve ser vista como uma garantia dos cidadãos face a Justiça. Aliás a justiça só tem valor se for actual, mais do que actuante. A morosidade da Justiça constitui um problema crónico. Pela minha profissional experiência a justiça tem um tempo próprio que, mesmo nos sistemas mais eficientes, é muitas vezes excessivo. Entre nós, por razões objectivas (como a insuficiências de meios humanos e técnicos, exiguidade de Tribunais e falta de pessoal dos cartórios qualificados) e não só, o tempo despendido para a tomada de decisões finais pelos Tribunais é não só, quase sempre inaceitavelmente prolongado como imprevisível. É comum, no dizer de Manuel de Almeida Ribeiro, nos Tribunais processos estarem parados à espera de um simples despacho e os casos mais complexos paralizarem após os articulados.

¹⁵ MANUEL DE ALMEIDA RIBEIRO, Coordenador e Moderador, Debate, A Morosidade da Justiça,

¹⁶ As sociedades modernas clamam por uma justiça actual e actuante, não por uma espécie de justiça divina, aquela que há-de-vir, como soi-se dizer na Religião e no dizer de Bento XVI, tarda

¹⁷ Do meu ponto de vista, esta nova ideologia processual, não podia ser vista como alternativa, mas como um novo modelo processual intermediário entre a perspectivajusprivatista e juspublicista do processo, devendo ser um eclectismo entre as duas ideologias.

¹⁸ Nos termos dos artigos 178º e 179º da Constituição da República de Angola , os Tribunais gozam de uma autonomia administrativa, financeira; os juizes são independentes no exercício das suas funções e apenas devem obediência à lei.

Todavia grandes dúvidas levanto, não apenas no Ordenamento angolano como de quase todo o mundo, em relação ao órgão superior de gestão e disciplina da Magistratura Judicial, que é o Conselho Superior da Magistratura, cujas funções vêm plasmadas no artigo 184º, o seu nº2 versa sobre a composição, segundo o qual” o Conselho Superior da Magistratura é presidido pelo pelo Presidente do Tribunal supremo e composto pelos seguintes vogais:

- a) Três juristas designados pelo Presidente da república, sendo pelo menos um deles Magistrado Judicial
- b) Cinco juristas designados pela Assembleia Nacional

qualquer militância partidária e do executivo, mesmo que discreta, estarem exclusivamente subordinados à lei e a consciência, não sofrerem pressões nem influências externas, do poder Político, nem do Executivo. A função magistral do juiz deve estar nítida na clássica divisão dos três poderes, sendo que a sua independência, não só formal, é condição sem a qual, o juiz não passa de um mero funcionário público submetido aos poderes da Administração Pública¹⁹, o direito moderno clama por uma indepência plena²⁰ dos juizes e Tribunais, sob o risco de os alicerces do Direito estarem abalados.

No dizer de PABLO LUCAS VERDÚ,²¹ a magistratura judicial, emancipada do poder executivo, se deveria regular por si mesma, através de um Conselho eleito pelos próprios juizes, cabendo a esse, exclusivamente, a competência para o recrutamento, promoção e movimentação judicial²². As constituições de todo o mundo deveriam conferir o monopólio exclusivo do poder jurisdicional, sob pena de não haver justiça para todos ou denegá-la. No dizer de OTHMAR JAUERNING²³, o juiz, ao contrário dos funcionários públicos, tem de possuir uma independência, característica da sua função, para poder actuar objectiva e livremente.

A independência não é um privilégio corporativo e não é concedida ao juiz

c) Dez juizes eleitos entre si pelos Magistrados Judiciais.

É justamente com relação à sua composição que uma reticência se abre face a característica essencial da magistratura, que é a independência dos magistrados, especialmente nas alíneas A e B, o facto de o Presidente da República e a Assembleia Nacional, órgãos essencialmente Políticos designarem magistrados para aquela Instância, não belisca a independência dos Tribunais, ferindo assim o princípio da Separação de poderes? A nossa resposta é positiva. Ou seja, que Magistratura se espera quando o seu órgão Superior e essencialmente (não maioritariamente) designado pelo Executivo e Político?

Trata-se de uma postura não só de Angola, como de quase todo o mundo. Todavia outros renomados Juristas como VITAL MOREIRA são da ideia de que é preciso evitar que a magistratura judicial se transforma, através de uma total auto-governação em casta feudalizada, totalmente insulada da sociedade e do Estado, a evitar-se, muito bem está a nossa Composição constante do supra citado nº2º. A meu ver convinha então que o poder judicial seja visto como uma classe elitista, uma ilha, a par da sociedade e do Estado. Para muitos ordenamentos jurídicos, só assim exercerão com indepência e imparcialidade, atributos e pressupostos da justiça.

Não podemos exagerar que a magistratura se encontra ancorada pelos poderes Executivo e político, há de facto uma certa indepência como se depreende dos artigos 178 3 179, mas *mitigada*.

¹⁹ O Juiz não é funcionário público porque não depende da administração pública (do executivo)

²⁰ Dentro dos três poderes clássicos, apesar de de cada um dos poderes serem autónomos, não o são absolutamente

²¹ El Comentario Constitucional, em Documentación Jurídica, 1979, pág 699 e seguintes, maxime pág. 708.

²² Revista da Ordem dos Advogados, 1972, pág 449 e seguintes.

²³ OTHMAR JAUERNING, O Direito Processual Civil, pág 70

por sua livre vontade para realização pessoal. É garantia duma justiça imparcial e assim satisfazer os que procuram por ela²⁴, a condição do juiz enquanto terceiro deve ser vista como parte estranha aos factos e ao objecto do processo, sendo também incompatível o exercício da magistratura com outras funções art. 179º nº6º da CRA e 216º nº3º da CRP.

Outra coisa que se procura evitar é o excessivo formalismo processual, de sorte que tais formalismos não se sobreponham tanto a ponto de muitas vezes a garantia dos cidadãos se ver condicionada. Deve se compreender, desta maneira que, o Processo Civil é um meio de resolução de conflitos ou litígios. O que resolve conflitos é o próprio direito substantivo, mais preocupada com a justiça material, uma justiça harmoniosa com os factos.

Nesta senda o direito probatório, pressuposto de evocação do direito, sendo parte estruturante do processo civil, não deixou de estar vinculado às mutações concepacionais, como sendo a privatística e publicista.

Na concepção privatista do Processo civil, havia uma adoração ao princípio do dispositivo, o juiz apenas dependia das provas arroladas pelas partes, não devendo ir para lá do que se alegou, não podia por exemplo ouvir uma pessoa como testemunha, embora essencial para a decisão, que não tenha sido arrolada pelas partes. O juiz dependia das partes no que toca com a fase probatória .

Quanto à concepção publicista, além da força do princípio do inquisitório, o Juiz pode (ou podia) ir para lá do que se alegou pelas partes, não podia apenas depender das provas arroladas pelas partes, podendo desta feita, v.g. ouvir testemunhas não arroladas e inquiri-las por sua própria iniciativa,²⁵ ou até propor ou indicar meios de prova. O juiz vê na fase probatória e não só, os seus poderes mais reforçados.²⁶ O que excitou vozes de uma corrente de processualistas a o alcunharem de autoritário.

A prova constitui desta feita, a seiva criadora do processo , na medida em

²⁴OTHMAR JAUERNING, ob e pág. Citae.

²⁵ Nos termos do art. 645 do CPC Português há inquirição por iniciativa do Tribunal sempre que no decurso da acção, haja razões ponderosas para presumir que determinada pessoa não oferecida como testemunha, tem conhecimentos de factos importantes para a boa decisão da causa, deve o Juiz ordenar que seja notificada para depor. O excesso estará nas situações em que nestes termos o Juiz não notifique as partes para se pronunciarem, o que muitas vezes acontece.

²⁶ Com a reforma do Processo Civil de 2013 o juiz vê os seus poderes mais reforçados com o novo princípio da gestão processual, conferindo ao mesmo um poder autónomo de direcção activa do processo, podendo adoptar mecanismos de simplificação e de agilização processual que respeitando os princípios fundamentais de igualdade das partes e do contraditório, garantam a composição do litígio em prazo razoável.

que é o pressuposto por excelência de resolução de conflitos dos particulares. O juiz só condena se tal desiderato resultar provado. Não se pode falar de sentença justa se não houver provas que nos carreguem para o efeito. A prova encontra-se dentro do próprio formalismo processual, sendo o mesmo incompleto sem ela. Não se condena alguém sem provas nem se atribui direito a alguém sem provas. Sempre que se atribuiu direito a alguém sem provas ou se condenar alguém sem provas, aquela sentença será injusta. O direito tem por finalidade a justiça e a segurança jurídica. Não se precisando por clamar por um outro meio se este não exceder e nem se abusar.

1.2- PROVA, Etimologia , Conceito e Teoria

O conceito prova provém do vocábulo latino *probatio* contendo um significado pluridimensional: prova, argumento ou razão, da mesma expressão *probatio* deriva outra latina, *probatibus* a que se traduz Probatário, ou então, *o que faz a prova*.

A prova é um conjunto de actividades que as partes e o Tribunal realizam para demonstrar a existência dos factos constitutivos, modificativos ou extintivos de direitos que hão-de buscar a convicção do Juiz.

CARNELUTTI entende que la prueba, no tiene un solo significado; se la prueba, no sólo al objecto que sirve para el conocimiento de un hecho, sino tambien al conocimiento que este objecto proporciona²⁷.

Juristas como ANTÓNIO LUIZ²⁸ explicam o conceito de provas sob duas perspectivas, objectiva e subjectiva. Na objectiva a prova significa os meios de prova e na subjectiva significando a convicção e, ou a certeza da verdade do facto alegado, produzida pela demonstração. O que significa que na perspectiva objectiva tem a ver com a actividade das partes, enquanto que na subjectiva com o tribunal, o destinatário da prova.

Provar não é descobrir ou criar ex-novo uma coisa. É confirmar alguma coisa, algum facto existente, alegado e duvidoso.

A dúvida constitui desta feita, o impulso probatório. Sendo um facto

²⁷ Instituciones Del Nuevo Proceso Civil italiano, Barcelona, 1952, pág 154.

²⁸ ANTÓNIO LUIZ CAMARA LEAL in Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo, pág 4

duvidoso e controvertido, procura-se descobrir a verdade, demonstrando pelo processo da prova. Tem se dito que *in dubio non agitur*. Esta expressão neste contexto, traduz a ideia de se ir ao encontro da verdade. A consequência do *non agitur* vem depois das demarchas.

Vulgarmente falando, a prova é tudo o que demonstra ou serve para demonstrar a verdade de uma afirmação, de uma realidade ou de um facto; é confirmação de uma demonstração. Provar significa demonstrar a verdade de uma afirmação. Provar é verificar, inspeccionar, examinar, confirmar, experimentar, confrontar, revisar, tudo o que pode ser usado para convecermos alguém sobre determinado acontecimento. Provar é evidenciar, fazer ver a exactidão e autenticidade dos factos em debate.

A ideia da prova não é actual, isto é da nossa era, a justiça antiga ou privada já era sedenta dela e clamava por ela²⁹. A aceitação da prova surge coetaneamente com a justiça pública. Na antiguidade não se aceitava a prova embora houvesse necessidade e se clamasse por ela. Como já o dissemos, jazia a justiça privada, na medida em que ela dependia da razão da força chegando-se muitas vezes a se condenar por mero capricho da maioria³⁰. O mais forte era o vencedor do conflito, razão pela qual não se tinha uma decisão sobre quem possuísse razão. Não se precisava de provas, consequentemente.

Só com o surgimento do Estado, isto é, quando chamou para si a Justiça, é que em nome do povo passou-se a fazer a justiça. Com o surgir do Estado, a prova tinha o significado de razão, passando a ganhar a causa quem a tivesse.

À medida em que as sociedades se desenvolviam, o Estado se fortalecia, impondo mecanismos de estruturação e administração social. Dentro das relações de conflitos, surgiu a arbitragem obrigatória, havendo a partir daí a predominância da Justiça pública sobre a privada, sendo a religião relegada do processo, na solução de conflitos.

Desta feita, imperiosa passou a ser a demonstração dos argumentos trazidos para que a parte fosse vitoriosa em sua pretensão, abrindo-se desta maneira, uma nova era na garantia dos cidadãos no que tocava com a protecção do seu direito, a prova se identificava com a verdade.

²⁹ Já no sofrimento de Jesus, no calvário, se podia notar a necessidade da prova, aquando dos seus impróprios.

O art. 2404 do CC de Seabra, definia a prova como a demonstração da verdade dos factos alegados em juízo. Tomando-se a prova no sentido de resultado. Aquele preceito não definia o conceito, somente delimitava a sua função.

Do mesmo modo o actual art. 341º do actual CC , delimita a sua função, segundo o mesmo “ as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos. Todo aquele que invoca um facto deve demonstrá-lo. É o que veio dizer CASTRO MENDES³¹, a prova é o pressuposto da evocação do direito.

Sendo aquele com a função da demonstração da verdade dos factos alegados em juízo e esse com a de demonstração da realidade dos factos. Como desenvolveremos abaixo, demonstrar a realidade dos factos e demonstrar a verdade dos factos é a mesma coisa.

MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA³² define a prova como sendo uma actividade realizada em processo tendente à formação da convicção do Tribunal sobre a realidade dos factos controvertidos. Trata-se de uma actividade não meramente processual, mas acima de tudo mental e intelectual. A convicção³³ é especialmente o resultado, o fruto do exercício intelectual. É de facto, um trabalho árduo. Assim o Tribunal é deste modo, visto não pelo conjunto de paredes, mas de pessoas, partes intervenientes no processo³⁴.

CASTRO MENDES tendo analisado três sentidos da prova,³⁵ define prova como sendo, o pressuposto da decisão jurisdicional, que consiste na formação através do processo no espírito do julgador da convicção de que certa alegação singular de facto é justificadamente aceite como fundamento da mesma decisão. Enquanto pressuposto da decisão jurisdicional, sem prova não devia haver decisão jurisdicional. Tal como a ausência de pressupostos processuais, levam a que o Tribunal não conheça do pedido, absolvendo o réu, do mesmo modo a falta de prova.

³¹ JOÃO DE CASTRO MENDES, ob.cit., pág 741

³²MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA in As partes, o Objecto e a Prova em processo declarativo, pág 194

³³ A convicção é a certeza adquida por factos, no caso concreto, é a certeza adquirida pelas alegações das partes sobre os factos; persuasão íntima; convencimento.

³⁴ O conceito de Tribunal é analogicamente definido como se define a Igreja na Religião Católica. A Igreja é o Corpo místico de Deus, ou seja o conjunto de pessoas. Na verdade as quatro paredes que literalmente fazem o Tribunal, são inanimadas, não exercem nenhuma actividade intelectual. Neste caso concreto, partes intervenientes os Juizes, para os Tribunais colectivos, ou o Juiz, para o tribunal singular

³⁵ JOÃO DE CASTRO MENDES, Do conceito de Prova, págs 178 e 252-3.

Uma decisão sem prova não só é inexistente, mas injusta. Reza a história que sempre que se decidiu sem provas, tal decisão foi injusta, mesmo que favorecesse o acusado. Não existe decisão justa sem prova, uma vez que ela é o pressuposto, a base da evocação do direito.

A prova, pressuposto da evocação do direito, serve de facto para que o juiz forme na sua mente a convicção acerca da veracidade dos factos, art. 341º do CC. A prova é de facto pressuposto, isto é, circunstâncias que se consideram antecedentes necessários para que o juiz possa julgar. Mais importante para a prova não é o direito ou a matéria de direito, mas a de facto, isto é, os acontecimentos, os factos, matéria pouco tratada em direito³⁶.

Pode-se depreender que a investigação processual é fruto dos factos afirmados em juízo sobre determinados acontecimentos, tendo como finalidade demonstrar a realidade dos factos alegados, reconstituindo-os.

Como podemos depreender do art. 341º do CC, três grandes termos precisam de ser descortinados, para melhor entendermos o conceito de prova: *demonstar, realidade e factos*.

A prova tem por função demonstrar a realidade dos factos. Demonstrar é diferente de mostrar. Mostrar é indicar um objecto presente. Na amostra podemos até ver com os nossos próprios olhos ou sentidos as características das coisas, a sua cor, o cheiro, o sabor, o modo como a coisa se manifesta. Demonstrar³⁷ é mostrar pelo intelecto um facto pretérito. É indicar por sinais exteriores um acontecimento, evento ou facto. Diz-se mesmo demonstrar pelo facto de as provas se reportarem aos factos passados, visto que têm no fundo um intuito de reconstituir e exteriorizar qualidades e acontecimentos pretéritos.

Realidade³⁸, do latim é *realitas*, provindo da palavra *res*, com o significado

³⁶³⁶ Há quem diga como SÉRGIO CRUZ ARENHAT, que estranhamente, porém, embora a relevância do tema da prova dos factos no processo de conhecimento, observa-se nítido desdém da doutrina em tratar desta matéria. Prefere-se outorgar mais tempo ao debate de questões de direito, do que questões de facto.

³⁷ Tem muito significado usado vulgarmente. Se calhar, melhor se entende. Se alguém dizer que é boa gente, os actos é que o vão definir, se é boa ou má gente. Os actos neste contexto não mostram o ser bom da pessoa, mas demonstram. Os actos são neste caso sinais exteriores para definirem a natureza da pessoa

³⁸ Na Grande Enciclopédia Livre, realidade é tudo aquilo que existe fora da mente ou dentro dela. A ilusão, a imaginação, embora não estejam expressas na realidade tangível extra-mentis, existe ontologicamente. A ilusão quando existe é real é verdadeira em si mesma. Ela não nega a sua natureza. Ela diz sim a si mesma. Em senso comum, realidade significa ajuste que fazemos entre a imagem e a ideia da coisa.

de coisa. Realidade é tudo o que existe, o que é, o que é acessível ou entendido pela mente ou pela ciência.

Facto no seu sentido etimológico é *acontecimento ou realidade*³⁹, facto é tudo o que acontece ou existe concretamente, seja ou não por vontade humana. Assim o art. 341º CC fala da verdade dos factos, ao falar da realidade dos factos, como aquilo que concreta e verdadeiramente aconteceu ou existiu. A realidade é desta forma uma dimensão do facto. Facto é o que é observável, em oposição àquilo que se pode deduzir.

O conceito actual da prova ficou grandemente influenciado pelo contexto filosófico em que foi delimitado, isto é, pela filosofia idealista, assim se depreende desde o sec XIX⁴⁰, especialmente *cartesiana*. Este modelo filosófico é um tanto quanto imperfeito, já não satisfaz a ansiedade da justiça de que as sociedades hodiernas são sedentas. De salientar que a filosofia idealista ficou superada pela empirista, embora com certos exageros, vamos propor novos estudos de substituição e contraposição de uma outra concepção filosófica que é a materialista, temperada (matéria reservada para o Doutoramento) aliás, o que se quer é a justiça material, isto é, substantiva.

Assim uma filosofia de HUME e VICO era ideal para influenciar o conceito de prova.

Para HUME a existência de um objecto é um facto, sendo que o facto é um acontecimento real.

Para GIAMBATISTA VICO⁴¹, “ o verdadeiro é o facto “. É verdadeiro porque é real , real porque é o que é e como é. O facto constitui para Vico, um critério da verdade e saber é conhecer o género ou modo, a forma ou a ideia. Se opondo a Descartes, que tem a certeza como o critério da verdade.⁴²

³⁹ Logos, Enciclopédia Luso-Brasileira de filosofia, vol. 2, Verbo, Lisboa, 1999, pág 432

⁴⁰ O Código de Seabra, o actual CC, os Conceituados Juristas desde Alberto dos Reis, assim e em todo o mundo.

⁴¹ BAPTISTA MONDIM, in Curso de Filosofia, vol 2, pág 163

⁴² O termo certeza deriva do verbo latino CERNERE, que significa ver claro, discernir. A certeza é assim a adesão firme da mente a um anunciável evidente; tudo o que pode ser enunciado, definido, apontado. A certeza é a qualidade do que é certo, conhecimento exacto. Carlos Aurélio de Mota de Sousa, dizia que a certeza é um conhecimento objectivo.

Quando falamos do livre convencimento do juiz, a convicção é um conhecimento e que a certeza; o juiz conhece os factos, as provas, interroga as partes, as testemunhas, ouve os peritos e este conjunto de informações é que sustentam a sua convicção e plasmam o seu conhecimento. A certeza é o fruto do exercício mental, é a absorção que a mente faz da realidade.

Concordamos neste diapasão com HUME E VICO. Este é de facto o melhor se adequa com o conceito e finalidade da prova da prova. A prova como diz CASTRO MENDES é o pressuposto da decisão jurisdicional. Trata-se neste entretanto que, sem prova não há decisão jurisdicional, havendo, a mesma não será justa e como previu o código de Seabra, a prova tem por objecto a demonstração da verdade alegada em juízo, que no fundo corresponde, como asseveraremos, ao artigo 341º do actual CC. “ a existência de um facto é um acontecimento real, o verdadeiro é o facto”. Todo o facto é real e tudo que é real é verdadeiro. Uma sentença só é justa se assentar sobre a verdade, se tiver por alegação, factos reais. E é este o espírito que devia, em princípio, dominar as decisões jurisdicionais e só assim não deixariam margem de dúvidas e de injustiças. A prova é destarte, o elemento que carrega para o processo, a verdade.

Lamentamos a filosofia de DESCARTES e outros idealistas, conseqüentemente dos actuais sistemas judiciários, influenciados por aquela concepção, quanto ao critério da verdade, da ideia de que tudo o que é ideal é real. O espírito cartesiano é o que domina e guia as decisões judiciais dos sistemas actuais judiciários, definem esta posição conceituados processualistas como Alberto dos Reis , Miguel Teixeira e outros, a prova tem por finalidade *formar a convicção do tribunal*, denotando-se aí, idealismo e como disseram os idealistas, “ tudo que é ideal é real, (*cogito ergo sum*). O que o tribunal achar certo é o que é, segundo art. 655º CPC, o Tribunal colectivo aprecia livremente as provas, decidindo os juizes segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto. O sistema actual quanto as decisões jurisdicionais guiado neste espírito dá muitas vezes decisões sobre factos prováveis. É a força da convicção em função do grau da probabilidade que caracteriza o julgamento dos homens, dando brexas a muitas decisões erróneas, conseqüentemente, injustas. Afinal, não é verdade que tudo que é ideal é real. Em tudo o que eu penso existe como *eu penso* e acrescido da sua independência, o juiz julga segundo a sua consciência, decidindo segundo o que entender.

O que ditar a sua consciência é real? Nem sempre. Por esta razão nem sempre as decisões jurisdicionais são justas⁴³.

Para o Direito, facto é todo acontecimento humano ou natural juridicamente relevante. O facto sendo qualquer acontecimento no seu sentido estrito, é um acontecimento natural, embora juridicamente

⁴³ Deverá ser esta a diferença entre a justiça dos homens e a Divina.

relevante. No sentido amplo, o facto jurídico é o acto jurídico, por envolver não apenas um comportamento humano, mas também por se envolver na esfera jurídica do homem. Um facto é juridicamente relevante, quando se repercute no relacionamento interactivo humano. Desta feita a norma jurídica, ao actuar sobre os factos, atribui-lhes consequências específicas, chamadas de efeitos jurídicos. A expressão facto jurídico é utilizada no sentido restrito, motivo pelo qual a expressão é reservada para designar todo o invento que suscita efeitos jurídicos. O mundo fáctico é essencial para o direito porque é pelos factos que se subsume o direito. Os factos criam o direito, são o campo de aplicação do direito, constituindo o suporte. Assim o suporte fáctico é o acontecimento ou conduta que ocorre no mundo, e por ter sido considerado relevante, torna-se relevante para o direito. O suporte fáctico é um conceito não jurídico, um conceito do mundo dos acontecimentos, pela operação subsuntiva da norma ao facto, tal facto será qualificado de jurídico. O acto para ser jurídico tem de produzir efeitos. A ordem jurídica confere qualidade ao acto que acontece, consequentemente, e sobretudo da vontade homem, tornando eficaz os factos. A incidência da norma jurídica enquanto eficácia do facto é a juridicização das suas consequências. A incidência é o efeito da norma jurídica de transformar em facto jurídico a parte do suporte fáctico que o direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico. Só após o surgimento do facto jurídico, em decorrência da incidência, é que se poderá falar de situação jurídica.

O facto é juridicamente relevante porque mais do que se repercutir na esfera jurídica das pessoas, constitui, modifica e extingue direitos.

A prova é desta feita o meio, a base, o pressuposto destinado a fundamentar o Tribunal a respeito da realidade dos factos alegados, controvertidos e essenciais para a justa decisão. A prova constitui o fundamento de qualquer sentença, de qualquer julgamento. Nesta perspectiva, sempre que as decisões se assentarem nos factos, tal será justa. Todavia não é assim que sempre acontece.

Julgar sem provas e condenar é denegar a justiça. Como dizia VIEIRA DE ANDRADE⁴⁴, a partir das provas produzidas, o Tribunal tira as suas conclusões ou convicções. A convicção do Juiz forma-se na análises dos vários meios de prova. Convicção ou certeza prática que tem como

⁴⁴ JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 5ª edição, Almedina

pressupostos valorativos critérios da experiência comum e da lógica do homem médio. Deste modo, juntamente o auxílio das leis e do silogismo judiciário, se vai reconstruindo racionalmente os factos históricos e realizando a justiça. As provas representam desta feita, os acontecimentos ou os fenómenos do mundo real, desmonstrando-os. Essa representação entra no círculo da realização do direito.

1.2.1. OS SENTIDOS DA PROVA

Tanto o CC de Seabra art. 2024º e o de 1966 art. 341º, sendo com a função da demonstração da verdade dos factos alegados em juízo e com a da demonstração da realidade alegada em Juízo, respectivamente, têm o sentido do resultado.

A prova é uma palavra utilizada na linguagem jurídica em vários sentidos. Os principais reiteradamente usados pela doutrina são os três como já dizia além de CASTRO MENDES, MICHELE TARUFFO⁴⁵: prova como meio, como actividade e como resultado.

Uma vez que a prova não é objecto exclusivo do Direito, é imperioso observar que um dos significados da prova é o seu sentido como raciocínio ou como processo mental, pelo qual se estabelecem as conclusões que decorrem de determinadas premissas, visto que a prova é o meio lógico através do qual se constrói o julgamento. Os factos probandis compõe-se de vários elementos, embora a todos se denomine de prova. MOARCY AMARAL SANTO⁴⁶ aponta três aspectos da prova: uma manifestação formal, que são os chamados meios de prova; o seu conteúdo essencial, que são as razões ou motivos extraídos desses meios sobre a existência dos factos; e o seu resultado subjectivo, o convencimento do juiz. Definiu a prova quanto á natureza, como meio objectivo por que a verdade chega ao nosso espírito.

Provas são todos os meios de comunicação que transmitem os factos probantes ou os factos probandos ao conhecimento do julgador. São os testemunhas, os documentos, os laudos periciais; provas são as actividades

⁴⁵ MICHELE TARUFFO. La prova dei Fatti Giuridici. Milano, pág 421 e sgs

⁴⁶ MOARCY AMARAL SANTOS, Primeiras Linhas de Direito Processual, Vol 1

humanas desenvolvidas por diversos sujeitos, através das quais os meios de prova comunicam ao julgador o conhecimento dos factos, de modo a influir no julgamento; provas são ainda os argumentos ou inferências desenvolvidos intelectualmente, com base em deduções, induções, máximas das experiências ou presunções para influir no julgamento da existência dos factos; a prova é por fim a conclusão da existência ou não dos factos probandos.

Seja a prova enquanto meio, actividade ou resultado, têm por objectivo convencer o Tribunal a ponto de tomar posição. A convicção do julgador aparece como elemento fundante do conceito de prova. Na prova o juiz é o destinatário, porque é a partir da sua inteligência que se vai formar o juízo da existência ou não dos factos. LEBRE DE FREITAS⁴⁷ prefere em sintonia com o conceito de meio de prova, reduzir a dois os sentidos, sendo prova enquanto meio e enquanto resultado.

Concordamos com CASTRO MENDES, quanto aos três⁴⁸ sentidos de Prova.

Enquanto actividade, a prova entendida como actividade, pode ser vista de acordo com a sua estrutura, na perspectiva do agente e dos efeitos que produz. Nesta vertente, representa um conjunto de actos concretos. Na vertente do agente, como actividades que partem de certas pessoas, nada mais é a não ser um conjunto de actos probatórios, por esta razão o Código Comercial de 1833 no seu art. 939º definia a prova como sendo um acto judicial pelo qual o juiz certifica um acto, até ali para ele duvidoso. Nesta mesma época, PEREIRA DE SOUSA definia a prova como, o acto judicial pelo qual o juiz se faz certo daquilo que se deduz em questão⁴⁹.

Sobre a mesma concepção, ALBERTO DOS REIS definia a prova como o conjunto de operações ou actos destinados a formar a convicção do juiz sobre as afirmações feitas pelas partes. Este autor além de aceitar a prova como actividade, nada lhe repugnava ver a prova como resultado. A prova é a actividade produzida em processo cuja finalidade, é a formação da convicção do juiz sobre a realidade dos factos alegados. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA⁵⁰ afirmava que a prova de uma afirmação de facto pressupõe a formação da convicção do julgador sobre essa

⁴⁷JOSÉ LEBRE DE FREITAS, in Acção Declarativa Comum, à luz do Código Revisto, 2ª edic. Págs 189-192

⁴⁸JOSÉ DE CASTRO MENDES, in Direito Processual Civil, vol II, pág. 443

⁴⁹PEREIRA DE SOUSA, primeiras linhas sobre o Processo Civil, I, 4ª ed. Lisboa, 1964, 144, 192

⁵⁰MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, As Partes, o objecto e a prova na acção Declarativa, págs 195-197

correspondência. Para RUI MANUEL RANGEL, em ob. cit., toda a investigação processual, no domínio do direito probatório resulta de uma actividade de confirmação ou prova de um conjunto de factos afirmados previamente em juízo sobre certos acontecimentos e tem, como finalidade última, à demonstração da verdade dos factos alegados e que só falta confirmar.⁵¹ Quanto a nós, actividade probatória é um todo complexo, que deve ser vista quanto a Actividade, isto é, os procedimentos aquisitivos da realidade dos factos alegados pelas partes, pelo tribunal e outros intervenientes. No dizer de ALBERTO DOS REIS⁵² são procedimentos probatórios a proposição da prova, como oferecimento de documentos, Admissão da prova, como, receber o documento, Produção da prova, como por exemplo, interrogar, assunção da prova;

No dizer de RUI RANGEL, as correntes que sustentam a prova como meio, referem que esta não é actividade probatória, não é resultado, mas apenas o meio ou factor que conduz a este resultado. Os meios de prova é que são a prova. Para aquele insigne processualista, a prova é actividade e é resultado.⁵³

Neste âmbito, prova é tudo o que nos conduz a um resultado, quer seja por um facto, uma pessoa, ou actividade. Trata-se de uma corrente sem dignidade de aceitação. Nesta óptica CARNELUTTI define a prova como sendo, o meio ou conjunto de meios de conhecimento dos factos por parte do juiz, embora mais tarde tivesse abandonado tal posição, inclinando-se na ideia da prova enquanto actividade. Quanto ao Meio, a prova tem a ver com a fonte de aquisição da realidade dos factos, dos quais o Juiz extrai os motivos da prova. Os meios são as pessoas e as coisas reveladoras de factos pertinentes para a causa, como sendo a testemunha, o documento. No dizer de LEBRE DE FREITAS a fonte de prova de nada servirá se não revelar os factos relevantes para o processo. É necessário que os documentos sejam lidos, que as pessoas sejam ouvidas, que os filmes sejam exibidos, que as gravações sejam reproduzidas, as coisas sejam inspeccionadas, que os factos sejam bem narrados;

Há de facto uma corrente que defende a prova como resultado, para a mesma corrente, a prova não é meio, nem actividade, mas o resultado. O mesmo se pode depreender do art. 341º CC, segundo a qual a prova tem

⁵¹ RUI MANUEL DE FREITAS RANGEL, Ónus da Prova no Processo civil, 3ª ed. Pág 28

⁵² ALBERTO DOS REIS, in Código de Processo Civil Anotado, Vol III, 3ª edição, 1950, pág 239 Clássicos Jurídicos.

⁵³ RUI MANUEL DE FREITAS RANGEL, Ob. cit, pág. 26

por função a demonstração da realidade dos factos, o que se entendia desde o Código Civil de Seabra. CASTRO MENDES, apesar dos três sentidos que depreendia da prova era propenso no sentido da prova enquanto resultado, a prova tem a finalidade de demonstrar e no dizer de Rui Rangel, demonstrar é gerar uma convicção. Quanto ao Resultado, o resultado é a conclusão, a ilação, a convicção a que o Tribunal chega. A prova são os diversos meios pelos quais se chega a descoberta da verdade. O resultado é a descoberta da verdade, em que a realidade dos factos fica demonstrada. Assim soi-se dizer no relatório da sentença. Ficou provado que, ou fez-se prova.

Outrossim, a prova é um instituto que transcende o campo do processo civil. Em processo civil ela destina-se no convencimento do tribunal sobre a realidade dos factos alegados pelas partes, todavia, fora do processo somos chamados a convencer certas entidades e amigos da verdade de certas situações, enfim. O vocábulo prova tem um significado pluridimensional na vida do homem. O vocábulo prova tem várias acepções no dia a dia do homem⁵⁴. Todo aquele que reclama por um direito tem de prova-lo, sob a cominação de tal direito se converter em decepção provada. No dizer de FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, a prova é sempre clara e franca se desinteressada ou indiferente, como é a prova da amizade e de ser complacente; é sempre diabólica quando feita sobre o que convém e contra o interesse daquele que contra prova tem⁵⁵.

Por fim, a prova reporta-se sempre ao passado no intuito de reconstituir os factos que se alegam pró ou contra⁵⁶. A prova serve para demonstrar a

⁵⁴ Os trabalhadores e aposentados fazem prova de vida; os examinandos fazem provas para transitarem de classe; mediante um registo de nascimento os pais provam que tal filho é deles; fazem-se provas para avaliar a qualidade de alimentos, bebidas; se alguém agiu incorrectamente pede-se provas, se alguém reclama ser inocente, exige-se provas;

Fala-se da prova ontológica, aquela que demonstra a existência de Deus e que consiste simplesmente na análise da sua essência;

Prova de esforço, fase de um electrocardiograma que consiste na aplicação de resistência física para testar o funcionamento do Coração;

Prova de Força, contenda entre dois antagonistas;

Prova de bala, que não se deixa passar por estes projecteis, muito resistente;

Prova de fogo, que não arde, acção de experimentar uma peça de roupa elaborada por medida, num alfaiate ou modista;

Prova dos nove, a que atesta a validade do resultado de qualquer das quatro operações aritméticas pela extracção de todos os múltiplos de nove, quer ao resultado quer aos números envolvidos na operação.

⁵⁵ FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, A prova em Direito Civil, pág 10

⁵⁶ Só pode mesmo reportar-se ao passado e não ao presente. Ao passado porque reconstitui os factos, fazendo-os representar no presente. Esta é uma das facetas que distingue a prova da evidência. A evidência reporta factos presentes, desta feita a prova ao reconstituir um facto passado para o presente, converte-se em evidência.

constituição, modificação e extinção de direitos e obrigações.

Na verdade, todo aquele que clamar pela justiça na a satisfação de um litígio, de um abuso, de uma ofensa, de um direito, recorrendo à instituição própria ou não, não poderá obter satisfação se não poder provar. Não basta que se tenha razão, é necessário que se prove o direito alegado. A prova é desta maneira, essencial para a vida do homem, como o ar que respiramos, para que nos possamos defender de qualquer ofensa ou ameaça.

No fundo o que se quer com a prova é a verdade dos factos alegados. Mesmo que, como dizia FERNANDO PEREIRA, tal posição não tenha sido lograda pelo CC de 1966, segundo o seu art. 341º, as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos, personificando a prova como o resultado da actividade, demonstração da realidade. No fundo as provas procuram a verdade dos factos, se quisermos pensar com VICO, o real é o verdadeiro. Tudo o que é real é verdade. O art. 341º do CC ao falar da demonstração da realidade dos factos, pretendeu falar da verdade dos factos, porque todo o facto, toda a realidade é verdadeira.

O Código de Seabra no seu art. 2404º, definia a prova como demonstração da verdade dos factos alegados em juízo, caracterizada como o resultado de uma actividade desenvolvida em juízo para a demonstração da verdade. No dizer de FERNANDO PEREIRA, ob cit., do qual reiteramos a nossa posição supra, a velha redacção parece mais feliz, por ser menos ambiciosa. De facto o que se quer com a prova é a demonstração da realidade dos factos. Muito embora a experiência tenha mostrado que muitas vezes para se sair airoso no pleito não basta dizer a verdade, o que é verdade, mas artificialmente demonstrar um facto que convença o Tribunal. O que não deixa de ser injusto.

No processo probatório a busca pela verdade⁵⁷ deve constituir um imperativo categórico, para que a sentença seja justa. A justiça desta feita, não se basta com a pura alegação dos factos, sobretudo por se tratar de

⁵⁷ Segundo a Enciclopédia livre, a palavra verdade pode ter vários significados, desde ser o caso, estar de acordo com os factos ou a realidade, ou ainda ser fiel às origens ou a um padrão. Usos mais antigos abarcavam o sentido de fidelidade, constância ou sinceridade em actos palavras e carácter. Assim a verdade pode significar o que é real ou possivelmente real. Várias teorias se teceram sobre a verdade como sendo as de:

NIETZSHE, a verdade é um ponto de vista. Ele não aceita nem define a verdade porque não se pode alcançar uma certeza sobre a definição do oposto da mentira;

Para RENÉ DESCARTES, a certeza é o critério da verdade. Quem concorda sinceramente com uma frase está a alegar que ela é verdadeira. A filosofia estuda a verdade de diversas maneiras. A metafísica se ocupa da natureza da verdade. A lógica se ocupa da representação da verdade. A epistemologia se ocupa do conhecimento da verdade.

factos passados. A busca da verdade é desta maneira, dos árduos trabalhos dos intervenientes processuais e operadores da justiça. Desta maneira, a realidade dos factos são os acontecimentos ocorridos na sua essência, ou seja, a realidade é aquilo que as coisas são ou os factos são em si mesmos e muitas vezes, a verdade é aquilo que dele sabemos ou tentamos saber, desta maneira, a verdade que sabemos de um facto não é absoluta, por não ser inquestionável e porque não se trata de uma verdade dogmática, sendo o juiz ou tribunal livre de aceitá-la. A verdade se apreende da realidade, mas esta apreensão é feita pelo juiz ou tribunal subjectivamente.

Tem razão NIETZSHE⁵⁸ ao dizer que a verdade é um ponto de vista de quem a vê, constituindo o ponto de vista do juiz na apreensão da realidade dos factos, mas essa subjectividade deve ter um alcance objectivo. Demonstrado os factos e tendo em conta o princípio da liberdade de julgamento ou da prova, o tribunal aprecia livremente as provas e fixa a matéria de facto em sintonia com a convicção que tenha firmado acerca de cada facto controvertido. O que o juiz apreender como certo na demonstração da realidade dos factos, servirá de critério para decidir, favorável ou desfavoravelmente.

1.2.2.CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS

As provas classificam-se em legais e doutriniais.⁵⁹

As legais, numa outra perspectiva, correspondem aos meios de prova, podem ser:

- a) Apresentação de coisas móveis e imóveis art. 518º
- b) Provas por presunções, arts 349º do CC
- c) Por confissão, art 352º CC
- d) Documental, art 362º do CC
- e) Pericial, art. 388º do CC
- f) Por inspecção art. 390º CC
- g) Testemunhal, art. 392º CC

⁵⁸ Esta posição de Nietzsche é o argumento por excelência que fundamenta a filosofia edealista que guia as decisões jurisdicionais. Na verdade aquilo que o juiz der por provado (por certo) é o que deve ser

⁵⁹ A prova se distingue do boato. O boato é qualquer informação sem fundamento. O boato é o ouvir dizer, não possui uma informação concreta. Moraes Rocha define o boato como um facto falso, sem credibilidade, não tendo desta maneira qualquer valor probatório.

Quanto a classificação doutrinal, as provas podem ser:

a) provas pré-Constituídas e Constituídas.⁶⁰

A prova pré-constituída é aquele que existe antes do nascimento do próprio processo, exemplo os documentos.

As provas constituídas são as produzidas, formadas no decurso do processo, como por exemplo a testemunhal, a pericial, etc.

b) provas imediatas e mediatas ou directas e indirectas.

As imediatas são as que se encontram no alcance directo do Juiz, sem nenhuma intermediação, é o caso dos documentos, testemunhas, da confissão.

As mediatas são as que não se encontram no alcance directo do Juiz, como as presunções.

c) provas pessoais e reais

As pessoais são aqueles cujo convencimento se abstrai de uma pessoa, é o caso das provas testemunhal, confessional; as reais saem das coisas, como os documentos.

1.3- OBJECTO DA PROVA

Sobre que factos pode recair a prova?

Constava do art. 517º de 39 que as diligências destinadas à produção de prova só podem recair sobre os factos constantes do questionário.

Mercê do Questionário, a lei ordenava que o Juiz fixasse, por pontos, as questões de facto, controvertidas⁶¹ que interessam à solução da causa.

⁶⁰ Esta classificação tem a ver com o momento ou tempo em que são produzidas, podendo se acrescer desta classificação as provas AD PERPETUAM REI MEMORIAM, que têm uma certa semelhança com as pre-constituídas, por serem produzidas antes do processo. É por esta razão que não as incluímos autonomamente nesta alínea.

