

Lucinda Maria Duarte Dias da Silva

CONVENÇÕES DE PROVA EM PROCESSO CIVIL

UNIVERSIDADE DE COIMBRA



Lucinda Maria Duarte Dias da Silva

CONVENÇÕES DE PROVA EM PROCESSO CIVIL

Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Processuais sob orientação  
do Senhor Prof. Doutor Joaquim José Coelho de Sousa Ribeiro  
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

2015



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



## CONVENÇÕES DE PROVA EM PROCESSO CIVIL

Tese de Doutoramento em Direito  
Especialização em Ciências Jurídico-Processuais  
sob orientação do Senhor Prof. Doutor Joaquim José Coelho de Sousa Ribeiro

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Lucinda Maria Duarte Dias da Silva

2015



## Súmula/Abstract

### Convenções de Prova em Processo Civil

Constitui objectivo da presente súmula delimitar as razões, o objecto e o propósito da investigação, bem como explicitar o caminho adoptado para reflexão sobre algumas das questões que o tema, ora tomado como mote problemático, suscita.

A escolha do tema “Convenções de Prova em Processo Civil”, como objecto de estudo, deveu-se, em primeiro lugar, à circunstância de se tratar de matéria que contende com duas dimensões particularmente relevantes no domínio do direito processual civil: por um lado, com a prova, enquanto matéria constitucionalmente regulada e direito adjectivo de titularidade indispensável ao real exercício, em juízo, de direitos *subjectivos* (substantivos ou não); por outro lado, com a natureza *pública* deste ramo de direito.

Qualquer uma das referidas dimensões se reflecte nos planos da admissibilidade e validade das convenções, celebradas entre as partes, com o intuito de alterar o regime de prova legalmente previsto.

Deveu-se, em segundo lugar, ao facto de se tratar de uma convenção com importante relevo prático, enquanto forma de gestão do risco processual. Constitui, este tipo de acordo, uma via a que as partes frequentemente recorrem no sentido de antecipadamente definirem, em função da particularidade dos seus interesses e da especificidade da relação jurídica que as une, o regime de prova a observar no contexto de uma (por regra, futura e hipotética) acção.

Na Parte I, trata-se da figura das convenções de prova em particular, desdobrando-se a análise do seu regime geral em dois pontos. Considera-se, no primeiro, o objecto da convenção, apurando-se o que se entende por prova para o presente efeito. No segundo, toma-se como centro da ponderação reflexiva a natureza convencional do pacto celebrado. Aí se discernem dois problemas: por um lado, o da classificação da convenção, considerando o modo de congregação de vontades a que nela há lugar; por outro lado, o da classificação do pacto, considerando o tipo de matéria a que esta respeita.

Na Parte II, num segundo momento, das gerais condições legais de validade desta modalidade convencional, onde se discernirão, como essenciais critérios de controlo daquela: a natureza disponível do direito exercido, o grau de dificuldade de exercício do direito à prova e as razões de ordem pública determinantes das regras relativas à prova.

Na Parte III, consideramos, de modo particular, várias modalidades de convenções de prova em abstracto concebíveis, detendo-nos em algumas das especificidades problemáticas que cada uma delas suscita. Distinguimos, para tanto, três tipos fundamentais: as convenções relativas aos meios de prova, as convenções relativas ao procedimento de prova e as convenções reguladoras da actividade de decisão da matéria de facto controvertida, sendo que, adentro destas três tipologias, consideramos diversas sub-espécies negociais.

Palavras-chave

***Convenções de prova***

Abstract Dissertation

**Evidence Agreements in Civil Procedure Law**

With the present abstract we intend to delimit the reasons, the object and the purpose of the investigation, as well as clearly state the reflexive pathway to adopt in order to reflect upon some of the issues arising from the motto problem chosen theme.

The choice of the theme “Evidence Agreements in Civil Procedure” as object of study is due to two essential reasons.

First, it relates to the fact that it is a subject, which runs counter to two particularly relevant aspects of the civil procedure law field. On the one hand, with the evidence, while constitutionally foreseen and indispensable ownership procedural right to the exercise, in court, of material or procedural nature rights; on the other hand, with the public nature of the law field in question (civil procedure).

Any of the cited dimensions allows one to question the acceptability and validity of conventions celebrated between the parties in order to alter the legally applicable regime in evidence.

Secondly, the selection of this theme was due to the circumstance that it is a convention with an important practical dimension, as a form of managing the procedural risk. In fact, it constitutes a mean the parties resort to in the sense of defining, in advance, according to the specificity of their interests and of the legal status that unites them, the evidence regime to take into account within the context of an (in most cases, hypothetical and future) action.

In Part I, one will deal with the evidence agreements entity, unfolding the analysis in two directions. On the first, one will consider the object of the convention, ascertaining what is meant by evidence for the current purposes. On the second, one will assume, as weighting hub, the conventional nature of the celebrated pact, discerning two problems: on one hand, the classification of the convention, considering the type of will congregation present; on the other, the kind of convention at stake, considering the type of matter (procedural or not) it concerns.

In Part II, one will deal with the general legal conditions of validity of this conventional mode, where one will distinguish as essential objects of analysis: the available nature of the exercised right, the degree of availability of the right to evidence and the reasons of public policy determining the rules relative to the evidence.

In Part III, one will consider, in a particular way, various modes of evidence agreements conceivable in abstract, analysing some of the specific issues that each raises. We distinguish, as fundamental three types: the agreements related to the means of evidence, the agreements relative to the activity of production of evidence and the agreements regulating the contested factual matter decision activity, where, within these three typologies, one will differentiate many agreements subspecies.