⁶¹ Segundo JORGE AUGUSTO PAIS DO AMARAL, a instrução tem por objecto os factos relevantes para o exame e decisão da causa que devam considerar-se controvertidos ou necessitados de Prova. Factos controvertidos devem constar da base instrutória. Trata-se de factos alegados por uma das partes e impugnados pela outra. Estes factos necessitam de ser submetidos a prova, visto que não estão admitidos por acordo. São factos aos quais existe divergência de posição

O questionário foi introduzido no CPC de 39 pelo art. 15º do Dec. Nº 21694⁶². Fazendo parte do questionário os factos articulados, os controvertidos e pertinentes à causa.

A matéria da prova vinha versada nos arts. 517º e seguintes do Código de Processo Civil de 1939. O art. 515º tinha como título “ organização do questionário “, segundo o qual : se o processo houvesse de prosseguir, o juiz dentro de oito dias, especificava os factos que considerasse confessados, admitidos por acordo... e fixará, com subordinação a números, *os pontos de facto controvertidos que interessam à solução da causa. Pontos esses versados pelo art. 517º.*

O art. 517º dispunha sobre que factos podia recair a prova, segundo o qual as diligências destinadas à produção da prova só podiam recair sobre os factos constantes do questionário, a que se refere ao art. 515º

O objecto da prova no CPC de 1961 consta(va) do art. 513⁶³ (correspondendo ao art. 517º de 39), ainda em vigor em Angola, segundo o qual as diligências destinadas a produção da prova só podem recair sobre os factos constantes do questionário. Se o despacho saneador não pusesse (puser) termo à acção e esta houver de prosseguir, tendo a acção sido contestada, o juiz incluirá nele duas peças importantíssimas para o saneamento e condensação do processo. Na especificação seleccionará entre os factos articulados, os assentes, que interessam realmente à decisão da causa. Na outra, dos mesmos factos articulados que interessam à decisão da causa, o juiz incluirá, sob a forma de quesitos, os pontos de facto, por terem sido controvertidos e pertinentes à causa. A esta peça dá-se o nome de questionário.

O art. 511º do CPC de 61, tinha (tem, para o ordenamento angolano) como epígrafe, organização da especificação e questionário, segundo o qual, o juiz seleccionava entre os factos articulados os que interessam a causa. O questionário assumia a função de limitador da actividade

⁶² O questionário foi introduzido pela primeira vez no CPC de 1939 pelo decreto supra. No dizer de ALBERTO DOS REIS, é uma das peças mestras da arquitectura processual; é também um acto que põe à prova as qualidades de inteligência e ponderação do Juiz, as suas faculdades de síntese, compreensão e domínio da matéria de facto do pleito. No ordenamento jurídico angolano se mantém ainda.

⁶³ O CPC de 1961 Português corresponde ao actual angolano. O direito processual civil e não só, angolano mantém-se inerte, pecando naquilo a que chamamos de função secundária do Direito. A função secundária do Direito, como se aprende em Introdução ao Estudo do Direito, aquela pela qual o direito se adapta às mutações dos tempos, o direito se auto-organiza, se voltando para si, para subsistir, sob o risco de se ver ultrapassado. No dizer de Fernando Bronze. O direito procura auto-organizar-se, porque ela integra uma multiplicidade de exigências e de elementos entre as quais podem surgir incompatibilidade ou contradições.

instrutória, tratada no art. 513º. O questionário se limitava, desta maneira, aos factos (e não ao direito) articulados pelas partes, em corolário do princípio do dispositivo e à luz da concepção privatista do direito, estando o juiz limitado às alegações das partes⁶⁴. Outrossim, os factos, objectos do questionário devem , em princípio, ser os factos principais, os relevantes para a decisão da causa⁶⁵. A expurgação no questionário dos factos irrelevantes, tem a finalidade de prevenir a instrução de trabalhos inúteis.

Todavia, factos relevantes para a decisão não são apenas os factos principais. Em determinadas circunstâncias, os factos instrumentais podem ser relevantes para a decisão da causa, é importante termos em conta que a base instrutória tem por finalidade a clarificação dos factos que as partes têm de provar, dizia PAULA COSTA E SILVA⁶⁶ que se aquilo que elas têm de provar são efectivamente os factos essenciais e se dos articulados resultar inequivocamente que as partes para fazerem prova dos factos essenciais se socorrerão dos factos instrumentais, não se vê razão impeditiva da inclusão destes factos na base instrutória.

O DL 329-A/95 de 12 de Dezembro, suprimiu o Questionário.

A redacção do art. 511⁶⁷ ficou completamente simplificada. Deixou de fazer referência aos factos assentes e passou a denominar-se base instrutória, o anterior questionário; do mesmo modo não deixou de resumir o conteúdo do art. 513º. Se com o CPC de 1961 dispunha que as diligências destinadas a produção da prova só podiam recair sobre os factos constantes do questionário. Com reforma de 2013, o objecto da prova consta do art. 410º, com a epígrafe “objecto da instrução”, com um conteúdo mais abrangente ainda, ao dizer que a instrução tem por objecto os temas da prova enunciados, ou quando não tenha de haver lugar, os factos necessitados de prova. Apesar desta diferença de terminologia, não há, no essencial, alteração do objecto da prova.

Com a supressão do questionário, a redacção actual do artigo em referência, embora mais claro quanto ao objecto da prova, é de que a instrução tem por objecto os factos relevantes para o exame e decisão da causa que devam considerar-se controvertidos ou necessitados de prova, (

⁶⁴ Com a concepção publicista do processo civil, o Juiz não se vê limitado às alegações das partes. O juiz pode alargar os quesitos aos factos que seriam a seu modo de ver, essenciais à justa decisão do pleito, mas que não foram alegados pelas partes, nos termos do art 264º nº3

⁶⁵ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, ob. Cit. Pág. 144 e seguintes

⁶⁶ PAULA COSTA E SILVA, Saneamento e Condensação no Novo Processo Civil, pág 246

⁶⁷ LOPES DO REGO, Comentário ao Código de Processo Civil, anotações ao art. 511º

mantendo apesar de tudo os conteúdos dos artigos 517º de 39, o 513º de 61). É óbvio que o objecto da prova será, em princípio, constituído pelos factos constantes da base instrutória, a que alude o art. 511º indicando especialmente os factos controvertidos e essenciais para a decisão da causa, que interessam ao exame e decisão e não havendo audiência preliminar, pelos factos enumerados nos termos da 2ª parte, do nº2 do art. 508ºB.

Com a reforma de 1995 do CPC, à semelhança do CPC de 1961, o objecto da prova não constava apenas do artigo 513º embora com redações diferentes. Eram objeto da prova não apenas os factos controvertidos, dada a possibilidade de se produzir provas antecipadamente, como consta do art. 520º (actual 419º)

Com a reforma de 2013, a actual redação do art. 410º não faz qualquer ressalva à produção antecipada de prova, nem por isso a produção antecipada de provas deixou de ser prevista, constando hoje nos termos do art. 419º.

A omissão, no dizer de ISABEL ALEXANDRE, justifica-se, atendendo a que o objecto da instrução não aparece formalmente delimitado pelos factos constantes da base instrutória pelo que as diligências instrutórias antecipadas poderiam sempre encontrar cobertura na parte final do art. 513º (actual 410º) “ factos necessitados de prova “.

A instrução tem por objecto os factos relevantes para o exame e decisão da causa que devam considerar-se controvertidos ou necessitados de prova.

Dentro das três reformas sofridas pelo CPC, o objecto da prova constante do art. 513º não sofreu substancialmente transformações. Mesmo que com 1996 se tenha suprimido o questionário, nem por isso o objecto da prova terá sofrido. O objecto da prova continua a ser os *factos controvertidos, carecidos de prova e essenciais para a decisão*. Em termos de aplicação prática e doutrinariamente falando a pequena diferença encontrada prende-se com a inserção no objecto da prova com os elementos instrumentais e a produção antecipada da prova. No que toca com a inserção das alegações de facto de elementos instrumentais, se podia depreender que no CPC de 1961, as partes dentro dos elementos essenciais para a decisão podiam incluir os elementos instrumentais, com o intuito de fortificar o objecto da prova; já com relação ao CPC de 1996 e 2013, os elementos essenciais da prova eram somente os factos principais, ou seja, as partes só podiam

alegar os elementos principais, já que a inserção dos factos instrumentais cabiam na órbita dos poderes discricionários do Juiz, tendo como fundamento o princípio do inquisitório, e nos termos do art.264º-2, in fine. No dizer de Remédio Marques, só devem ser objecto da prova os factos controvertidos e os necessitados de prova, de entre os factos pertinentes que interessam à solução da lide, de acordo com as varias soluções plausíveis da questão de direito. Excluem-se da necessidade de serem provados os seguintes factos:

De entre muitos factos, os factos instrumentais art 264º-2⁶⁸, por não carecerem de alegação e prova por parte dos litigantes.

Se na base instrutória não forem levados os factos controvertidos relevantes para a decisão da causa, isto é, houver omissão dos factos controvertidos, e tendo por outro lado sido considerado assentes factos que estão controvertidos, impõe-se a anulação do julgamento e a ampliação da matéria de facto. Todavia a selecção dos factos assentes e dos que integram a base instrutória pode vir a ser modificada, mesmo que delas não tenha havido reclamação. Afinal, essa selecção não forma caso julgado⁶⁹, constituindo apenas uma mera organização de um elenco de factos para a boa disciplina das fases ultteriores do processo⁷⁰.

O objecto da prova é o *assunto* da prova, o tema da prova, no dizer de CASTRO MENDES são as afirmações ou alegações de facto ou no de ALBERTO DOS REIS são as afirmações ou proposições das partes que carecem de demonstração. Afirmações de factos e factos alegados, é a mesma coisa. O objecto da prova são os factos controvertidos e relevantes para o exame e decisão da causa, também aqueles não controvertidos, mas necessitados de prova. Sem correremos o risco de identificarmos o objecto da prova com o questionário⁷¹, é no questionário onde a prova encontra(va)

⁶⁸ JOÃO PAULO REMÉDIO MARQUES, Acção Declarativa à Luz do Código Revisto, 2ª edição, pág 542 e 543

⁶⁹ O nº 3 deve-se ao DL. 329-A/95. Na redacção originária do correspondente nº4 (o paragrafo 3º do art. 513 do CPC de 1939), do despacho proferido sobre as reclamações cabia agravo para a Relação, mas a decisão desta era irrecorrível. Com o diploma intercalar de 1985, passou o então nº5 a estabelecer que do despacho proferido sobre as reclamações não haveria recurso, mas a sua solução podia ser impugnada no recurso que se interpusesse da decisão final.

⁷⁰ Decidiu nestes termos o Acórdão do Tribunal de Relação de Évora, processo 1300/07-3, relator Sílvio Sousa

⁷¹ No dizer de ALBERTO DOS REIS, o questionário foi introduzido no nosso direito processual pelo art. 15º do Decreto nº 21.694, de 29º-932, peça estruturante do processo civil, considerado como acto que põe à prova as qualidades de inteligência do juiz e ponderação do Juiz, as suas faculdades de síntese, compreensão e domínio da matéria de facto do pleito. Pelo questionário a lei ordena ao juiz os pontos de facto controvertidos que interessam a decisão da causa, organizando-se consequentemente os quesitos.

o seu manancial.

O objecto da prova são os factos relevantes, sem a distinção de os mesmos serem essenciais ou instrumentais, para a solução da lide, ou seja, os factos litigiosos e controvertidos e importantes para o deslinde. Trata-se de toda a circunstância, facto ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa a incerteza e que precisam de ser demonstrados perante o juiz para o deslinde da causa.

Foi por isso que CÍCERO caracterizava a prova como um domínio duvidoso⁷² “ *argumentum est ratio, quae rei dubiae faciat fidem* “, do controverso, do opinável, do provável através de valores e escolhas axiológicas, em que o consenso é o critério da verdade⁷³.

A dúvida, do latim, dubitare, é uma condição psicológica ou sentimento caracterizado pela ausência da convicção. É o antónimo na certeza, é a incerteza da alegação de um facto ou de um facto alegado pelas partes. Para que se estabeleça a dúvida é necessário que as partes aleguem e das mesmas alegações haja controvérsia, e o esclarecimento desta controversia seja essencial para o convencimento do juiz. A convicção nada mais é a não ser, a certeza que se adquire com base em determinados fundamentos, não duvidosos. A dúvida é o impulso da actividade probatória⁷⁴, é mediante o seu esclarecimento que o Juiz atinge o estado de convencimento. O juiz, só convencido é que toma decisão, “ *in dubio non agiture* “. É por isso que definimos com CASTRO MENDES e outros que a prova é pressuposto da decisão jurisdicional que consiste na formação, através do processo, no espírito do julgador da *convicção* de que certa alegação singular de facto é justificavelmente aceitável como fundamento de uma decisão. Da dúvida vem a luz.

A dúvida seria definitivamente dissipada, o que levou LALANDE a definir a prova como a operação que conduz a inteligência de uma maneira

⁷² Em filosofia de Descartes, vê-se a dúvida como o método cartesiano, pelo qual se alcança a verdade, segundo o qual, chega-se a algo evidente e incondicional duvidando. Segundo os seus ensinamentos é que devemos duvidar de tudo aquilo que se apresenta ao nosso espírito como apenas provável ou verosímil, para sim verificarmos o que é manifestamente falso

⁷³ ALESSANDRO GIULANI. Lógica in Enciclopédia de Direito, pág 14-17

⁷⁴ Não se trata de uma dúvida Cartesiana, que consiste em negar tudo, inclusive o obvio. Na verdade, a dúvida à luz de descartes é o fundamento do conhecimento, da verdade. No direito probatório parcialmente é assim. Não se duvida de tudo, de todos os factos alegados pelas partes. Não se duvida dos factos notórios, nem dos factos que se podem presumir nem dos assentes. O objecto da dúvida são os factos alegados pelas partes, essenciais para a decisão e controvertidos. Só os factos controvertidos constituem o objecto da duvida, ipso facto da prova. A dúvida neste caso é o fundamento para se atingir a certeza. A dúvida é o motivo da actividade probatória.

indubitável e universalmente convincente a conhecer a verdade de uma proposição considerada antes como duvidosa⁷⁵

O objecto da prova constituem o conjunto das alegações não assentes no que toca aos factos relevantes para o julgamento da causa, não sendo os mesmo notórios nem presumidos, fazendo parte do objecto da prova os factos relevantes para a decisão. Como se depreende da etimologia do vocábulo prova que dentre muitos, significa verdade, consequentemente provar é demonstrar que uma alegação corresponde a factos reais. As alegações pelo facto de muitas vezes não se fundarem na verdade e sendo que a verdade é o objecto da prova, é daí que as provas têm por função demonstrar a realidade dos factos.

CARNELUTTI dizia que a necessidade de provar é gerada pela controvérsia sobre os factos, de sorte que a aceitação de uma delas é negação da oposta. Como militante de Descartes, dizia que a controvérsia gera a dúvida sobre um articulado ou assunto, e é na busca de esclarecimento sobre o ponto duvidoso onde se vai desenvolver a instrução processual.

Não seu do porquê que JAUERNING, também inclui as regras de experiência e as normas sejam objecto da prova, ao dizer aquele catedrático de Heidelberg, em obra citada, que o objecto da prova são os factos (alegações de facto) e, excepcionalmente, as regras da experiência e normas jurídicas. Será assim para o ordenamento alemão?

Não vemos porquê que os simples factos constituam objecto da prova ou alegações de facto. O objecto da prova não são as simples alegações de facto. Como asseveramos supra. O objecto da prova são as alegações de factos controvertidos e essenciais para o deslinde da causa.

Vem acrescer o insigne Catedrático, que excepcionalmente as regras da experiência e normas jurídicas são objecto da prova. Definindo as regras da experiência como as deduções comuns extraídas com base na experiência geral da vida, para os factos concretos; com relação as normas jurídicas, prevê o argumento a contrario do parágrafo 293, nos termos do qual o objecto da prova é apenas o direito estrangeiro.

Não concordamos, mesmo que excepcionalmente, que as regras de experiência e a norma jurídica, sejam objecto da prova, porquanto, tendo

⁷⁵ P.FORIERES, in Introduction au droit de la preuve, pág 11

em conta o seu conceito, são de facto, experiências vividas, instrumentos pelos quais o juiz se serve para a formação da sua convicção, não podendo fazer parte do objecto da prova. A regra da experiência tem a ver com o juiz e não com as partes e o objecto da prova tem a ver com os factos alegados pelas partes. Para o objecto da prova fazem parte os factos controvertidos pelas partes, somente os alegados pelas partes e os que não sendo controvertidos, os necessitados de prova. É inevitável, de facto, a aplicação das regras de experiência comum na realização de julgamentos, tendo em conta que cada apreciação das razões deduzidas pelos litigantes envolverá sempre uma indispensável actitude crítica por parte do juiz para a descoberta da verdade.

A previsão da regra de experiência constitui para o ordenamento brasileiro uma grande inovação para o seu CPC de 1973, vindo prevista no art. 335°. Este dispositivo processual, explicitador da função judicial no tocante ao sopesamento das provas, harmoniza-se com a maximização do valor que modernamente se atribui ao juiz na condução do processo judicial, superando-se aquela famosa fase anterior, em que se afirmava que o desenvolvimento da instrução processual se assemelhava em tudo e por tudo a um autêntico duelo entre as partes, de que o julgador era um observador privilegiado⁷⁶. A regra da experiência a par do principio do inquisitório na fase instrutória, transforma o juiz em dirigente, não só desta fase, como de todo o processo.

No ordenamento Português, o objecto da prova são os factos controvertidos alegados pelas partes e relevantes para a decisão da causa e os necessitados de prova, do mesmo modo no ordenamento brasileiro, a lei exige a prova de factos alegados, ainda que não seja de factos controvertidos, como se pode depreender dos artigos 302° e 320° do CPC brasileiro, nada obsta no mesmo sentido para o ordenamento angolano que assim suceda. Ocorre nos nossos ordenamentos que a instrução tem por objecto, não apenas os factos incluídos na base instrutória, mas todos os factos carecidos de prova, entre os quais, incluem-se os não controvertidos, isto é, os factos alegados pelo autor e não contestados pelo réu que se encontre numa situação de revelia inoperante, como se depreende da al.d) do art. 485° do CPC.

Outrossim, a falta de controvérsia não impede a formação de questões de facto a serem dirimidas mediante a prova. Aí os factos alegados pelas partes e não negados pela outra integram o objecto da prova. Na ideia de

⁷⁶ Revista Dialéctica de Direito Processual nº 17, pág 60

que, quem alega um direito deve prová-lo. LEBRE DE FREITAS assevera que da base instrutória fazem parte os factos controvertidos e aqueles que, apesar de não impugnados não podem ser objecto de admissão⁷⁷, como os constantes do art. 485º al.d, isto é, quando se trate de factos para cuja prova se exija documento escrito. Neste ponto mesmo que haja revelia do réu, cuja consequência é a confissão tácita dos factos alegados pelo autor, mesmo assim o facto alegado pelo autor será objecto de prova.

Correntemente se tem dito que a prova tem por objecto os factos, controvertidos e pertinentes para o objecto do processo, mas com rigor são as afirmações ou alegações de facto. Afinal não se tratam de quaisquer factos, somente aqueles que foram alegados ou afirmados pelas partes⁷⁸. Ao falarmos sobre factos ou a afirmação de factos, não se trata de quaisquer factos. Referem-se à factos principais⁷⁹, porque pertinentes.

Os factos controvertidos e essenciais para a decisão da causa são o objecto da prova.

Não basta que os factos sejam controvertidos, é necessário também que os mesmos tenham sido alegados pelas partes ou careçam de prova. Tendo em conta que o direito probatório se rege pelo princípio do dispositivo, é nos factos alegados pelas partes onde se subsumirá o objecto da prova. Com todo o rigor do dispositivo, o Tribunal depende apenas dos elementos de facto arrolados pelas partes; às partes cabe o onus de provar apresentando os meios de prova. O juiz seleccionará entre os factos articulados “ pelas partes “ os que interessam à decisão da causa. Assim o era na perspectiva privatista do processo civil, mormente na fase da prova. Nesta perspectiva, o princípio do dispositivo vivia a sua, *belle époque*, o princípio era intangível, a violação desta intangibilidade resultava em nulidade do acto praticado. E é por esse princípio que se delimitava o objecto da sentença art. 661º. O juiz não só dependia dos elementos de factos apresentados pelas partes, como dos meios de prova, cujo prazo de apresentação era proclusivo. Assim lê-se no art. 512º de 1961 que a secretaria notificará as

⁷⁷ JOSÉ LEBRE DE FREITAS obra citada, pag 194.

⁷⁸ Com a actual concepção Jusprivatista do Processo Civil, não será de estranhar que o juiz inclua na prova factos não alegados ou não afirmados pelas partes

⁷⁹ Dentro do âmbito do princípio do Dispositivo, principio basilar do Processo civil, segundo o qual às partes cabe alegar os factos principais da causa. Factos principais são os factos pertinentes ou essenciais, que formam o pedido e a causa de pedir. Todavia as partes hoje não têm o monopólio da alegação dos factos principais, podendo o juiz substituir-se às partes, art. 264-3 CPC. O que significa dizer que dentro dos factos alegados pelas partes, existem factos alegados não essenciais, existem factos acessórios. Estes por não serem pertinentes, mesmo que sejam controvertidos, não são, em princípio objecto da prova, porque não são pertinentes para a causa.

partes para apresentarem o rol de testemunhas e requererem quaisquer outras provas. Mais claro ainda é o art.512º de 1995/96, quanto ao prazo, segundo o mesmo no prazo de 15 dias, as partes apresentarão o rol de testemunhas, ou outro meio de prova. Nesta perspectiva os 15 dias são preclusivos.

Esta perspectiva apesar de transformar o juiz em mero árbitro, disciplinava as partes quanto ao prazo de proposição e apresentação de provas ou meios de prova, limitava a sentença. O objecto da sentença constava do pedido. O Juiz não podia condenar em quantidade superior ou em objecto diverso do que se pedir . Enfim, esta perspectiva tinha a desvantagem de ser muito formalista.

Quanto a perspectiva publicista, o principio do dispositivo fica beliscado, uma vez que o juiz deixou de ser mero árbitro, passando a empreiteiro do processo, muitas vezes decidindo diversa e quantitativamente diferente do que o que se pediu. No que toca com a prova, as partes podem propor meios de prova independentemente da preclusão do prazo, desde que tais meios, sejam justificados e se revelem indispensáveis para a decisão da causa. O Juiz não depende apenas dos meios de prova arrolados pelas partes. O juiz pode ouvir testemunhas por sua iniciativa⁸⁰ , isto é, não arroladas pelas partes, pode evocar ou chamar documentos não propostos, pode se propor a fazer inspecção. Enfim , pode o juiz por sua iniciativa ordenar meios de prova não arrolados ou alegados pelas partes.

Levando mais ao longe a perspectiva publicista do processo, pode o juiz, por sua iniciativa indicar factos novos para enriquecerem o objecto da prova?

De princípio não, seria um descalabro processual. Na medida em que os factos são todos os acontecimentos reais que ocorreram. Factos esses alegados pelas partes, de que não ficaram assentes e essenciais para a decisão da causa. Quanto aos elementos de prova, o juiz dentro dos seus poderes discricionários pode ouvir uma testemunha, ou convocar um outro meio de prova, não arrolada por nenhuma das partes, desde que se revele importante para desvendar qualquer obscuridade. Pode acontecer que na audiência preliminar, uma das partes tevisse evocado certos factos novos, neste caso tratar-se-á de um articulado superveniente, constante dos artigos

⁸⁰ Nos termos do art. 645º do CPC de 1995, “ quando no decurso da acção, haja razões para presumir que determinada pessoa, não oferecida como testemunha, tem conhecimentos de facto importantes para a boa decisão da causa, deve o juiz ordenar que seja notificada para depor.

506º -508º. Na audiência preliminar o Juiz convidará as partes a suprir as irregularidades dos articulados. Fica desta feita vedado ao juiz indicar factos novos, até porque no que diz respeito a elaboração dos quesitos há um sistema de votação pelas partes. A perspectiva publicista não pode ir tão longe a ponto de o juiz por sua iniciativa criar factos novos na tentativa de enriquecer a Prova. Pode suscitar às partes factos não constantes das alegações, fazendo os mesmos, partes dos articulados supervenientes. Salvo factos instrumentais, que discricionariamente o juiz pode incluir, para se esclarecer de um facto essencial.

1.3.1 FACTOS NÃO CARECIDOS DE PROVA

- os factos notórios e presumidos art. 514º
- os factos instrumentais art. 264º-2
- os factos que o Tribunal toma conhecimento no exercício das suas funções, art. 514º-2
- os factos admitidos por acordo art.490º,
- os factos confessados pela parte contrária art. 352 do CC .

Não dependem de prova, ainda que negados pela parte contrária, os factos cuja verdade ou veracidade se presume. Alegado um facto que a lei manda presumir, presunções legais, ou os tribunais presumem segundo a máxima de experiência, essa alegação será reputada verdadeira e ocorrido o facto alegado. A alegação fica, portanto, excluída do objecto da prova, ainda que contrariada.

Também não carecem de prova os factos notórios, como diz o brocardo ” *notorium non eget probatione* “ que por serem de conhecimento geral, significa que também o tribunal os conhece.

CALAMANDREI⁸¹ define o facto notório como aquele de conhecimento geral, isto é do conhecimento comum das pessoas que pertencem a uma determinada esfera social; CASTRO MENDES⁸² define o facto notório como aquele facto naturalmente do conhecimento do Juiz, resultante não

⁸¹ CALAMANDREI, Per La Definizione Del Fatto Notorio, pág 309

⁸² CASTRO MENDES, Do Conceito de Prova

dos seus conhecimentos particulares (especiais), mas sim, do conhecimento que o Juiz tem, colocado na posição de cidadão comum, regularmente informado, sem necessitar de recorrer à operações lógicas.

Relevante no facto notório é o *ser conhecido* pela generalidade. Na verdade, sobre os factos notórios não existe dúvida, isto é, a necessidade de provar, por este motivo a lei os dispensa. Um facto é notório quando o Juiz o conhece como tal, colocado na posição de cidadão comum, regularmente informado, sem necessidade de recorrer a operações lógicas e cognitivas, nem a juízos presuntivos.

A dispensa dos factos notórios vinha prevista no art. 518º do CPC de 1939 e actualmente no 514º com o mesmo conteúdo” não carecem prova nem de alegação os factos notórios, devendo considerar-se como tais, os factos que são do conhecimento geral”. Os factos notórios para o tribunal nunca precisam de provas, constando do BGH no seu parágrafo 291 e seguintes.

Os factos notórios são geralmente de conhecimento geral, isto é, os que uma grande quantidade de pessoas conhece com segurança ou cuja percepção é de divulgação corrente ou geral; um facto é notório quando o juiz o conhece como tal, colocado na posição de cidadão, sem necessitar de recorrer a operações lógicas e cognitivas, nem a juízos presuntivos⁸³. Da sua verdade se está persuadido sem mais prova e não se confundem com a regra de experiência.

O Ac. da RC, de 22 de junho de 2010, definia que um facto é notório quando o juiz o conhece como tal, colocado na posição de cidadão comum, regularmente informado, sem necessitar de recorrer a operações lógicas e cognitivas, nem a juízos presuntivos⁸⁴. O facto notório serve para determinação dos factos relevantes da acção, não se adequando à finalidade da modificação da decisão sobre a matéria de facto, e vinha dizer o Acórdão da Relação de Lisboa que não se podia qualificar como facto notório aquilo que não é mais do que uma presunção *ad hominem*, que se alcança através de juízos baseados nas regras da experiência da vida⁸⁵

não carecendo o facto notório nem de alegação, nem de prova, não deve

⁸³ A diferença que existe entre o facto notório e as presunções é mesmo esta. Nas presunções o juiz ou o cidadão precisa de recorrer a operações lógicas

⁸⁴ Os factos notórios se distinguem das presunções, na medida em que esses se alcançam através de juízos baseados nas regras da experiência da vida que revestem natureza geral; são ilações tiradas de um facto conhecido para firmar um desconhecido

⁸⁵ Acórdão do Tribunal de Lisboa, de 31 de 05 de 2007,relator OLINDO GERALDES

figurar no questionário.

Os danos não patrimoniais, mesmo que não provados em audiência, devem ser tomados em conta se forem considerados factos notórios.

Grande querela se levantou a respeito da teoria do facto notório. Assim duas grandes doutrinas se desenvolveram à respeito: os que têm por base o critério do conhecimento e os que têm por base o critério do interesse.

A teoria do *interesse* vinha defendida por CARNELUTTI e MAZZARELA,⁸⁶ para MAZZARELA são factos notórios os factos socialmente relevantes; para CARNELUTTI⁸⁷ factos notórios não são tanto os factos de conhecimento da generalidade dos cidadãos ou do homem de cultura média, mas os factos que interessam á generalidade dos homens e que por isso, o homem de cultura média tem o estímulo de conhecer.

Contra a teoria do *interesse* sobreveio a teoria do *conhecimento*, defendida por CHIOVENDA e CALAMANDREI. O facto notório é o facto notável, o conhecido por todos ou pela maioria, ALBERTO DOS REIS, concordando com a ala de CHIOVENDA, para o qual, facto notório é o conhecido pela generalidade, revestido de carácter de certeza, divergi na concepção de generalidade de pessoas. Muito embora desta generalidade deva fazer parte o Juiz da causa, porque cabe a ele tirar conclusões.

STEFANO, dizia que facto notório é o acontecimento conhecido pelo público. Por público entende não por qualquer aglomeração de pessoas, mas de homens pertencentes a mesma comunidade política.

CALAMANDREI para resolver o problema da pluralidade, generalidade de pessoas serve-se da expressão *esfera social*, segundo o qual , facto notório é o do conhecimento comum de homens que formam um estrato social. Facto notório para aquele insigne são aqueles do conhecimento comum dos homens que formam uma esfera social; e por esfera social designa uma espécie de classe social, um grupo de pessoas que se identificam por uma qualidade, como por exemplo a classe de juristas, de economistas, de generais, enfim.

Para BETTI⁸⁸ a generalidade ou pluralidade tem por base a cultura. Factos notórios são os factos de conhecimento comum dos homens de cultura

⁸⁶ ALBERTO DOS REIS, opu citae, pág 259

⁸⁷ Sistema di diritto Processuale, I^o, pág. 420;

⁸⁸ BETTI, Diritto Processuale, 2^a edição, pág 318

média de certo lugar.

ALBERTO DOS REIS é da posição do *conhecimento* embora concorde com Stefano, discorda do sentido político do conceito de público, adoptando o sentido judicial, entendendo por público, a massa de homens da Comarca a que a causa corre. Embora também contestada esta posição⁸⁹, somos de concordar e a fazer um ecletismo (critério do interesse e do conhecimento) das duas teses que o facto notório é o conhecido pelo público da comarca onde corre a acção⁹⁰, factos esses não só conhecidos pela maioria dos que residam na comarca onde a causa corre, como também interessante ou relevante para a causa. O facto não basta que seja de conhecimento geral, mas tem de revestir um certo interesse ao caso concreto em discussão. Quanto ao critério de conhecimento sufragado por por Calamandrei, à luz de ALBERTO Dos Reis, discordamos, de facto o facto notório não pode ser apenas de conhecimento de uma franja da sociedade, o facto notório não pode ser sectarizado. Concordamos com Betti e allorio que definem a generalidade tomando por base a *cultura*. O facto notório, desta maneira, não é o absolutamente conhecido pela generalidade das pessoas, isto é, por todas as pessoas, mas o conhecido pelas pessoas médias, não apenas de certo lugar, como disseram BETTI e ALLORIO, mas do lugar do tribunal onde corre o caso decidendo. Factos notórios são aqueles que conhecidos pelo público , dispensam comentários. Este público é apenas a maioria de cidadãos médios da comarca que se informam regularmente, os com acesso aos meios normais de informação.

Como reza o art. 514º os factos notórios não carecem de prova nem de alegação, com base na máxima, *notória non agent probatione*, ALBERTO DOS REIS, citando STEFANO dizia que os factos notórios não carecem de prova, porque contêm em si mesmo, no mecanismo da estrutura, uma prova pré-constituída, uma prova formada anteriormente ao processo e munida de maiores garantias externas do que as que o processo pode dar. De facto os factos notórios são dispensados de prova por serem já de conhecimento geral, são como que factos já provados, já esclarecidos. O facto notório dispensa-se de ser provado e alegado. Se o facto for notório, apesar de ser

⁸⁹JACINDO FERNANDES RODRIGUES BASTOS, em Notas ao Código de Processo Civil, Volume III, 3ª Edição, notas ao artigo 514º, pág 76

⁹⁰ Na mesma senda concorda José Lebre de Freitas, ao dizer que facto notório é o facto de conhecimento geral, isto é, cognoscível ou conhecido facilmente pela generalidade das pessoas normalmente informadas de determinado espaço geográfico, de tal modo que não haja espaço para duvidar da sua ocorrência. No domínio processual, a esfera social que o caracteriza tem de abranger as partes e o juiz da causa

objecto de conhecimento geral, se for alegado por uma das partes, nem por isso será objecto de prova. O juiz pode servir-se de um facto não alegado pelas partes, decidindo favorável ou desfavoravelmente, desde que tal facto que serviu de base para a decisão tenha sido notório. Embora esta questão tenha sido também motivo de celeuma. É dever do juiz tomar em consideração os factos não alegados pelas partes ou se ele goza simplesmente do poder de servir-se deles. Quanto a este facto, MICHELI e BETTI defendem a ideia de que o juiz tem simples poderes, quer dizer, o juiz pode servir-se dos factos notórios. O poder aparece neste entretanto como uma faculdade; quanto ALLORIO e ALBERTO DOS REIS, dos quais rendo o meu acordo, o juiz tem o dever de servir-se dos factos notórios, desde que o mesmo não careça de alegação. O juiz tem o dever de julgar, cumprindo-lhe atender o facto notório.

O facto notório prevalece sobre os factos da causa admitidos por acordo pelas partes? A resposta é afirmativa para MICHELLI e ALBERTO DOS REIS em oposição a PAVANINI. Na verdade tem sentido a posição afirmativa, na medida em que o facto notório se identifica com a verdade. A verdade é o substrato da decisão justa. As partes não podem admitir como exacto um facto que está em contraste manifesto com um facto notório⁹¹

O facto notório, de facto, não carece de ser alegado. Na mesma senda decidiu o A.c da RC⁹² que um facto é notório quando o Juiz conhece como tal, colocado na posição de cidadão comum, regularmente informado, sem necessitar de recorrer a operações lógicas e cognitivas, nem a juízos presuntivos; não carecendo o facto notório nem de alegação, nem de prova, não deve figurar no questionário; os danos não patrimoniais, mesmo que não provados em audiência, devem ser tomados em conta, se forem considerados factos notórios.

O facto notório serve para a determinação dos factos relevantes da acção, não se adequando à finalidade da modificação da decisão sobre a matéria de facto. Não se pode qualificar como facto notório aquilo que não é mais do que uma presunção, que se alcança através de juízos baseados nas regras da experiência da vida⁹³

Do mesmo modo não carecem de prova os factos de conhecimento

⁹¹ ALBERTO DOS REIS, Obra citada, pág 263

⁹² Processo 1803/08.3TBVIS.C1, Relator: Carvalho Martins

⁹³ Processo nº 4269/2007-6 Acórdão do Tribunal da relação de Lisboa

jurisdicional, isto é, aqueles factos de conhecimento oficial do Juiz⁹⁴, os de que o Tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções, factos constantes de qualquer processo transato, em despachos exarados ou documento avulso.

Os factos instrumentais não carecem de prova. Eis a grande diferença com o CPC de 1961, ainda em vigor em Angola. Com a reforma de 1995/96 os factos instrumentais como desenvolvemos supra, já não fazem parte do objecto da prova, todavia, mantêm-se no ordenamento angolano, na medida em que o CPC de Angola corresponde ao Português, de 1961. Os factos instrumentais fazem parte da órbita dos poderes discricionários do juiz, como se pode depreender do art. 264-2.

Na verdade, como dizia CASTRO MENDES⁹⁵, factos instrumentais são os que interessam indirectamente à solução do pleito por servirem ⁹⁶para demonstrar a verdade ou falsidade dos factos pertinentes. São aqueles que indiciam os factos essenciais, são factos secundários, que permitem aferir a ocorrência e a consistência dos factos principais. LOPES DO REGO⁹⁷ diz que factos instrumentais definem-se por contraposição aos factos essenciais, como sendo aqueles que nada têm a ver com a substanciação da acção e da defesa, por se incluírem nos poderes inquisitórios do Tribunal. Todavia, para que os factos sejam instrumentais é necessário que tenham uma relação com os factos principais. Decidiu nestes termos o Acórdão da Relação de Coimbra de 27 de Abril de 2002, proc. 204/04.

A exclusão da base instrutória dos factos dos instrumentais ainda no ordenamento Português não deixa de levantar algumas reticências, uma vez que para a prova deverão fazer parte todos os factos, independentemente de essenciais, aqueles que carecem de prova. É desta visão Abrantes Geraldes, quando vem dizer que da base instrutória pode integrar-se factos instrumentais que, numa primeira análise, sirvam para apoiar o estabelecimento das presunções judiciais.

Os factos instrumentais têm a importância além processual, especialmente nas situações de caso julgado material, a parte deixará de os poder invocar

⁹⁴ No dizer de ALBERTO DOS REIS é que sobre esta disposição emitiu o Ministro da Justiça o seguinte parecer: É princípio de 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 de conhecimento.

⁹⁵CASTRO MENDES, Direito Processual Civil II, pág 208

⁹⁷ Comentario ao Código de Processo civil, pág 201

em nova acção, factos instrumentais não produzidos em idêntica e anterior pretensão⁹⁸.

Factos relevantes são aqueles cujo conhecimento seja capaz de influir nos julgamentos a proferir no processo. Mais precisamente são os acontecimentos ou condutas, que tendo sido alegados pelas partes sejam essenciais para a constituição, modificação e extinção da pretensão querida pela parte que a alegou. A relevância do facto dependeria em primeiro lugar de haver sido afirmado por uma das partes, sendo que os factos não alegados pelas partes eram, em princípio, insusceptíveis de ser levados em conta no julgamento.

Os factos assentes do mesmo modo não carecem de prova.

Na fase da condensação os factos assentes têm a relevância de se distinguirem daqueles factos que vão constar do questionário e da especificação, como consta actual art. 511º do CPC em vigor em Angola, com o seguinte teor: *se o processo houver de prosseguir, o juiz no proprio despacho, seleccionará entre os factos articulados os que interessam à decisão da causa especificando os que julgue assentes por virtude de confissão, acodo ou prova documental.*

Factos assentes são os factos admitidos por acordo, aqueles em relação aos quais as partes não tenham divergido, tácita ou expressamente. Há desta feita, que contar com o disposto no art. 490º CPC nº2. Devendo para tal, considerar-se assentes os factos confessados. Como se depreende do art. 352º do CC, a confissão corresponde ao reconhecimento pela parte da realidade de um facto que lhe é desfavorável e que favorece a parte contrária. A confissão pode ser feita extrajudicialmente, através de documento autêntico ou particular. A confissão extrajudicial verbal está sujeita às restrições que a lei impõe à admissibilidade da prova testemunhal art. 358º-2º do CC; integram do mesmo modo nos factos assentes aqueles que se mostrem provados por documentos, sejam eles autênticos ou particulares.

A exclusão dos factos admitidos por acordo vem ainda sufragada no Acórdão do STJ⁹⁹ ao considerar que se mostravam admitidos por acordo factos não impugnados (art. 490º-2) equivale a dizer que os mesmos se

⁹⁸ MANUEL DE ANDRADE, Noções Elementares de Processo Civil, Pág 323 e 324

⁹⁹ Acórdão do STJ de 15-02-2005, Relatora MARIA LAURALEONARDO, Factos Admitidos por Acordo; Acórdão do STJ de 03.03.2004 (Rec. Nº 2731/00, Acórdão STJ de 14.12.2003 (Rec. Nº 632/03)

consideravam plenamente provados mercê do acordo formado por declarações convergentes: sua afirmação por uma das partes e confissão tácita da outra.

1.4- O OBJECTIVO DA PROVA

A subsunção do Direito aos factos, tem como consequência a realização do direito. A aplicação do direito tem por objecto a realidade dos factos. A aplicação da norma pressupõe a verificação da hipótese de facto previsto.

Dispõe o art. 341º do CC que as provas têm por função a demonstração da realidade dos factos, ou a demonstração da verdade alegada em juízo. Demonstrar a realidade dos factos é realçar um juízo de certeza sobre os factos.

A decisão judicial consta de duas partes: a verificação dos factos que condicionam a aplicação da lei, e a aplicação da lei. A justiça da decisão assenta primordialmente na verdade dos factos admitida como pressuposto da aplicação do direito.

A prova não conduz à certeza objectiva, à certeza absoluta. A única meta possível é a certeza moral, a presunção da verdade, ou seja a verdade relativa.

Deste modo impõem-se, na busca da verdade material, a adopção de uma postura de humildade, pois que o homem não logra alcançar totalmente o fundo das coisas, no reino da verdade. Assim a convicção terá de se obter por um caminho de prudência, já que o risco de erro está sempre presente acompanhando a certeza humana subjacente ao juízo real.

Temos assim que o fim da prova é a demonstração da realidade dos factos .

1.4.1- DIREITO À PROVA

O direito à prova constitui para os Estados de Direito, uma garantia não apenas Constitucional, mas um direito fundamental para os cidadãos. Como

dissemos , a prova é pressuposto da evocação do direito, na medida em que serve de garante para que qualquer que se sinta prejudicado, intente a acção com base na mesma e a pessoa contra a qual se intentar tenha a possibilidade de apresentar contraprova e a certeza de que a decisão que provier de uma sentença em que ele for parte será justa. O direito é o garante de sentença justa. O direito à prova consta no âmbito do contraditório e dos direitos de acção¹⁰⁰ e de defesa.

O direito à prova tem merecido a todos os Estados Constitucionais, uma especial atenção. Em Portugal, foi digno de menção do Tribunal Constitucional, mediante o acórdão nº 86/88, DR.II, série, de 22 de Agosto de 1988 que considerou como corolário do direito de acção, o direito de cada uma das partes oferecer as suas provas, controlar as provas do adversário e discutir sobre o valor de uma e de outras.

Em Angola do mesmo modo se prevê no art. 29º da Constituição enquanto corolário do direito de acção.

Na Itália o direito à prova mereceu atenção da Corte costituzionale no art. 24º; e na Alemanha na Bundesverfassungsgericht no parágrafo 103º-1. De uma maneira geral, maior parte dos ordenamentos jurídicos entendem o direito à prova, como uma manifestação de garantia de acção e de defesa.

Entendo o direito à prova , um direito fundamental, que nada mais é a não ser, o direito de a parte utilizar todos os meios de que dispõe de forma a demonstrar a verdade dos factos em que uma pretensão se funda.

Não basta que alguém alegue que tal direito lhe pertence, é imperioso que se lhe assista o direito de provar tal desiderato.

Em direito adjectivo, com o direito à prova faz-se entender que as partes conflituantes, por via de acção e de defesa, têm o direito a utilizarem a prova em seu benefício, como sustentáculo dos interesses e das pretensões que apresentarem em tribunal.

Efectivamente, trata-se de um direito subjectivo dos cidadãos (partes) levar à juízo as suas pretensões (insatisfações) e ser-lhes assegurados a possibilidade de, no desenvolver da causa, demonstrarem a realidade dos

¹⁰⁰ Para SAVIGNY, a acção é imanente ao direito material controvertido, de forma que a jurisdição só pode ser accionada se houver o direito postulado. Por outras palavras a acção é o próprio direito material violado em estado de reacção. Enfim o direito de acção é resposta à violação de um direito material e a prova nada mais é, a não ser a forma de demonstrar o direito violado e pressuposto da reposição do direito.

factos ou de suas afirmações de factos, art 341 CC. Como se sabe, ao Tribunal (juiz) incumbe o decisivo papel de proferir uma decisão justa, coerentemente emanada do material probatório proposto e produzido pelas partes durante o curso do processo. Neste desiderato, deve o Órgão jurisdicional garantir às partes uma plena e efectiva participação da produção da prova, ou seja, o direito à prova deve conferir a possibilidade de as partes conflitantes utilizarem para a prova de um facto, o meio que melhor lhes convier, o que é determinado pela sua vontade, bem como poderem escolher o melhor momento da sua apresentação. Entenda-se prova enquanto resultado, sem o qual, se estaria a beliscar o garantido, princípio do contraditório, e por consequência, o efectivo processo legal.

A garantia do contraditório, assevera GOMES FILHO, não tem como objectivo a defesa entendida em sentido negativo, como oposição ou resistência, mas sim especialmente a defesa vista na sua dimensão positiva, isto é, como influência ou direito de incidir activamente sobre o andamento e o resultado do processo.

É justamente sobre esta vertente que o direito à prova assume um importante papel no quadro do contraditório, visto que a actividade probatória representa o momento crucial do processo, onde o autor e réu, têm a faculdade e o direito de levarem à apreciação do juiz, argumentos e factos que possam levar à descoberta da verdade dos factos alegados em juízo. O exercício da acção e da defesa fica subordinado à efectiva possibilidade de se reconstituir ao juiz a realidade dos factos, apresentados como fundamento das pretensões das partes poderem servir-se das provas.

BARBOSA MOREIRA esclarece que em cotejo com o contraditório, são três as exigências fundamentais do direito à prova: necessidade de conceder oportunidades iguais às partes no pleito para a produção de provas; inexistência de disparidade de critérios no deferimento ou indeferimento de provas pelo Tribunal; iguais possibilidade às partes de participar dos actos probatórios e de se pronunciarem sobre os seus resultados¹⁰¹.

Uma outra consequência da violação do contraditório, é de o Juiz proferir decisões surpresas, sendo proibido ao juiz decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento officioso, sem que as partes, tenham a possibilidade de sobre elas se pronunciarem art. 3º-3 do CPC.

¹⁰¹ BARBOSA MOREIRA. A Garantia do Contraditório na actividade da instrução- temas de direito processual, pág 67

De uma maneira completa e sistemática Scarance¹⁰² apresenta como desdobramento do Direito à prova:

- a) o direito de requerer a prova,
- b) direito a que o Juiz decida sobre o pedido de produção da prova,
- c) direito a que deferida a prova, seja realizada, tomando-se todas as providências necessárias para a produção,
- d) direito a participar da produção da prova,
- e) direito a que a produção da prova seja feita, respeitando-se o princípio do contraditório,
- f) direito a que a prova seja feita com a participação do juiz
- g) direito a que realizada a prova, possa manifestar-se a seu respeito; direito a que a prova seja objecto de avaliação pelo julgador.

É importante que na produção das provas as partes e o juiz estejam presentes, sob pena de invalidade, especialmente, se houver inobservância do contraditório. As partes devem participar da produção das provas, mesmo as colhidas ex-officio pelo juiz. Este contraditório não se exige apenas em relação as partes entre si, mas também do juiz em relação às partes, vice versa. Nesta vertente uma das partes pode exigir que o juiz não permita o ingresso ou permanência nos autos de prova ilícita produzida pela parte contrária, por outras palavras, se dá oportunidade às partes, o direito de pedir a exclusão de provas inadmissíveis, impertinentes ou irrelevantes.

1.4.2 DIREITO À VALORAÇÃO DA PROVA

O que é valorar uma prova?

É atribuir um efeito à prova apresentada, é dar nota a prova.

Uma das consequências do direito probatório, reside no dever de o juiz valorar todas as provas adquiridas por iniciativa das partes, como consequência lógica da livre apreciação das provas, tendo como garantia do cumprimento deste dever, motivar a decisão de facto nos termos do art. 653º-2 do CPC.

¹⁰² ANTÓNIO FERNANDES SCARANCE. Processo Penal Constitucional, pág 73-74

Três, têm sido os sistemas de apreciação da prova acolhidos pelos diversos ordenamentos processuais: o da prova legal, o da livre apreciação da prova (*secundum conscientiam*) e o sistema misto¹⁰³.

Fruto da época, essencialmente dos sistemas de governo, como autoritários, liberais, factos que geraram e influenciaram diversos princípios. Deste modo, o princípio da prova livre é uma conquista do direito moderno, no dizer de CHIOVENDA, as suas raízes remontam no Direito Romano. Já o sistema da prova legal tem o seu renascimento na Alemanha, no período pós 1ª Guerra, com grande expansão e desenvolvimento no direito comum. Foi com o renascimento do direito romano que o princípio da prova legal, começou a perder terreno. Foi especialmente o moderno direito austro-germano, pós 2ª Guerra, que prestando culto às boas tradições romanas, consagrou o sistema da prova livre.

ALBERTO DOS REIS fala de apenas dois princípios, o princípio da prova Livre e o da prova Legal, do mesmo modo LEBRE DE FREITAS.¹⁰⁴

O sistema da prova legal, conhecido também pelo sistema da certeza moral do legislador ou ainda da verdade legal ou formal, estabelece valores taxados ou tarifados da prova. Neste, a lei fixa detalhadamente o valor a ser

¹⁰³ Segundo ALBERTO DOS REIS, em obra citada, pagina 243 e seguintes, nenhum dos sistemas tem imperado soberana e exclusivamente, o que tem sucedido é que ora domina um, ora outro. No Direito comum Medieval, por influência das Instituições germanicas, prevaleceu o da prova legal; no Moderno tende a prevalecer o da prova Livre.

No CPC de 1939 dominou o sistema da prova livre, expressamente enunciado pelo art. 655º, 582º, 619º e 625º. Segundo o qual o Tribunal Colectivo julga segundo a sua convicção, formada sobre a livre apreciação das provas de modo a chegar à decisão que lhe parecer justa; e o mesmo sucede com o Juiz singular.

O mesmo sucede com os artigos 655º do CPC de 1961 e 1995/6, sob a epígrafe Liberdade de Julgamento, segundo o qual, o Tribunal colectivo aprecia livremente as provas e responde segundo a convicção que tenha formado acerca de cada facto qüesitado; Outras concretizações desta ideia vêm sufragadas no CC artigos 361º, 366º, 389, 391º e 396º.

Todavia, princípio da prova livre cede perante o princípio da prova legal, em certos casos, tais como no caso da prova por confissão, de prova por documentos autênticos, autenticados ou particulares nos termos dos artigos...

EDUARDO COUTURE coloca ao lado do conceito da prova Legal e Livre, o princípio da crítica Sã, aplicável sobretudo à interpretação e valoração da prova testemunhal. Este princípio foi segundo Couture, consagrado pela lei espanhola de 1855 e adoptado pelos países que tomaram para modelo esta lei.

No dizer de ALBERTO DOS REIS, em comentário ao princípio da crítica Sã, constitui uma categoria intermédia entre os dois princípios. Consiste em o juiz apreciar a prova segundo as regras do entendimento correcto e normal, isto é, em avaliar as provas não arbitrariamente ou caprichosamente, mas em harmonia com as regras da lógica e as máximas da experiência. O sistema da prova livre constitui para alberto dos Reis, uma regra de orientação do sistema da prova livre.

O sistema da crítica da crítica Sã, corresponde a meu ver um sistema misto dos princípios da prova livre e da prova legal..

¹⁰⁴ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, obra citada, pág 199.

atribuído a cada prova produzida no processo, impondo ao juiz a observância de certos preceitos, não lhe deixando praticamente qualquer margem de liberdade para a apreciação da prova.

Neste sistema a valoração de cada meio de prova encontra-se regulado pela lei e o Juiz tem de aplicá-la rigorosamente, prescindindo do seu critério pessoal. Com a desvantagem de não fomentar no juiz o sentido de responsabilidade nem confiança no esforço próprio do juiz. A convicção do juiz não se forma espontaneamente em função da actividade probatória, mas da opinião que a lei faz previamente de cada meio de prova. Trata-se de um sistema com fortes probabilidades de ser afastado. No dizer de Couture, o legislador diz ao Juiz: julga como eu te mando. É o que ocorre com a prova documental actualmente.

O sistema da Prova livre, ou sistema de valoração *secundum conscientiam* ou certeza moral do juiz, ou ainda da íntima convicção, representa o oposto do sistema da prova legal. Consta do art. 655º -1 do CPC, constituindo a regra,¹⁰⁵ ao determinar que os juizes decidem segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto. É o que ocorre com todas as provas, à excepção da documental.

A valoração da prova é feita de forma livre, de acordo com a íntima convicção do juiz, com necessidade de que este motive as suas decisões. Isto, permite ao juiz alcançar a verdade dos factos com relevância para o processo ou para a decisão do litígio entre as partes. Melhor estimula o zelo do juiz, contribuindo para manter vivo, o sentimento da dignidade da função judicial, bem como pelos problemas éticos da profissão. Este sistema confere ao juiz uma liberdade absoluta na valoração das provas, sem travão legal de qualquer espécie, incluindo as regras da experiência humana, de que o Juiz se serve para tal fim. A lei nada diz sobre os valores das provas, cabe ao órgão julgador, com base na sua certeza moral, decidir sobre a sua admissibilidade, avaliação e introdução no processo, com a excepção da prova documental.

A valoração livre das provas pelo Juiz, pressupõe independência do Juiz e decorre da sua consciência, convicção, tendo como instrumento ao seu dispor, o exercício das faculdades racionais do mesmo. Por isso é que se designa por muitos juristas, como CHIOVENDA e LIEBMAN, de sistema

¹⁰⁵ É tendência do direito, á medida em que no processo se tem evoluído, sair-se do regime da prova legal para o da prova livre. Esta tendência dá ao poder jurisdiccional mais autonomia e independência, enquanto garante da justiça.

da persuasão racional do juiz. Era a a regra no Direito Romano.

A regra da livre apreciação da prova, adoptado pelo ordenamento português não é absoluta, como se pode depreender do nº 2 do art. 655º sendo que, quando a lei exija, para a existência ou prova do facto jurídico, qualquer formalidade especial, não pode esta ser dispensada. As limitações a esta regra, provêm algumas da lei substantiva, nomeadamente das normas excepcionais que prescrevem a observância, para certos actos, é o caso das normas que só por escritura pública permitem a celebração de negócio de constituição ou alienação de direitos 875º, 947º, 393º-395º do CC; outras do direito adjectivo arts 617º e 618º.

Não se trata de um sistema perfeito, por transformar o Juiz num soberano, que se não for equilibrado, cairá nos defeitos do subjectivismo, pondo em risco o sistema. Censura-se certas decisões dos Tribunais, por muitas vezes proferirem decisões que estão em oposição com a prova produzida, correctamente interpretada e avaliada. Vê-se nesses julgamentos não um poder legítimo, mas uma arbitrariedade e um excesso contrário ao espírito da lei. Os defensores da prova legal asseveram que aumenta o perigo dependente das variedades de carácter, das impressões e dos critérios dos juizes, embora com a vantagem de permitir adaptar o resultado do processo indutivo às circunstâncias do caso.

Na América espanhola à formula doutrinal Prova Livre significa que é lícito ao Tribunal apreciar e julgar os factos como lhe aprouver segundo as provas produzidas, sem provas, ou mesmo contra as provas. Aí sim, deturpa-se o princípio da prova livre, não é de estranhar, que possa prevalecer a prova legal.

No dizer de CARNELUTTI, o sistema da livre apreciação da prova é sem dúvidas, pelo menos quando estivermos perante um bom juiz, o melhor para alcançar a verdade, embora lhe reconheça inconvenientes, como o de uma demasiada liberdade.

Neste sistema, a lei diz ao juiz, julga como a tua consciência te ditar, segundo a prova dos autos, sem a prova dos autos ou até contra a prova dos autos.

Chame-se atenção aos julgadores que a prova livre não significa prova arbitrária ou irracional. A prova livre, traduz a ideia de que o juiz julga com inteira liberdade, sem obediência a nenhum ditame, mas em harmonia com

as regras da experiência e o intelecto, em jeito de um *bonus pater familiae*.

Outrossim, à prova livre se associa o dever de fundamentação, dever este, Constitucional para muitos Ordenamentos. O dever de o Tribunal fundamentar a sua livre apreciação da prova constitui garantia do cidadão e traduz transparência. Fundamentar é justificar, é por esta razão que a livre apreciação da prova, mais do que uma liberdade de emanção de um juízo científico, não se confunde com um acto arbitrário praticado pelo órgão jurisdicional. A apreciação realizada pelo julgador há-de ancorar-se no suporte material que representa a prova produzida em sede do concreto processo¹⁰⁶.

A falta de fundamentação, embora a lei Processual Civil não a sancione directamente, uma vez que se trata de um dever fundamental do julgador art. 205º-2 da C.R. portuguesa, determina a cominação de nulidade. A sua cominação vem expressa no CPP, art. 379º, em conjugação com o nº2º do art. 374º da mesma lei.

Destarte, a obrigatoriedade da fundamentação tendo uma dimensão axiológica da livre apreciação da prova, não representa um limite ao princípio da livre apreciação da Prova. Ou seja, a fundamentação da decisão *não constitui uma ratio essendi* da livre apreciação da prova, mas uma *ratio fundante*.

Sistema Misto. Apesar de prevalecer o sistema da livre apreciação da prova, este mesmo, muitas vezes cede ao princípio da prova legal. É devido a esta cedência¹⁰⁷ (recíproca) que nos faz fundamentar a coexistência de um sistema misto, o que Couture designou de Sistema da Crítica Sã, sistema intermédio entre o da prova livre e Legal. Este sistema é o da verdade real, o juiz forma livremente o seu convencimento, porém dentro de critérios racionais que devem ser indicados, não obstante fazer recurso a lei, sempre que possível. Trata-se de um sistema misto, aglutinador, associando elementos do sistema da prova legal e o da livre apreciação da prova. no qual o órgão julgador não fica apenas adstrito a critérios valorativa os prefixados na lei, antes tem liberdade para aceitar e valorar a prova desde que fundamente a sua convicção, persuadindo as partes.

Este último deveria ser, a meu ver, o mais adoptado na maioria dos

¹⁰⁶ ROSA VIEIRA NEVES, A Livre Apreciação da Prova e A Obrigação de fundamentação da Convicção, pág 133, Coimbra Editora.

¹⁰⁷ Numa das notas, citando ALBERTO DOS REIS, dizíamos que muitas vezes o princípio da prova livre cede ao da prova legal. É caso da prova por confissão, por presunção.

ordenamentos na medida em que, não obstante se ter adoptado a regra da prova livre, tal regra não é absoluta. Não sendo absoluta, obriga que em determinadas situações se adopte o sistema da prova legal. A consagração genérica do princípio da livre apreciação da prova comum dos princípios basilares do sistema processual, não impede no que concerne ao valor probatório de algumas provas, assim ao valor do caso julgado, o legislador o densificasse distintamente, consagrando algumas limitações decorrentes do valor probatório atribuído à prova pericial, aos documentos autênticos e autenticados, à confissão e o valor do caso julgado. como se pode depreender do nº 2º do art. 655º.

Situação muito importante dentro do direito à prova é o facto (como o dissemos supra) de as partes terem o direito de o juiz, no momento da motivação da sentença, apreciar todas as provas que foram produzidas ao longo do processo. Trata-se de garantir o direito que têm as partes de ser ouvidas e de verem examinados pelo órgão julgador as questões que hoveram suscitado. Essa prerrogativa deve entender-se ínsita no direito de acção, isto é de fazer valer as razões em juízo de modo efectivo e por conseguinte, de reclamar do órgão judicial as suas pretensões, tendo em conta os argumentos trazidos.

A necessidade de motivar ou fundamentar, dentro do direito de acção e de defesa tem a sua cobertura no âmbito do princípio da legalidade e de obrigação constitucional art. 205º da constituição Portuguesa¹⁰⁸, como garantia da acção e da defesa e certeza da imparcialidade dos tribunais, dentro do direito à prova. No direito de acção e de defesa as partes procuram esgotar todas as provas ou meios de provas possíveis para convencer o tribunal. Para tanto, não só é injusto, como ilegal que o Tribunal opte por uma prova, ou valor uma prova, de uma das partes, sem que a outra seja devidamente esclarecida da não valoração dos seus meios de prova arrolados. Neste entretanto, a necessidade de fundamentar é uma obrigação do Tribunal, constnte do art. 653º nº2º CPC “... a decisão proferida declarará quais os factos que o tribunal julga provados, analisando criteriosamente as provas e *especificando os fundamentos que foram decisivos para a convicção do Juiz*, “ sob a cominação de pôr em risco a imparcialidade e independência do Tribunal; a justiça e a legalidade da decisão. O dever de fundamentar é uma das vertentes do princípio do contraditório, não só pela necessidade de que a parte contra a qual se

¹⁰⁸ Art. 205º nº1º “ as decisões dos Tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei “

valorou a prova se manifeste (reclame ou recorra), como tome conhecimento e saia daí convencida.

A necessidade da motivação prender-se-á com a ideia de as partes poderem verificar se os seus actos foram respeitados e considerados em juízo, aliás, a falta de motivação é passível de nulidade do acto praticado.

1.5 PRODUÇÃO ANTECIPADA DAS PROVAS E VALORAÇÃO ANTECIPADA DAS PROVAS

Os dois institutos, são situações e factos completamente diferentes. Factos que não se confundem e nem devem fazer confusão.

Uma das coisas chocantes e abomináveis que pode acontecer quanto à valoração das provas é a sua valoração antecipada . A valoração antecipada da prova não deve ser confundida pela produção antecipada da prova. Pelo princípio da legalidade e por justiça não tem (não deve ter) acolhimento em nenhum ordenamento jurídico e de direito ou em qualquer Estado Democrático e de Direito. A valoração antecipada da prova só pode acontecer num Estado não de Direito, Despótico e Anárquico e também nalgumas Monarquias Selvagens. Enfim naqueles Estados onde a tripartição dos poderes é uma ilusão, onde o poder político se sobrepõe ao Judiciário¹⁰⁹ .

Trata-se de situações que nos Estados de Direito devem ser combatidas, por desvirtuarem a essência e a finalidade das provas, consequentemente do direito. A acontecer, significa que o juiz extraiu elementos para a formação da sua convicção antes das provas terem sido produzidas, excluindo determinados meios de prova destinados a provar a verdade de um facto, por já se encontrar convencido que o mesmo não terá acontecido. Esta prática deve ser proibida por confundir a livre apreciação da prova os poderes discricionários do juiz pela arbitrariedade e abuso de poder. O que é indesejável, por subverter a pureza, o rigor e lealdade e a verdade em que deve assentar a convicção do juiz. O extremo da valoração antecipada da prova tem levado muitos juizes a terem a convicção antes do julgamento, o

¹⁰⁹ É notório nos Estados ou ordenamentos onde a tripartição dos poderes não é clara, ou onde o poder político se sobrepõe aos outros poderes, em que o poder político impõe ao judiciário sentenças. Tais sentenças na prática são tomadas pelo poder político, o judiciário é usado apenas como um longamano do político.

juiz tem a sentença antes do julgamento. Caso mais caricato ainda, ocorre (especialmente em alguns processos penais) em pleno julgamento, momento específico para a produção da prova, o juiz desvelo, adormece, em vez de ouvir atentamente o depoimento do declarante. Ouvindo ou não os depoimentos da parte e da testemunha, condena em nome do povo.

A produção antecipada da prova é legal e constava do art. 525 do CPC de 39, tendo sido previsto de 1961-1995/6 no art. 520º e hoje, com a Reforma de 2013 prevista no art. 419º do CPC, na excepção do objecto da prova constante do art. 513º do mesmo diploma, especialmente na prova documental¹¹⁰, embora não deixe de ser prematuro no dizer de CARLOS MANUEL DA SILVA¹¹¹. Mantendo incólume o conteúdo, segundo o qual, havendo justo receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil o depoimento de certa pessoa ou a verificação de certos factos por meio de inspecção, podem os depoimentos e a inspecção ter lugar antecipadamente e até antes de ser proposta a acção.

Como se pode depreender do art. 652-3, as provas são geralmente oferecidas no periodo da instrução e a sua produção realiza-se normalmente na audiência final. Todavia, excepcionalmente, nos termos do art. 520º pode ser admitida a produção antecipada da prova designada ad perpetuum rei memoriam.

Se foi indicado alguém como testemunha, que por exemplo, não tenha certeza de que viva ou esteja presente no dia do julgamento, tornar-se-á necessário antecipar o seu depoimento, a fim de não prejudicar o apuramento da verdade, quando o mesmo fôr essencial para o deslinde da causa. Noutras situações corria-se o risco de vermos deteriorados determinados vestígios de facto, se esperassemos pelo andamento normal do processo. No justo receio se tornar impossível ou muito difícil o depoimento de certas pessoas ou verificação de certos factos, o depoimento ou a inspecção pode realizar-se antes de ter sido proposta qualquer acção.

Assim nos termos do art 521º, todo aquele que requer prova antecipada deverá sumariamente justificar a necessidade da antecipação, isto é, alegando as circunstâncias que tornam impossível ou difícil a produção da

¹¹⁰ Os documentos probatórios apresentados nos articulados constituem não só exemplo de produção antecipada das provas, como excepção, porquanto as provas têm razão de ser quando houver factos controvertidos

¹¹¹CARLOS MANUEL FERREIRA, em poderes do Juiz e Poderes das Partes, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 50, Lisboa, Abril 1990.

prova no momento em que normalmente teria lugar; devendo ainda o requerente mencionat com precisão os factos sobre que há-de recair a produção antecipada da prova, identificando as pessoas que deporão, quando se tratar de testemunha.

Quando seja requerida a diligência antes da propositura da acção deve ainda o requerente indicar pormenorizadamente o pedido e os fundamentos da acção que pensa instaurar e ainda identificar a pessoa contra quem se pretende fazer uso da prova, notificando-a pessoalmente, tendo em conta o princípio do contraditório.

O fundamento da antecipação da produção é o justo receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil o depoimento de certas pessoas ou a verificação de certos factos por meio de inspecção ou, a deterioração dos vestígios até chegar a fase própria. Asseverava na mesma senda o Acórdão nº 9631078 do Tribunal de Relação do Porto de 17 de Abril de 1997, como sendo, o justo receio, o requisito da produção antecipada de prova, verificasse, de acordo com as regras da experiência, a previsibilidade do desaparecimento ou particular dificuldade das provas.

Decidiram nos mesmos moldes os acórdãos 0250253 do Tribunal da R.P de 08 de abril de 2002, o Ac. 9479/2006 do Tribunal da RL de 18 de Janeiro de 2007, Ac. 1543/05 do Tribunal de RC. de 22 de setembro de 2005. O CPC anterior ao de 39 previa no seu art. 270º como motivos a próxima ausência, a idade avançada e a moléstia da testemunha.

As provas pelas quais incidiam a sua produção antecipada são os depoimento de parte, a inquirição de testemunhas o arbitramento e a inspecção judicial. É o caso de se proceder a exame de estomatologia nos termos do art. 520º que ficará inviabilizado pelos tratamentos a que o examinando se irá submeter para preservar a sua saúde e integridade física¹¹²; é também o caso do dono de uma obra, consistente na realização de uma vistoria à obra que alegadamente o empreeiteiro não concluiu. Ainda que esteja na disponibilidade do requerente a não continuação da mesma, mas estando a mesma sujeita a uma eventual degradação.

Diante de um requerimento de antecipação de provas não deve o tribunal indeferí-lo na dúvida ou na ignorância de, se os factos a investigar venham a integrar no questionário ou na base da instrução. Se por acaso, os factos

¹¹² Decidiu favoravelmente nestes termos o Acórdão 5870-7 do Tribunal de Relação de Lisboa de 25 de Junho de 2007.

produzidos não vierem a constar do objecto da instrução, a prova produzida ficará sem efeitos.

Existem, desta feita, duas hipóteses para se requerer a antecipação da produção de provas: nos casos em que a diligência é requerida em processo já pendente e nos casos em que a acção ainda não foi proposta.

Bem vistas as coisas a produção antecipada da prova encontra uma grande aproximação com as providências cautelares, na verdade, trata-se de uma espécie de providência cautelar na medida em que o interessado pretende no fundo evitar um prejuízo que receia, que é o de desaparecer ou se tornar impossível a produção de determinada prova. A produção antecipada da prova e as providências cautelares identificar-se-iam se não faltasse àquela a aparência do direito.

Uma grande questão se nos impõe com relação ao réu quanto à produção antecipada de prova se pode ser requerida não apenas pelo autor, podendo o réu também fazê-lo. Como pode alguém que ainda não é réu, mas, podendo vir a sê-lo, requerer produção antecipada de provas se ainda não sabe o objecto da acção, isto é, nas acções ainda não propostas?

Trata-se de facto de uma querela, defendendo alguns que o réu pode fazê-lo com a diferença de que ao réu não se exigia alegar nem provar qualquer motivo para a antecipação do depoimento, na ideia de que o periculum in mora podia afectar tanto o réu, quanto o autor, assim era até 1876; outros com os quais concordamos, entendem que não é possível, alguém não réu ainda, requerer providências de género na medida em que não conhece o objecto da acção, não sabendo desta feita os futuros factos controvertidos. Mesmo que para o efeito seja citado pelo Tribunal, a não ser que no momento da citação, seja esclarecido com relação ao objecto do futuro processo. Se aceitarmos a ideia de que existe uma certa semelhança com as providências cautelares, uma das características é a falta de citação do réu no momento da materialização da providência, nestes termos, não se vê necessidade de se citar o réu. Todavia, cite-se em respeito do princípio do contraditório.

Quanto às acções pendentes pode se justificar que o réu antes da fase própria possa requerer provas nos termos do art 520º, até porque já conhece o objecto do processo, podendo já prever o objecto da prova e prover as provas necessárias. Mas numa acção futura, como um réu pode requerer a antecipação de prova se não conhece o objecto da acção nem quando vai

ser interposta a acção? Não vejo como o réu pode requerer produção antecipada se não for citado ou notificado sobre uma futura acção nas situações em que não lograrem as resoluções extra judiciais de litígios, aliás, só aí se justifica a audiência contraditória, situação pouco clara, porquanto, mesmo assim, o réu não será chamado para se opor, apenas para assistir e assegurar com a sua intervenção a legalidade e correcção dos actos que vão praticar, com relação àqueles que defendem a ideia de que o réu pode requerer produção antecipada de provas.

Dentro de que prazo se pode propor a acção do requerimento de produção antecipada de prova?

Nada diz a lei. E outra diferença com as providências cautelares é o facto de nas providências cautelares, terem um prazo preclusivo. As providências cautelares revestem sempre carácter de urgência, o CPC de 61 no seu artigo 382º previa um prazo de 30 dias, segundo o qual, se o requerente não propuser a acção, de que forem dependência, dentro de trinta dias, contados da data em que lhe for notificada a decisão que ordenou as providências requeridas, ficam sem efeito. O CPC de 1996 e 2013 alargou o prazo em mais 30 dias.

Como já o dissemos, a lei nada diz com relação ao prazo de interposição da acção, diferentemente das providências cautelares. Não existe a obrigação de um prazo sobre o qual se interporá acção, sob a cominação de se não poder aproveitar a diligência requerida. Segundo a revista de Legislação nº 52 págs 335 e seguintes, o requerente não é obrigado a propor a acção dentro de certo prazo; pode aproveitar a diligência a todo o tempo em que se resolve a propor a acção, consulte-se sob o mesmo propósito a Revista 77 págs 277 e seguintes. Não existindo prazo para a interposição da acção, leve o tempo que levar, as diligências feitas servirão sempre o futuro processo.

Apesar de não haver um prazo dentro do qual se interponha a acção, não deve em princípio ser um prazo tão longo. Semelhantemente às providências cautelares, pode ser um prazo aproximado, embora sem cominações.

No ordenamento angolano consultados 85% dos Tribunais, faz-se muito pouco uso deste tipo de providências, os Magistrados consultados disseram mesmo nunca terem visto um requerimento de produção antecipada de provas.

Uma coisa de facto é valoração antecipada de provas e outra é produção antecipada de provas. A valoração antecipada disvirtua o direito, é uma prática ilícita, conseqüentemente injusta. Deve ser proibida e exemplarmente punida. A produção antecipada é legal, é uma providência preventiva, fundadas no justo receio de desaparecimento ou destruição de provas.

1.6. VALOR EXTRAPROCESSUAL DA PROVA

Podem as provas produzidas num processo servirem para um outro? Esta questão prende-se com o valor extraprocessual das provas, isto é, a possibilidade de utilização das provas em processo diferente daquele em que foram inseridas, desde que a pessoa contra a qual se produz a prova, seja parte no processo.

O valor extraprocessual é também designado por Rui Pinto¹¹³ de Prova emprestada, sendo de grande importância prática, não só no que respeita com a celeridade processual, como de certeza e segurança jurídica, fins últimos do direito, especialmente para a prova da ilicitude e da culpa.

O transporte de resultados probatórios entre causas pode-se apoiar nas seguintes soluções:

A primeira, em ser a decisão probatória que teria eficácia extraprocessual, os factos provados. É o caso da reutilização das prévias respostas a quesitos ou dos fundamentos de facto da sentença final.

A segunda consistiria em ser o teor da prova produzida que teria eficácia extraprocessual, dispensando-se alguma ou toda a instrução, a prova dos factos. É o caso de se não mais ouvir as mesmas testemunhas.

Outrossim não há que se confundir a eficácia extraprocessual das provas, com a eficácia extraprocessual dos factos tidos como provados. Na medida em que a valoração dos factos como provados, rege-se pelo princípio da liberdade de julgamento, constante do art. 655º, por esta razão os factos tidos como provados não se impõem num outro processo, e nem tem sentido que o sejam, porquanto a valoração dos factos como provados,

¹¹³ RUI PINTO, colectânea de Estudos de Direito Processual Civil, pág 79

deduzem-se no julgamento e o julgamento rege-se pelo princípio da continuidade ou da plenitude da assistência dos Juizes, como reza o art. 654º.

O valor extraprocessual consta do art. 522º do CPC, segundo o qual , os depoimentos e arbitramentos produzidos num processo com audiência contraditória da parte podem ser invocados noutro processo contra a mesma parte, sem prejuizo do disposto no nº 3 do art. 355 do CC.

O valor extraprocessual das provas, a eficácia extraprocessual não serve para quaisquer meios de prova, vale apenas para o depoimento da parte, para a prova testemunhal, para a prova por exame, vistoria ou avaliação.

A eficácia extraprocessual das provas não vale para as provas ou meios de provas por documento nem por inspecção judicial. É pacífico que assim seja, na medida em que no que toca à prova documental, a parte pode apresentar o documento, através de 2ª via de certidão, cópia, fotocópia ou desentranhamento do documento dos autos, juntando ao novo processo, decidiu na mesma senda o Acórdão do supremo Tribunal de Justiça de 7 de Julho de 1997¹¹⁴;

Do mesmo modo a inspecção não tem valor fora do processo, por causa do carácter pessoal das conclusões que a prova faculta, isto é, por assentar na inspecção pessoal do Juiz, nada garante, em princípio, que as conclusões tiradas pelo juiz que a levou a cabo, sejam as mesmas que dele extrairá o juiz doutro processo.

A prova por confissão (judicial), como dispõe o art. 355º-2 e 3 do CC é a feita em juizo. A confissão feita num processo só vale como judicial nesse processo; a realizada em procedimento preliminar ou incidental só vale como confissão judicial na acção correspondente.

Do mesmo modo, a denúncia, e depoimento de testemunhas, que nem representam depoimento de parte, nem arbitramento, nem foram produzidos em audiência contraditória do autor, contra quem se pretende fazer valer, sem que este tivesse direito de intervir na fase da instrução processual em que se integram esses actos, não podem ser invocados em acção de indemnização¹¹⁵.

O valor extraprocessual das provas tem como pressupostos:

¹¹⁴ Boletim do Ministério da Justiça, 269-119

¹¹⁵ Boletim do Ministério da Justiça, 203º-215

Identidade da parte contra quem a prova é pela segunda vez invocada. Trata-se de invocação contra a mesma parte entre os sujeitos dos diferentes processos.

Ocorrência de audiência contraditória no primeiro processo

Vontade da parte beneficiada pela prova, isto é, a transportabilidade tem de ser invocada pela interessada e não pelo Tribunal¹¹⁶

Natureza jurisdicional do primeiro procedimento

A audiência contraditória da parte contra a qual se vai produzir a prova é condição de eficácia do valor extraprocessual das provas. Até porque mesmo no processo próprio a audiência contraditória já é condição de valoração da prova, como reza o art. 517º, segundo o mesmo as provas não serão produzidas sem audiência contraditória. Por maioria de razão, mais exigente será a valoração de uma prova em processo diferente. A audiência contraditória é expressão do princípio do contraditório, conseqüentemente, do direito de defesa. No perguntar de Manuel Rodrigues, esta audiência contraditória é real ou virtual? A audiência contraditória é real quando a parte comparece pessoalmente ou por mandatário para contradizer, e é virtual quando se lhe deu a possibilidade de contradizer e não o fez, enfim, a audiência contraditória é um ônus da parte contra a qual se vão produzir as provas. Notificada ou citada, compareça ou não. O § único do CPC de 39 vinha dizer que o princípio da audiência contraditória entende-se no sentido de que a parte deve ser notificada, quando não seja revel. Sempre que não tiver havido audiência contraditória, a prova dá-se por produzida, se se tratar de revelia operante. Desta feita, a prova extraprocessual nestes termos valerá do mesmo modo? Não vemos porquê não, se o revel, a se tratar de revelia operante foi condenado.

Na verdade o valor extraprocessual é excluído se no primeiro processo a parte contra qual se vai valorar a prova no segundo processo tiver sido revel. Neste entretanto, não basta que tivesse sido citado no primeiro processo, é essencial que comparecesse.

O princípio do valor extraprocessual das provas tem as suas limitações:

¹¹⁶ Decidiu nestes termos o Acórdão de Relação de 16 de junho de 2004, no sentido de que para que se a procedência da valoração extraprocessual, em que é admissível a intervenção de juizes terceiros, a parte que dela queira aproveitar-se tem de invocar e alegar no 2º processo, os meios de prova invocados pelo primeiro processo.

A primeira prende-se com a garantias que as mesmas podem oferecer no novo processo. Se a eficácia dos efeitos produzidos no primeiro processo forem de garantias inferiores, art 522º in fine, às do segundo, valerão apenas como princípio de prova, ou como prova indiciária: é o que ocorre com o arbitramento realizado em processo sumaríssimo que o art. 796º manda efectuar por um único perito, enquanto no arbitramento realizado no processo ordinário intervêm, em regra, três peritos arts 576º e sgs;

A segunda : o princípio do valor extraprocessual cessa quando for anulada a parte do processo relativa à produção da prova que se pretende invocar. Anulado o processo, consideram-se sem efeito todos os actos abrangidos pela anulação, não podendo invocar-se em processos posteriores, art. 522º-2

A terceira limitação é no sentido de as partes serem as mesmas. O princípio da eficácia extraprocessual das provas, significa que a prova produzida num processo pode ser utilizada contra a mesma pessoa num outro processo, para fundamentar uma nova pretensão, seja da pessoa que requereu a prova, seja da pessoa diferente, mas apóida no mesmo facto. Decidiu na mesma senda o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 04 de Outubro de 2010.

Uma outra limitação, embora duvidosa tem a ver com a confissão. No dizer de LEBRE DE FREITAS é discutível que o valor extraprocessual das provas abranja a declaração confessória.¹¹⁷

Se nos atermos nas duas modalidades de confissão, podemos esboçar que se no primeiro processo tiver havido confissão tácita por parte daquele contra o qual se vai utilizar a prova no segundo processo, exclui-se-a. Nesta senda se pronunciou PAULO CUNHA sendo que a confissão a que se refere para valoração extraprocessual é unicamente a confissão expressa

¹¹⁷ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, Código de Processo Civil Anotado, 2º volume e 2ª edição, anotações do art. 522º, pág 449

1.6.1. OS GRAUS DA PROVA¹¹⁸.

A regra consagrada no nosso sistema jurídico, no âmbito do direito Processual é a da prova livre, art. 655º-1 CPC¹¹⁹ ou da livre apreciação da prova. As provas são apreciadas livremente, de acordo com a convicção que geram realmente no espírito do julgador acerca da existência do facto¹²⁰.

No âmbito da prova legal, se pode escalonar os seguintes graus:¹²¹

prova bastante,

prova plena,

prova pleníssima.

Quanto à eficácia a prova ainda pode ser:

Prova suficiente

Prova prima facie

Simple justificação.

A prova bastante cede perante a contraprova; a prova plena só cede perante contraprova; a pleníssima não admite prova do contrário. Eis a classificação tripartida de MANUEL DE ANDRADE¹²².

Prova bastante é aquela que na ausência de qualquer dúvida em contrário, a lei permite como fundamento da convicção do juiz, mas cede perante a contraprova¹²³. A contraprova é a actividade probatória, ou conjunto de meios probatórios que têm por finalidade lançar na mente do julgador uma dúvida séria, acerca da verdade dos factos alegados, que foram objecto de prova, ver 346º CC, ALBERTO DOS REIS vai mais longe, dizendo que a

¹¹⁸ Quisemos não autonomizar o presente tema do antecede, por ser sequência e consequência dele. Só o fizemos para melhor entendimento.

¹¹⁹ O mesmo princípio encontra-se repetidas vezes na prova pericial, por depoimento do assistente, ,a prova por inspecção judicial e em todos os outros meios de prova.

¹²⁰ Acórdãos do supremo Tribunal de Justiça de 30 de Novembro de 1977 e de 02 de Março de 1978 no Boletim do Ministério da Justiça, 271, pág 185 e 275, pág. 115.

¹²¹ Do mesmo modo ANTUNES VARELA em obra citada, págs 472 e 473

¹²² MANUEL DE ANDRADE, Noções, pags 74 e seguintes, 211 e seguintes

¹²³ ALBERTO DOS REIS, obra citada, pag 246

contraprova destina-se incerto o facto respectivo.

Passa-se de facto com os factos alegados pelas partes, como fundamentos da acção e da defesa, os quais vêm revestidos de uma força probatória bastante, se não forem contraprovados nos termos do art. 346 do CC, serão dados por assentes. Haja para o efeito da contraprova, impugnação da outra parte, para que a prova bastante seja posta em dúvida, art. 374º CC.

A prova plena consta do art 347º CC, é aquela que só cede perante a prova do contrário. Porquanto, produzida a prova plena, é irrelevante gerar-se uma situação de dúvida na mente do julgador, porque a lei manda resolver tal situação de dúvida no sentido indicado pela mesma prova, todavia, a outra parte tem a possibilidade de provar a não verdade dos factos. Como reza o art. 347º CC, a prova legal plena só pode ser contrariada por meio de prova que mostre não ser verdadeiro o facto que dela for objecto, sem prejuizo de outras restrições especialmente determinadas pela lei, grande exemplo é a presunção, tantum juris, arts. 349º e 350º CC.

A prova pleníssima, é a que não admite prova de contrário, exemplo típico é a presunção juris et de jure. A prova pleníssima admite no entanto, impugnação dos pressupostos dessa mesma prova. CASTRO MENDES figura o seguinte exemplo: se do facto x se resumir juris et de jure, o facto y, provado o facto x, a contraparte não pode tentar provar y, se não verificou; isso não significa, no entanto, que não possa, em regra contraprovar x, e que gerada a dúvida sobre ele, o Tribunal não dê como provado nem x nem y

A prova suficiente é a que é susceptível de produzir a plena convicção do juiz;

prova prima facie ou de primeira aparência é a fundada nos ensinamentos da vida e na experiência do que acontece;

A simples justificação é a prova sumária, superficial, destinada a produzir mero juízo de verosilhança.

O nosso direito não admite prova prima facie, quanto a simples justificação, o código utiliza-o como fundamento de providências cautelares, é o caso da restituição provisória de posse, da suspensão de deliberações sociais.

Tendo em conta a regra da livre apreciação da prova, constante do art. 655º,

o mesmo ocorre com a graduação, a mesma regra sofre as suas limitações, como se pode denotar da prova por confissão, por documentos e por presunções, onde no dizer de ANTUNES VARELA, o seu exame tem lugar próprio.

1.6.2. LIMITES DO DIREITO À PROVA

Pelos meio das provas se procura demonstrar a realidade dos factos importantes para a formação da convicção do juiz.

Parece contraditório que o direito a prova tenha limites, ou então se dissermos que o direito a prova não é absoluto, mas em sede própria, quando tratarmos da prova ilícita, entender-se-a melhor esta aparente contradição.

Com efeito, a busca da verdade material que preside a actividade probatoria do juiz, exige que os requisitos da prova em sentido objectivo se reduzam ao mínimo, de modo que as partes possam utilizar-se dos meios de prova com ampla liberdade, sem limites. Qualquer limitação à prova prejudicaria a obtenção da verdade, portanto, a justa aplicação da lei.

Não se pode em nome da justiça compreender uma garantia absoluta da privacidade, do sigilo no processo, mas também não se pode conceber em nome da verdade material, que a busca incontrolada e desmedida da prova possa sem motivos ponderáveis e sem observância de um critério de proporcionalidade, ofender sem necessidade a parte em seus direitos fundamentais. Os limites do direito à prova clamam-se especialmente em sede do direito penal.

2- PROVA E VERDADE

O objecto próprio da razão é a verdade. A razão só fica satisfeita quando se encontra com a verdade. A decisão justa deve ater-se na verdade. Toda decisão que não tiver por fundamento a verdade dos factos ocorridos é injusta.

Deviamos nos perguntar: quid est veritas? Veritas adaequatio rei et intellectus est.

Estamos num mundo em que os valores se degradam cada vez mais, e a verdade não tem sido excepção. Saiba-se que a verdade não é sinónimo de certeza. Temos tantas notícias, doutrinas, factos como certos, certíssimos, mas que depois resultam em não verdadeiros. Verdade também não é sinónimo de sinceridade, uma pessoa pode ser profundamente sincera e todavia, dar uma informação errada. A verdade é um conceito axiológico e não empírico. Os factos têm de ser descritos pela verdade. Assim uma proposição é verdadeira se diz aquilo que deve dizer, um facto é verdadeiro se for dito como ocorreu, sem mais um ponto. Temos a verdade dita se houver uma adequação plena entre o intelecto e o facto¹²⁴ O problema processual tem a ver com a verdade ou mentira de uma das partes. A finalidade da verdade no processo é o de atingir a maior justiça possível, por isso é que se exige das partes que ajam com lealdade e verdade. Mediante a verdade exigida pelas partes, o Tribunal alcança um juízo de certeza, e com o mesmo toma decisão, infelizmente o juiz apega-se nas supostas verdades ditas pelas partes, supostas porque muitas vezes uma das partes mente, para a todo custo sair vitorioso do processo, muitas vezes o juízo de certeza alcançado pelo tribunal não corresponde a verdade. E toda a decisão que não tiver por fundamento a verdade é injusta, mesmo que favoreça as partes. A justiça consiste em cada parte receber o que merece e não o que quer.

O tema da prova em processo civil, quanto a sua função, evoca a verdade, no fundo, o que se quer não é simplesmente as alegações dos factos, porque estes até podem ser forjados, o que se procura na prova para que a decisão seja justa é a verdade dos factos acontecidos, factos relevantes para o objecto do processo. O facto no processo ocupa uma posição cimeira. Os factos constituem pressuposto para aplicação do direito. Por esta razão se evoca a verdade material como um dos princípios fundamentais do processo. Assim como os filósofos que antecederam este parágrafo,

¹²⁴ No dizer de MARCELO MADUENÃ para que a verdade seja o que é, seja adequação do intelecto com a coisa ou com o facto tem algumas propriedades como sendo a Universalidade, Objectividade, mundanidade, a perspectividade e historicidade.

É universal porque vale para todos e para sempre. É uma verdade necessária por ser adequação entre a afirmação e a realidade.

Mundana, porque o objecto proprio, imediato do nosso conhecimento são as coisas deste mundo.

Perspectividade, porque oferece-nos a realidade em perfis parciais, nunca é uma verdade plenamente adequada

MITTIRMAYER¹²⁵ define a verdade como a concordância entre o facto ocorrido na realidade sensível e a ideia que fazemos dele.

A descoberta da verdade é indispensável para o processo, visto como uma das finalidades do processo. Pelo processo o Tribunal atinge o juízo de certeza mediante a verdade sobre a realidade dos factos, subsumindo-se desta feita a norma apropriada, fazendo-se por outras palavras uma subsunção da norma aos factos. Assim LIEBMAN, neste âmbito ao definir o termo Julgar, assegurava que tal consiste em valorar determinado facto ocorrido no passado, valoração esta feita com base no direito vigente determinado, como consequência, a norma concreta que regerà o caso¹²⁶.

Na verdade o Tribunal tem o dever de aplicar o direito objectivo aos casos concretos, fica óbvio constatar a importânciacia da reconstituição de tais factos, a fim de que a hipótese prevista seja adequadamente aplicada. Se de facto o processo é um trabalho como dizia CARNELUTTI é imperioso que tal trabalho se una a verdade. E só com a verdade é que saberemos como realmente as coisas ocorreram e sabendo assim aplicaremos a justiça que se esperava, por esta razão se procura pela verdade material, a que satisfaz a justiça substancial. Neste entretanto, TARUFFO asseverava que a verdade não constitui um fim em si mesmo, contudo é preciso buscá-la enquanto condição para que se dê qualidade à justiça ofertada pelo Estado¹²⁷.

Sendo o fim das provas a demonstração da realidade, o tribunal perguntará à parte, como foram as coisas, recorrendo daí o desiderato do processo de conhecimento. De facto, aí podemos encontrar a importância do processo, que é o da descoberta da realidade dos factos. Um facto só é real se for verdadeiro, com isso o Juiz conhece os factos, porque reais e aplica o direito.

A verdade é um valor, mesmo universal, está como que em crise. A sua crise faz parte do universo do declínio das Instituição, aliás, o problema processual prende-se com a verdade. A falta à verdade , gera conflitos, basta ver que a maior parte de processos que existem em diversos tribunais do mundo devem-se á falta a verdade. Se as pessoas dissessem a verdade, os processos não iriam muito longe, não seriam tão morosos. A alegar ser a casa X, sua e B por sua vez diz que a mesma casa X lhe pertence, não

¹²⁵ MITTIRMAYER in Tratado da Prova em matéria Criminal, 2ª edição, Rio de Janeiro

¹²⁶ EURICO TULLIO LIEBMAN , Manual de Direito Processual Civil, Tomo I

¹²⁷ MICHELE TARUFFO, in A Prova, na Revista de Processo nº 16, São Paulo: Revista dos Tribunais, pág 168

sendo possível haver duas verdades sobre o mesmo objecto, uma das partes estará a faltar á verdade, afinal, a verdade é una.

Não foi em vão que o CC de Seabra no seu art. 2024º, dizia que a prova tinha por função a demonstração da verdade dos factos alegados pelas partes, muito embora fosse um tanto quanto tautológico, tinha a sua razão de ser. Num julgamento o que conta é a matéria de facto, porque é sobre os mesmos que se subsume o direito. No dizer de VICCO, o facto é o verdadeiro, todo o facto é um acontecimento verdadeiro. Não dizer a verdade nas alegações de facto, é não dizer o que realmente aconteceu, é substituir o facto (real) ocorrido, por um outro.

No julgamento da matéria de facto, o juiz se encontra no centro, com os meios de prova em mãos arrolados pelas partes, exercendo a sua função essencial, a procura da verdade, visto que é sobre ela que se vai assentar a decisão. Infelizmente não esteve á data dos factos no local, onde os mesmos ocorreram, dependendo desta feita das alegações das partes, essencialmente pelos meios de prova. Quid iuris se os mesmos forem falsos; quid iuris, se a testemunha essencial para o desvendamento da contenda estiver a mentir? Como muitas vezes acontece, e o juiz mesmo dentro do princípio da liberdade de julgamento, não descobrir? Uma das actividades jurisdicional, é a subsunção do direito aos factos. Se forem sobre factos mentidos? O juiz quando julga deve abstrair das alegações das partes e dos meios de prova a verdade, fundamento da decisão justa. Só desta maneira realizará a operação processualmente correcta e honesta, caso contrário, disvirtuará a verdade dos factos alegados, instrumentalizando-os no sentido da decisão final que pretenda proferir, denegando-se desta maneira a justiça. A justa composição da lide, dentre muita coisa pressupõe diálogo e o mesmo implica a verdade e a lealdade, como dizia LUZO SOARES. Enfim o nosso pessimismo não pode ir tão longe a ponto de não acreditarmos na verdade de ninguém na lide, e temos que aceitar eu se julgam homens e não anjos, quem julga é homem e não um Arcanjo. Por isso as decisões ou sentenças são humanas e a justiça é dos homens.

Neste milénio, em que a verdade se encontra em crise, clama-se pelo dever de dizer a verdade e o dever de lealdade.

Se nos atermos na ideia de CALAMANDREI, que tentou assemelhar o processo ao jogo, segundo o mesmo, para se obter a justiça não é suficiente

ter razão, é necessário saber expô-la, uma vez que a sentença não é o resultado de uma aplicação automática da lei aos factos, mas antes, o resultado psicológico de três forças em jogo. Por isso pode suceder que a vitória da contenda caiba à parte que se mostrou com maior habilidade técnica e não a parte que tem razão.

A comparação que aquele insigne processualista faz do processo ao um jogo tem apesar de tudo uma conotação positiva ao dizer que “ o legislador ao manter o princípio do dispositivo, entendeu que a luta entre as partes pela vitória constitui o meio mais credível à realização e satisfação do interesse público “ estabelecendo nesta luta os deveres de lealdade e probidade.

Entendo, embora de um modo pessimista, que estabelecer regras justas num jogo é muito complexo, difícil e complicado. Era fácil se as mesmas regras se impusessem de uma maneira espontânea e desinteressada pelas partes, o que é impossível. Hoje com a crise da verdade, como asseveramos supra, em que as pessoas não dizem a verdade, em regra, impôr-se lealdade às partes é quase utópico. Como é que um juiz (humano) saberá que A ou R está a dizer a verdade? Em regra, num jogo as partes querem ganhar, usando todos os meios artíficiosos possíveis para sair vencedor, mesmo que os mesmos forem ardilosos, na ideia de que os meios justificam os fins. Muitas vezes as partes não enfalsificam os documentos, as testemunhas não mentem, não porque não querem fazê-lo. Indirectamente é deste diapasão o próprio CALAMANDREI ao dizer que não basta ter razão, é importante saber expô-la. Quer dizer mesmo que eu tenha razão se não conseguir expô-la e a outra parte for ardilosa, sairá vencedora. Este é o verdadeiro significado do Jogo no processo.

Nesta senda, não fica apenas em crise a verdade, também o próprio processo, se quisermos definir a verdade processual, como definiu PIERO CALAMANDREI. No dizer dele , a verdade processual é igual a mentira. Não se trata de uma definição pessimista, mas realista, na medida em que a prática diz isso. Quantas vezes A possuidor de uma moradia, inquilina do Estado há mais de 30 anos, entendeu comprar a mesma no 25º ano, pouco tempo depois surge B reivindicando a mesma casa, por a ter comprado no mesmo Estado um anos antes que A, e o Tribunal decidiu a favor de B que primeiro comprou a mesma moradia. Processualmente B podia ter razão.

Enfim, nesta senda não somos optimistas quanto ao processo, a pesar de ser

um Instrumento, o mesmo é instrumentalizado. Muitas vezes é usado para retardar ou impossibilitar a fruição de uma direito, quantas vezes uma decisão do tribunal não produziu o efeito útil da acção. De tanta morosidade o autor apesar de airoso, falecera dois anos antes da sentença. Muitas vezes o processo condiciona inutilmente a fruição de um direito, com a tendência de se sobrepor ao direito substantivo.

Para que as decisões judiciais sejam justas é imperioso que as partes digam a verdade, porque é sobre as suas declarações ou alegações, sejam elas verdadeiras ou não, que assentará a sentença. Assim desde sempre se jurava antes de se prestar declarações: juro por minha honra (ou em nome de Deus) dizer a verdade. Age de má fé quem falta á verdade. Pede-se desta feita, que as partes ajam de boa fé e cooperem para uma boa composição do litígio, arts 266º do CPC.

2.1. PRESSUPOSTOS DO PRINCÍPIO DA VERDADE SUBSTANCIAL

A verdade foi sempre o movente imóvel do direito processual, na suposição de que as decisões judiciais nada mais são, senão, a aplicação objectiva do direito positivo, a factos passados reconstituídos, concluindo-se que a actividade jurisdicional atende aos anseios populares, por esta razão ao Juiz não cumpre outra coisa a não ser concretizar o direito abstrato para a situação específica e concreta, na ideia de que o Juiz é um mero bouche de la loi...na verdade lá se foram os tempos em que ao juiz visava proteger os interesses da colectividade contra os abusos da aristocracia.

Ligados à ideia da busca da verdade material está sem dúvidas a prova. A prova tem a função, como definiu MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, de convencer o juiz a respeito da verdade ou falsidade de um facto.

A Escolástica via na verdade, o objectivo básico do processo, esta era a premissa menor do silogismo, facto, a ser aplicada à premissa maior, matéria de direito, a fim de chegar-se à conclusão¹²⁸.

Efectivamente seria muito difícil para as decisões judiciais se estas não tivessem sido vistas como pressuposto a reconstituição dos factos sobre as

¹²⁸ SANTOS AMARAL in Primeiras linhas de Direito Processual Civil, 3º vol, São Paulo

quais ela incide, aliás essa era uma das maneiras de fazer o mundo crer nas decisões. De facto muitas vezes se tem a norma como certa, mas os pressupostos sobre os quais recair a decisão serem não verdadeiros.

Esta matriz da descoberta da verdade material no direito processual, se mostra com mais força no processo penal, não é em vão que sempre que um declarante ou testemunha depõe, este jura dizer a verdade, somente a verdade. Idêntico papel tem sido hoje desempenhado pelo ónus da prova, na ideia de que aquele a quem incumba a prova dos factos alegados, se não cumprir satisfatoriamente tal desiderato, o Juiz pode abster-se de conhecer do mérito.

É por esta razão que os regimes actuais do processo civil, atribuem amplos poderes aos juízes, embora alguns interpretem de autoritário. A doutrina actual atribui amplos poderes na matéria da prova, porque o processo mais do que instrumento, é um trabalho público com a finalidade de buscar a verdade sobre os factos. Ao se autorizar que o juiz possa determinar ex officio, a produção da prova, tão somente, pretende-se dar ênfase à busca da verdade substancial, traduzindo-se como o fim último do processo civil.

No julgamento da matéria de facto, o juiz na qualidade de dirigente do processo terá sobre sua posse, todos os meios necessários para a descoberta da verdade. O juiz realiza a grande função essencial da sua razão de ser, enquanto sedento da verdade, procura a verdade material, mais provável, com o intuito de prestar o seu munus e em nome do povo fazer justiça.

Apesar de ser uma actividade essencialmente jurisdicional e de capital importância, não é a única. Outra tarefa não menos importante é a subsunção dos factos à norma, concretamente, dos factos provados á norma. É imperioso que nesta fase se edifique bem, com toda a minúcia possível, o silogismo não apenas lógico, especialmente judiciário. Se enxerte a cada facto o direito e daí, se atribua a quem merece. O contrario é denegação da justiça.

2.2- VERDADE ABSOLUTA E RELATIVA

A verdade absoluta é a verdade incontestável, a verdade matemática como $2+3=5$. A relativa é a contestável. É esta verdade que se invoca na nossa

temática e não a verdade absoluta, enquanto dogmática. A verdade dogmática não requer prova, tem a ver com o mistério da fé.

Em processo civil não se procura por uma verdade matemática nem dogmática. Se procura pela verdade que se impõe aos factos, contrário, o juiz não teria a liberdade de julgamento, sendo ele humano que não sabe por si, como as coisas ocorreram, com o agravante cada um puxar a braza à sua sardinha.

A verdade relativa é o inverso da absoluta, é uma verdade não matemática nem dogmática, portanto, não se impõe. O juiz as absorve dos factos alegados pelas partes, dentro do princípio da liberdade do julgamento. Todavia, apesar de ser discitível, não concordamos com a posição de NIETCHE, ao asseverar que a verdade é o ponto de vista de cada um. Na verdade o exercício probatório, tendo por objecto os factos controvertidos, era ideal que a verdade fosse tida por absoluta, porque com ele se vai demonstrar a realidade dos factos. Os factos como e quando ocorreram. A verdade dita como os factos ocorreram é refutável? Concluindo que, apesar de se narrarem os factos como ocorreram, taxativamente, podemos asseverar que é refutável tendo em conta as circunstâncias, em que ocorreram os factos.

2.3-VERDADE PROCESSUAL E SUBSTANTIVA

Ao longo dos tempos o direito procurou distinguir a forma pela qual o processo civil e penal se comportavam face a verdade. Sustentava-se que o penal trabalhava com a verdade substancial enquanto que o processo civil se satisfazia com a verdade formal. ARRUDA ALVIM procurou distinguir nitidamente estes dois institutos. Para ele a verdade formal é aquela que reflectida no processo está juridicamente apta a sustentar a decisão judicial¹²⁹. Já a verdade substancial não equivale necessariamente ou não se identifica necessariamente com a essência do objecto do processo, além de que muitas vezes a verdade formal é uma ficção de verdade, CARNELUTTI chamava de mentira processual. Formalmente falando, o Juiz ouve os depoimentos das partes, mas muitas vezes se

¹²⁹ JOSÉ MANOEL ALVIM ARRUDA, Dogmática Jurídica e o Novo Código de Processo Civil, in revista de Processo, nº 1 São Paulo: Revista dos Tribunais, Jan/Marc, 1976, pág 99

tratarão de artifícios da parte, muitas vezes assistem-se na prova documental, documentos falsos e se não forem oportunamente detectados darão um rumo diferente ao curso do processo. Na verdade assim se entende, se analisarmos as razões das partes que os motivou a propor a acção. De princípio um deles não tem razão porque não está a dizer a verdade. Raras vezes ambas as partes têm razão, curiosamente, querem sair airoso do processo. Muitas vezes quem não tem razão, mas porque soube expor da melhor forma os factos, convence o Tribunal e saia vencedora, quando não devia. É por esta razão que normalmente se jura em dizer a verdade , sómente a verdade.

Obedecidas as regras do ónus da prova e decorrendo a fase da instrução, cabe ao juiz ter a construção histórica promovida no processo pelas partes, como completa, considerando o resultado obtido como verdade, mesmo que o Tribunal saiba que tal resultado está longe de reconstruir a verdade sobre o caso em discussão.

O que se quer no processo é a verdade material, só com ela se atinge a justiça esperada. A verdade material muitas vezes não se identifica com o objecto do processo. Tendo alguns a ousadia de definir o processo como um jogo, ganha quem pode. Nem sempre quem pode tem razão. Pela busca da verdade material o processo fica longe de satisfazer todas as pessoas que acorrem aos Tribunais para se satisfazerem de seus interesses. A coisa mais difícil no processo, muitas vezes é ser acreditado pelo Tribunal ao dizermos a verdade. Em direitos reais, quem registar primeiro o imóvel, é titular do direito. Esta afirmação nem sempre é justa , ipso facto verdadeira.

Por hoje a distinção entre a verdade material e formal tende a perder o seu efeito útil, não foi por acaso que CHIOVENDA criticou duramente a ideia da verdade formal, dizendo que a vontade da lei é aquilo que o juiz afirma ser a vontade da lei. Nem esta afirmação se pode chamar de verdade formal, nem sempre o que afirma a lei coincide com o direito, CARNELUTTI designava à verdade formal como sendo uma verdade metafórica¹³⁰ a verdade formal é no dizer dele uma não-verdade, ela supõe que exista uma verdade mais perfeita. A verdade formal acabou por se redundar em inconsistente, perdendo ao poucos o seu prestígio no seio do processo civil, falar de verdade formal hoje constitui um argumento retórico, os tribunais devem procurar pela verdade material, sem a qual as decisões judiciais serão injustas.

¹³⁰ FRANVESCO CARNELUTTI in La Prova Civile, pág 29/30

3-JUSTIÇA PROCESSUAL OU SUBSTANTIVA

A justiça processual, tem a ver com o cumprimento escrupuloso do formalismo processual. Trata-se de uma justiça que regra geral não satisfaz a ansiedade daqueles que acorrem nos mecanismos legais para resolução de uma contenda. É uma justiça utópica.

O Direito Processual Civil, sendo um instrumento pelo qual o Direito (substantivo) se realiza, dopta-se em buscar por uma justiça material, substrato da justiça, enquanto pressuposto dos interesses de todos quantos procurem por ela. Tal como a verdade processual é utopia, do mesmo modo a justiça processual. Muitas vezes a justiça processual redundando em injustiça material.

4- DIREITO PROBATÓRIO FORMAL E MATERIAL

O direito probatório é um conjunto de normas que regulam a prova dos factos que interessam à decisão da causa., encontrando-se tanto no CC, quanto no CPC.

Segundo JORGE AUGUSTO PAIS DO AMARAL¹³¹, O direito probatório formal (normas reguladoras de provas) diz respeito ao modo de produção das provas em juízo, determinando os actos a praticar para a sua utilização.

O direito probatório formal é um conjunto de normas adjectivas que regulam a actividade probatória, o modo como se apresentam, actuam e se desenvolvem nos diferentes meios de prova e sua tramitação. Constando do CPC o seu aspecto formal, dos artigos 513º e seguintes.

O direito probatório material, são as normas substantivas que regulam o ônus da prova, a Admissibilidade dos meios de prova e a sua força ou valor, constando dos arts 349º-392º e sgs do CC.

¹³¹ JORGE AUGUSTO PAIS DO AMARAL, Direito Processual Civil, 9ª Edição, ALMEDINA, pág 280.

5. NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO PROBATÓRIO

Uma grande vexata questio se levantava, com relação a natureza do direito probatório. Se trata-se de direito substantivo ou adjectivo.

Na verdade o Código Civil e o Código de Processo Civil regula a matéria da prova. Na mesma senda a atribuição do direito probatório ao direito adjectivo ou ao substantivo, grandemente depende dos ordenamentos jurídicos. É o caso do direito Francês e italiano, que atribuem ao direito substantivo, a competência regulativa da matéria ou direito probatório, como se pode depreender dos artigos 1315 e seguintes e 2697 e seguintes, respectivamente.

Os processualistas defendem que se trata de um direito adjectivo, porquanto tem por finalidade formar a convicção do Juiz, como se pode depreender do art. 655^a CPC, segundo o mesmo, o Tribunal colectivo aprecia livremente as provas, decidindo os Juizes segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto¹³².

Se nos apegarmos na máxima latina “judici fit probatio “. Ou seja, o juiz é o destinatário da prova. A ele incumbe a livre ordenação probatória, incluindo a determinação de prova se o facto depender desse tipo de prova para a sua verificação, podendo indeferí-la quando ela se revelar inútil ou meramente dilatória, em homenagem aos princípios da celeridade e da onerosidade processual. Até porque a doutrina dominante é deste diapasão, querendo chamar para si, os elementos e argumentos civilistas.

Os civilistas, o que era de esperar, defendem para si, que o direito probatório é de natureza substancial, por considerarem as provas um instrumento da certeza e da segurança dos direitos (substantivo). Com justa razão na medida em que é mediante a prova que um lesado consegue demonstrar o prejuizo que lhe foi feito, do mesmo modo é através da prova que uma pretensão pode ter provimento.

Tanto os processualistas quanto os civilistas, bem vistas as coisas têm razão. A discussão mantém-se aberta.

¹³² RUI MANUEL RANGEL, obra citada, pág 209

Bem vistas as coisas, o direito probatório está constituído por normas do direito substantivo e do direito adjectivo, VAZ SERRA fala nesta matéria de duas zonas completamente distintas e *complementares*¹³³.

Desta feita, há normas concernentes à prova no direito substantivo e outras no adjectivo. Entendo que indubitavelmente são de direito adjectivo as normas reguladoras do modo como as provas devem ser requeridas, produzidas e recolhidas; e são do mesmo modo do direito substantivo o ónus da prova, a admissibilidade dos meios da prova e a força probatória de cada um deles. Nesta vertente, e porque tanto os argumentos de um como de outro se complementam além de válidos, somos da ideia de que a natureza jurídica do direito probatório é eclética ou mista. É líquido dizer que a natureza é adjectiva, como o é do mesmo modo dizer que a natureza é substantiva, tendo em conta os argumentos que se apresentam. Por haver uma ideia de complementariedade das normas das diversas naturezas.

CAPITULO – II

PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES DO DIREITO PROBATÓRIO

1- O ONUS DA PROVA, 1.1- O ONUS DA PROVA ENQUANTO FUNDAMENTO DA ACÇÃO, 1.2- DIREITO DE ACÇÃO E O ÓNUS, 1-3- A PROIBIÇÃO DO NON LIQUET DO TRIBUNAL E O ONUS DA PROVA, 2- O PRINCÍPIO DO INQUISITÓRIO, 2.1- O PRINCÍPIO DO INQUISITÓRIO E OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ, 3- O PRINCÍPIO DA AUDIÊNCIA CONTRADITÓRIA, 4- O PRINCÍPIO DA (IN)ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

1. O ÓNUS DA PROVA.

O processo é um jogo, no dizer de CALAMANDREI é composto de partes, uma que alega o facto constitutivo do seu direito e a outra que alega o facto extintivo, impeditivo ou modificativo.

¹³³ O itálico é nosso.

Na verdade, quando o autor traz um facto e dele quer extrair consequências jurídicas é que, em regra, o réu nega em sentido geral as afirmações do autor, provocando a litigiosidade, gerando assim, a dúvida no espírito do julgador.

Surge desta forma, o ónus da prova, isto é, a necessidade de fundamentar, argumentar as alegações de facto pelas partes, sob a cominação de se não dar provimento à pretensão requerida. O provimento à pretensão das partes, tem por pressuposto a prova, com o ónus da mesma.

Desta sorte, a prova constitui o instrumento por meio do qual, se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência dos factos controvertidos no processo e o ónus, a ferramenta de lógica usada para definir quem é a pessoa responsável por sustentar uma proposição ou conceito. O ónus não é uma obrigação, até porque, obrigação é dever e o dever pressupõe respeito ao direito de outrem. No ónus, passa-se o contrário, pressupõe o direito de si próprio. Um dever sobre mim mesmo, só pode ser moral. O ónus, é um encargo atribuído à uma das partes, de demonstrar a existência ou inexistência dos factos controvertidos no processo, necessários para a formação da convicção do juiz.

Na lide, cada uma das partes deve, se quer sair airoso, procurar convencer o juiz da realidade dos factos por ela alegados que lhe sejam favoráveis. No dizer de ANTUNES VARELA, em obra citada, o autor procurará persuadir o tribunal da existência dos factos que servem de base legal à pretensão formulada contra o réu. Este esforçar-se-á em contrapor, demonstrando a inexistência ou a improcedência destes mesmos factos.

O ónus da prova consta do âmbito do direito probatório material, mediante a qual, se pode depreender que o processo visa alcançar a justiça material. O ónus da prova é expressão por excelência do princípio do dispositivo¹³⁴. Cabendo, em princípio, àquele que alega os factos.

O ónus da prova é utilizado em direito sobre a pessoa responsável por sustentar uma afirmação de facto constitutivo, institutivo e modificativo de direito, oferecer as provas necessárias para sustentá-las.

É o argumento das afirmações de facto. A afirmação sem argumentação não tem valor, é como que falar sem dizer, é um boato.

¹³⁴ Claro está, que esta expressão só é entendida na perspectiva privatista do processo. Na perspectiva publicista, deixou de revestir um sentido essencialmente subjectivo, passando a ter, pelo princípio do inquisitório, uma feição acentuadamente objectiva.

É o encargo atribuído pela lei a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência dos factos de seu próprio interesse para que as decisões sejam proferidas. O onus da prova incumbe ao autor, quanto ao seu direito e, ao réu, quanto à existência de facto impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Constava do CPC de 39 no seu art. 519 que “ incumbe ao autor fazer a prova dos factos positivos ou negativos, que servem de fundamento à acção; incumbe ao réu fazer a prova dos factos positivos ou negativos, que servem de fundamento à excepção.

Hoje por evolução do direito, a matéria do onus da prova, dentro da querela da natureza do direito probatório, que ainda se mantém acesa¹³⁵, vem regulada já não pelo direito adjectivo, como consagrara o CPC de 39, no artigo supra citado. Actualmente o onus vem previsto pelo artigo 342 CC, com uma redacção diferente, segundo o qual “ àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado “¹³⁶.

São factos constitutivos do direito invocado, por exemplo, os pressupostos da responsabilidade civil: o facto, a ilicitude do facto, a culpa¹³⁷, o dano e o nexo de causalidade; os requisitos de que depende a denúncia do contrato de arrendamento para efeito de o senhorio habitar o prédio; a falta de pagamento de uma dívida para a acção de cobrança de dívida; na acção de

¹³⁵ Na querela da natureza do direito probatório, a doutrina se encontra dividida, como já asseveramos em notas anteriores, a nossa posição era no sentido da neutralidade, misto ou *sui generis*. Prova disso é ainda a regulação do onus da prova. Esteve prevista no CPC de 39 e hoje está prevista pelo CC no seu art. 342º. Todavia, nem por isso o CPC deixou de fazer menção ao onus da prova, no que toca com o art. 516º do CPC anterior e o actual 414º como epígrafe PRINCÍPIO A OBSERVAR EM CASO DE DÚVIDA: a dúvida sobre a realidade dum facto e sobre a repartição do ónus da prova resolve-se contra a parte a quem o facto aproveita. Um articulado com este conteúdo e redacção não se encontra no CC, mas essencial para a compreensão e aplicação deste instituto na resolução de conflitos.

¹³⁶ Do mesmo modo o onus da prova não é exclusividade do Direito Civil. Serve-se essencialmente do onus da prova o direito penal. Neste entretanto, diferentemente no direito civil onde onus de provar é das partes, o onus em direito penal cabe ao tribunal.

Desde a Declaração de Direitos do Homem e Cidadão de 1789, cujo artigo nono, prescrevia, “ todo o homem se presume inocente até ser declarado culpado “, a presunção de inocência constitui um princípio com uma dupla face enquanto regra de tratamento e de juízo, apresentando-se nesta última vertente conformadora do direito probatório penal, ao definir o risco da falta de persuasão, sendo seu corolário o *in dubio pro reo*. A presunção de inocência vem consagrada na nossa constituição. Vizinha da presunção de inocência, e mais controversa, apresenta-se a regra jurídica do ónus da prova, apesar de convocar um património comum socialmente reconhecido em diferentes sistemas jurídicos, o de que é o acusador, o actor, que tem o dever de provar, enquanto o arguido, o réu, apenas tem a função negativa de se defender da acusação.

Em julgamento, o Ministério público, tem o dever ético-jurídico de sustentar a acusação, mas não estará sujeito a um ónus de persuasão ao sustentar a acusação prevalecendo um dever de colaborar com o Tribunal na descoberta da verdade e na realização do direito.

¹³⁷ Com relação a culpa, asseverava o Acórdão da Relação do Porto, de 11 de Outubro de 1974, sumariado no Boletim do Ministério da Justiça, nº 240, pág 268, como facto constitutivo.

divorcio litigioso constituem por exemplo onus da prova os factos que criaram a deterioração de forma completa e irremediável dos princípios pelos quais assentava o casamento, sob pena de não se dar provimento a pretensão do autor.

São factos impeditivos, na generalidade dos casos, o erro, o dolo, a coacção, a simulação, a incapacidade, a condição, o cumprimento total ou parcial da dívida; são factos modificativos, por exemplo, a moratória concedida ao devedor, a concentração do objecto da prestação; são factos extintivos do direito invocado, àquele contra o qual a invocação do direito é feita.

Actori incumbit onus probandi, actore non probante reus absolvitur

Aquele que invoca determinado direito tem de provar os factos que normalmente o integram; a parte contrária terá de provar, por seu turno os factos anormais que excluem, impedem a eficácia dos elementos constitutivos. O autor que interpuser uma acção sem prová-la, o juiz abster-se-á de citar a contra parte para contestar, absolvendo-o.

1.1- O ONUS DA PROVA ENQUANTO FUNDAMENTO DO DIREITO DE ACÇÃO

É litigante de má fé aquele que interpõe uma acção contra outrem sem fundamentar. O fundamento da acção é a prova, sem a qual a acção não encontra guarida nem provimento.

Sem pretendermos nos alongar com a temática do direito de acção, queremos asseverar apenas que o direito de acção, é o direito de agir contra qualquer lesão, é uma tutela jurisdicional de natureza subjectiva, pública, abstrata e genérica. É um direito humano de natureza Constitucional, vem previsto em todos os ordenamento ou Estados Democráticos e de Direito. No angolano consta do art. 29º da Constituição “ a todos é assegurado o acesso ao direito e aos Tribunais para a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos”.

Desde Aristóteles a Montesquieu se instituiu que o poder do Estado devia

se manifestar por intermédio das três funções: a executiva, a legislativa e a judicial, consagrando Montesquieu um equilíbrio entre os três poderes. Cada um destes representa uma esfera de acção delimitada constitucionalmente, cabendo ao poder judiciário, aplicar o direito aos casos concretos, aos casos que clamassem por justiça. A jurisdição, monopólio do Estado é o garante do direito de acção enquanto autónoma, independente e imparcial.

Alguém poderá não ter um direito material, cuja inexistência será determinado pelo Tribunal, mas nada impedirá que preenchidos os requisitos legais, o lesado intente a acção. Do mesmo modo é bem verdade que se não tiver motivos ou fundamentos para tal, será litigante de má fé¹³⁸.

O onus da prova é um princípio consequente do direito da acção. Tal como não basta que os Estados garantam aos cidadãos direito de acção, sendo imperioso que disponha de Instituições capazes, não só para responderem à demanda, como à altura; do mesmo modo não basta que as pessoas tenham direito a acção, é necessário para tal que fundamentem as mesmas pretensões. Se o direito de Acção é um Direito Fundamental¹³⁹, o onus da prova, constitui a outra face do direito de acção, o onus da prova é fundamental para que a acção proceda. A acção só é completa, se for fundamentada, se se fizer acompanhar pelo onus da prova. O onus da prova é a razão do direito de acção. É garantia da certeza e segurança jurídica da pessoa contra a qual se interponha a acção. Se tal não fosse o caso, as pessoas abusar-se-iam do Tribunal e das outras. O ónus da prova é condição da acção.

A ideia do ónus da prova vem desde sempre ligada ao direito de acção, enquanto pressuposto da acção, encontrando o seu manancial no direito subjectivo, em que sempre que alguém fosse violado no seu direito, reagia. A reacção é neste âmbito direito de acção, sobre a violação, justificação da reacção. Se a todo o direito corresponde uma acção, a toda acção corresponde uma razão.

¹³⁸ Podemos até entender que o onus da prova é o regulador do direito a acção. Se não por abuso de direito ou por litigância de má fé. Muita gente seria chamada em tribunal por alguém sem razão, depois de provado que não tem

¹³⁹ Mas mais onus que direito. Na medida em que o lesado é livre de interpor acção, desde que consciente da consequência de não o fazer-

1.2-DIREITO DE ACÇÃO E O ÓNUS

Trata-se de facto de institutos que se interligam, à semelhança da fé e a razão. A acção é uma conduta que tem por fim a salvaguarda dos direitos e interesses. De sorte que, se não se adoptar a conduta, ter-se-á o direito não salvaguardado. O mesmo ocorre com o ónus jurídico, a necessidade de observância de certo comportamento ou de manutenção de certa vantagem; é uma conduta que tem por fim salvaguardar direitos e interesses. O acto a que se refere o ónus não se impõe como dever e tem por fim o próprio onerado.

O Estado garante aos cidadãos o direito de acção, que podemos denominar de direito ao direito. O direito à acção é de facto uma conduta que o lesado adopta, se quiser. O lesado não tem o dever de interpôr uma acção, ele é livre de o fazer, por se tratar de um direito próprio.

Nesta perspectiva o direito de acção envolve um verdadeiro ónus jurídico, na medida em que constitui o impulso da acção e o direito de acção assiste ao lesado, seria desta feita, um paradoxo exercer um direito por obrigação.

O direito de acção e o ónus jurídico apesar de não se identificarem, porque não se podia alternativamente chamar ao direito de acção, ónus. embora haja quem diga, como CASTRO MENDES, que o direito de acção se identifica por si mesmo com o onus¹⁴⁰. Ambos são institutos diferentes, o direito de acção não é um ónus, apenas envolve ónus.

Uma coisa é o ónus jurídico outra é ónus da prova. São institutos diferentes, mas com a mesma consequência. Se o direito de acção envolve um verdadeiro ónus (jurídico), de sorte que, se o titular do direito lesado não interpô-la, a consequência recairá sómente na sua esfera, perdendo o direito, do mesmo modo envolve um verdadeiro ónus de prova, na medida em que não se pode evocar um direito sem fazer-se prova do mesmo. *Actore incumbit probatio.*

¹⁴⁰ CASTRO MENDES in Direito de Acção judicial, pág 47 e seguintes.

1.3-PROIBIÇÃO DO NON LIQUET DO TRIBUNAL E O ONUS JURIDICO DA PROVA.

Foram-se os tempos em que o juiz podia se abster de julgar por falta de lei ou obscuridade da mesma¹⁴¹ “ non liquet “

Non liquet, é uma expressão e máxima latina, trata-se da abreviatura da frase *iuravi mihi non liquare, atque iudicatus sum* , com o significado de “ *jurei que o caso não estava claro suficientemente e, em consequência, fiquei livre de julgar ou abstive-me de julgar* “

Assim, foi-se no tempo do direito Romano, em que ao se declarar o non liquet, o Juiz se abstinha do dever de julgar, porque os factos não eram claros. O que ocorre hoje é inversamente o mesmo, funcionando o princípio da proibição do non liquet, nos termos do art. 8º do CC os juizes devem julgar todos os conflitos que lhes forem submetidos, mesmo que não estiverem seguros, ou seja , por hoje vigora a proibição do non liquet, os juizes devem julgar os conflitos que lhes são submetidos, mesmo que não sejam claros. O juiz tem de decidir, segundo o seu prudente arbítrio, tal como lhe é exigido pela lei. É esta uma das características que distingue o Juiz do cientista, no dizer de KARL LARENZ¹⁴². O cientista é deontologicamente proibido de se pronunciar, se não tiver certeza, se o facto não for claro. Ao juiz, tal não é permitido, diante do facto controvertido, deve pronunciar-se, chegando a uma resolução do caso que lhe for submetido. Diante do facto, embora obnubilado, deve julgar de um ou de outro modo, evitando-se risco de insegurança e incerteza jurídica.¹⁴³

O acórdão do STJ de 18 de Dezembro de 1974¹⁴⁴ vinha asseverar que os juizes não podem deixar de aplicar a lei ainda que a mesma se lhe afigure imoral, injusta ou desactualizada; ou inadaptada às condições do momento ou ainda menos justa.¹⁴⁵

O juiz não deve ser como o que ocorre com a parábola do asno de burridano¹⁴⁶, que apesar de estar com sede e fome, morreu indeciso diante

¹⁴¹ E. VOLTERRA, *Instituzione di dirictto privato romano*, Roma, 1961, pág 235

¹⁴² KARL LARENZ, *Metodologia da ciência do Direito*, 6ª Edição, pág 413 e 414

¹⁴³ Procura-se evitar males maiores. Mais vale o Tribunal se pronunciar embora mal, a não se pronunciar. Tal situação não só traduziria denegação da justiça, como um pânico a certeza e segurança jurídica.

¹⁴⁴ Boletim do Ministério da Justiça, 242º-163

¹⁴⁵ BJM, 208º-199, BJM 242º-169

¹⁴⁶ O Asno de Buridano, trata-se de uma parábola que narra a cena de um dono de um asno. O o dono de um asno (burro) resolveu fazer uma experiência, de deixar o animal sem comer nem beber por dois

da água e da comida que lhe deram. O juiz que assim ousar em proceder, denegará a justiça, devendo ser responsabilizado criminal e civilmente (artigos 369º e 386º do Cod. Penal e 1083 – 1093 do CPC), faz parte da evolução do moderno sistema do direito não permite que o juiz se mantenha indeciso, de qualquer modo deve proferir sentença condenando ou absolvendo.

Porquanto, pelo ónus da prova, cada uma das partes procurará convencer o juiz da realidade dos factos que sejam favoráveis. Se depois de expostas as razões por cada uma das partes, o juiz se mantiver na dúvida sobre os mesmo factos, o juiz terá na mesma de decidir condenando ou absolvendo (do pedido ou da instância), não se abstendo de julgar.

O juiz proferirá, no dizer de ALBERTO DOS REIS um julgamento positivo: o Tribunal é incompetente, a parte é ilegítima, ou carece de personalidade. Ou seja, se o juiz continuar na dúvida sobre a ocorrência e veracidade dos factos, isto é, não sabendo se tais ocorreram ou não, o non liquet do julgador se converterá no espírito do art. 8º CC, num liquet contra a parte a quem incumbe o ónus da prova do facto. É nesta perspectiva que Rosemberg-Schwab designou a doutrina do ónus da prova, como a doutrina dos efeitos da falta de prova.

Por hoje, com a evolução do Direito, conseqüentemente da humanidade, é impensável que um juiz se abstenha de julgar diante da falta de lei¹⁴⁷ ou sua obscuridade. Pela segurança e paz jurídica, o juiz deve proferir a sua sentença, independentemente de tudo. Deve parecer omnisciente diante da obscuridade ou falta de lei e não como uma espécie de humildade intelectual. Todavia, esta falta de humildade intelectual a que o juiz deve aparentemente demonstrar, não deve transformá-lo num arrogante, a ponto de arbitrariamente decidir, aliás qualquer decisão que tome carecerá de fundamentação.

O non liquet mais do que uma simples expressão é um princípio basilar dos

dias, deixando-o parado no meio do estábulo. No terceiro dia, sabendo que o animal estava faminto e sedento, colocou uma pilha de feno num dos cantos do estábulo e no outro um balde de água. Como a comida e a água se encontravam em lugares equidistantes, em, relação ao ponto em que o animal se encontrava, o animal ficou mais parado ainda e indeciso, sem saber se primeiro devia matar a fome ou a sede. No dia seguinte, no mesmo lugar, paralizado e indeciso, com mais fome e sede, o pobre asno morreu.

¹⁴⁷ A lei por hoje não é a única fonte do direito. Para o ordenamento Jurídico angola, prevê-se no art. 7º da Constituição o Costume como fonte do direito

modernos sistemas de Direito e garantia dos cidadãos, enquanto tradução da certeza e segurança jurídicas, fins do Direito.

Princípio director do processo civil e do direito em geral, proíbe o juiz não julgar, por falta de lei, deficiência da lei ou sua obscuridade.

O princípio supra consta do art. 8º do CC, sob o título, obrigação de julgar e dever de obediência à lei, segundo o qual, o tribunal não pode abster-se de julgar invocando a falta ou obscuridade da lei ou alegando dúvida insanável acerca dos factos em litígio¹⁴⁸.

Encontra-se também plasmado nas Constituições e Estatutos das magistraturas (alguns ordenamentos a denominam de regulamentos outros de Estatutos) dos diversos ordenamentos jurídicos, na ideia de que os juízes devem obediência à lei e a sua consciência. O Estatuto dos Magistrados de Portugal, sob a lei 21/85 de 30 de Julho, no seu art. 3º com o Título função da magistratura judicial, no nº2º vem dizer que “ os magistrados judiciais não podem abster-se de julgar com fundamento na falta, obscuridade ou ambiguidade da lei, ou em dúvida insanável sobre o caso em litígio, desde que este deva ser juridicamente regulado.

No Ordenamento angolano, a proibição do non liquet vem incita na Constituição, nos termos do art. 179º “ no exercício das suas funções, os juizes devem obediência à constituição e à lei “ no Estatuto dos Magistrados Judiciais, lei 7/94 de 24 de Abril, art.3º e pelo supra referenciado CC, art.8º.

Todo o juiz que no exercício das suas funções faltar ao seu dever (a de julgar no caso concreto), tal actitude passará primeiramente por uma medida disciplinar. Quanto aos magistrados angolanos além de estarem proibidos de se abster de julgar por entenderem falta de lei ou se tratar de uma lei que entendem ultrapassada ou imoral, têm um outro instrumento para dirimir conflitos, que não só serve de alternativa no exercício das suas funções. Este instrumento é o costume, previsto pelo art. 7º da constituição, segundo o qual, é reconhecida a validade e a força jurídica do costume que não seja contrário à constituição nem atente contra a dignidade da pessoa humana. O que significa que mesmo que fosse possível o juiz se abster de julgar por falta de lei, à moda do juiz romano, esse tinha alternativa com base no art. 7º da Constituição.

¹⁴⁸ Na mesma senda prescrevia o art. 97º do CPC de 1876, segundo o qual o juiz não podia se abster de julgar, a pretexto de falta ou obscuridade da lei ou falta de provas

Trata-se de um princípio universal, encontrando-se previsto em todos os ordenamentos jurídicos, embora alguns o regulem no direito substantivo e outros no adjectivo. No ordenamento brasileiro, como era com o CPC português no de 1876, encontra-se no CPC art. 126º, advertindo que o juiz não se eximirá de sentenciar ao despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. O art.4º da lei de introdução ou preâmbulo do CC , dispõe o mesmo teor; do mesmo modo a Lei orgânica da Magistratura no seu inciso I que são deveres dos magistrados: cumprir e fazer cumprir com serenidade as disposições legais e os actos de officio.

Desde a antiguidade que se exige nos julgamentos o ónus da prova (embora a valoração das mesmas, regra geral, fosse arbitrária), aliás já na época da justiça privada, se o demandado fosse julgado, procurava provar a sua inocência, sob a cominação de ser condenado¹⁴⁹. Mas é na época do Direito Romano, desde o séc. VI a.C, que embora dispersamente se começava a falar tecnicamente do ónus da prova, nomeadamente nos textos de Digesto no Iuris Civilis, a forma como se repartia entre as partes, o ónus da prova. É de facto neste periodo que se podiam encontrar as bases para os futuros estudos do ónus da prova. Foi nesta época que se instituiu os princípios “ *necessitas probandi incumbit ei qui agit* “, princípio este completado pelo “ *reus excepiendo fit actos* “ na medida em que o ónus da prova nem sempre incumbia ao autor.

Quanto a repartição do ónus da prova entre as partes se completava com o princípio “ *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat e per rerum naturam negantis probatio nulla est* “. A regra era ao autor que incumbia o ónus de provar os factos por si alegados, só excepcionalmente o réu alegava¹⁵⁰. Como afirmava ALFREDO BUZAID¹⁵¹ foi neste contexto que surgiu a teoria da repartição do ónus da prova e o direito moderno se adoptou entre os factos alegados pelas partes os constitutivos, modificativos e extintivos.

Já no Direito germânico, cabia ao juiz indicar a pessoa a quem incumbia a prova. Na maior parte dos casos, era ao réu que recaia o ónus de provar, com a justificação de que o autor não pedia direito, sómente reclamava pelo (mau) comportamento do devedor. O ónus de provar cabia àquele

¹⁴⁹ Um exemplo típico se passava com os Co-jurados ou co-juradores. Ao acusado era às vezes permitido provar a sua inocência por intermédio dos amigos e familiares que juravam com ele a sua inocência.

¹⁵⁰ Nesta senda, os imperadores Diocleciano e Maximiano afirmavam que do réu não se deve exigir provas em juízo

¹⁵¹ ALFREDO BUZAID , Revista da Faculdade de Direito, 1962, vol. LVII, págs 117 e sgs

que não tinha razão.

Por influencia da Escola de Bolonha, cada parte deduzia as suas positiones e tinha a incumbência de provar as suas afirmações através dos meios de prova. No dizer de RUI RANGEL, em obra citada, a actividade judicial passa a ficar limitada pelo princípio “ *iudex debet iudicare secundum allegata probata* “. A prova incumbia às positiones contestadas.

Ónus subjectivo e objectivo?

O ónus da prova cabe às partes.

Não é prático nem curial fazer-se uma distinção entre ónus subjectivo e objectivo, como se se tratasse de actividades diferentes e estanques. Embora ALFREDO BUZAID dissesse que a distinção do ónus subjectivo e objectivo deve-se ao mérito dos processualistas austríacos, a que outros como ROSEMBERG denominam de ónus da prova formal e material. Rosemberg parte da concepção de que o ónus da prova tem como questão a aplicação do Direito, segundo o qual, cada litigante sofre o ónus da prova acerca da existência de todos os pressupostos das normas.

O que não podemos concordar, na medida em que o ónus da prova têm por função clarificar e convencer o Tribunal dos factos por si ou contra si alegados. O problema do ónus da prova é o da demonstração dos factos, e não do direito, quando este último cabe ao Tribunal. O ónus da prova cabe às partes.

Desta feita, o ónus subjectivo consiste na oneração da parte com a prova de um facto. Tem a ver com a pessoa que alega os factos e com a pessoa contra a qual se alega. Porque se encontra intrinsecamente ligado às partes. Porém, esta ideia de ónus subjectivo é mais notória nos sistemas processuais predominantemente marcados pelo princípio do dispositivo, o ónus mais do que subjectivo, é marcadamente objectivo, por influência do princípio supra citado. O ónus subjectivo impende sobre a pessoa que deve ter a conduta de provar os factos alegados, sob a cominação de não se dar por provado o facto alegado ou de se condenar a pessoa contra a qual se alegou.

Se entendermos o processo como uma comunidade de trabalho (e não como um jogo), não tem sentido a distinção do ónus da prova em subjectivo e objectivo, nos sistemas temperados pelos princípios do inquisitório e o da aquisição processual.

Mais do que distinguir o ónus em subjectivo e objectivo, o aspecto subjectivo e objectivo tem a ver com os lados do ónus, na medida em que não basta apenas o encargo lançado sobre a parte de só alegar o facto, mas de carrear para o processo todos os elementos capazes de convencer o tribunal da realidade dos factos, sob pena de se ter o facto oposto por assente. O carácter objectivo do ónus da prova tem a ver com a carga que a prova apresentada pela parte tem de convencer ou não o tribunal. É no pendor objectivo da prova onde subjaz a proibição do non liquet, mediante este pendor a parte pode usar a contraprova para convencer o Tribunal e a lei concede ao juiz o poder de realizar por si, ou ordenar officiosamente diligências que considerar necessárias para o apuramento da verdade, art. 264º-3.

Concluído, podemos dizer que não se pode falar em distinção entre ónus da prova objectivo e subjectivo, mas de aspectos diferentes do ónus da prova. Procura-se pela verdade material. A verdade é uma realidade objectiva, o ónus da prova começa partidário e termina apartidário . enquanto partidário tem o carácter subjectivo, é um verdadeiro *beweisfusrungslast*, no dizer dos alemães.

Repartição do onus juridico

Definido que foi o onus da prova, eis o momento da sua repartição. Constante do art. 342º CC, no ónus da prova, permanece a batuta das partes, impondo a obrigação da prova dos factos constitutivos do direito, ao *autor* , os impeditivos, modificativos e extintivos, ao *réu* ou á parte contra quem é invocado.

Ver art. 515 do CPC?

Os impeditivos obstam a que o direito invocado pelo autor sejam validamente constituídos, invocando por exemplo a incapacidade, a simulação, o dolo, o erro, ou qualquer outro vício; os modificativos são os que alteram a pretensão ou o direito constitutivo invocado, como por exemplo o pagamento parcial da dívida; os instintivos são os que produzem a cessação do direito invocado, como o pagamento total da dívida, a prescrição.

O ónus da prova é semelhante a uma faca de dois gumes. Num gume compõe-se pelos factos constitutivos do direito invocado pelo autor, ou seja o autor terá de provar os factos por ele alegados, terá de provar numa acção

de cobrança de dívida por exemplo ter dado a X uma quantia de 1.000.000.00.

Dentro desta dicotomia, a decisão desfavorecerá quem não convencer (provar) os factos em que assenta a posição por si sustentada.

Sobre o mesmo direito invocado pelo autor, à parte contrária impedirá ao invocar factos impeditivos, alegando que se tratou não de um empréstimo, mas de uma oferta, modificativos, alegando ter pago parcialmente a dívida, ou extintivo, alegando caducidade

Nesta perspectiva, salientaram alguns autores como ROSEMBERG que a doutrina do ónus da prova é também a doutrina dos efeitos da falta de prova. O efeito da falta de prova equivale-se a confissão. O que se depreender do art. 342 do CC, cada uma das partes tem de provar os factos positivos ou negativos correspondentes à previsão da norma que aproveita à sua pretensão ou a excepção que alega.

Na verdade o que está na alma da repartição do ónus da prova é a solução, na gíria angolana, trata-se de uma batata quente, que não cabe na minha boca, mas que deve ficar na boca de alguém. Cada parte tem o encargo de provar os factos que lhe dizem directamente respeito ou que correm no seu específico âmbito de actuação.

A repartição do ónus da prova no dizer de VIEIRA DE ANDRADE constitui um problema normativo, a decidir em última análise pelo Juiz a partir da aplicação das regras processuais básicas, de maneira que pode até representar, a final, um aspecto diferenciado e motivável no processo de formação da convicção íntima do juiz.

Que implicações tem a repartição do ónus da prova com o poder inquisitório do Juiz? Ou seja uma vez que ao juiz é proibido o non liquet, que comportamento deverá ter o juiz, se ainda se mantiver na dúvida?

De acordo com a doutrina clássica do Processo civil, e tendo em conta a adoração que se tinha do princípio dispositivo, a produção das provas cabia apenas à parte. Com o evoluir do direito, mais tarde, se se tratasse de direitos indisponíveis, os poderes do juiz eram ampliados. Do mesmo modo, a repartição do ónus da prova implicavam limite na actuação do juiz. Mais tarde, por imposição da proibição do non liquet, isto é, quando depois de apresentadas as provas se se mantinha ainda na dúvida, o juiz ia ao encontro das provas, saído muitas vezes da esfera das partes. Aliás,

assiste-se nos últimos modelos processuais civis, um incremento dos poderes instrutórios do juiz para o alcance não só de uma justiça processual, mas acima de tudo, material. Um processo verdadeiramente democrático, fundado na isonomia substancial, exige uma postura activa do magistrado¹⁵² Com o poderes inquisitoriais do juiz, as partes vêm-se ajudadas pelo juiz na descoberta da verdade.

Para assegurar a função jurisdicional e conseqüentemente a tutela das partes, a regra da repartição da prova não deve limitar a actividade instrutória do juiz, para que o processo, no seu final seja justo¹⁵³.

Inversão do ónus da prova.

A regra do ónus da prova, consiste no facto de que, quem alega factos deve prová-los. A inversão do ónus é o inverso. Isto é, quando tradicionalmente não recai sobre a parte tradicionalmente onerada com a prova do facto o ónus de demonstrar

Consta do art. 344º CC, segundo o mesmo, as regras invertem-se quando haja presunção legal, dispensa ou liberação do ónus da prova ou convenção válida, e sempre que a lei o determine; há também inversão do ónus da prova quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado.

Apesar de quem alega os factos constitutivos ser o autor, como dispõe o nº1 do art. 342º CC, incumbirá ao demandado provar o contrário do facto constitutivo.

Assim nos termos do arts. 343º , 344º e 345º do CC encontramos os momentos em que o ónus se inverte:

Nas acções de simples apreciação negativa.

Nas presunções legais .

Nas convenções sobre as provas.

¹⁵² ARENHAT MARINOTI, 2000, pág 192

¹⁵³ JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE. Poderes Instrutórios do Juiz. 3ª edição. São Paulo: revista dos Tribunais, 2001

Quanto as acções de simples apelação, uma vez que têm por função a declaração de existência ou não de um direito ou facto, não envolvem o reconhecimento de um direito a constituir, nem condenam a contraparte a reconhecê-lo. Neste tipo de acção, dependemos do pedido formulado. E como dispõe o art. 343º do CC, compete ao réu a prova dos factos constitutivos do direito que se arroga. Tem sentido que assim seja, na medida em que, não só tem sentido, como constitui princípio que a parte contra quem é invocado a existência de um direito, estará em melhores condições de provar a existência do direito.

Neste entretanto, a inversão do ónus da prova em benefício do autor ou titular do direito, tem a sua razão de ser, ainda que impugnável, da sua existência e da sua titularidade.

Quanto às presunções legais.

Presunções são ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido, art 349º-351ºCC. Sempre que o autor se beneficie de presunções legais, compete à parte contrária a prova dos factos que possam elidir essa presunção.

As presunções podem ser legais (*presumptiones juris*) e judiciais (*presumptiones facti* ou *hominis*). Quanto a sua eficácia podem ser *juris et de jure* e *tantum juris*.

As *juris et de jure* não admitem prova em contrário, ou seja, o facto desconhecido que como ilação se deduz do facto conhecido tem de ser aceite como certo. As presunções *juris tantum* podem ser ilididas por provas em contrário. as segundas constituem a regra, na medida em que podem ser ilididas por contraprova, se a lei nada o disser.

As presunções, *juris tantum*, evocam sempre máximas da experiência, na medida em que nos transportam do facto conhecido, vivido, para um desconhecido, porque a lei faz ver no facto conhecido, o desconhecido, porque se entende que o facto desconhecido, se acompanha normalmente, com base na experiência, o facto conhecido. Tem sentido por esta razão que a regra seja a *tantum juris*, porquanto os factos conhecidos são tidos como arquétipos, modelos, mas que não se encaixam necessariamente ou no seu todo no facto desconhecido. Por este motivo, ao se usar a presunção, tem sentido que o autor dele se sirva, e a pessoa contra a qual vai ser aplicada, terá então o encargo de provar, sob a cominação de arcar com as

consequências de não provar.

As presunções, embora de um modo discutido, fazem parte dos meios de prova, é lógico que a ser usada, a parte contra a qual for usada, prove, ou contraprove-os. No dizer de ALBERTO DOS REIS¹⁵⁴ é que a liberação do ónus da prova não exige do interessado qualquer espécie de prova, a lei admite desde logo como exacto o facto respectivo e impõe a contraparte o ónus da prova do contrário, assim nos termos do art. 1260º do CC, a posse presume-se de boa fé, enquanto se não provar o contrário, cabendo à parte contrária provar o contrário.

As presunções *juris et de juris* não se confundem com as ficções legais. Embora ambas não admitam prova em contrário, a ficção não pretende considerar verdadeiro um facto qualquer, mas dar por verdadeiro um facto necessariamente falso. A ficção não supõe, mas sim cria uma nova realidade. É o que ocorre com a falta de contestação, depois de devidamente citado, dão-se por confessados os factos.

Vem dizer o art. 350º do CC que quem tem a seu favor a presunção legal escusa-se de provar a que ela conduz. É por exemplo o que ocorre, com o disposto do art. 370º do CC, num incidente de falcidade contra o reu, em que o autor, tendo o seu título de propriedade, com base no artigo supra citado, demanda o reu que se arroga possuir título de propriedade sobre o mesmo direito.

Quanto às convenções.

Outra causa de inversão da prova é, como prevê o art. 344ºCC as convenções.

Convenções probatórias são acordos relacionados a prova, pelas quais as partes regulam o modo de produção da prova, não só no tocante ao ónus da prova como sobre quaisquer outros meios de prova. As partes nestes termos acordam, dentro da manifestação de vontade, em usar por exemplo um meio de prova, proibindo os outros.

Os contratos probatórios tem por consequência a inversão do ónus da prova, porque farão recair o risco da sua não produção sobre a parte que legalmente não se encontra onerada.

Porém a consistência ou não dos contratos probatórios é badalada,

¹⁵⁴ ALBERTO DOS REIS, obra citada, pág 249

porquanto, embora o processo se reja essencialmente pelo princípio dispositivo, porque as partes dispõem do processo, não deixa de ter natureza pública. Nesta senda os pactos probatórios põem em dúvida e em risco a consistência do processo na sua fase crucial, que é a instrutória, sobretudo se lhe quisermos chamar o princípio do inquisitório. Como fica aquele princípio, essencial da fase instrutória, se antes as partes, convencionaram em afastar determinados meios de prova, quando um desses é essencial para o deslinde da lide? Por exemplo, as partes mediante o pacto, entenderam afastar a prova testemunhal e o Tribunal achar, na fase instrutória, importante convocar determinadas pessoas para testemunhar um facto alegado na contenda.

É neste entretanto que a doutrina se divide quanto a sua admissibilidade ou não.

Os doutrinadores como CHIOVENDA, não admitem as convenções probatórias, consideradas nulas tais convenções. Para a doutrina que nega a sua admissibilidade, assevera que as regras do ónus da prova constituem *ius cogens*, pelo que são inderrogáveis, pela vontade das partes. Estas podem livremente dispor dos factos acordados no que toca ao reconhecimento de determinada matéria. Todavia, não podem acordar a alteração do ónus da prova que sendo regra de carácter técnico escapam fatalmente à disponibilidade das partes¹⁵⁵.

Outros há, que defendem a consistência dos pactos probatórios ainda com base na disponibilidade do processo pelas partes. Tinha sentido uma vez que o processo se rege pelo princípio do dispositivo, que as partes, dentro da sua liberdade pactuassem determinados meios de prova. Mas hoje, o processo apesar de se reger pelo princípio dispositivo, é dirigido pelo juiz, aquele que tem o poder de realizar ou ordenar, mesmo que oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade, como: inquirir por sua iniciativa ou das partes, requisitar informações, pareceres técnicos, plantas, fotografias, necessários para o esclarecimento da verdade, art. 535º CPC.

os que a admitem, como Rosenberg e Goldschmit, consideram válida a convenção relativa ao ónus da prova, respeitando-se a estipulação que exija certos meios de prova¹⁵⁶, admitindo alguns com ou sem limites, como dizia

¹⁵⁵ RUI RANGEL, obra citada, pág 189

¹⁵⁶ MANUEL DE ANDRADE, Noções, pág 76 e 77

ALBERTO DOS REIS citando Manuel Rodrigues, que entendia que, relativamente a direitos disponíveis, eram de admití-los, mas não como modificações propriamente da prova, mas como modificações do conteúdo do direito substancial.

A querela dos contratos probatórios, relativamente ao ónus da prova, passa por fim pelo entendimento que se pode ter com relação a sua natureza jurídica. O ónus da prova vem regulado no direito adjectivo, nesta óptica, não se pretendeu insinuar apenas que tivesse uma natureza substantiva¹⁵⁷, mas é a partir dele que se satisfará o litígio de um direito, de facto, como problematizámos no capítulo anterior sobre a natureza do direito probatório, e termos defendido que tinha uma natureza mista, do mesmo modo reiteramos a mesma posição, com relação ao ónus da prova, como também defendeu CARNELLUTI na Prueba Civil¹⁵⁸, com maior realce para substantiva, por fixar a situação jurídica das partes ao longo do processo. A situação jurídica das partes no processo, tem a ver com a determinação e definição do direito da parte. De quem é o direito. É mediante o ónus da prova, que cada uma das partes convencerá ao tribunal, de ser ou não o direito, mediante prova, nesta perspectiva denotamos o pendor substantivo do ónus da prova.

ALBERTO DOS REIS defendeu nesta senda que existe uma zona cinzenta, passível de dúvidas no que toca ao direito probatório se são de natureza processual ou adjectiva.

Reiteramos que existe no ónus da prova factos e situação de direito material, como as que o autor e réu devem provar, mas também existem factos que cabem ao direito adjectivo, como o facto da a prova formar a convicção do juiz

Existe uma posição substantiva, quanto a natureza do ónus da prova, defendendo que as regras do ónus da prova são de carácter público, logo têm uma natureza substantiva. Defendeu o Acórdão do STJ de 04 de Fevereiro de 1958, tendo decidido que as disposições do art 519º do CPC de 39, com o título, “ repartição do ónus da prova “ era de natureza substantiva, muito embora, grandemente contestada por MANUEL DE ANDRADE e

¹⁵⁷ Nesta vertente CUNHA GONÇALVES assevera que o facto de as regras do ónus da prova não serem de ordem Pública, não legitima inferir-se o seu carácter substantivo.

¹⁵⁸ Existen instituciones como la carga de la prueba o como la de la forma documental del negocio, cuya teoría muestra todavía una amalgama tan compacta de elementos materiales y processales, que hay que reconocer esta zona cinzenta constituída pela materia das provas

Outra é a posição processualista, tendo como artífices CHIOVENDA, BENTHAM, segundo os quais, o direito probatório é de natureza processual, se entendermos que pelas provas, o juiz forma a sua convicção, cabendo desta feita, o processo civil regulá-lo.

Por aqui chegados, podemos concluir que as consequências do contratos probatórios se repercutem na repartição do ónus da prova.

1 - O PRINCIPIO DO INQUISITÓRIO¹⁶⁰

Etmologicamente o princípio do inquisitório , vem do verbo *inquirir*, do

¹⁵⁹ BJM 74^o 1958, págs 414 e Cunha gonçalves, Tratado de direito Civil, vol. 13, pág 553

¹⁶⁰ O princípio do inquisitório faz parte de um dos modelos típicos de processo, ao lado do dispositivo que também perfaz um modelo. Falar do dispositivo é falar de dois modelos de processo civil. A doutrina costuma identificar dois modelos processuais por esta razão, não obstante haver querela em torno das suas características. O modelo dispositivo assume a forma de disputa das partes, traduzidas em adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é a de decidir: já o modelo inquisitório, organiza-se como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional, o grande protagonista do processo. Os princípios dispositivo e inquisitório são princípios de modelos diferentes de processo, como orientadores dos mesmos. Quando o legislador atribui às partes as principais tarefas relacionadas à condução e instrução do processo, diz-se que se está a traduzir o princípio dispositivo; tanto mais poderes forem atribuídos ao Juiz, estaremos a traduzir o princípio do inquisitório. A dicotomia princípio inquisitivo-princípio dispositivo está intimamente relacionada à atribuição de poderes ao juiz. Ambos os princípios se manifestam em quase todas as fases do processo: na instauração do processo, Produção das provas, delimitação do objecto do processo, Análise de questões de facto e de direito. No nosso ordenamento a interposição da acção cabe às partes e a instrução é guiada pelo tribunal.

Difícil é de facto estabelecer a diferença entre ambos os sistemas. Não sistema totalmente dispositivo e totalmente inquisitório e não existe um ordenamento assim distinto. Modernamente fala-se de uma cooperação de princípios, havendo aqueles que são predominantemente dispositivos e os que são predominantemente inquisitoriais. Por exemplo o CPC português anterior ao de 1939 era predominantemente dispositivo, hoje apesar de um certo paralelismo entre os dois princípios já existe a tendência da predominância do inquisitório.

A ideia de não haver sistemas totalmente inquisitório e dispositivo, faz negar a existências de dois modelos processuais, a não ser por razões académicas. Como dizia ovidio Araújo Baptista, a não ser no ordenamento prussiano do sec XVIII, em que vigorava o princípio inquisitório em razão da crença de Frederico, o grande, de que a ineficiência da justiça se encontrava na conduta dos advogados, o que fez incorrer no totalitarismo do inquisitório, a ponto de as alegações das partes serem formuladas por um juiz delegado.

Tirando este raro exemplo, o que existe é um paralelismo dos dois princípios, havendo uma congruência dos mesmos, alguns ordenamentos com predomínio num princípio e outros noutro. Assim quando, quando o juiz deve julgar somente conforme os factos alegados pelas partes, proibindo-se -lhe buscar factos não alegados pelas partes e não decidir em objecto diverso e em quantidade superior da que foi pedida, como ocorre com o art. 661 do CPC, estamos diante do princípio dispositivo. Já quanto ao princípio inquisitório traduzir-se-à na ideia de o Juiz proceder de ofício e colher livremente a prova.

latim *inquirire*, que significa procurar obter determinada informação, pondo questões, fazendo perguntas. Cujo substantivo é inquisição, do latim *inquisitio* significando: procura de informação, interrogatório, investigação.

A aplicação do princípio do inquisitório tem a sua origem no período negro da história da Humanidade, a que se denomina de sistema inquisitório clássico, e teve como características marcantes o sigilo processual, a falta de contraditório (dispositivo) , de ampla defesa e a presunção de inocência.

Teve a sua origem na Idade Média, impulsionado pela expansão da Igreja Católica, cujo auge foi o Tribunal da Santa Inquisição, responsável pela investigação das heresias. O acusado era tido como coisa¹⁶¹ ou objecto de investigação, detentor da verdade a ser obtida, muitas vezes usando métodos desumanos como tortura para a aquisição de verdade, à custo de lágrimas e sangue; havia outros métodos como os tanques de privação sensorial¹⁶². A função de acusar e julgar estavam nas mãos da, mesma pessoa.

O princípio do inquisitório marca um modelo ou sistema processual, seja civil ou penal sendo: processo Inquisitório e Dispositivo ou Inquisitório e Acusatório.

Todavia, por hoje, não existem processos totalmente inquisitórios ou acusativo, existem sim processos cuja prevalência é inquisitorial ou acusatorial.

O inquisitório é o sistema processual em que o juiz procede de ofício na procura, investigação e a avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução inscrita e secreta no qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos de defesa.

O princípio inquisitório faz parte dos princípios estruturantes do processo civil a par do que CASTRO MENDES e MANUEL DE ANDRADE

¹⁶¹ É dali que provém a figura de RÉU

¹⁶² Os tanques de privação sensorial, era uma espécie de caixa, na forma de caixão ou urna, conhecidos por perfluorocarbonos oxigenados, cuja tecnologia a conhecia por Ventilação líquida total. O indivíduo é posto naquele envólucro, ganhando um sensação de morrer afogado. É também um método de forçar alguém a dizer a verdade. Trata-se de uma técnica que existe nos Estados unidos da América desde 1966. Cfr DAN BROWN, O Símbolo Perdido, capítulos 111 e 112.

vinham apontando¹⁶³. A intensificação do mesmo é um dado evolutivo do Direito.

O princípio do Dispositivo é fruto da natureza dos interesses das partes e da Justiça em geral, isto é, da natureza pública do processo civil¹⁶⁴, os interesses públicos inerentes à administração da Justiça e ao funcionamento das Instituições judiciais, o interesse de proteção das partes mais fracas expostas a eventuais e notórias desigualdades de recursos, o interesse da prevalência da justiça substantiva sobre a adjectiva, o que muitas vezes não se alcançava.

Esta situação e outras razões incentivaram a intensificação do princípio Inquisitório, mitigando assim o princípio Dispositivo em muitos Ordenamentos. Expressão deste desideratum vem plasmada no Ordenamento português nos art. 265º, 535º, 552º, 579º, 612º, 645º e outros do CPC, incumbindo ao juiz realizar ou ordenar, mesmo que officiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer.

O mesmo princípio vem ainda reiterado pelo art. 6º do actual CPC português, com a epígrafe, “dever de gestão processual” e 411º embora em termos de conteúdo, já coubesse no art. 265º.

Trata-se de um princípio cuja intensificação não só é moderna, como recente, datando nos limiares do período pós primeira Guerra Mundial. Trata-se de um princípio cuja aplicação inovou o Direito Processual Civil, maioritariamente artífice, da passagem da concepção privatista para publicista do processo, embora confundido por muitos de autoritário.

A pesar de antigo, a sua intensificação tomou o seu lugar no ordenamento português com a reforma de 39¹⁶⁵, marcando desta

¹⁶³ Direito Processual Civil, Vol I, ed. Págs 181-228 e Noções elementares de Processo Civil, Coimbra Editora, 1979, págs 373-393

¹⁶⁴ Nos termos do artigo 1º do CPC proíbe-se a justiça privada. O Estado chama para si a justiça, criando o mecanismo pelos quais as partes interpõe as suas insatisfações. Esse mecanismo é o processo, regendo-se pelos princípios que lhe são inerentes.

¹⁶⁵ O CPC de 1939 é um dos marcos históricos do Processo Civil Português, tendo trazido grandes inovações como no dizer de José Lebre de Freitas: a) introdução do princípio da oralidade- que veio revolucionar o processo fundamentalmente escrito do direito anterior, substituindo ao contacto do Juiz com o depoimento escrito, o contacto entre ele e o proprio depoente em audiência. B) introdução do princípio da actividade do juiz, chamado a assumir a direcção do processo, quando nteriormente era perante ele meramente passivo, o que representou a atenuação dum princípio dispositivo hipertrofiado

maneira, uma viragem no proprio processo civil, cujo auge se deu com a reforma de 95/96, a ponto de ser confundido o sistema processual como inquisitório.

O que existe mesmo é uma certa tendência de predominio do inquisitório, sobre o dispositivo.

A introdução deste principio marcou uma viragem do sistema processual, por hipertrofiar o principio dispositivo, transformando o juiz de mero árbitro, passivo e passando a exercer um papel activo. Transformou o papel do Juiz para mais interventor, superando-se assim o défice da actividade processual das partes. Foi por estes motivos que já no Século XIX, CHIOVENDA dizia que o Juíz não podia conservar aquela actividade passiva, a de árbitro.

Se mediante a aplicação religiosa do principio dispositivo o Juiz era mero árbitro, com relação às partes que constituíam como que duas equipas adversárias, com este principio, o Juiz muda de posição, de mero árbitro se converte em Coach, no dizer de outros, em arquitecto do processo .

O principio do inquisitório é desta feita, consequência do reforço dos poderes do juiz, não devendo ser entendido como expressão de um certo autoritarismo do juiz, mas como fruto da evolução do proprio processo, ipso facto, do Direito.

Assim seja de facto, porquanto, no sistema anterior, o privatista, o juiz era mero árbitro, passivo, muitas vezes dependendo das artimanhas das partes, maioritariamente litigantes de má fé, além do excessivo formalismo, que muitas vezes se sobrepunha à substância. O modelo anterior idolatrava a justiça formal, muitas vezes os direitos das partes, eram arredados para o último plano, porque ao Juiz lhe era vedado o poder de descobrir a verdade por outros meios, isto é, pelos não arrolados pelas partes. Hoje, o Juiz tem o dever de realizar e ordenar, mesmo que officiosamente, todas as diligências necessárias para o apuramento da verdade, que muitas vezes se encontra dolosamente ofuscada pelas partes, como se pode deprender do CPC de 95/96, art. 265º-3 e no actual, art. 6º.

em prol do principio inquisitório. C) a tendencia para a libertação do processo da excessiva rigidez e formalismo que, no CPC de 1876 impunha o seu desenvolvimento segundo um esquema único de actos processuais amiúde carregados de formalidades complexas e inúteis.

Por esta razão aquela reforma alargou os poderes instrutórios do juiz e consagrou outros poderes cognitivos do mesmo, dando-se a possibilidade do juiz conhecer factos instrumentais e outros factos essenciais não alegados pelas partes que resultem da instrução e discussão da causa. Claro desde que os mesmos fossem relevantes e necessários para o deslinde da lide e ao mesmo tempo, não só, como por respeito ao contraditório, a parte interessada manifestasse a vontade de deles se aproveitar. Aliás correr-se-ia o risco de o juiz tomar decisões surpresas.

Assim incumbe ao Tribunal, nos termos daquele diploma, art. 535-1, (actual 436°) por sua iniciativa ou a requerimento de qualquer das partes, requisitar informações, pareceres técnicos, plantas, fotografias, desenhos, objectos ou documentos necessários ao esclarecimento da verdade. Ainda nos termos do art. 552°-1 o juiz pode, em qualquer estado do processo, determinar a comparência pessoal das partes para a prestação de depoimentos sobre os factos que interessam à decisão da causa; quando no decurso da acção, haja razões para presumir que determinada pessoa, não oferecida como testemunha, tem conhecimento de factos importantes para a boa decisão da causa, deve o Juiz ordenar que seja notificada para depor.

Com o princípio do inquisitório, faz-se um equilíbrio entre as partes e os diferentes e diversos valores processuais, atenuando-se o papel antigo do juiz, (árbitro), transformando-o num arquitecto do processo, sempre a procura da verdade, pressuposto da justiça material.

Por fim, o princípio do inquisitório só vale apenas se diminuir a rigidez do dispositivo, facilitar a descoberta da verdade material e aproximar a decisão do tribunal à realidade objectiva.

Todavia, este princípio corre o risco de poder chocar com a ideia da imparcialidade do Juiz¹⁶⁶. Tem-se dito que quem está à bancada vê melhor o jogo e quem está em jogo é cego.

O juiz ao abrir as vistas de um dos cegos em campo, não estará a favorecer aquele cego? E a ser assim continuará imparcial? Não será o

¹⁶⁶ O princípio da imparcialidade do Juiz no processo sempre foi um assunto que faz suspeitar. Como é que um ser humano pode ser imparcial, existe sempre a tendência de ficar a favor de uma das partes. Todavia, o princípio da imparcialidade constitui o âmago de qualquer processo justo, e consiste em o juiz se posicionar de uma maneira indiferente e equidistante do interesse das partes ou em relação ao que se está em pleito. A imparcialidade é uma das características do moderno processo

juiz árbitro do jogo e jogador de uma das partes ao mesmo tempo? Ou seja, se o juiz pode por sua iniciativa determinar a produção da prova, e com isso trazer ao processo um resultado probatório que favorece uma das partes, não estará com isso a ser parcial, violando desta maneira, um dos seus mandamentos, o de *equidistância* em relação às partes? No dizer de CARLOS MANUEL DA SILVA¹⁶⁷, a resposta é positiva. Segundo o qual, várias disposições do projecto e que foram implementadas, lhe parecem dar ao juiz um poder de intervenção injustificado, o que designadamente pode pôr em crise a sua imparcialidade, ao menos no conceito das partes.

A nossa reticência começa com a ideia da promoção de diligências probatórias como um poder-dever do juiz. É poder-dever, é faculdade ou dever? Ou poder discricionário do juiz? Como questiona Nuno de Lemos, o uso do poder a que se refere o n.º3º do art. 265º (actual art. 6º) deve ser visto como uma mera faculdade do juiz ou poder discricionário? ou desenhá-lo-á a lei como um poder dever?

2.1- O PRINCÍPIO DO INQUISITÓRIO E OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Começamos este iten com o n.º3º do art. 265º, mormente na expressão *incumbir ou no actual CPC, cumpre*“ incumbe ou cumpre ao Juiz realizar ou ordenar, mesmo que officiosamente, diligências necessárias à descoberta da verdade “

O INCUMBIR e CUMPRIR é uma faculdade ou dever? Em termos de sinónimo e etmológia, vem do latim “ *incumbere* “, que significa: *encarregar do desempenho de alguma coisa; tomar a responsabilidade de uma missão, tarefa*. A dúvida fica dissipada com o novo CPC, ao dizer: “ cumpre ao Juiz dirigir activamente o processo.....”

No dizer de MICHELE TARUFFO¹⁶⁸ resulta dunque evidente che, fra i protagonisti del processo, il giudice è il soggetto al quale compete la funzione epistemica fondamentale, ossia l’ accertamento della verità dei fatti. Questa funzione richiede che egli orienti la propria attività, nel

¹⁶⁷ Revista do CEJ, 2º Semestre 2007/número 7, ESPAÇO JUDICIÁRIO EUROPEU, pág. 214 e seguintes

¹⁶⁸ MICHELE TARUFFO, La Semplice verità, Il Giudice e la Costruzione dei fatti, pág 172 e seguintes.

corso del processo verso questa finalità. Implicando duas consequências principais: de um lado cabe ao Juiz o dever dirigir e regular a admissão e aquisição da prova, por outro lado compete ao Juiz determinar o valor no âmbito da decisão final sobre o facto.

TARUFFO, sobre os poderes probatórios do Juiz, faz uma distinção de quatro abordagens legislativas diferentes: dever geral oficioso sobre a prova; poder geral oficioso sobre a prova; atribuição de alguns poderes em matéria probatória; não atribuição de quaisquer poderes instrutórios

A primeira situação é típica dos sistemas soviéticos, consequência da doutrina Marxista onde a verdade material tinha um valor absoluto. Impunha-se ao juiz o dever de investigar oficiosamente a verdade dos factos.

No segundo sistema, o juiz detém também um poder geral oficioso em matéria probatória, mas a sua utilização é uma mera faculdade e não uma obrigação, é o caso do Ordenamento Francês, ao estabelecer no seu art. 10º o poder de o juiz ordenar oficiosamente todas as medidas de instrução legalmente “ questa estensione è massima quando il giudice há il potere di disporre d’ufficio l’acquisizione di tutti i mezzi di prova legalmente ammissibile, come prevede l’art. 10 del code de procédure civile francese “

O terceiro sistema ou modelo são exemplos, os países como Itália e Alemanha, onde do mesmo modo se atribuem poderes instrutórios aos juizes. Na Itália os poderes são modestos e limitados, não transformam o juiz num absoluto da prova. Já na Alemanha, o Juiz é eminentemente activo e director do processo.

O último modelo congrega os países da Espanha e Inglaterra, ordenamentos onde o magistrado não tem quaisquer poderes instrutórios. Todavia, com a reforma de 1999 a Inglaterra rompeu com o sistema adversarial puro, passando atribuir ao magistrado um papel mais activo no processo, mesmo em relação à prova.

Fica sozinho, o ordenamento espanhol que não consagra poderes instrutórios aos magistrados no dizer de TARUFFO, ou seja, la Ley de Enjuiciamiento Civil spagnola del 2000 non há seguitto la tendenza generale degli ordinamenti europei ad estendere i poteri istruttori del giudice...

Na esteira do que TARUFFO argumentou e se nos presarmos no n.º3º do supra citado art. 6º e 411º actuais, segundo o qual, cumpre ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio quanto aos factos que lhe é lícito conhecer. Bem vistas as coisas, o Ordenamento português se aproxima do francês, se interpretarmos coerentemente o art. 10 CPC francês, que prevê um poder geral em matéria probatória.

O mesmo se diga do ordenamento angolano, embora com menos poderes, comparadamente ao ordenamento português, se aproxima deste, se interpretarmos as expressões *incumbir e poder*. O n.º3 do art. 264º do CPC angolano (que corresponde ao 265º português) postula que *o juiz tem o poder de realizar ou ordenar oficiosamente as diligências que considere necessárias para o apuramento da verdade quanto aos factos que lhe é lícito conhecer*.

O poder postulado pelo art. 264º-3 angolano, corresponde ao incumbir do art. 265º-3 postulado pelo português? Debatida que foi a expressão incumbir, chegou-se a conclusão que se trata de um poder-dever como muito bem definiu MOTA PINTO¹⁶⁹.

Já o poder postulado pelo art. 264º-3 angolano, é interpretado como uma faculdade, o juiz tem a faculdade de realizar oficiosamente as diligências que considere necessárias para o apuramento da verdade, permanecendo na concepção de um Tribunal que, em matéria de produção de prova exerce uma função meramente supletiva em relação às partes, no dizer de ABÍLIO NETO¹⁷⁰. No ordenamento angolano, nos termos daquela norma, o juiz não tem o dever de agir como ocorre no ordenamento português, resultando desta feita, pouca garantia para as partes.

Se nos atermos nas ideias dos arts 11º-3 dever de o juiz nomear um curador especial ao incapaz; art. 15º-2 dever do Ministério Público, de propositura de acção necessária à tutela dos direitos e interesses de ausentes e incapazes, por outras palavras significa incumbir. Incumbere é um dever; com relação às partes vem traduzida como um ónus, como

¹⁶⁹ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, Teoria Geral do Direito Civil, 4ª edição por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO PAULO MOTA PINTO, pag 178 e seguintes.

¹⁷⁰ ABÍLIO NETO, Código de Processo Civil Anotado, 18ª Edição Actualizada, Setembro/2004, pág. 351, NOTA 2

o ónus de apresentação das testemunhas indicadas na sequência de aditamento ou alteração do rol 512ºA, nº2.

Sinonimamente incumbir é um dever. É esta, de facto a intenção do legislador. É um dever de actuação. Mesmo doutrinal e jurisprudencialmente se tende para este sentido¹⁷¹. A incumbência é uma tarefa atribuída pela lei, no caso concreto. É de facto um poder dever, isto é, um poder funcional no dizer de MOTA PINTO¹⁷². Desta feita, vem dizer o art. 265º que cumpre ao juiz providenciar pelo andamento regular do processo promovendo oficiosamente as diligências necessárias ao normal seguimento da acção, ordenando as diligências necessárias para o apuramento da verdade. Nesta perspectiva o juiz é o timoneiro da busca da verdade, claro está, sem olvidar ou desprezar os princípios do contraditório e o dever de fundamentação.

Associado ao poder da gestão processual e os inquisitoriais, não se correrá o risco¹⁷³ de termos um juiz autoritário, todo-poderoso, abusando-se dos seus poderes, violando o princípio da imparcialidade?¹⁷⁴

A ideia do incremento de poderes ao juiz, não deixa de constituir uma querela, apesar de ser vista positivamente. Como dissemos supra, CARLOS MANUEL DA SILVA responde positivamente àquela pergunta, concernente a imparcialidade do Juiz e vai mais longe com relação aos poderes instrutórios do Juiz, ao dizer que ao considerar-se o Juiz em igualdade de circunstâncias com as partes, no que concerne à iniciativa probatória, lhe parece uma solução artificial. Neste entretanto, tem lógica que uma corrente duvide dos poderes instrutórios do Juiz, na medida em que só as partes são detentoras dos factos controvertidos, só

¹⁷¹ Conferir a respeito os Acórdãos do SPJ de 13 de Março de 2003, proferido no processo nº 02B4603; colectânea de Jurisprudência /STJ, ano XI, tomo II, pág. 101 de 14 de Novembro de 2006

¹⁷² Carlos Alberto da Mota Pinto, Teoria Geral do Direito Cível, 4ª edição, Coimbra editora, pág 179

¹⁷³ O risco de que se suspeita convida-nos a falarmos dos limites dos poderes do juiz

¹⁷⁴ No Brasil, o ministro Sepúlveda Pertence, criticou duramente a ampliação dos poderes do juiz, dizendo que disvirtua a função do Juiz, de modo a comprometer a imparcialidade deste no exercício da pretensão jurisdicional crítica dada aquando da publicação da Lei nº 9.034/95, onde a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, questionava a constitucionalidade do art. 3º da mesma Lei que atribui ao juiz, nas hipóteses de violação do sigilo preservado pela constituição ou por lei, realizar pessoalmente e em qualquer fase do processo, diligências que compreendam o acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais como meios de prova e procedimentos investigatórios relativos à prática de crimes resultante de acções decorrentes do chamado crime organizado. O primeiro argumento é o de que o juiz não pode agir de ofício, indo a busca de provas, pois comprometeria a imparcialidade inerente à condição da magistratura. Maurício Corrêa ia mais longe dizendo que querer elevar a condição de processo inquisitorial é ir demais, é extremismo.

elas têm legitimidade de indicar o meio de prova. Como pode o juiz dentro destes amplos poderes conhecer e indicar oficiosamente uma testemunha não arrolada pelas partes?

Em consonância com isso, não choca que a iniciativa probatória seja da responsabilidade exclusiva ou ao menos, principal das partes. Peca-se por excesso incumbir ao juiz responsabilidade por uma falha, quando não dispõe de meios (de provas) suficientes para os evitar. O inverso violaria a imparcialidade.

O incremento de poderes instrutórios tem levantado grandes celeumas a nível da doutrina de todos os tempos. Tal é que desde sempre procurou-se por uma *equidistância* do juiz no processo. Tal equidistância era a garantia da imparcialidade, conseqüentemente, de justiça.

Assim, SANTO TOMÁS DE AQUINO, já no sec XIII observava que, só, Deus quando julga usa como acusador a própria consciência do acusado. Deus procede pelo próprio conhecimento da verdade, tendo como prova a própria consciência, buscando por si a verdade. O homem não possui tal habilidade.

Para o homem (juiz) a verdade pode ser conhecida ao menos por dois modos, isto é, directamente, quando o objecto da verdade é captado pelo próprio sujeito,” pela máxima da experiência,” e indirectamente, quando o sujeito que percebeu a verdade a transmite a outro. Os meios indirectos pelos quais conhece a verdade, são os propostos pelas partes que vivenciaram os factos.

Para S. AGOSTINHO o juiz é o intérprete da justiça e a mesma não se realiza em si, mas entre duas ou mais pessoas. A justiça é uma virtude desnecessária quando houver uma pessoa apenas, a justiça é uma virtude social. Sendo virtude social, pressupõe três pessoas: duas que litigam (A e R) e uma imparcial (o Tribunal)

ARISTÓTELES incluía a justiça nas seis actividades do Estado, e o juiz na sua perspectiva desempenha o papel de determinar o que cabe a cada um, determinar o justo, dando a cada um o que é seu. O juiz deve julgar entre duas partes, autor e réu. Não pode portantanto aplicar a justiça por si próprio, se tal não for o caso, será parcial, pois ninguém é bom julgador em causa própria, por não estar alheio às inclinações que os motivaram. No dizer de JOHN RAWLS, aquele que divide o bolo não

pode ser o mesmo a distribuir as fatias.

Nesta perspectiva os defensores da não intensificação do inquisitório, rotulam o processo por autoritário e pecar grandemente contra a imparcialidade, característica do Juiz, conseqüentemente a igualdade das partes.¹⁷⁵

Em relação ao risco de autoritarismo, deveremos chamar atenção que a expressão autoritarismo, ipso facto, todo-poderoso, tanto se lhe pode dar um atributo denotativo ou não. Em termos processuais, o autoritarismo não significa, como se entendia em termos políticos, alguém excessivamente poderoso, como que se ilimitadamente poderoso fosse. O autoritarismo em termos técnico-jurídicos quer traduzir a ideia de mais poderes. O juiz nesta perspectiva, deixa de ser passivo, mero árbitro, à moda escolástica, como lamentava CHIOVENDA, passando a ser arquitecto do processo.

Devemos nos recordar que o crescente papel interventivo do juiz que se lhe confere, suprimindo officiosamente a inépcia ou a negligência de uma das partes, com facilidade pode resultar numa perda da sua equidistância, violando-se o princípio da igualdade das partes. É de facto uma grande inquietação face a esta nova postura do Juiz, a de suspeitar por um risco da perda de imparcialidade, temática muito vertida por NUNO DE LEMOS¹⁷⁶ e outros. O facto de o juiz por motu próprio procurar pela verdade, como diz o nº3 do art. 265º logicamente correrá o risco de favorecer uma parte, prejudicando outra. De facto, logicamente a resposta é positiva, mas a lógica nem sempre garante a verdade, garante sim que o discurso seja correto.

A resposta, real, é negativa, na medida em que esta postura vai apenas facilitar e agilizar a aquisição da verdade. O que se quer é a descoberta da verdade e a verdade não tem partido. O fim último da marcha processual é a descoberta da verdade (material). E só com a descoberta da verdade se decidirá com justiça. A verdade é o pressuposto da justiça, esteja ela com parte for parte. Por esta razão não tem sentido o temor que se levanta.

O juiz apesar de amplos poderes, denominada, por uma certa corrente de

¹⁷⁵ Sobre a igualdade ver JOSÉ LEBRE DE FREITAS, em Estudos Sobre processo Civil e Direito Civil, Voll, pág 31-41

¹⁷⁶ Revista, Julgar- nº3-2007 pág 4

autoritarismo, não tem poderes ilimitados, incontroláveis e absolutos. O juiz é o guardião da justiça, com poderes atribuídos por lei e controlados. Na busca da verdade não se substitui a parte. Apesar dos poderes gerais que ostenta ao nível da prova, tais poderes se confundem como acessórios e integrativos, respeitando ele a iniciativa instrutória da parte, no dizer de TARUFFO *il processo sai una cosa privata delle parti*.

Como diz NUNO DE LEMOS, o uso dos poderes instrutórios está sujeito a certos requisitos como: a admissibilidade dos meios de prova, a sua manifestação em momento processualmente desadequado, necessidade da diligência ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio. A prova a produzir deverá incidir sobre factos que o juiz pode conhecer, assistindo à parte insatisfeita, o direito de recorrer. A recorribilidade é uma maneira de controlar os poderes do juiz. O juiz não é um guardião sem guarda.

Este princípio tem por desiderato superar as insuficiências das alegações e de prova das partes, dentro dos limites fixados pelo princípio do dispositivo¹⁷⁷, especialmente do contraditório.

1 - PRINCÍPIO DA AUDIÊNCIA CONTRADITÓRIA

O princípio da audiência contraditória é tradução do princípio do contraditório, trave-mestra do moderno processo civil e do Direito em geral. Vem, essencialmente, expresso no art. 3º e 517º do CPC, quanto ao direito probatório. Segundo o qual, salvo disposição em contrário¹⁷⁸ *as provas não serão admitidas nem provadas sem audiência contraditória da parte a quem haja de ser oposta*. Significa que em relação às provas constituídas a parte deve ser notificada, quando não seja revel, para todos os actos de preparação e produção de prova e deve ser admitida a intervir nesses actos em conformidade da lei.

A contraditoriedade, expressão do direito à defesa, consta do âmbito

¹⁷⁷ Nesta senda o acórdão do Tribunal de Relação de Lisboa de 02 de Março de 2010 terá se pronunciado a respeito.

¹⁷⁸ As excepções são de vária índole, a título de exemplo as do art 3º-2; 399-1; 403-1;394,408-1; 385-1 todas do CPC

amplo do direito de acção, porquanto, o direito de acção não radica apenas na pretensão do autor, na medida em que se completa com a dedução de defesa do réu ou da outra parte art. 228-1

É um dos princípios estruturantes do Processo Civil, de existência milenar. Relatos bíblicos dizem-nos que já em Adão se fazia sentir o princípio do contraditório: perguntado se havia comido da fruta proibida, defendeu-se respondendo que a mulher que lhe havia dado lhe enganara¹⁷⁹; perguntado Jesus se era o Rei dos judeus (bem ou mal) respondeu, lhe dando a oportunidade de se defender; do mesmo modo Sócrates na Idade Antiga.

No tempo da justiça privada, mesmo não aplicado, sentia-se a necessidade dela. É neste tempo onde se entende as consequências da violação do princípio do contraditório (a injustiça).

Por hoje, o princípio do contraditório tem uma perspectiva clássica e outra moderna. A clássica é a constante do nº1 do art.3º-1 e 517º CPC que consiste em a parte contrariar os factos contra si alegados, o que alguns doutrinadores como os brasileiros denominam de *contraditório estático*. Por esta razão, o franceses dizem que o sentido clássico do contraditório não precisava de estar na lei, por ser em si mesmo natural. Para eles, um processo sem o contraditório não existe. O contraditório é pressuposto da existência da outra parte. Não existe um processo sem o demandado.

A perspectiva moderna no contraditório ou contraditório dinâmico está incita no ordenamento português desde a reforma de 95/96, com a adição do nº3º do art. 3º, que é o subprincípio de proibição das decisões-surpresas, segundo o qual, “o juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo do processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem” . as decisões supresas têm como consequência a nulidade¹⁸⁰

¹⁷⁹ Gén. 3,12-13.

¹⁸⁰ Pronunciou-se nestes termos o acórdão do tribunal de Relação de Coimbra de 03 de Março de 2009, relatado por Isaiás Pádua sob o título NULIDADE DE SENTENÇA, NULIDADE PROCESSUAL, DECISÃO SURPRESA, segundo o qual a garantia do exercício do direito do contraditório que se encontra plasmado n nº3 do art,3º do CPC visa, como princípio estruturante de todo o processo civil evitar decisões supresas. A violação de tal princípio consubstancia uma nulidade de natureza processual.

Trata-se de facto de uma certa evolução do princípio do contraditório. Se na perspectiva clássica, ainda em vigor em Angola¹⁸¹, era um mero contradizer entre as partes isto é, o contraditório era (e é) visto apenas como uma bilateralidade das partes, na qual uma das partes argumenta e a outra simplesmente rebate o argumento, formando uma mera discussão superficial, as partes não tinham o condão de vincular o juiz às suas razões, sendo a sentença consequência apenas da interpretação e convicção pessoal do juiz, acrescida da liberdade de julgamento, art 655º, hoje é um meio imprescindível à resolução da lide, como garantia de influência na decisão do magistrado e vinculação do mesmo aos argumentos trazidos pelas partes.

Não basta que a parte simplesmente contradiga, que seja ouvida apenas. Isso não é bastante para que o contraditório se materialize, é imperioso que ouvida, tenha possibilidade e esteja em condições de poder influenciar a decisão, no dizer de LEBRE DE FREITAS que o escopo principal do princípio do contraditório deixou assim de ser a defesa, no sentido negativo de oposição, passou a ser influência no sentido positivo de direito de incidir activamente no desenvolvimento e no êxito do processo¹⁸². Se a parte não poder fazê-lo, por não se lhe dar possibilidade para tal, trazendo à lide novos argumentos de facto e de direito, novas provas, novas ideias, interferindo assim na convicção do juiz, a garantia do contraditório estará ferida.

O contraditório é desta feita, o garante da influência da parte no processo. A parte participa do processo e só assim se transforma o processo no dizer de CARNELUTTI, numa comunidade de trabalho.

O contraditório é do mesmo modo, o garante da proibição de decisões surpresas¹⁸³, *senteza di terza via*, como denominam os juristas italianos, e é entre eles que se criou a expressão. O contraditório assegura a

¹⁸¹ O CPC angolano, como já o dissemos em notas anteriores, mantém essencialmente a versão de 1966, assim, o seu art. 3º corresponde apenas os nºs 1 e 2 do actual CPC português

¹⁸² JOSÉ LEBRE DE FREITAS, obra cita pág 109

¹⁸³ O principio da proibição das decisões surpresas vem consagrado no ordenamento português desde a reforma de 95/96 no nº3 do art. 3º, consubstancia-se no que as questões de direito diz respeito, na interdição das decisões baseadas em fundamentos que não tenha sido previamente considerado pelas partes.

Ressalva, porém, expressamente da proibição da decisão surpresa os casos de manifesta desnecessidade, entre os quais figura o de as partes, embora não tenham invocado expressamente determinada questão d direito nem referido o preceito legal aplicável, implicitamente a tiveram em conta sem sombra de dúvida, designadamente por ter sido apresentada uma versão fáctica não contrariada que manifestamente não consentia outra qualificação jurídica.

proibição das decisões surpresas por privilegiar o diálogo entre as partes, por impôr ao juiz o dever de debate de todas as questões pelas partes de um modo igualitário. A não surpresa traduz-se na possibilidade de as partes debaterem todas as questões essenciais para deslinde da causa.

Assim no plano das alegações, fase em que se introduz a acção em juízo, o princípio do contraditório exige que os factos alegados por uma parte, possam ser pela outra contraditados, garantido-se a igualdade entre ambas e quando o juiz excepcionalmente introduzir factos novos ou officiosamente tiver em sua posse conhecimentos essenciais para a lide, pelo princípio do contraditório, impor-se-a ao juiz comunicar às partes no sentido de se pronunciarem, especialmente a parte que dele poder se beneficiar daqueles conhecimentos officiosos, manifestar tal vontade, art. 3º-3, garantindo-se o princípio da imparcialidade e da igualdade das partes, art. 3º-A. O princípio da igualdade das partes, escreve MANUEL DE ANDRADE,¹⁸⁴ consiste em as partes serem postas no processo em perfeita paridade de condições, desfrutando idênticas possibilidade de obter a justiça que lhe seja devida.

Quanto a fase da prova, depreende-se do art. 517º a possibilidade de a parte contra a qual a prova se vai produzir, manifestar-se. Desta feita, é nula nos termos do art. 201-1 a decisão que, sem audiência contraditória de parte adversa, ordena a suspensão da instância com base num meio de prova apresentado pela outra parte e da cuja apresentação à outra parte, nem sequer se deu conhecimento. Embora tal meio de prova fosse dotado de força probatória plena, neste caso, a falta de conhecimento tenha influência na decisão do problema suscitado. Pois a parte contrária poderia apresentar um meio de prova com igual valor que invalidasse o outro, total ou parcialmente¹⁸⁵

O juiz deve observar e fazer cumprir ao logo de todo o processo o princípio do contraditório. Assim se observa o contraditório nas seguintes fases, essencialmente da prova:

Uma das observações do contraditório prende-se com a limitação do número de testemunhas a ouvir por partes art. 633º e 789º, embora muitas vezes infectado com os poderes discricionários do juiz em

¹⁸⁴ MANUEL DE ANDRADE, obra citada (Noções Elementares de Processo Civil) pág 353

¹⁸⁵ Abílio Neto, Código de Processo Civil anotações do art. 517.

admitir determinados meios de provas, não arrolados pelas partes, mesmo que assim ocorra terá de notificar as partes, nos termos do nº3 do art.3º.

Outra observações do direito à prova prende-se com as provas pre-constituídas. Embora tenham o seu momento na fase dos articulados articulados, art 523º-1, nada obstará que tardiamente se apresente, isto é, até ao encerramento da discussão da matéria de facto em primeira instância, art. 523º-2, tais meios a produzir em audiência possam ser oferecidos com a antecedência considerada suficiente para assegurar o conhecimento da sua proposição pela parte contrária.

Outra observação, implica que proposta uma prova pré-constituída, à parte contrária seja facultada, antes da admissão, impugnar a sua admissibilidade e força probatória e que estando em causa uma prova constituenda, lhe seja facultado impugnar a sua admissibilidade e intervir no acto da sua produção e se a prova for de iniciativa oficiosa, tal faculdade seja dada a ambas.

Por fim cabendo ao juiz apreciar a prova, as partes têm o direito de, antes da apreciação final se pronunciarem sobre os termos em que ele deve ser feita, pronunciando-se, discutindo a materia de facto que consideram provado e não provado.

A ideia da audiência contraditória, prende-se com a contraditoriedade que se impõe com excepcional vigor no capítulo fulcral do processo que tem a ver com a demonstração da prova dos factos. Art. 517º e nos casos de produção antecipada de prova art. 520º e 521º¹⁸⁶.

O princípio da audiência contraditória ao longo do processo se materializa à propósito de cada um dos meios de prova admissíveis:

- quanto à prova documental: arts 526º, 539º e 544º;
- quanto à prova pericial: arts 568º-2 e 569º;
- quanto ao depoimento de parte: arts 561 e 562º
- quanto à prova testemunhal arts 638º. 640º e 642º
- quanto à inspecção judicial: art. 613º

¹⁸⁶ Com relação a uma possível limitação do contraditório em situações em que saiam seriamente prejudicados os interesses das partes, ver A.Geraldes, em Temas da Reforma, Vol. III, págs 60-72

- quanto à apresentação de coisas como meios de provas art. 518º.

Sem olvidar outros artigos relativos à secretaria quanto ao seu papel na materialização do princípio do contraditório, com relação à prova: arts 229º-1 e 2; 228º-3; 235º, 239º e 240º; 526º, 539º, 578º, 580 e 587º.

A aplicação do contraditório é de facto uma das garantias de sentenças justas, exigindo que antes da sentença às partes seja facultada a discussão efectiva de todos os fundamentos de direito e de facto em que a decisão se baseie, evitando desta feita decisões surpresas.

O princípio do contraditório é um dos mecanismos de defesa, tendo em conta os amplos poderes versados no princípio do inquisitório. O princípio do contraditório é um freio de contrapeso do princípio do inquisitório, só respeitando o contraditório se garantirá igualdade das partes e a imparcialidade ou no dizer do art.3ºA, se assegura t¹⁸⁷

1 - PRINCÍPIO DA (IN) ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA

A expressão prova ilícita, além de levantar problemas na sua (in) admissibilidade, levanta outro de uniformidade terminológica. Alguns autores preferem denominá-la de prova proibida, outros de ilegal, outros de prova ilegalmente obtida, outros de ilegitimamente obtida, e por fim , como nós, preferimos denominá-la de *injusta*. LOPEZ BARJA DE QUIROCA¹⁸⁸, prefere utilizar o termo de prova proibida, por entender ser mais abrangente.

Por subsidiariedade, além dos factos constantes no CPC, mormente o nº3º do art. 519º, o Direito Processual Civil serve-se do direito processual penal, quanto à ilicitude na formação do meio de prova, ao se referir, de entre outros, nos artigos 125º e 126º do CPP da legalidade da prova e da proibição de alguns métodos de provas. O nº1 do art. 126º postula que são nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou

¹⁸⁷ Cfr. Ac.da Relação de Coimbra, de 28 de Abril de 1993, in CJ, tomo II, pág. 55, que o legislador quer que o réu conheça com exactidão o conteúdo do pedido que contra ele é formulado. No sentido de, caso o demandado queira realmente defender-se, o possa fazer com eficácia. Contribui-se deste modo para assegurar a igualdade das partes, garantindo-se ao mesmo tempo a independência, a equidistância, a imparcialidade em relação aos litigantes que o juiz deve guardar.

¹⁸⁸ J.LÓPEZ BARJA DE QUIROCA, Las Escuchas Telefónicas, pág. 82-83

moral das pessoas; ocorrendo o mesmo com a formulação de perguntas sugestivas; as provas obtidas mediante a violação do direito material.

As provas ilícitas se manifestam em diversas configurações, tais como:

A primeira, se figura nas situações frequentes de ilicitude. É o que ocorre com as provas pré-constituídas, que foram ilicitamente obtidas pela parte que pretende usá-la. É o que se passa por exemplo com a simulação, roubo, filmagens sem consentimento do filmado. Podemos denotar por aqui, que a prova produzida neste caso concreto, pressupõe a violação da lei;

Num outro plano temos as provas ilícitas em si mesmas. Como de situações em que a prova em si mesma é lícita, mas a sua aplicação em processo, viola direitos, tais como a intimidade, a vida privada, ao bom nome. Como v.g. a projecção de um filme, cuja exibição viola o direito à imagem ou de caso de escutas telefônicas;¹⁸⁹

Num terceiro plano, pensando com G. F. RICCI¹⁹⁰ temos os casos de ilicitude na formação da prova, que implicam o uso da violência, tortura, coacção, violação da privacidade com a finalidade de se obter a verdade;

Em quarto lugar, temos os factos de ilicitude, com relação ao modo de obtenção dos conhecimentos transmitidos em sede de prova. É o caso de um ladrão que no exercício das suas funções encontra o patrão a violar a empregada e depois vem a aparecer no mesmo processo como testemunha, ou um espião ou um intruso que aparece numa casa familiar e lá toma conhecimentos relevantes para testemunhar contra um membro daquela família;

Por fim temos aquelas situações que resultam da violação dos procedimentos probatórios normais, violando-se v.g. os princípios como o da audiência contraditória, da oralidade, da imediação.

Segundo G. F. RICCI, citado por ISABEL ALEXANDRE, a ilicitude da prova pode manifestar-se em três perspectivas: em relação às provas constituídas, provas pré-constituídas e as provas constituídas e pré-constituídas. Por via de regra, a distinção que existe entre ambas é que a prova constituída tem a ver com a violação de normas processuais, e

¹⁸⁹ MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Escutas Telefônicas*, 2ª edição, Almedina

¹⁹⁰ *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, in *Le prove Illicite nel Processo Civile*, pág 71-79

as pré-constituídas com a violação de normas de Direito material, todavia, nada obsta que haja violação em relação às provas constituídas em normas materiais e vice versa. É o caso, por exemplo de se produzir uma prova violando-se o princípio da audiência contraditória. Todavia, quanto a este ponto não existe acordo em relação às provas que resultem da inobservância das normas processuais.

Nesta senda, a doutrina italiana prefere denominá-la de prova ilegítima, reservando a expressão prova ilícita para a prova obtida mediante a violação de deveres de natureza substantiva¹⁹¹, ISABEL ALEXANDRE prefere o conceito de prova ilícita mais restrito. É o caso de se dar por produzida uma prova sem audiência contraditória, art. 517º ou produzindo-se uma prova testemunhal, se desrespeitando os postulados dos artigos 616º-618º do CPC, ouvindo como testemunha por exemplo um incapaz, e ou, violando-se qualquer norma do direito probatório.

Outra questão que se levanta, prende-se com a taxatividade das provas no que toca com a sua licitude. No nosso Direito as provas vêm previstas nos artigos 341º-396º do CC. A aplicação de uma prova não previsto pela lei é ilícita? Ou seja, *nulla proba sine lege*? ANTUNES VARELA e CASTRO MENDES¹⁹² respondem negativamente, ao defenderem a admissibilidade de meios de provas não previstos pela Lei. O mesmo ponto de vista é sufragado por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA¹⁹³, ao dizer que *el derecho a la prueba implica, conceptualmente, la posibilidad de utilizar cuaslesquiera medios probatorios a disposición de las partes.... Se recurra a otros medios tradicionales, en general minuciosamente regulados et si recurra tambien a expedientes no previstos en términos expressos, desde que sejam idéneos.*¹⁹⁴

Teses diversas são as de DIAS MARQUES e LEBRE DE FREITAS defendam o contrário¹⁹⁵. que por esta razão, defendem ilicitude o uso de uma prova não prevista na lei.

Discordamos com os dois últimos, inclinando-nos nas posições dos

¹⁹¹ ISABEL ALEXANDRE, Provas Ilícitas em Processo Civil, pág. 19.

¹⁹² ANTUNES VARELA, MIGUEL BEZERRA e SAMPAIO E NORA, obra citada, pág 469, e CASTRO MENDES, obra citada, Vol. II, págs 719 e 720

¹⁹³ JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, Restricciones a la Prueba en la Constitución Brasileña

¹⁹⁴ O itálico é nosso

¹⁹⁵ J. DIAS MARQUES, Noções Elementares de Direito Civil, 1992, pág. 126 e JOSÉ LEBRE DE FREITAS, A Confissão no Direito Probatório, pág 256.

primeiros, porquanto, não tem sentido fazer funcionar o princípio *nulla proba sine lege* se queremos alcançar uma verdade material, pressuposto da justiça. Os meios de prova previstos na lei são muitas vezes insuficientes para a descoberta da verdade, podendo, desta maneira, mobilizar-se outros, desde que idóneos. É por esta razão que sufragamos as ideias de ANTUNES VARELA e CASTRO MENDES. A mesma ideia vem sufragada, com muita felicidade, pelo Ordenamento brasileiro, como se pode depreender do art. 332º do CPC ao dizer que: todos os meios legais bem como os moralmente legítimos, *ainda que não especificados neste Código*, são hábeis para provar a verdade dos factos em que se funda a acção e a defesa.

A aplicação de uma prova ilícita faz incorrer o aplicador num ilícito, se deduzirmos o espírito das al's a, b, c do nº3 do art. 519º do CPC. O CPP dí-lo expressamente nos arts 125º, 126º, 129º, 167º,187º, 355º. A violação destes postulados são criminalizados pela lei penal cfr. arts 179º, 180º, 182º 184º CP.

Enfim a prova ilícita se distingue da prova inadmissível, da prova imoral, da prova viciada, da prova atípica¹⁹⁶.

A prova é todo o meio e conjunto de actividades para demonstrar a realidade dos factos alegados. É tudo aquilo que conduz à demonstração das alegações dos factos ou conjunto de elementos que contribuem para a formação da convicção do juiz.

É a demonstração da realidade de um facto pela via normal e da legalidade, ipso facto pela licitude. Este princípio é o alicerce pelo qual se guia a aquisição e produção das provas.

No dizer de JOSÉ JOÃO ABRANTES¹⁹⁷, prova ilícita é aquela que se encontra infectada por ilicitude no que respeita ao modo da sua obtenção. Acarretando conseqüentemente a proibição da sua valoração¹⁹⁸. Uma prova diz-se lícita quando se adquire por meios lícitos, isto é, quando os mesmos são previstos pela lei e não só. Todavia, a prova para a formação da convicção do Juiz, mais do que lícita, deve ser justa.

¹⁹⁶ ISABEL ALEXANDRE, ob.cit., pág 32-34 e seguintes.

¹⁹⁷ JOSÉ JOÃO ABRANTES, Prova Ilícita, in Revista Jurídica, nº 7, Julho/Setembro de 1986

¹⁹⁸ A valoração de uma prova, significa o aproveitamento da prova admitida. Se a prova for ilícita, é conseqüentemente não admissível, do mesmo modo não deve ser valorada, é como o fruto de uma árvore envenenada. Na mesma senda, conferir ISABEL ALEXANDRE, obra citada, pág.55 e 56

No dizer de COSTA ANDRADE¹⁹⁹, “as proibições de provas ilícitas, visam essencialmente duas coisas: assegurar a inviolabilidade do núcleo irreduzível dos direitos fundamentais dos cidadãos e preservar a estrutura fundamental do próprio modelo processual” acresce AMELUNG, que o Estado cairia em contradição normativa e comprometeria a legitimação da própria pena se, para impor o Direito, tiver de recorrer, Ele próprio ao ilícito criminal.

De facto, foram-se os tempos em que os meios justificavam os fins, no que concerne à aquisição e produção da prova, como: as torturas, os açoites e outros sacrifícios para a obtenção da verdade, especialmente no tempo da justiça privada. Não só naquele tempo como no tempo moderno, especialmente nos Ordenamentos de Estados autoritários ou onde o Estado Democrático e de Direito é apenas utópia.

Prova ilícita é a demonstração dos factos ao arpejo da lei, quer no tocante à prova enquanto fonte e enquanto meio, conseqüentemente, enquanto resultado. Prova ilícita é aquela que viola a lei. A prova é ilícita ou antijurídica quando a sua aquisição e valoração, ofender direitos absolutos, como a confissão de um facto obtido sob tortura, o depoimento sob coacção moral, as provas obtidas violando-se o princípio do contraditório.

A admissibilidade ou não da prova ilícita apesar de não ter um acolhimento expresso em alguns ordenamentos jurídicos, os-há aqueles que a admitem embora a título excepcional e os que nem por isso o fazem:

O ordenamento brasileiro a proíbe expressamente, como consta da constituição no seu art.5º e 332º do CPC, segundo o qual, todos os meios legais bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados nesse código, são hábeis para provar a verdade dos factos em que se funda a acção ou a defesa. Neste ordenamento a licitude das provas define a legalidade do processo. Processo legal entre outras coisas é aquele cujos meios probatórios são lícitos e morais. Todavia, uma parte da doutrina a admite excepcionalmente, naqueles casos em que não haja outra via para a descoberta da verdade.

No Direito Francês não existe norma que torne inadmissível prova ilícita no Processo civil, sendo que a doutrina e a jurisprudência

¹⁹⁹ MANUEL DA COSTA ANDRADE, Parecer, CJ 1981, Tomo I, pág 8

maioritária optem pela recusa dos meios probatórios que violem preceitos materiais, com a exceção de alguns casos, como os de divórcios, cita ISABEL ALEXANDRE, em obra referenciada, pág. 163, do Acórdão da Cour d' Appel, de 13 de Janeiro de 1971, que entendeu que o depoimento da cunhada da ré sobre um aborto podia ser considerado no processo de divórcio em curso, porque as informações médicas teriam sido obtidas de forma abusiva e ilícitas.

No Direito espanhol a Ley organica del poder judicial art. 11º-1 estabelece a ineficácia de todas as provas que tenham sido obtidas mediante a violação de direitos ou liberdades fundamentais, com base no art. 24º-2 da Constituição.

No Direito Inglês²⁰⁰ vigora o princípio da admissibilidade da prova ilícita, embora com algumas restrições.

No Direito Americano, admite-se do mesmo modo a prova ilícita, tendo-se em conta que a regra da exclusão, apenas é válida para as autoridades públicas que em processo penal, se tenha obtido provas violando preceitos constitucionais, não para os particulares, significando que a admissão da prova ilícita é proibida nas situações de violação dos interesses ou direitos dos particulares.

No Direito alemão só excepcionalmente se admite a prova ilícita, isto é, nos casos em que sejam a única via possível para se obter a verdade.

No direito italiano, a Constituição proíbe a utilização de prova ilícitamente obtida por autoridades públicas, ficando em aberto as provas ilícitas obtidas por particulares²⁰¹

No Direito Português a prova ilícita não tem acolhimento, como dizem ISABEL ALEXANDRE e COSTA ANDRADE²⁰², que os limites impostos à produção da prova visam no essencial duas coisas: assegurar a inviolabilidade do núcleo irreduzível dos direitos fundamentais dos cidadão e preservar a estrutura fundamental do próprio modelo processual. Embora tal proibição esteja prevista apenas pelo direito penal no supra citado art. 126º do CPP, nada obsta que abranja em matérias cíveis, como podemos deduzir do art. 32º-8 da CRP e o Ac. 607/2003, do TC, formulou a seguinte conclusão à respeito do citado

²⁰⁰ ISABEL ALEXANDRE, Ob. cit, pág 165, nota 472.

²⁰¹ JOSÉ JOÃO ABRANTES, Prova ilícita, in Revista Jurídica, pág 28

²⁰² ISABEL ALEXANDRE, ob.cit, pág 48.

art. e nº o seguinte: deve considerar-se que quando a constituição prescreve, no art 32º-8, concretizando neste plano, o valor da dignidade humana assumindo como princípio estruturante no seu nº1, que são nulas todas as provas obtidas mediante abusiva intromissão na vida privada, está a prescrever não só a imposição de condicionamentos formais do acesso aos meios de prova que represente uma intromissão na vida privada, como, também, a existência de restrições à valoração de provas, que devem aferir-se, conforme o exposto, pelas exigências do princípio da proporcionalidade, sempre ressalvando a ineliminável dignidade e integridade da pessoa humana.

Nos mesmos termos asseverou o Ac. da RP de 15-04-2010, in www.dgsi.pt, ao postular que constitui abusiva intromissão na vida privada a gravação de conversas ou contactos telefónicos, sem consentimento do outro interlocutor ou autorização judicial concedida pela forma prevista na lei processual, sendo nulos quando à sua obtenção os respectivos registos fonográficos e, como tal, inadmissíveis como meio de prova, mesmo no processo civil.²⁰³

No ordenamento angolano, embregado pela tradição oral, apesar de ainda não se levantar problemas a sua (in) admissibilidade, não houve do mesmo modo, doutrina nem jurisprudência que se tenha pronunciado à respeito²⁰⁴. Mesmo assim podemos asseverar que existe uma proibição expressa com relação ao Direito processual penal, como acontece no ordenamento português e Processo civil. A proibição da prova ilícita encontra o seu manancial na CRA, nos seus preceitos 31-34º. Outrossim, não deixa de levantar dúvidas, se interpretarmos a constituição, ao garantir a todo o cidadão o acesso ao Direito, art. 29º e o CPP no seu art. 173º sobre os meios de prova admitidos na Instrução. Segundo o qual, o corpo de delito pode se fazer por qualquer meio de prova admitido em Direito. Os meios de prova admitidos em direito não são necessariamente os previstos pela lei, como asseveramos supra e à semelhança do que sufragaram ANTUNES VARELA e CASTRO MENDES. Além de que pela garantia da segurança da paz social, o ordenamento Jurídico angolano enquanto ordem jurídica, não é proibido de usar provas ilícitas, enquanto único meio, sacrificando-se alguém, com torturas, para dizer onde meteu a bomba vg., evitando-se danos

²⁰³ Na mesma senda Cfr COSTA ANDRADE, Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal, págs 245 e seguintes

²⁰⁴ Mesmo que houvesse, não são fonte de Direito.

maiores a sociedade. Ou seja, excepcionalmente, pode se fazer recurso à prova ilícita por interesse público.

Doutrinal e jurisprudencialmente as ideias estão divididas, mantendo-se em aberta a discussão. Uma grande querela se levanta em relação a sua (in) admissibilidade. A querela da sua aceitação é recente. No ordenamento brasileiro data de 1988, havendo duas correntes doutrinárias a respeito da sua admissibilidade processual, predominando a que defendia a admissibilidade no direito de família.

Os partidários da admissibilidade privilegiam a busca da verdade, não importando o meio pelo qual a verdade tenha sido obtida. São de facto, um tanto quanto maquiavelistas. Assim num eventual conflito entre o direito à intimidade e o direito à prova, o primeiro que está entre as liberdades públicas, deveria ceder quando em confronto com a ordem pública e as liberdades alheias. O que se pretende é a busca da verdade, seja quais forem os meios.

Com efeito entendo que os ordenamentos jurídicos devem nestes termos evitar extremos, não devem rejeitar absolutamente e nem admitir absolutamente. Na essência, o que se quer para um processo justo é a verdade, muitas vezes, a impossibilidade ou inadmissibilidade da prova ilícita, conduz a absolvição de agentes criminosos que integram grandes organizações voltadas ao delito. Tal ideia não se compatibiliza com a essência do Estado Democrático e Social de Direito. A justiça num processo tem por pressuposto a verdade material. Ponderadas as situações todos os meios servem para a descoberta da verdade. Se num crime de violação não existir outra prova, a não ser de uma gravação anónima, não autorizada, não será essa utilizada para se fazer justiça? A não ser aquela única prova, como serão ressarcidos os danos ou como se fará justiça à violada?

Concordamos com VICENTE VALE FILHO²⁰⁵, ao criticar a posição da Constituição brasileira quanto a inadmissibilidade da prova ilícita, e *faço valer para os outros Ordenamentos da mesma posição*, dizia ele o seguinte: o texto Constitucional, o mesmo se diga do nosso ordenamento, parece contudo, jamais admitir qualquer prova cuja obtenção tenha sido ilícita. Entendo, porém que a regra não seja

²⁰⁵ VICENTE VALE FILHO, Manual de Processo Penal, 8ª ed. rev. actual. E ampl. Com a colaboração de JOÃO DANIEL ROSSI. São Paulo: Saraiva, 2010, págs 186

absoluta, uma vez que tem de conviver com outros princípios também constitucionais. Assim continuará necessário o confronto ou o peso entre os bens jurídicos, desde que constitucionalmente garantidos, afim de se admitir o não a prova, obtida por meios ilícitos.

A admissibilidade da prova ilícita, na defesa dos interesses particulares, deve ser feitas em situações, tendo em conta uma certa ideia de proporcionalidade dos interesses em jogo²⁰⁶, aceite à título excepcional, nos casos em que não existe outra possibilidade de provar um facto, mas ponderando as situações, precisa-se de temperar tal posição, tendo em conta os interesses que se perseguem. Provocando muitas vezes, colisão de direitos, onde um cederá para o outro. O mesmo diapásão passa-se no Ordenamento Alemão.

Aliás, ao preferirmos a prova justa à ilícita é justamente isto que pretendemos defender. A prova justa vai para lá da prova lícita, podendo evocar algumas vezes a prova ilícita, sob o risco de se deixar impune um delinquente, por não haver outra prova, a não ser ilícita.

CAPÍTULO - III OS MEIOS DA PROVA

1- A prova por Confissão, 2- A prova Documental, 2.1- A força probatória dos documentos particulares, 3- A prova pericial, 4- A prova por inspecção judicial, 5- A prova por apresentação de Coisas móveis, 6- A prova testemunhal, 7-As presunções

Os meios da prova , dissemo-lo no capítulo I, que coincidiam com a classificação das provas e problematizamos ao longo do nosso trabalho, se as provas se regiam pelo princípio da taxatividade, ou seja, se o Tribunal apenas usaria as provas legalmente previstas ou se devia usar outros meios. A nossa resposta foi no sentido positivo, à luz do que ANTUNES VARELA vinha defendendo²⁰⁷. Não se evocando, semelhantemente ao Direito Penal, o princípio da legalidade, no sentido da *nulla poena sine lege*. Não funciona destarte, o *brocardo nulla proba sine lege*. A ideia da legalidade das provas não quer corresponder ao da taxatividade, existe uma espécie de *numerus clausus*, no intuito de que todos os meios de provas previstos na lei e não só, servem, podendo

²⁰⁶ CÉSAR DÁRIO MARIANO DA SILVA, Provas ilícitas, rio de Janeiro: Forense, 2007, pág. 19

²⁰⁷ Embora JOSÉ LEBRE DE FREITAS, não seja deste diapásão

assim caracterizar as provas em especificadas e não especificadas, desde que ajudem a descobrir a verdade, fundamento da justiça material. É por esta razão que asseveramos que excepcionalmente a prova ilegal, ponderadas as circunstâncias, pudesse valer, uma vez que a corrente oposta a esta posição também chama de prova ilícita o uso de provas não previstas na lei.

1 - A PROVA POR CONFISSÃO

A confissão vem do verbo confessar. É o reconhecimento formal por parte do arguido da culpa por delitos que lhe são imputados pela acusação. Confessar é dar a mão à palmatória, é reconhecer-se sem razão para pleitear.

Historicamente, a confissão sempre teve lugar destacado na forma de convencimento do julgador, considerada como prova por excelência, *probatio probatissima*, a rainha das provas, a única que podia assegurar num processo a consciência do juiz, permitindo-lhe julgar sem remorços. Foi também o meio de prova infeliz e excelentemente usado pela inquisição, mediante tortura para se obter a verdade.

O CC de Seabra, postulava no seu art. 2408º que a confissão era um reconhecimento expresso, que a parte fazia, do direito da parte contrária.

O CPC de 1939, no art. 560º reproduzindo Seabra, manteve o mesmo sentido, suprimindo o termo “*expresso*”. Na verdade, tem sentido na medida em que a confissão tanto pode ser expressa, quanto tácita. Trata-se de certo modo, uma evolução do conceito, na medida em que, a verdadeira confissão é a expressa, tendo em conta a história da génese do conceito.²⁰⁸

O actual CC, prevê o conceito de confissão no art. 352º, como sendo, o reconhecimento que a parte faz da realidade de um facto que lhe é desfavorável, favorecendo desta maneira, a parte contrária.

²⁰⁸ Historicamente a palavra confissão é religiosa, vem da confessio, -ōnis, com o significado de declaração dos pecados. Prece Católica em que o fiel reconhece perante Deus e toda a comunidade os seus erros e faltas e pede perdão.

Há confissão quando o réu acata, contra si, como verdadeiro um facto impeditivo, extintivo e modificativo da relação jurídica. O efeito jurídico da confissão é a comprovação da existência ou não, dos factos invocados pela outra parte.

A confissão, se distingue da manifestação unilateral de vontade, pelo facto de as suas consequências, não decorrerem do facto confessado, mas de acordo ao contexto probatório. A manifestação unilateral de vontade, se subsume directamente na lei, é o que ocorre por exemplo com o testamento.

CUNHA GONÇALVES²⁰⁹ critica a definição legal da confissão, acusando-a de excessiva, na medida em que, diz ele, a confissão não é uma prova, mas sim renúncia do autor. Restrita, porque pode haver confissão que se não refira a acto forense.

CHIOVENDA²¹⁰ define a confissão, como a declaração que a parte faz, da verdade de factos alegados pelo seu adversário e favoráveis a este; BETTI, em *Diritto Processuale*, define a confissão como a declaração pela qual a parte reconhece como verdadeiro, o facto contrário ao seu interesse.

Na cultura Umbundu²¹¹, embora com maior pendor religioso, vem da palavra *okulitavela*, significando reconhecer-se sem razão, culpado, dar a mão à palmatória, dar razão a outra parte, reconhecer que o direito é do outro. É uma declaração de reconhecimento que a parte faz contra si dos factos contra ele alegados. Muitas vezes com o significado de rendição, no intuito de que, nem sempre quem se rende não teve razão para guerrear. Neste perspectiva, parece-se muito com a posição de CUNHA GONÇALVES, a de renúncia, embora impropriamente tenha usado a expressão.

A posição de CUNHA GONÇALVES não nos parece a mais correcta, na medida em que quem renuncia um direito é o verdadeiro titular do mesmo. E a confissão propriamente dita, ocorre justamente o contrario, a parte declara-se não titular do direito. Mais próximo do conceito é a percepção ampla que a cultura umbundu tem da confissão, *ukulitavela*, de rendição, num lado e renúncia, noutro. Embora o termo não seja o

²⁰⁹ ALBERTO DOS REIS, obra citada, pág 69.

²¹⁰ CHIOVENDA, *Princípios*, Tomo 2º, 2º Vol., pág. 290.

²¹¹ É uma língua bantu falada pelos ovimbundos no centro de Angola

mais apropriado, a confissão na cultura umbundu, ocorre também quando alguém sendo titular do direito, depois de tanto lutar, entende não mais pleitear pelo seu direito, dando de bandeja a vitória à contraparte.

Do conceito, podemos abstrair alguns elementos pressupostos e que no dizer de ALBERTO DOS REIS podem ser: a forma, os sujeitos e o objecto. LEBRE DE FREITAS²¹², fala da existência de apenas dois elementos: o sujeito e o objecto; FERNANDO PEREIRA²¹³ fala também de três elementos, como sendo: o reconhecimento expresso ou tácito, da realidade de um facto, desfavorável ao declarante.

Declinamo-nos na posição de ALBERTO DOS REIS, como sendo a mais correcta. No que concerne à declaração, não é necessariamente que seja uma declaração, no sentido conceitual, pode ser também uma manifestação de certo comportamento, pelo qual se deduz confissão. É o que ocorre com a cominação da falta de contestação. A manifestação de comportamento é qualquer revelação ou actuação das partes, que consiste em acto positivo ou declaração propriamente dita, quer em abstenção. São essas manifestações que vão exercer influência na convicção do julgador. Por esta razão, CARNELUTTI observa que a confissão no fundo é um testemunho, mas diferente da prova testemunhal propriamente dita, por o testemunho em vez de ser prestado por terceiro, ser prestado pela própria parte.

Concluindo, GUASP, nesta senda, afirma que a confissão opera como meio de prova, por ser um instrumento apto para formar a convicção do juiz.

Constitui objecto da confissão os factos materiais, em contraposição ao Direito. A confissão é reconhecimento da verdade dos factos contrários ao interesse do confitente. É por esta razão que constitui prova, não a favor de quem a emite, mas a favor da parte contrária, recaindo necessariamente sobre os factos desfavoráveis ao confitente. GUILHERME MOREIRA, defensor da natureza negocial²¹⁴ da

²¹² JOSÉ LEBRE DE FREITAS, A Confissão no Direito Probatório, 2ª edição, pág 75 e FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, A Prova em Direito Civil, pág 31.

²¹³ FERNANDO RODRIGUES PEREIRA, ob.cit. pág. 31

²¹⁴ Existe na verdade uma querela quanto à natureza da confissão. Alguns propugnando da natureza jurídica em Negócio jurídico, e outros como sendo um Meio de prova, nós pugnamos na ideia dos defensores da natureza quanto à meio de prova. Tem mais sentido que seja meio de prova, na medida em que serve para a descoberta da verdade. Se defendermos que seja negócio, deixará de ser confissão.

confissão, entende que a confissão é um negócio jurídico processual, segundo o qual, é a declaração por virtude do qual, uma das partes se obriga, para com a outra, a não contestar a verdade dum facto.

Outros juristas, como CARNELUTTI acrescem dos factos materiais, a relação jurídica. Ponto de vista não muito acolhido.

Ocorre, porém, que o objecto é inidôneo, abstrata ou concretamente impossível como postula o art. 361º do CC, ao dizer que o reconhecimento de factos desfavoráveis que não podem valer como confissão, valem como elemento probatório que o Tribunal apreciará livremente. Há factos que por natureza impossibilitam qualquer representação do facto, sobre o qual não pode incidir prova e outras situações em que a lei não admite prova por confissão, quando o facto seja impossivelmente substituído por um outro meio de prova ou por não se querer sujeitar o depoente a se pronunciar sobre factos ilícitos pessoais ou vexames de que ele seja arguido, art. n.º 2º do art. 554º do CPC. É preciso perceber, todavia, não só a natureza, como também as circunstâncias em que se produziram, para determinar, se os factos revestem o carácter de torpes ou infames. A interpretação deste número, segundo ABÍLIO NETO, não pode ir a ponto de proibir depoimentos pessoais sobre factos que, embora podendo envergonhar o depoente, não são considerados como infamantes ou humilhantes pela generalidade das pessoas. Didiu nos mesmos termos o Ac. do STJ, de 23 de Janeiro de 1973²¹⁵.

O sujeito ou sujeitos, constitui outro elemento essencial da prova. Não se trata de qualquer sujeito, mas da parte, a pessoa cuja confissão sobre o facto seja contrário ao interesse do confitente. Só a parte tem legitimidade e capacidade para confessar, na medida em que confessar é uma maneira de renunciar o próprio direito. Só pode renunciar o direito, o titular do mesmo. Como reza o art. 554º do CPC, o depoimento só pode ter por objecto factos pessoais ou de que o depoente deva ter conhecimento.

Nos termos dos arts 553º do CPC e 353-1 do CC, a confissão só é

O negócio pressupõe voluntariedade e facultade. A confissão enquanto meio de prova, a pesar de ter por pressuposto a voluntariedade, não é necessariamente que assim seja. Existem situações em que alguém veja-se moralmente obrigado a confessar. Confessar, por outras palavras é render-se. Na minha língua tradicional "UMBUNDU" confessar significa OKULITAVELA, traduzindo a ideia de que não tenho razão, evocando uma tendência de honestidade. Na mesma língua quem não confessa, quando devia fazê-lo, não é honesto e ipso facto, litigante de má fé.

²¹⁵ BJM, 231º.

eficaz quando feita por pessoa com capacidade e poder de dispôr do direito a que o facto confessado se refira. Vedando-se desta maneira, ao incapaz, do exercício de confessar eficazmente.

Outrossim, podemos encontrar excepções, concernentes aos actos praticados pelo menor, enquanto emancipado nos termos da lei, como consta dos art. 132º e 133º do CC. é o caso de o menor lhe tendo sido cumprida uma obrigação, e não tendo dado o termo de quitação ao devedor, este lhe exigir judicialmente e posteriormente confessar ter sido pago e não ter dado o termo de quitação nos termos do art. 787º do CC.

Ao falarmos dos sujeito da confissão, há-que distinguir o confitente e o destinatário da confissão. O destinatário da confissão, segundo GUASP e CARNELUTTI é o juiz ou a parte contrária, conforme se trata de confissão judicial ou extrajudicial.

Um outro elemento que se deve juntar aos elementos pressupostos da confissão é a liberdade e a espontaneidade em depor, elementos essenciais que distinguem a confissão actual da inquisição.

MODALIDADE DE CONFISSÃO

As modalidades da confissão como consta do art. 355º do CC podem ser judicial e extrajudicial, *tácita e expressa*²¹⁶

Doutrinalmente podem se acrescer a expressa e tácita; espontânea e provocada; pura ou modificada

A confissão judicial é a feita em juízo, competente ou não, mesmo quando arbitral, e ainda que o processo seja de jurisdição voluntária. É a feita perante o juiz, embora incompetente, pela parte ou por seu procurador especial, como ressalta o arts. 1356º do Cód. Italiano. A confissão feita num processo judicial, só vale como judicial nesse processo.

A confissão extrajudicial é a feita por algum modo diferente da confissão judicial. É a que se faz fora do juízo art. 1357º do cód. Italiano.

²¹⁶ O itálico é nosso.

A confissão provocada, vem prevista no CC brasileiro, art. 349°. Considera-se provocada a confissão judicial quando ocorre no depoimento pessoal; espontânea quando a própria parte promove a confissão.

A confissão pura e modificada art. 348° , 353 e 354° brasileiro. Na confissão pura, a parte reconhece facto contrário ao seu interesse e favorável ao adversário.

VALOR PROBATÓRIO DA CONFISSÃO

O valor probatório da prova por confissão consta do art. 358° do CC, segundo o qual, a confissão judicial escrita tem *força probatória plena* contra o confitente, do mesmo modo, a confissão extrajudicial, considera-se provada nos termos aplicáveis a este documento e , se for feita à parte ou a quem a represente, tem força probatória plena. É este, do mesmo modo a posição dos Ordenamentos francês, art. 1356° do C.C, italiano, art. 2733° do CC. A mesma posição é sufragada por ALBERTO DOS REIS e FERNANDO RODRIGUES²¹⁷: a confissão feita por advogado nos articulados ainda que com meros poderes gerais; a feita pelo mandatário em requerimento autónomo ou em acto judicial quando munido com poderes especiais para o efeito; a efectuada pela própria parte em requerimento ou em acto judicial reduzido a escrito . Na ideia de que, como defendia LOMANACO faz derivar do princípio duas consequências: aquele que utiliza a confissão está dispensado do ónus de provar o facto confessado e o juiz está legalmente obrigado a aceitar esse facto como verdadeiro.

Já a confissão judicial não escrita, está sujeita à livre apreciação do tribunal e a confissão extrajudicial não constante de documento autêntico ou particular ou que, constando, não seja feita à parte contrária ou a quem a represente n°s 3° e 4°.

LEBRE DE FREITAS, do qual é o meu diapasão, se opõe, ao valor que a lei atribui à força probatória da confissão, *plena*, acho desta feita, insuficiente atribuir aquele valor, como vem no citado artigo, diz ele: neste caso nos encontramos perante um meio de prova com força probatória *pleníssima*, na medida em que não admite prova em

²¹⁷ FERNANDO PEREIRA RODRIGUES, obra citada, pág. 41

contrário. A confissão dopta-se de maior força probatória do que um documento escrito, contra o qual é admitida uma prova contrária no caso de falsidade. A confissão não é a maior entre todas as provas, mas podia assim ser considerada, porque, como se tem dito na gíria, o confitente dá-se um tiro no seu próprio pé.

O valor da confissão extrajudicial, consta do nº 2º do art. 358º CC, segundo o qual, a confissão extrajudicial, em documento autêntico ou particular, considera-se provada nos termos aplicáveis a estes documentos e, se for feita à parte contrária ou a quem a represente, tem força probatória plena.

NATUREZA JURÍDICA DA CONFISSÃO

A natureza jurídica de qualquer instituto jurídico é sempre polémica, a confissão não faz excepção. Terá a confissão eficácia substantiva ou adjectiva? enquanto meio de prova, a querela se mantém, se se trata de direito probatório formal ou material. Enquanto tal, servem para formar a convicção do Juiz.

A querela desenrolou-se sobretudo na Itália, onde, no dizer de LEBRE DE FREITAS, uma parte muito significativa da doutrina se rebelou contra a inclusão tradicional da matéria no âmbito do direito substantivo. Entretanto essa mesma inclusão em França é aceite de modo mais ou menos pacífico.

Face à polémica que se levanta, o sistema jurídico português, opta por uma posição substantiva, isto é, dentro do campo do direito probatório material.

Sou da ideia de pugnar por uma posição eclética. Apesar de ter uma natureza substantiva, por dizer respeito à manifestação exterior de renúncia de um direito. A confissão incide sobre factos desfavoráveis ao confitente e favoráveis à parte contrária (carácter substantivo) e tem uma função instrumental, a de formar a convicção do Juiz. Além de constar dentro da sistematização do CC, num lado e regulada pelo CPC, doutro lado. É no âmbito do processo que se valora a confissão. O procedimento da confissão consta do Processo Civil, arts 552º, como pode ser feita; 556º, regime de prestação de depoimento (lugar e ordem) 559º, juramento; 560º, interrogatório.

PRINCÍPIOS PELOS QUAIS SE REGE A CONFISSÃO

A confissão rege-se pelos princípios da indivisibilidade, da revogabilidade e da irretratabilidade.

Em termos lógicos, é contraditório falar-se da retratação de uma confissão, acho de facto, ser esta umas das razões que levou o actual CC não versar à respeito. Retratar, do latim é retratare, que significa: tocar de novo. Em português, retratar é desdizer. Por outras palavras é arrepende-se da confissão, de facto é contraditório, a não ser que o confitente tenha mentido na confissão.

Embora o CC actual, não preveja o princípio da irretratabilidade, tal facto, nada obsta que se tenha em conta aquele princípio. Trata-se de um princípio estruturante da confissão e vem ínsito no sistema jurídico.

Vinha prevista no art. 570º do CPC de 39, segundo o qual, a confissão é , em princípio, irretratável embora com excepções. As confissões expressas de factos, feitas nos articulados podem ser retiradas, enquanto a parte contrária as não tiver aceiteado especificamente. As confissões eram aceites do seguinte modo: *aceitam-se as confissões úteis*. O confitente só ficava inibido de retirar a confissão feita em articulado, se a parte contrária a tiver aceiteado especificamente.

Revogabilidade

Tem sentido que haja revogação da confissão, conseqüentemente anulada, se tiver havido vício no acto da confissão. Os vícios podem ser de forma, do objecto e de vontade. A revogabilidade da confissão consta do art. 359º do CC.

INDIVISIBILIDADE

A indivisibilidade da confissão consiste em a parte que dela se aproveite, aceitá-la na sua totalidade. Trata-se como se tem dito na gíria, *em aceitar o mel, sem rejeitar a consequência das picadas das abelhas*.

Constava do art. 571º do CPC de 39, que quem quiser aproveitar-se da parte que lhe for favorável também tem de aceitar a parte desfavorável. Embora não *ipsis verbis*, o mesmo conteúdo consta do actual CC no art. 360º.

A confissão , como dizia PEREIRA E SOUSA²¹⁸, não pode separar-se, nem ser aceite em parte e rejeitada em parte, excepto quando a confissão tem diversos artigos sobre objectos entre si separados.

A indivisibilidade da confissão é praticamente um dado assente em quase todos os ordenamentos jurídicos, como se pode depreender, dentre vários, o francês, italiano e espanhol, arts 1356º, 1360º,1233º, respectivamente.

Todavia, o princípio da indivisibilidade comporta excepções, como consta do CC espanhol: quando se refere a factos diversos, quando uma parte da confissão é provada por outro meio, quando em relação a alguns factos, é contrária à natureza ou à lei.

2 - PROVA DOCUMENTAL

O documento é qualquer escrito, instrumento ou papel, público ou privado, que possua relevância jurídica e possa servir como prova.

A palavra documento vem do latim *documentum*, que dentre outros significados, é testemunho ou prova, daí a expressão *dare sui documentum*, para significar, dar prova de si, havendo desta maneira uma estreita ligação entre a prova e o documento. Todo o documento é uma prova.

CARNELUTTI²¹⁹ define o documento como todo o objecto material elaborado pelo homem para representar uma coisa ou facto.

CHIOVENDA define o documento como toda a representação material destinada a reproduzir e, idónea para reproduzir determinada manifestação. Uma espécie de voz gravada para sempre²²⁰

BETTI define o documento como uma coisa formada sobre um facto e destinada a fixar de modo permanente a sua percepção ou a sua impressão física para o representar no futuro²²¹.

GUASP, discordando de todos e do qual discordamos, vem dizer que documento é todo o objecto que pode ser utilizado como prova dentro do processo²²². Discordamos de GUASP, na medida em que nem todo

²¹⁸ ALBERTO DOS REIS, obra citada, pág 114

²¹⁹ FRANCESCO CARNELUTTI, Sistema Iº, pág. 690

²²⁰ ALBERTO DOS REIS, ob.cit. pág 351.

²²¹ BETTI, Diritto Processuale, 2ª ed. pág. 157.

²²² GUASP, Derecho Procesal Civil, págs 405 e 406.

objecto trazido no processo se refira a prova documental, o que poria em crise a classificação das provas por apresentação de coisa móveis, vg. Porquanto, a nota essencial da prova documental, não é a susceptibilidade de a coisa ou objecto ser levado ao juiz, mas no modo como a prova actua. É por este motivo que concordamos com ALBERTO DOS REIS ao dizer que a prova documental é a prova mediante um objecto material destinado a dar ao juiz a representação de um facto.²²³

O que caracteriza a prova documental de outras, além de ser uma prova real é o seu carácter de representatibilidade dada ao juiz por intermédio da coisa.

O Código de Seabra, no seu art. 2420º definia a prova documental como a que resultava de documento escrito; já o CC de 1966º consagra um conceito mais abrangente, correspondendo aos de CARNELUTTI e BETI, segunda a qual, prova documental é qualquer objecto elaborado pelo homem com o fim de reproduzir ou representar uma pessoa, coisa ou facto, art. 362º. Concluindo-se desta feita que, os documentos não são apenas os escritos, podendo ser outra coisa com função representativa, como sendo fotografias, desenhos, mapas, chapas de matrículas, obras de arte. Todas estas coisas são documentos, e fazem prova plena dos factos ou coisas que representam.

Embora não exista unanimidade na conceitualização do documento, é ponto assente que a prova documental é aquela que resulta do documento com essência representativa. Concordamos com CARNELUTTI, ao definir o documento como qualquer meio de prova, objecto que traduza uma vontade ou pensamento; escrito contendo qualquer qualquer facto ou objecto²²⁴. O documento é coisa representativa de factos ou objectos.

ESPÉCIE DE DOCUMENTOS

Os documentos classificam-se em legais e doutrinários; autênticos e particulares.

²²³ ALBERTO DOS REIS, ob.cit. nota ao artigo 527.

²²⁴ CUNHA GONÇALVES, em Tratado de Direito Civil Português, nº 2080.

Quanto à classificação legal, tem a ver com o que consta da lei. O CC ao falar da modalidade de documentos escritos, art. 363º, indirectamente fala de uma outra modalidade, que é a de documentos não escritos. É por esta razão que, neste ponto, o Código de Seabra foi infeliz, ao dizer que os documentos são apenas os escritos. Tem sentido que assim não seja, na medida em que, os outros documentos como as fotografias, as imagens, os vídeos, sejam considerados como tal e a sua autenticidade ou não, não dependem da qualidade de quem os exarou. Foi feliz o legislador de 1966, ao contrário do de 1939, quanto às espécies de documentos, constantes do art. 527º.

No CC de 1966, as espécies de documentos constam do art. 363º, sob a epígrafe, modalidade dos documentos escritos. Segundo o qual, no seu nº1, os documentos escritos podem ser autênticos e particulares.²²⁵

Os documentos autênticos são os exarados com as formalidades legais pelas autoridades públicas nos limites da sua competência ou dentro dos círculos de actividades que lhe é atribuído, pelo notário ou outro oficial público provido de fé pública. São os que emanam de funcionário ou oficial público no exercício das suas funções. O Cód de Notariado no seu art. 51º dispõe que são autênticos os documentos exarados pelo notário nos respectivos livros ou em instrumentos avulsos, os certificados, certidões e outros documentos análogos, expeditos por lei.

ALBERTO DOS REIS, em ob.cit. pág. 350, ainda distingue os documentos autênticos em oficiais e extra-oficiais. Os oficiais são os que foram exarados ou expeditos pelas repartições do Estado ou das Autarquias locais, e bem assim os actos judiciais e os documentos lançados nos registos de todas as repartições públicas, quer existentes, quer extintos; os autênticos extra-oficiais são os documentos exarados por notários ou com a sua intervenção, destinados à declaração da vontade dos outorgantes.

Os documentos particulares são todos aqueles que não constam do nº2º e os previstos pelo nº3º do art. 362º. São aqueles que não são autênticos, que provêm de simples particulares, isto é, de pessoas que não exerçam actividades públicas ou despidas de *ius imperi* no momento da sua feitura. Podem ser escritos e assinados, ou só escritos ou só assinados

²²⁵ O CPC de 1939 acrescia da classificação supra, os documentos autenticados, indentificando-os aos documentos particulares.

pela pessoa a quem são atribuídos por aquela parte que os produz ou invoca. Os documentos particulares, *stritu sensu*, são aqueles que não têm qualquer tipo de intervenção notarial. No dizer de CUNHA GONÇALVES, os documentos particulares são aqueles cujo texto não obedece a fórmulas nem a obrigatoriedade em ser redigido em determinada língua, bastando que seja inteligível.²²⁶ Outros como PLANIOL²²⁷ foram aos extremos, ao dizerem que os documentos particulares não têm necessariamente de serem redigidos pelo signatário, mas têm de ser escritos à mão e as palavras escritas em entrelinhas ou por cima de outras não são nulas, mesmo que não sejam ressalvadas²²⁸.

É entendimento doutrinal que os documentos particulares não é necessariamente que sejam escritos pelo signatário. Já, não concordamos com a segunda parte da tese de Planiol. Sufragamos desta maneira, o Ac. do STJ de 23 de 05 de 1996, citado na nota 226. O documento particular pode de facto, ser escrito pela parte contrária, o que importa para a declaração de vontade é a subscrição.²²⁹ GABRIEL LEPOINTE vem dizer que a subscrição é indispensável à própria existência do acto.²³⁰ Sufraga a mesma ideia VAZ SERRA²³¹. O Ac. do STJ de 29-3-1978 veio colmatar a mesma ideia asseverando que “ é requisito essencial dos documentos particulares serem assinados pelo próprio ou por outrem a seu rogo.

Os documentos particulares podem se transformar em autenticados, se forem visados ou reconhecidos por autoridade pública, o notário, nos termos prescritos nas leis notariais²³². No dizer de ALBERTO DOS REIS, o documento autenticado é particular em atenção a sua origem (autor) mas tem a mesma força probatória plena que o documento

²²⁶ CUNHA GONÇALVES, ob.cit. nº2099.

²²⁷ J.M. GONÇALVES SAPMPIO, A Prova por Documentos Particulares. Almedina. Pág 86

²²⁸ Nestes termos se pronunciou o Ac. Do STJ de 23 de maio de 1996 que a força probatória de documentos particulares com emendas e rasuras ou entrelinhas não ressalvadas é apreciada livremente pelo julgador, não fazendo, pois, prova plena dos factos compreendidos das declarações delas constantes, ainda que desfavoráveis ao declarante, sendo, pois admissível prova testemunhal sobre o conteúdo do documento particular, na parte em que não fazem prova plena

²²⁹ A subscrição é o acto pelo qual o autor do documento faz seu o conteúdo deste. É o elemento essencial dos documentos particulares. No dizer de Planiol é a assinatura que comunica a força probatória.

²³⁰ GABRIELE LEPOINTE, La preuve, Recueilles de la société Jean Bodin pour l' Histoire comparative des institutions, vol.XIX, 4.e partie.

²³¹ PROVAS, BMJ, nº 111, nº83

²³² O art. 153 do Código de Notariado prevê duas espécies de reconhecimentos notariais: o simples e o com menções especiais

autêntico.

Doutrinalmente os documentos classificam-se, segundo GOLDSCHMIDT²³³, em dois aspectos: quanto ao conteúdo e à forma.

No que concerne ao conteúdo podem ser dispositivos e informativos. Os dispositivos contêm uma declaração de vontade e os informativos uma declaração de ciência.

No que concerne à forma, os documentos podem ser públicos ou particulares. Neste âmbito, CARNELUTTI, não classifica-a quanto à forma, mas quanto ao autor. Tem de facto sentido que assim seja, na medida em que tem mesmo a ver com o autor do documento, em sendo uma entidade pública ou particular. É a entidade que qualifica o documento em particular ou público. Prossegue CARNELUTTI que, a questão de saber quem é o autor do documento tem grande importância, porque é princípio geral que um documento vale o que vale o seu autor, ou melhor, o documento merece a fé de que goza o seu autor²³⁴.

VALOR PROBATÓRIO DOS DOCUMENTOS

No dizer de BAUDRY e BARDE, em *Traité de droit civil Des obligations*, a força probatória dum documento é o valor que a *lei* lhe atribui como meio de prova ou fé que lhe confere.

Desta maneira, o valor probatório dos documentos consta do art. 371º do CC, segundo o qual, os documentos autênticos fazem prova plena dos factos que referem como praticados pela autoridade ou oficial público. Neste sentido subscreveu a mesma ideia o Ac. do STJ de 5-2-1987, BMJ, nº 364, pág. 796.

Do mesmo modo os documentos autenticados, aqueles cujos conteúdos são confirmados pelo notário, arts 363-3 do CC e 150º-1 do Cod. Notariado. Mercê do termo de autenticação de que se reveste, equivale por esta razão a um documento autêntico, quanto à sua força, art. 377º do CC.

²³³ GOLDSCHMIDT, *Derecho Procesal*, pág. 267.

²³⁴ FRANCESCO CARNELUTTI, *Sistema*, Iº, pág. 691.

Quanto aos documentos particulares cuja letra e assinatura ou só a assinatura se mostrem reconhecidas pelo notário, nos termos do art. 35º do Cod. Notariado, há-que distinguir os reconhecidos presencialmente, art. 153 do cód Notariado, as letras e assinaturas. Essas têm-se por verdadeiras, se revestindo desta maneira de força plena quanto às declarações atribuídas ao seu autor.

Quanto aos documentos particulares simples, isto é, os não reconhecidos por notário, não provam genuinidade nem veracidade do seu conteúdo, podendo a parte contra qual se provam tomar atitudes diversas, como aceitando ou não. O valor dos documentos particulares simples rege-se pelo princípio da liberdade de julgamento. É por esta razão que os documentos particulares foram suprimidos do elenco dos títulos executivos na reforma do Processo Civil de 2013.

Outrossim, a força probatória dos documentos pode ser formal e material. A formal prende-se com a proveniência do documento e a sua data. A proveniência tem a ver com o sujeito que a emana, a data, com o tempo e lugar da sua formação. Com relação ao sujeito que emanou o documento, se afere a competência do mesmo, atribuindo-se o valor de que a lei prevê. Estes, são de facto os careteres externos pelo qual se afere a autenticidade do documento, devendo ser aceites pelas entidades que dele se interessem, como certos e verdadeiros, enquanto não for arguido de falsidade.

Depreende-se que, desta feita que, a força probatória dos documentos autênticos e autenticados valem erga omnes. Levanta-se problema em relação aos documentos particulares, na medida em que não provam por si mesmo a sua própria autenticidade. Estas, diz CARNELUTTI²³⁵, há-de estabelecer-se, em caso de dúvida, mediante prova estranha ao próprio documento.

A força probatória material dos documentos tem a ver com o *conteúdo* constantes do documento, isto é, as narrações ou declarações que nele constam.

Constava dos artigos 2425º, 2426º, 2427º do Cód. de Seabra que definia a força probatória material nos seguintes moldes:

Os documento autênticos oficiais constituem geralmente prova plena;

²³⁵ FRANCESCO CARNELUTTI, ob cit, 1º pág. 780

Os documentos autênticos extra-oficiais (autenticados) fazem prova plena quanto a existência do acto a que se referem, excepto naquilo em que possam envolver ofensa de direitos de terceiros.

O documento autênticos (oficiais) fazem prova plena quanto a tudo e a todos, salvo à declarações enunciativas que não se refiram ao objecto do acto. Esta ideia vem do mesmo modo sufragada por CUNHA GONÇALVES, ao dizer, em ob cit, que os documentos oficiais, fazem prova plena por serem oficiais, visto que, o que é oficial é verdadeiro. Do mesmo modo os documentos extraoficiais ou autenticados , fazem prova plena, porque emanam de um oficial público incumbido pela lei de imprimir certeza e autenticidade aos actos. Todavia, a escritura lavrada pelo notário, o assento lavrado pelo Conservador, só constituem prova plena quanto ao que o Notarário ou o Conservador fez e quanto ao que na sua presença ocorreu. Tal documento não garante, nem pode garantir a veracidade das declarações que os outorgantes fazem ao notário. É caso do Conservador que lavra o acto de registo segundo as declarações que lhe forem prestadas. O facto de tais declarações constarem de documentos oficial, não significam que sejam verdadeiros, pode acontecer que o declarante tenha mentido. Nem sempre a verdade que os documentos oficiais atestam é a dos factos praticados pelo funcionário público (notário ou conservador, vg.). Quanto aos documentos particulares, rezava o art. 543º de 39 que a veracidade dos documentos particulares que não estiverem na condição dos artigos 358º-541º serão apreciados livremente pelo julgador. Foi nestes termos que decidiu o Ac. do STJ de 19 de Novembro de 1943.

É por esta razão que os documentos só fazem prova plena enquanto não forem arguidos de falsidade. A falsidade constitui o vício pelo qual o documento não produz o efeito esperado, se sobrepondo muitas vezes, um outro, tido de verdadeiro.

QUANDO É QUE UM DOCUMENTO É FALSO?

Documento falso é aquele que não corresponde à verdade, aquele que não representa a coisa ou a pessoa isto é, por lhe faltar requisitos exigidos por lei, destruindo assim a eficácia probatória do mesmo. Nos termos do art. 372º do CC um documento é falso quando nele se atesta como tendo sido objecto da percepção da autoridade ou oficial público, qualquer facto que na realidade se não verificou, ou como tendo sido

praticado pela entidade responsável; qualquer acto que na realidade não ocorreu. É na verdade, a composição do documento com o intuito de representar alguma coisa que na realidade se não verificou.

Um documento é falso quando o que ele exprime não corresponde à realidade.

GUILHERME MOREIRA²³⁶ definia a falsidade como a falsa atestação, quando o documento verdadeiro se expõe nele factos ou fazem declarações que não correspondem à verdade do que se deu no momento da sua celebração.

Quanto aos assentos, no dizer de ABÍLIO NETO, o conceito de falsidade não interessa a relação de conformidade ou desconformidade entre as declarações prestadas e o documento lavrado. O que releva para o efeito é a relação de conformidade entre o teor do documento e a realidade dos factos²³⁷.

CARNELUTI distinguia três tipos de falsidade: a de proveniência, a da data e a do conteúdo²³⁸. Já para BETI, a falsificação do conteúdo é sempre falsidade ideológica ao intelectual. ALBERTO DOS REIS, corrobora com CARNELUTTI, do qual rendo a minha homenagem, embora BETTI se oponha desta arrumação, dizendo que a falsificação do conteúdo é sempre falsificação ideológica ou intelectual. Para CARNELUTTI, a falsificação do conteúdo pode ser material ou ideológica, conforme se traduza num vício do conteúdo do documento, é o caso de um documento alterado, ou cujo conteúdo diverge, o que o documento relata e o que ocorreu realmente. Desta feita podem ocorrer três maneiras de enfalsificação de documentos: por suposição dos factos (inventado), por suposição da pessoa (dando-se como presente pessoa que não compareceu no acto da formação do documento) por menção de factos que não se deram.²³⁹

O titular do documento suspeito de falso, tem o ónus de provar o contrário. E constava do CPC de 39 que aquele a quem for oposto qualquer escrito ostensivamente feito ou assinado por ele, será obrigado, se o apresentante o exigir, a declarar se o escrito ou a assinatura efectivamente lhe pertence.

²³⁶ GUILHERME MOREIRA, Instituições, I, 1907, pág. 674.

²³⁷ RLJ, 108º-108º-136, nota.

²³⁸ FRANCESCO CARNELUTTI, Sistema, Iº, pág. 806.

²³⁹ ALBERTO DOS REIS, op.cit. pág.392

MOMENTO DA APRESENTAÇÃO DA PROVA DOCUMENTAL

O momento da produção do documento, prende-se com a oportunidade e a circunstância do oferecimento do documento.

Os documentos destinados a fazer prova da ação ou da defesa serão juntos com os articulados em que se alegam os factos que com ele se pretende provar, art. 523º e 524º do CPC. podendo, se não forem apresentados nesta fase, serem apresentados até ao encerramento da discussão em 1ª instância, mas a parte será condenada em multa, excepto se os não podia fazê-lo.

Não se trata de entregar os documentos na fase dos articulados apenas, mas com o articulado que pode surgir depois desta fase. A regra da entrega dos documentos na fase dos articulados não é preclusiva, é maleável ao se referir que os documentos sejam juntos com os respectivos articulados, mas não proíbe que sejam apresentados mais tarde, numa outra fase. Todavia, a possibilidade de apresentar documentos até ao encerramento da discussão em 1ª instância, pressupõe a existência de factos supervenientes num lado e falta de oportunidade ou condições, noutro.

Tem sentido de facto que os documentos sejam entregues na fase dos articulados e ou com os articulado cuja alegação careça de prova. Só desta maneira o Tribunal, ao citar, terá a certeza mínima de que determinado direito reivindicado pelo autor lhe pertence ou não. A apresentação do documento com a alegação da acção é o requisito mínimo para a citação. Este momento, é o exemplo típico de produção antecipada da prova. Só assim terá de ter a aparência de que o autor é o legítimo titular do direito reclamado, na medida em que os mesmos se referem àqueles que se destinam a fazer fundamento dos direitos de defesa e da acção alegados, não se tratando de qualquer documento.

Diferentemente com os incidentes de instância. Tem de ser feita com base nos artigos 303º do CPC, segundo o qual, no requerimento em que se suscite o incidente e na oposição em que lhe for suscitada devem as partes oferecer o rol de testemunhas e outros meios de provas, respeitando-se única e exclusivamente ao incidente e não a acção²⁴⁰.

Outrossim, a entrega tardia de documentos é passível de multa se a parte

²⁴⁰ AC. STJ, de 26 de Fevereiro de 1992: BMJ, 414º-533

não justificar plausivamente a sua superveniência. Para a entrega de documentos nos termos do nº2º , tanto se pode dar pelos factos supervenientes ou por razões supervenientes.

A ideia da multa a que comina o nº2º levantou sempre acesas discussões. O projecto do CPC de 39 tinha como uma das sanções a não recepção do documento. Reiterando a ideia do Código de 1876, no seu art. 209º, posição já refutada, e com razão, por MANUEL RODRIGUES²⁴¹ e ALBERTO DOS REIS, por contrariar o princípio de que o juiz deve julgar segundo a verdade. Todos os modos e meios desde que sejam justos para a descoberta da verdade, não deviam ser impedidos. Pode acontecer desta maneira, documentos relativos à factos posteriores aos articulados; documentos que ficaram valorizados no curso do processo, em virtude de ocorrências posteriores.

Os documentos trazidos a posteriori regem-se pelo princípio da audiência contraditória, não se darão por produzidos contra a parte contrária se deles não se lhe der a oportunidade de se pronunciar, examinando-os, art. 517º e 526º . O art. 510º e 512º do Cód. de 1876 mandava continuar o processo com vista (substituída hoje pela notificação) à parte contrária quando se juntasse algum documento. A notificação da outra parte tem por finalidade reconhecer expressa ou tacitamente como verdadeira a letra e a assinatura ou só a assinatura ou impugnar a veracidade por meio de simples impugnação ou pela arguição de falsidade. O pronunciar-se à respeito da notificação é um ónus, com as consequências análogas da falta de contestação. Impugnado o documento pela parte, a outra compete provar a sua veracidade, decidiu nestes termos o Acórdão da Relação de Coimbra de 20 de Setembro de 1988.

Se os documentos pretendidos trazer à juízo estiverem em posse da parte contrária, caberá ao interessado requerê-los, notificando-se aquela apresentá-los e juntá-los dentro do prazo que for designado, dentro do espírito do dever de cooperação art. 528º do CPC. O mesmo passa-se com os documentos em poder de terceiros, art. 531º. Neste caso não mais se chama o terceiro a juntar nos autos, mas a entregá-los na secretaria. A diferença está em que a parte contrária, por ser parte, é notificada para entregar os documentos que se encontram em sua posse, enquanto que com relação ao terceiro, por ser estranho ao processo, é

²⁴¹ ALBERTO DOS REIS, obra citada, pág 7

notificada a entregar na secretaria.

Se a parte notificada não juntar os documentos que se encontram em sua posse, ter-se-à por certos (provado) os factos que por meio de documento se pretendia provar, a não ser que alegue plausivamente, sendo que por exemplo, a apresentação dos documentos põe em causa o bom nome, a imagem. Haverá mesmo motivos que se sobreponham aos interesses da justiça, a ponto de a parte ou o terceiro não juntar documentos? Achamos nós que não basta que a simples alegação proceda da não entrega dos documentos, há-que para o efeito, ponderar os interesses em jogo, sopesando-os e decidí-los à luz do conflito de direitos. No comércio jurídico existem direitos com tendências de supremacia, em relação aos outros. Aqueles que aparentam inferiores, devem ceder.

Do mesmo modo, o Tribunal pode por sua iniciativa ou mediante sugestão de qualquer das partes, requisitar informações, pareceres técnicos, plantas, fotografias, desenhos ou outros documentos pertinentes e necessários ao esclarecimento da verdade.

3 - PROVA PERICIAL

A perícia é o meio de suprir a carência de conhecimentos técnicos de que se ressentem o juiz para a apuração dos factos litigiosos. No dizer de AMARAL SANTOS MOACYR²⁴², é o meio pelo qual no processo, pessoas entendidas e sob compromisso verificam factos interessantes à causa, transmitindo ao juiz o respectivo parecer.

Segundo LESSONA²⁴³, a prova por peritos consiste em o juiz confiar a pessoas técnicas a missão de examinar uma questão de facto que demanda conhecimentos especiais, a fim de obter delas um parecer prestado sob juramento.

O que caracteriza o perito da parte é o facto de ser um terceiro com conhecimentos específicos relativos à matéria, com a função de captar os factos para em seguida os apreciar, emitindo juízos de valor, podendo ainda trazer ao processo dados normativos, que se denominam de máximas da experiências. É justamente esta a característica que o distingue da testemunha. A testemunha narra os factos como os viu ou

²⁴² AMARAL SANTOS MOACYR, ob.cit.

²⁴³ LESSONA, Teoria general de la prueba, pág. 509.

ouviu. Outrossim, a função do perito limita-se na matéria de facto controvertida e carecida de conhecimentos específicos que só ele tem. Lhe sendo, conseqüentemente, vedado apreciar matéria de direito, esta última cabe ao juiz, perito em direito.

A prova pericial consta do art. 388º do CC, segundo a qual, tem por finalidade a percepção de factos por meio de peritos, quando seja necessário conhecimentos especiais que os julgadores não possuem. A função da perícia não é apenas a de recolher factos, mas também a de fazer apreciação técnica dos factos observados.

A prova pericial, também se designa por prova por arbitramento, mantendo a sua versão antiga no ordenamento angolano, como se depreende do art. 568º: a prova pericial faz-se mediante arbitramento, revestindo-se de diversas modalidades como : exame, vistoria, avaliação e outros meios não especificados. Tem por objecto não só a percepção de factos, como também a apreciação técnica dos factos observados, mediante juizos de valor com base em princípios científicos e máximas de experiência.

Nos termos do art. 568º, a prova pericial é requisitada pelo Tribunal a estabelecimento, laboratório ou serviço oficial apropriado ou, quando tal não seja possível ou conveniente por um único perito, nomeado pelo juiz pessoas de reconhecida idoneidade e competência na matéria em causa.

Apesar de a perícia ser feita mediante arbitramento, o perito não se confunde com o árbitro. Porquanto, o perito é um agente da prova, por elaborar pareceres de natureza fáctica sobre a matéria com interesse para a decisão da causa, enquanto que o árbitro é o julgador, o individuo responsável por fazer cumprir a lei. É ele que pronuncia uma verdadeira decisão em matéria de facto.

O CPC de 1995 unificou as diversas formas quanto aos seus respectivos regimes, que ganhou , no dizer de ABÍLIO NETO²⁴⁴, simplicidade e coerência.

Chamar-se por arbitramento ou prova pericial é a mesma coisa e tem no dizer de ALBERTO DOS REIS, por fim a averiguação de factos ou a determinação do valor de bens. Se a averiguação recair sobre *bens*

²⁴⁴ ABÍLIO NETO, CPC Anotado, 18ª edição 2004

móveis, o arbitramento toma o nome de exame; se recair sobre *imóveis*, de vistoria e se o fim for de de terminação do *valor*, a diligência chama-se avaliação.

Para o efeito do art. 568º as partes são ouvidas sobre a nomeação do perito, podendo sugerir quem deve realizar a diligência.

O perito é obrigado a desempenhar com zelo a função pela qual for indicado, apresentando no prozo indicado o relatório pericial, art. 570º. Uma vez que a função do perito é de colaborar com a justiça, deve ser imparcial, podendo declarar-se impedido se for necessário, devendo pedir escusa da intervenção, nos termos pessoais invocados no art. 571º e 572º.

A perícia tem por objecto as questões de facto articuladas pelo requerente ou pela parte contrária. Ao se requerê-la, a parte indicá-las-á, sob pena de rejeição. Sendo requerida, o juiz ouvirá a outra parte, convencendo-a da sua pertinência. Deferida ou aceite a inspecção e feita a mesma, sob a assistência ou não do juiz, os peritos elaborarão o relatório pericial.

O resultado da perícia será expresso em relatório sobre o respectivo objecto, respondendo aos quesitos formulados e apresentando as conclusões extraídas. Se houver discordância das partes, se poderá requer segundas perícias, averiguando o mesmo objecto.

Observe -se que a segunda perícia não invalida a primeira, sendo uma e outra apreciada livremente pelo Tribunal. A segunda perícia não é uma nova perícia. A segunda perícia, dado que tem por objecto a averiguação dos mesmos factos sobre que incidiu a primeira e por finalidade a correcção de eventual enexatidão dos resultados desta, é simplesmente a repetição da primeira, arts. 589º-591º.

Até à reforma do processo civil, o requerente da realização da segunda perícia não precisava de fundamentar o pedido, não precisava de apontar defeitos ou vícios ocorridos na primeira perícia. Qualquer das partes, podia requerê-la sem dizer as razões porquê que as requeria, consequentemente, o juiz não podia indeferí-las, art. 578º-1.

Aquela redacção se mantém no ordenamento angolano. É positivo, de facto, se ter reformado esta questão, na medida em que, a não se fundamentar a segunda perícia e consequentemente não se indeferir,

muitas vezes, por má fé, as partes impertinentemente e por pretenderem manobras dilatórias requeiram segunda perícia, atrasando, dolosamente, a normal marcha do processo. A reforma de 96 orientou-se no sentido contrário, passando a exigir como condição, a sua fundamentação, através da alegação, pelo requerente das razões da sua discordância relativamente ao relatório apresentado, art. 589º-1 do CPC de 96²⁴⁵, segundo LOPES DO REGO²⁴⁶, a realização da segunda perícia não se configura puramente discricionária, antes pressupõe que a parte alegue de modo fundamentado e concludente as razões pelas quais discorda do relatório pericial já produzido, ou no caso de relatório pericial não unânime, do parecer maioritário que fez vencimento.

FORÇA PROBATÓRIA DA PERÍCIA

A força probatória da perícia consta do art. 389º do CC. A força probatória do resultado da perícia é fixado livremente pelo Tribunal. Isto é, rege-se pelo princípio da liberdade do julgamento.

No tocante ao valor da primeira ou segunda perícia, vale por inteiro, de harmonia com a máxima segundo a qual o juiz é o perito dos peritos, regendo-se, desta feita, pelo princípio da livre apreciação da prova. Decidiu nestes termos o acórdão da Relação do Porto de 29 de abril de 1993, conforme conta do BMJ nºs 425, pág 627 e 441.

Para traduzir a ideia de que os resultados da perícia não vinculam o Tribunal, todavia, por esta razão, não significa que o tribunal a possa considerar arbitrária ou discricionariamente. Na verdade, se o laudo dos peritos for tirado por unanimidade, não sendo produzida outra prova, o juiz não terá como afastar-se da conclusão dos peritos.

Por este motivo, achamos contraditório o valor da força probatória da perícia que o CC atribui, constante do art. 389º, sendo que o perito é alguém com conhecimento específicos, de que carece o Tribunal, entendo ao mesmo tempo que os resultados periciais merecem fé pública. O relatório pericial, a ser aceite, à semelhança dos documentos na prova documental, o valor da prova pericial seria o de prova plena. A não ser que o juiz caprichosamente rejeite os resultados periciais. A rejeitá-los, não precisava deles.

²⁴⁵ CARLOS GIL, Da Prova Pericial em Processo Civil, Centro de Estudos Judiciários, 2000, Págs 24-26 e Acórdão da Relação do Porto de 10 de outubro de 2009

²⁴⁶ LOPES DO REGO, Comentário ao CPC, Vol I, 2ª edição, Coimbra, 2004, pág. 509

3 - PROVA POR INSPECÇÃO JUDICIAL

O conceito de inspecção judicial é recente, apenas foi introduzido no Ordenamento português pelo art. 19º do dec.21694 de 29 de setembro de 1932. Grande problema se levantou com relação a sua terminologia, enquanto meio probatório, em muitos ordenamentos jurídicos. Assim, o ordenamento português adoptou a expressão *inspecção judicial*, outros como o francês, preferiu a *descente sur les lieux*; o italiano por *accesso giudiziale*; o alemão por *exame ocular*; a ley de Enjuiciamiento civil dá-lhe o nome de *reconocimiento judicial*; o Cód. de Cantão de vaud, usa a terminologia *inspecção do objecto litigioso*.²⁴⁷

Apesar do tumulto terminológico, a expressão mais aceite é a do cód. de Vaud: inspecção do objecto litigioso, ALBERTO DOS REIS entende que se aproxima bastante com a expressão portuguesa. Mas o que faz aproximar da portuguesa é a expressão inspecção? Quanto à nós a expressão mais perfeita é a italiana: *accesso giudiziale*. Porquanto, a expressão inspecção é muito vaga. No fundo o *accesso giudiziale* corresponde com conteúdo da inspecção judicial, constante do art. 390 do CC.

Ultrapassando a querela terminológica, temos a dizer que, a prova por inspecção tem por finalidade, a percepção directa dos factos pelo Tribunal, cujo resultado está sujeito ao princípio da livre apreciação. Trata-se de uma prova directa e real, dentro dos poderes cognitivos, resultante do ónus de afirmação das partes, de forma a que uma vez adquiridos relevantemente, segundo o juízo da livre apreciação, sejam objecto de juízo interpretativo e valorativo em sede normativa^{248, 249}

Segundo ALBERTO DOS REIS²⁵⁰ é a prova directa, por excelência, ao passo que nos outros meios de prova, o Tribunal serve-se por intermédio de. Na inspecção, o Juiz se põe directamente com o facto a provar. O que caracteriza a prova por inspecção é o facto de ser uma prova *directa e real*.

Vista esta caracterização, se podia identificar com a prova por apresentação de coisa. Na verdade a prova por apresentação de coisa,

²⁴⁷

²⁴⁸ ANTUNES VARELA, obra citada, pág 579, nota 2

²⁴⁹ ACÓRDÃO DA RELAÇÃO DE ÉVORA, de 04 de Março de 2004

²⁵⁰ ALBERTO DOS REIS, ob.cit

refere-se sempre a uma coisa móvel a ser depositada na secretaria do tribunal. A inspecção referir-se-à sempre de coisa imóvel ou móvel que não se apresenta na secretaria pela parte. Na inspecção, o juiz vai ao encontro do objecto litigioso, ou se põe a coisa à disposição da outra parte.

O Tribunal sempre que julgue conveniente, poderá por sua iniciativa ou a requerimento da parte, inspecionar coisas ou pessoas, afim de se esclarecer sobre qualquer facto que interesse à decisão. Se for requerida por uma das partes, merecerá deferimento da respectiva consideração. Claro, ressalvando-se a intimidade, a reserva privada e familiar e a dignidade da pessoa humana²⁵¹.

No acto da inspecção as partes poderão estar presentes, a critério do tribunal. Podendo, deverão ser notificadas para intervirem. Se a inspecção for por iniciativa das partes, fá-la-ão por intermédio de um requerimento, indicando os factos sobre os quais recairá a inspecção, convencendo o Tribunal para o efeito.

Da inspecção lavra-se o auto da inspecção, podendo se possível tirar-se fotografias.

O valor probatório, como diz a lei, é apreciado livremente pelo Tribunal, à semelhança da prova pericial, segundo juízos de prudente convicção fundamentada em análise crítica das provas produzidas, art. 391 do CC.

5 - A PROVA POR APRESENTAÇÃO DA COISA

Consta do art. 518º, sendo que, quando a parte pretenda utilizar, como meio de prova, uma coisa móvel que possa, sem inconveniente, ser posta à disposição do Tribunal, entregá-la-à na secretaria dentro do prazo fixado para a apresentação de documentos; a parte contrária pode examinar a coisa na secretaria e colher a fotografia dela.

Se a parte pretender utilizar imóveis, ou móveis que não possam ser depositados na secretaria, fará notificar a parte contrária para examinar a coisa e colher fotografias dela.

²⁵¹ Com relação a ressalva da vida privada, da intimidade, já defendemos aquando da admissibilidade da prova ilícita que excepcionalmente, nestes termos, não se terá em conta a reserva da vida privada, da intimidade, se for o único meio de provar a verdade dos factos, sopesando-se os direitos em jogo

Dito isto, pode parecer que a presente prova se pareça com a prova por inspecção e a pericial. Não é por acaso que o nº3º do supra citado artigo chama atenção no sentido de que a apresentação da coisa em nada prejudica o direito de se proceder a perícia e a inspecção judicial.

A diferença que se pode colher é que nesta prova se apresenta a coisa na secretaria ou à disposição da parte, sem exigência de conhecimentos específicos como ocorre na prova pericial. Na pericial exige-se peritos, isto é, conhecedores da matéria, nomeados, a quem se colocam determinadas questões. A coisa objecto da perícia, fica entre os peritos e as partes. Os peritos aparecem como que tradutores do que observam às partes e ao Tribunal; na inspecção, procedem-se com diligência, em que é o proprio Tribunal a realizá-la. O Tribunal desloca-se ao local da questão, tira as suas ilações directamente, sem mediação de ninguém. Na apresentação da coisa não existe a exigência de deslocação do Tribunal. A coisa é apresentada no Tribunal como prova. A parte propõe-se extrair da coisa a verdade dos factos que afirmou. A título do exercício do contraditório se dá à outra parte o direito de examiná-la e posteriormente, se pronunciar. Apresentar a coisa vale como apresentar o documento por ter a mesma carga emocional.

6 - PROVA TESTEMUNHAL

A prova testemunhal, é no dizer de LESSONA²⁵², as declarações judiciais emitidas por pessoa estranha ao litígio.

Para ANTUNES VARELA²⁵³, a prova testemunhal é considerada, sob vários aspectos, a prova mais importante de entre aquelas que são admitidas por lei. Testemunha, continua ele, é a pessoa que, não sendo parte na acção nem seu representante, é chamada a narrar as suas percepções de factos passados. Isto é, o que viu, ouviu, observou e o que sentiu. A mesma ideia vem rebatida por FRANCISCO DE JESUS²⁵⁴, segundo o qual, a testemunha é inquirida sobre factos de que possua conhecimento e que constituam objecto da prova.

²⁵² LESSONA, Teoria General de la Prueba, pág. 5

²⁵³ ANTUNES VARELA, obra citada, pág 609

²⁵⁴ FRANCISCO MARCOLINO DE JESUS, Os meios de obtenção da Prova Em processo Penal, pág 114

O facto de a testemunha ouvir, ver, sentir, já é problemático. Afinal, depender de uma pessoa que viu mal, ouviu mal, é um grande problema ainda. Com o agravante de as narrações das testemunhas decorrerem de imagens perceptivas, rebuscadas da memória que, com toda a probabilidade, serão incapazes de retratar com fidelidade a realidade. E como diz ANTÓNIO DAMÁSIO²⁵⁵, tudo o que sabemos é que as imagens que a nossa memória produz são reais para nós próprios e que há outros seres que constroem imagens do mesmo tipo, mas não temos a garantia de representarem a realidade absoluta.

A testemunha é apenas aquela que viu, ouviu, ou também aquela que ouviu dizer? Para FERNANDO PEREIRA PINTO²⁵⁶, a testemunha do ouvir dizer não é legalmente proibida em geral, com a excepção do Direito Penal, e como se pode depreender do art. 128º do CPP²⁵⁷.

Não somos do diapasão de Fernando Pinto, convém que a testemunha do ouvir dizer não valha também para o Direito Civil, como ocorre em penal, no pressuposto de que quem conta um conto aumenta um ponto. Narrar um facto, taxativamente como se ouviu, corre-se o risco de se realçar o ponto aumentado, redundando em irrealidade.

A prova testemunhal caracteriza-se pelo facto de ser uma prova pessoal, mas que se distingue da prova por confissão, na medida em que nesta, prende-se com uma pessoa estranha ao processo, enquanto que na por confissão, trata-se de uma pessoa, com interesse próprio, porque é parte do processo. A estranheza da testemunha, como característica essencial desta prova, muitas vezes desvirtua a própria prova testemunhal, porque psicologicamente, a pessoa não aparece para testemunhar, narrando apenas o que viu sem um outro interesse.

É tendência de a pessoa arrolada pala parte, para narrar os factos, aumente um ponto, não diga apenas os factos como sentiu, como percebeu, além de ter uma queda na causa daquele que o arrolou, mesmo que a mesma (causa) seja injusta. Este é um dos problemas que diminui o crédito desta prova, se nos atermos na ideia da equidistância que o narrador deve ter em relação aos factos pelos quais foi chamado a se pronunciar. É por esta razão que a lei para salvaguardar este perigo,

²⁵⁵ ANTÓNIO DAMÁSIO, Erro de Descartes, pág 139-152, Temas e Debates.

²⁵⁶ FERNANDO FERREIRA PINTO, Lições de Direito Processual Civil, Almeida e Leitão, pág. 429

²⁵⁷ MANUEL LOPES MAIA GONÇALVES, Código de Processo penal anotado, 17ª edição-2009 pág. 356 e 357

submete a testemunha a juramento. Raras vezes uma testemunha narra factos diversos do que aqueles que a parte que o arrolou, alegou. O que não devia ser.

Por esta razão, fala-se da fiabilidade e falibilidade da prova testemunhal. Tendo defendido os jurisconsultos romanos a máxima “ *testium fides diligenter examinanda est*”, a fidelidade das testemunhas deve ser examinada diligentemente, apesar de , do mesmo modo defenderem e continuamos a defender que, o recurso à prova testemunhal é frequente. Como bem diz FERNANDO RODRIGUES, recorre-se sempre à prova testemunhal, mesmo quando o facto parece já provado por outros meios de prova.

A prova testemunhal é de fácil manipulação²⁵⁸, exigindo por esta razão, muita precaução, devido a tendência da infidelidade de que padecem muitas pessoas.

No dizer de FERNANDO RODRIGUES, em obra citada, página 151, a infidelidade pode derivar de três causas diferentes:

1ª de erro de percepção (a testemunha captou mal o facto)

2ª de defeito de retenção (testemunha por falta de memória, faz narração inexata ou incompleta do que viu ou ouviu)

3ª de vício de parcialidade (a testemunha faz propositadamente depoimento falso ou reticente por paixão, interesse, suborno)

Caracteriza-se também, pelo facto de a prova testemunhal se tratar de declarações judiciais ou feitas em juízo;

Outra característica relevante, é , como dizia GUASP²⁵⁹, o facto de que os factos narrados pela testemunhas, serem aqueles dados que ainda não tivessem índole processual no momento em que os capturou. É lógico que assim seja, na medida em que os factos são anteriores à constituição do processo. São os factos que geram o processo.

A prova testemunhal distingue-se também da prova pericial. A

²⁵⁸ MANUEL DE ANDRADE, em Noções, pág 103, fala da particular falibilidade da prova testemunhal, sublinhando os dois grandes perigos a que a prova testemunhal está sujeita, que são: perigos de infidelidade e perigo da parcialidade. Vem dizer ALBERTO DOS REIS que a prova testemunhal é particularmente falível, porque é extremamente infiel, citando Alberto Pessoa, põe em relevo os erros devido à percepção, à memória, à sugestão, etc.

²⁵⁹ GUASP. Ob.cit. 619.

testemunha não emite juízo de valores, narra apenas os factos como ocorreram, sem a preocupação de emitir qualquer espécie de apreciação. Já o perito, capta os factos, emitindo juízos de valor. No dizer de CARNELUTTI²⁶⁰, a diferença é que a testemunha tem no processo, um papel passivo e o perito um papel activo. A testemunha é examinada, o perito examina. A testemunha não recebe nenhuma incumbência, o perito recebe incumbência do juiz. O perito é auxiliar do magistrado, e a testemunha, não. GUASP, defende o contrário, ao sustentar que a actividade da testemunha se desdobra em actividade de percepção e de valoração.

Discordamos de GUASP, embora seja tendência formular-se ao testemunha perguntas a obter delas juízos de valor ou opinião. À luz do que Alberto dos Reis e Carnelutti vêm alegando, somos da percepção de que o papel da testemunha se limita na narração dos factos. A testemunha, é como uma câmara de filmagem ou de fotografia, devendo limitar o seu papel no que reportou e captou. Sem tirar nem pôr. E como dizia o art. 641º de 39: “ a testemunha será interrogada sobre os factos incluídos no questionário, articulados pela parte que a ofereceu e deporá com precisão, indicando a razão de ciência e quaisquer circunstâncias que possam justificar o conhecimento dos factos, apenas isto.

A prova testemunhal é admissível em todos os casos em que não é afastada, art. 392º do CC, de todos os factos controvertidos. A inadmissibilidade da prova consta do art. 393º e 394º do CC prova testemunhal não é admitida nos casos em que a declaração negocial, por disposição da lei ou estipulação das partes, houver de ser reduzida a escrito²⁶¹ ou necessitar de ser provado por escrito, ou quando o facto estiver plenamente provado por documento. Se a lei exige apenas que a declaração se prove por documento, está expressamente afastada a prova testemunhal. Neste ponto, vinha plasmado no Cód. civil francês, no art. 1341º que não se admite prova por testemunhas contra e além do que constar do documento. Onde houver prova documental, afastar-se-à a testemunhal. Não se admite a inquirição de testemunhas para confirmar ou corroborar o que consta do documento, nem para contrariar ou ultrapassar o conteúdo dele, devido a fé pública que a lei

²⁶⁰ FRANCESCO CARNELUTTI, ob.cit, 1º, pág 533.

²⁶¹ Quando a declaração negocial deva ser reduzida a escrito e não o seja, o acto é nulo (art. 220 do CC) sendo por tanto irrelevante qualquer espécie de prova.

atribui ao documento. Diante do documento, a testemunha pode ser chamada, não para contrariar o sentido, mas para interpretar e lhe fixar o seu sentido e alcance.

Embora não seja pacífica esta tese, é seguida pela jurisprudência francesa e italiana. Na jurisprudência portuguesa, a mesma tese vem defendida por CUNHA GONÇALVES, em Tratado do direito civil²⁶²; do mesmo modo não é admissível prova testemunhal, se tiver por objecto convenção contrária ou adicional ao conteúdo de documento autêntico, mencionado nos arts 373º-379º do CC. Claro, nem todas as convenções contrárias ou adicionais ao conteúdo de documento são válidas, veja-se art. 221º CC. Sendo nulas não há que pôr o problema da admissibilidade da prova testemunhal.²⁶³

Quem pode depor como testemunha?

Pode depor como testemunha a pessoa com capacidade jurídica, aquele que não pode ser parte da causa. Pode também depor a coisa, desde que narre factos. Testemunha não é apenas pessoa humana, um escrito, que não é documento que não tenha declarações de vontade. É o caso de uma prova que chega ao tribunal por escrito. Se o Tribunal se encontrar em presença de um documento, tendo em conta o conteúdo do escrito, simples narrativo de factos que um declarante pretendeu fazer chegar ao conhecimento do tribunal. Se o documento contiver declarações de ciência, estaremos, de facto, diante de uma prova testemunhal. Posição não adoptada por GUASP, na medida em que para ele todo o escrito é prova documental.

O Código de 39 distinguia as incapacidades em naturais, art. 623º e legais, 624º. Constam hoje dos arts 626º e 617º, em sendo inabilidades e impedimentos, ao invés da redação de 1939, cujo princípio expressava o seguinte: podem depor como testemunhas todas as pessoas de um e outro sexo que não forem inábeis por incapacidade natural ou por disposição legal, art. 622º. A não permissão do depoimento de quem não seja inabil constitui nulidade prevista no art. 201º do CPC²⁶⁴

Consta do art. 616 do CPC, que têm capacidade para depor como testemunhas todos aqueles que, não estando interditos por anomalia

²⁶² ALBERTO DOS REIS, obra citada, pág 334

²⁶³ Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 99º, pág. 257

²⁶⁴ CASTRO MENDES, Direito Processual Civil, (obra citada) 1978, pág 43

psíquica, tiverem aptidão física e mental para depor sobre os factos que constituam objecto da prova. Incumbindo ao juiz verificar a capacidade natural das pessoas arroladas como testemunhas. Assim, os interditos, o cego, o surdo, os menores, os física ou mentalmente incapazes. Questão particular se levanta em relação aos interditos. Nos termos da lei é aquele que for declarado judicialmente, e vem dizer o nº5º do art 616º que os individuos afectados por anomalia psíquica ainda não declarada judicialmente podem ser testemunhas. Neste diapasão, terá decidido o Acórdão de relação de Évora de 07 de dezembro de 1982 , ao dizer que, o Tribunal officiosamente pode ouvir uma pessoa que seja testemunha inábil.

Posição que não adiro por pôr em risco o apuramento da verdade, sobretudo se se tratar de uma anomalia notória. Porquanto a lei nem quer saber, se a mesma seja notória. Insisto na ideia de que todo aquele que estiver afectado por uma anomalia declarada judicialmente ou não, em momento algum deve depôr como testemunha. Quem não estiver dentro das suas faculdades mentais, ainda que aparentemente, não deve depôr como testemunha.

O art. 617º fala dos impedimentos, a que ALBERTO DOS REIS designou por incapacidades legais, isto é, aqueles que tenham interesse directo na causa. Incapacidade legal ou impedimento é , na sua essência, a mesma coisa.

Os impedimentos constantes do art. 617º, constituem a regra, mas todos eles não deixam de constituir excepção. O direito probatório, tem por desiderato a busca da verdade, para melhor aplicação do direito, consequentemente, da justiça. Falar dos impedimentos constantes das als a-e, é um tanto quanto relativo, se quisermos procurar por uma justiça material. Por exemplo, uma esposa (al. d) não pode depôr como testemunha , contra o marido que abusou-se sexualmente contra a sua filha? Uma sogra não pode testemunhar a favor da sua filha que foi mortalmente agredida pelo genro? A resposta é positiva, desta e outras questões da mesma natureza. A excepção prevista no nº 2º do art. 617º, deve ser vista à titulo exemplificativo, porque na verdade, todos os impedimentos preveem excepções. Estas excepções nos podem remeter de novo, na problemática da prova ilícita. De facto definida que foi a prova ilícita, como sendo aquela cuja admissibilidade ou valoração é contra legem, estaremos efectivamente, ao admitirmos os exemplos

supra, diante de prova ilícita. Esseveramos naquele capítulo que excepcionalmente, enquanto única via para a descoberta da verdade, todas as provas servem.

Além dos impedimentos constantes da lei, prevê-se também limites à prova testemunhal. Constavam do art. 621 de CPC de 39, sob a epígrafe: limites ao uso desta prova, segundo o qual, é inadmissível a prova de testemunhas em contrário ou além do conteúdo de documento autêntico, na parte em que estes têm força probatória plena. Posição acolhida pelos ordenamentos francês e italianos, cfr. 1341º dos respectivos ordenamentos. Porquanto, os documentos autênticos, mercê da fé pública, produzem prova plena.

VALOR DA PROVA TESTEMUNHAL

Constava do art. 625º de 39 o valor da prova testemunhal, segundo o qual, a força probatória dos depoimentos das testemunhas será apreciada livremente.

No actual CC consta do art. 396º com o mesmo conteúdo e sentido. O julgador é livre na avaliação da prova testemunhal. Vinha no Ordenamento esonhol, na Ley de Enjuiciamento Civil, art. 659º que, os juizes e Tribunis apreciarão a força probatória das declarações das testemunhas segundo as regras da crítica sã, tendo em consideração a razão de ciência que houverem dado e as circunstâncias que nela concorram.

Desta maneira, pode dar-se por provado um facto certificado pelo testemunho de uma única pessoa, embora contra ele tenham deposto, várias testemunhas. Na valoração da prova testemunhal, é irrelevante o número de testemunhas, duma ou doutra parte. É irrelevante as muitas vozes contra uma única voz. O que é relevante para o Juiz é o seu convencimento. O inverso, dificilmente se conceberia, neste regime de prova livre, que fosse de igual força a prova testemunhal de uma e de outra parte. Foi por este motivo que o art. 2514º do CC de Seabra, mandava avaliar a força probatória dos depoimentos, tanto pelo conhecimento que as testemunhas mostrassem ter dos factos, como pela fé que merecessem pelo seu estado, vida, costume, ou pelo interesse que podessem ter ou não no pleito. É por esta razão que apesar das limitações constantes dos arts 616º e 617º do CPC, para melhor

convencimento nos depoimentos, pergunte-se à testemunha se é parente, afim, amigo, inimigo, relação existente com uma das partes. Tais respostas, no dizer de CUNHA GONÇALVES, não deixam de influir na livre apreciação, além de submeter à juramento a testemunha.

Dissemo-lo antes, que a livre apreciação da prova, não significa que o tribunal julgue arbitrariamente, mas sim segundo a sua consciência.

O formalismo da prova testemunhal consta dos artigos 618º-645º.

7 - A PRESUNÇÃO

Entendemos arrumar as presunções em último plano por terem, em grande parte, sido abordadas aquando do ónus da prova e por causa da querela, quanto à sua admissibilidade como meio de prova.

O vocábulo presunção vem do latim, *presumptio*, tendo o seu sentido vulgar de opinião ou juízo que tem por alicerce as aparências, os indícios.

O Direito serve-se muitas vezes das presunções no sentido de buscar um entendimento sobre questões, mediante um facto conhecido, para reconhecer a existência ou os efeitos de um desconhecido.

No dizer de NICHOLAS RESCHER²⁶⁵, a presunção é um facto putativo que, não sendo mais do que provável ou plausível, tendo em conta as circunstâncias conhecidas, se aceitam provisoriamente como verdadeiros, até que sobrevenha um outro dado probatório concreto.

A presunção é um recurso lógico-dedutivo de conhecimento, que torna possível agir da melhor maneira possível, numa situação que exige uma actuação. A ideia da presunção prende-se com o facto de se ter por verdadeiro alguma coisa até que se prove o contrário.

LUIS FILIPE DE SOUSA²⁶⁶, defensor da presunção como meio de prova, vem dizer que a validade da presunção emerge ex post facto, através da utilidade, tanto cognitiva como prática, dos resultados que a mesma proporciona. Perante a necessidade de tomar decisão ou de suprir informação insuficiente, o recurso à presunção permite avançar

²⁶⁵ NICHOLAS RESCHER, *presumption and Practices of tentative cognition*, Cambridge, 2011, pág 4

²⁶⁶ LUIS FILIPE PIRES DE SOUSA, *a Prova por Presunção no direito civil*

da melhor forma possível, oferecendo a perspectiva de sucesso naquele concreto contexto.

As presunções regem-se pelo silogismo lógico-dedutivo, garantido tão sómente que o discurso seja correcto, não necessariamente verdadeiro, ou verdadeiro enquanto não se provar o contrário v.g arts. 68º, nº 2 e 3; 114º e 115º do CC²⁶⁷.

Se entende de facto, que a presunção é uma actividade de risco, pelo facto de provir de uma actividade intelectual, lógico-dedutiva. É por este motivo que se marginaliza como meio de prova. Neste sentido, o Ac. do STJ de 12 de Novembro de 1974²⁶⁸, asseverou que, as presunções não são propriamente meios de provas, mas meios lógicos ou mentais, ou afirmações formadas em regras de experiência. Assevera LEBRE DE FREITAS²⁶⁹ que a presunção legal apela sempre a regra da experiência que, atendido o elevado grau de probabilidade ou verosimilhança da ligação concreta entre o facto que constitui base da presunção e o facto presumido, permite dar por assente quando o primeiro é provado.

Pensamento diferente é o de LUIS FILIPE PIRES DE SOUSA que não a subalterniza em relação aos outros meios de prova, segundo o mesmo, a presunção sustenta por si só o convencimento judicial.

As presunções vêm previstas nos artigos 349º-351º do CC, nos termos do qual, são ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para afirmar um facto desconhecido. Nestes termos, a presunção é o resultado de um raciocínio lógico. Parte-se de um facto provado, para se chegar à existência de outro a provar. Subsumindo um nexo entre dois factos. Neste entretanto, a existência de uma presunção caracteriza-se pela seguinte estrutura:²⁷⁰

Facto base/facto indiciário+ nexo lógico=facto presumido.

O facto-indiciário é o facto conhecido a que se reporta, podendo consistir num facto ou numa pluralidade de factos, que devem estar devidamente comprovados. O facto indiciário desempenha uma função

²⁶⁷ Ao longo do conflito armado em Angola, factos e cenas de género ocorreram, pessoas desaparecidas, tidas por falecidas nos termos do art. 114º e reapareceram 40 anos depois. Tais pessoas enquanto não aparecessem eram tidas, logicamente, por falecidas

²⁶⁸ BMJ, 241º- 290

²⁶⁹ JOSÉ LEBRE DE FREITAS, ob. cit., pág. 196

²⁷⁰ LUIS FILIPE PIRES DE SOUSA, ob. cit., pág. 29

de facto constitutivo da pretensão do autor, cuja alegação e prova lhe incumbe, cfr. Art. 342º-1 do CC. Tal prova pode decorrer de prova testemunhal, documental, pericial ou inspeccional.

O nexó lógico, é a consequência do reconhecimento de uma máxima de experiência, a ligação entre o provado e o por provar, o critério da vinculação. Constituindo o fundamento da presunção.

O facto presumido, integra o pressuposto fáctico de uma norma jurídica que sustenta a pretensão da parte.

Será ou não a presunção um meio de prova? A resposta a esta pergunta, prende-se com a natureza jurídica das presunções.

O supra referenciado Ac. Do STJ de 12.12.74, asseverou que as presunções não são propriamente meios de prova. A mesma posição é sufragada por VAZ SERRA²⁷¹, ao acrescentar que as presunções são somente meios lógicos da descoberta de factos e se firmam mediante regras de experiência. Do mesmo modo TEIXEIRA DE SOUSA²⁷² reiterando as ideias supra, acresce que as presunções não são meios de prova porque não conduzem à prova do facto presumido, mas à inferência desse facto de outro pelo que são antes meios de dispensa de prova do facto presumido.

LUIS FILIPE DE SOUSA tem posição diferente, aliás enleva as presunções como meio de prova por excelência, ao dizer que as presunções legais facilitam a prova ao beneficiário alterando o tema da prova, mas não impede de provar. Vai mais longe, ao dizer que a presunção não se esgota com o nexó lógico, sendo ainda integrada pela prova de um facto base, os meios de prova e as presunções, continua ele, servem a mesma finalidade que é a da formação da convicção do juiz sobre os factos.

Por nós, muito embora as presunções estejam previstas na secção dos meios de prova, nem por isso se devem considerar meios de prova. Se atendo ao disposto de LUIS FARIA DE SOUSA, de que a presunção legal facilita a prova ao beneficiário, mas não o impede de provar o facto presumido, concluímos que elas não são verdadeiramente meios de prova, na medida em que o facto provado por presunção não obsta

²⁷¹ BJM nº 110, pág. 198

²⁷² TEIXEIRA DE SOUSA, ob. cit. Pág 198

que seja provado por um outro meio de prova. As presunções, é no dizer de ANTUNES VARELA²⁷³, meios de prova por sua natureza frágeis, precários, cuja força persuasiva pode ser afastada, por simples contraprova.

O facto provado por presunção é precário, efémero. As presunções têm corpo, mas não alma. Por este motivo, opto pelas posições de Teixeira de Sousa e Vaz Serra, uma vez que a presunção é uma ilação, um juízo lógico-dedutivo. O facto indiciário (corpo) é fonte de prova, mas não gera o meio de prova, como ocorre v.g. com os meios de prova propriamente ditos. Os meios de prova propriamente ditos, são fonte de prova, é o caso da testemunha (corpo ou fonte de prova) e a declaração testemunhal (alma ou meio de prova). Facto que não ocorre com as presunções. Não pode ser considerado meio de prova em processo Civil. Os factos resultantes do exercício presuntivo são meramente probabilísticos.

BIBLIOGRAFIA

Dos Reis, Alberto, Código de Processo Civil Anotado, volumes III e IV, Coimbra Editora, 2005 e 2007.

Augusto Pais do Amaral, Jorge, Direito Processual civil, 9ª edição, Almedina.

De Andrade, Manuel, Noções.

Liebman, Eurico Túlio, Manual de Processo Civil, tomo 1.

Taruffo, Michel, A Prova e La Semplice Verita le Giudice e la Construzione dei facti.

Santos, Amaral, Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, III volume.

E. Volteira, Instituzione di diricto Privato Romano, Roma, 1961.

Larenz, Karl, Metodologia da ciência do Direito, 6ª edição.

Arruda, José Manoel Elvim, A dogmatica Jurídica e o Novo código de Processo Civil, revista de processo numero 1, S. Paulo.

²⁷³ PIRES DA LIMA e ANTUNES VARELA, CC anotado, Vol. I pág 312

Gonçalves, Cunha, Tratado de Direito Civil, Vol. 13.

Vieira Neves, Rosa, A Livre Apreciação da Prova e a obrigação de fundamentação, Coimbra editora.

Carnelutti, Francesco, A Prova.

Bedaque, José Roberto dos Santos, Poderes instrutórios do Juiz, 3ª edição. S. Paulo.

Quiroca, Lopez Barnabé, Las Escuchas Telefónicas .

Silva, Paula Costa e, Saneamento e Condensação no Novo Processo Civil.

Marques, João Paulo Remédio, Acção Declarativa à luz do Código Revisto, 2ª edição.

Rangel, Rui Manuel de Freitas, o Ónus da Prova em Processo Civil, 3ª edição.

Giuliani, Alessandro, A Lógica.

Scarance, António Fernandes, o Processo Penal constitucional.

Dias Marques, José, Noções Elementares de Direito Civil, 1992.

Ferreira, Manuel Carlos, Os Poderes do Juiz e poderes das partes, revista da Ordem dos Advogados, ano 50, Lisboa, Abril 1990.

João Abrantes, José, A Prova Ilícita.

Almeida Ribeiro, Manuel, A Morosidade da Justiça.

Teixeira de Sousa, Miguel, As Partes, o Objecto e a Prova.

Castro Mendes, de João, Do Conceito da Prova; Direito Processual Civil, volume II.

Lebre de Freitas, José, Acção Declarativa à luz do código Revisto, 2ª edição.

Lebre de Freitas José, Estudos Sobre Direito Civil e Processo Civil, 1º e 2º volumes.

Lebre, de Freitas José, A confissão no Direito Probatório, um estudo de Direito Positivo, 2ª edição.

Santos Abrantes Geraldês, António, Temas da Reforma do Processo Civil, 4ª edição revista e actualizada.

Filipe Pires de Sousa, Luis, Prova Testemunhal, 2013.

Marcolino de Jesus, Francisco, Os Meios de Obtenção da Prova em Processo Penal.

Jauerning, Othmar, Direito Processual Civil, Almedina.

Francisco de Oliveira Lopes do Rego, Carlos, Comentários ao Código de Processo Civil, Volume I, 2ª edição.

Ferreira Rodrigues, Fernando, A Prova Em direito Civil, Coimbra editora.

Fernandes Rodrigues Bastos, Jacinto, Notas ao Código de Processo civil, volume III, 3ª edição, Lisboa 2001.

Pinto, Rui, colectânea de estudo de Processo Civil.

Filipe Pires de Sousa, Luis, Prova por presunção no Direito Civil, 2ª edição, 2013 .

Varela Antunes, Miguel Bezerra e Sampaio E Nora, manual de Processo Civil, 1985.

Eduardo de Urbano e Morato, Miguel Ángel Torres, La prueba ilícita Penal, estudio jurisprudencial, 5º edición.

Alexandre, Isabel, Provas ilícitas em processo civil, Almedina.

Damásio, António, O erro de Descartes, temas e debates.

Mondim, Baptista, curso de filosofia, volume 2, PAULUS.

Abbagnano, Nicolas, História da filosofia, volumes 6º e 7º, editorial presença.

Revista da Ordem dos Advogados, ano 50, Lisboa, Abril 1990.

Revista Julgar nº1- 2001.

Revista Julgar nº3-2007.

Revista do CEJ, nº 7, 2º semestre 2007.

Revista de Processo número 16. S. Paulo (revista dos Tribunais).

Revista de Processo nº1 S. Paulo.

Revista da Faculdade de Direito, 1962, Vol. LVII.

Revista Dialética de Direito Processual nº 17.

Revista da Ordem dos Advogados, 1972.

Revista da Faculdade de Direito, 1962, Vol. LVII.

Rivista Trimestrale di Diricto e Procedura Civile, le Preuve ilicita nel
Procedura Civile.

BJM, 74, 1958

BJM nºs 275, 414, 425 e 231.

Colectânea de Jurisprudência, ano XI, tomo II

Parecer, CEJ, 1981, tomo 1

INDICE

SIGLAS E ABREVIATURAS	2
PRÓLOGO	3
CAPÍTULO I.....	4
1.-1 Âmbito do direito probatório	4
1.2- PROVA, Etimologia , Conceito e Teoria	11
1.2.1. OS SENTIDOS DA PROVA	18
1.2.2.CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS	23
1.3- OBJECTO DA PROVA	24
1.3.1 FACTOS NÃO CARECIDOS DE PROVA	34
1.4- O OBJECTIVO DA PROVA	41
1.4.1- DIREITO À PROVA.....	41
1.4.2 DIREITO À VALORAÇÃO DA PROVA.....	44
1.5 PRODUÇÃO ANTECIPADA DAS PROVAS E VALORAÇÃO ANTECIPADA DAS PROVAS	50
1.6. VALOR EXTRAPROCESSUAL DA PROVA	55
1.6.1. OS GRAUS DA PROVA.....	59
1.6.2. LIMITES DO DIREITO À PROVA.....	61
2- PROVA E VERDADE	61
2.1. PRESSUPOSTOS DO PRINCÍPIO DA VERDADE SUBSTANCIAL	66
2.2- VERDADE ABSOLUTA E RELATIVA.....	67
2.3-VERDADE PROCESSUAL E SUBSTANTIVA.....	68
3-JUSTIÇA PROCESSUAL OU SUBSTANTIVA.....	70
4- DIREITO PROBATÓRIO FORMAL E MATERIAL	70
5. NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO PROBATÓRIO.....	71
CAPITULO - II	72
1. O ONUS DA PROVA.....	72
1.1- O ONUS DA PROVA ENQUANTO FUNDAMENTO DO DIREITO DE ACÇÃO.....	75
1.2-DIREITO DE ACÇÃO E O ÓNUS	77
1.3-PROIBIÇÃO DO NON LIQUET DO TRIBUNAL E O ONUS JURIDICO DA PROVA..	78
1 - O PRINCIPIO DO INQUISITÓRIO.....	90
2.1- O PRINCÍPIO DO INQUISITÓRIO E OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ	95
1 - PRINCÍPIO DA AUDIÊNCIA CONTRADITÓRIA	101
1 - PRINCÍPIO DA (IN) ADMISSIBILIDADE DA PROVA ILÍCITA.....	106
CAPÍTULO - III.....	114
OS MEIOS DA PROVA.....	114
1 - A PROVA POR CONFISSÃO	115
MODALIDADE DE CONFISSÃO	119
VALOR PROBATÓRIO DA CONFISSÃO.....	120

NATUREZA JURÍDICA DA CONFISSÃO	121
PRINCÍPIOS PELOS QUAIS SE REGE A CONFISSÃO	122
INDIVISIBILIDADE.....	122
2 - PROVA DOCUMENTAL	123
ESPÉCIE DE DOCUMENTOS	124
VALOR PROBATÓRIO DOS DOCUMENTOS	127
QUANDO É QUE UM DOCUMENTO É FALSO?	129
MOMENTO DA APRESENTAÇÃO DA PROVA DOCUMENTAL	131
3 - PROVA PERICIAL.....	133
FORÇA PROBATÓRIA DA PERÍCIA.....	136
3 - PROVA POR INSPECÇÃO JUDICIAL.....	137
5 - A PROVA POR APRESENTAÇÃO DA COISA	138
6 - PROVA TESTEMUNHAL	139
VALOR DA PROVA TESTEMUNHAL.....	145
7 - A PRESUNÇÃO	146
BIBLIOGRAFIA.....	149