Keywords

***Evidence agreements***



**Parte I – Convenções de Prova – Objecto e Natureza**

## Capítulo I – Objecto Convencional

Continua actual a observação de DICKHOFF, quando notava a inexistência de homogeneidade no que diz respeito à terminologia e delimitação da noção de convenções de prova (*Beweisvereinbarungen*).<sup>1</sup>

Manifesta era, então, a diversidade de concepções– oscilante, designadamente, entre a mais restritiva concepção de BÜLOW e a mais ampla perspectiva de SACHSE. A unanimidade doutrinal conserva-se, porém, hoje, inalcançada, sendo que, como decorre da concepção de WAGNER, quando observa que a expressão „convenção de prova“ se revela „pouco feliz“, se não logrou ainda consenso, sequer quanto à adequação da designação do acordo em causa.<sup>2</sup>

Importará, assim, aproximarmo-nos dos traços fundamentais deste tipo de negócio jurídico.

Discernimento que procuraremos realizar em dois momentos. Num *primeiro* passo, por referência ao seu *objecto* (tema do presente capítulo). Num *segundo* (objecto do segundo capítulo), por referência à *natureza da conciliação de vontades*, a que nele há lugar.

No que concerne ao *primeiro* aspecto – objecto do negócio jurídico –, como resulta da mais frequentemente adoptada designação (legal e doutrinal) quanto a este tipo contratual (convenções de prova), os pactos em análise têm por objecto a *prova*.

Esta corresponde a noção, cujo *conteúdo*<sup>3</sup> se revela plurifacetado e cujo *âmbito*<sup>4</sup> será mais ou menos amplo consoante a maior ou menor extensão que se associe ao conceito.

---

<sup>1</sup> DICKHOFF reportava-se, então, à doutrina alemã do séc. XIX e primeira metade do séc. XX, *Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeß*, Buchdruckerei Franz Linke, Berlin, 1941, p. 7.

<sup>2</sup> Na perspectiva de WAGNER, a designação „Beweisverträge“ revela-se „als nicht gerade glücklich“, *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 608. Em visão mais contemporizadora, JÄCKEL, quando diz reconhecer utilidade à expressão, tomando esta por noção que alberga todas as realidades negociais através das quais se regulem questões da prova. Em termos mais extensos, define por convenção de prova o acordo baseado na vontade unânime de, pelo menos, duas pessoas acerca da condução e recolha de prova no âmbito de um processo civil (por regra actual, embora possa assumir carácter futuro) em que figuram como partes, *Beweisvereinbarungen im Zivilrecht Wirksamkeit und Wirkungen aus materiell-rechtlicher und prozessualer Sicht*, Duisburg; Köln, 2007, p. 4.

<sup>3</sup> Objecto da Secção I.

<sup>4</sup> A considerar na Secção II.

## Secção I- Conteúdo

A celebração de convenções de prova constitui manifestação, em sede processual, da autonomia privada, sob as vestes do exercício da liberdade negocial (na feição de auto-regulação adjectiva), no plano do direito da prova.

A consideração do *conteúdo* que, assim, em mãos privadas se molda, implica atentar nas várias dimensões que integram a noção de prova. Dimensões que se conservam invariáveis, no essencial, independentemente da abrangência significativa (âmbito) que se atribua ao conceito (prova).

MANUEL DE ANDRADE categoriza quatro tipos de definições doutrinárias do conceito de prova, discernindo as concepções em que a prova é concebida como *actividade probatória* (ou instrutória), como *resultado* (resultado probatório), como *motivo ou argumento probatório* e como *meio de prova* (instrumento ou fonte de prova).<sup>5</sup>

Tomando, no essencial, por referência, essa estrutura distintiva, identificaremos quatro dimensões integrantes da noção de prova, podendo esta, como polígono, ser concebida sob a face de *meio (Beweismittel)*,<sup>6</sup> sob a face de *actividade (Beweisaufnahme)*<sup>7</sup>, sob a face de *teor informativo* proporcionado pelo meio em causa [material probatório (*Beweisstoff*)], susceptível de constituir fundamento ou base

---

<sup>5</sup> *Noções elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, Nova Edição, revista e actualizada, 1993, pp. 177 e 178. Othmar JAUERNIG parece eleger a segunda dimensão, como sentido principal da noção de prova, não obstante salvaguardar que os demais são também associáveis ao conceito, *Zivilprozessrecht*, 29. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2007, p. 158. Antunes VARELA, Miguel BEZERRA e Sampaio NORA adoptam classificação mais condensada, contrapondo à noção de prova (enquanto meio), apenas a prova, enquanto actividade, *Manual de Processo Civil*, pp. 434 e 435. É a primeira dimensão do conceito que Barbosa MOREIRA toma por referência prova quando, referindo-se ao escopo funcional desta, diz estarem em causa “veículos de informações”, “Observaciones sobre las llamadas pruebas atípicas”, *Revista de Derecho Procesal*, n.º 3, 1999, p. 539. Em visão bipartida, PINTO DE ABREU distingue um sentido restrito e imediato (em que toma a prova como “demonstração inequívoca da realidade de um facto”, com o que a aproxima da dimensão de resultado), de um sentido lato ou mediato (em que, relevando a dimensão de actividade sequencial, considera a prova enquanto “processo ou conjunto dos procedimentos que tem por fim tal demonstração”), “Prova e Meios de Obtenção de Prova Breve Nota sobre a Natureza e o Regime dos Exames no Processo Penal”, *I Congresso de Processo Penal*, Almedina, pp. 259 e 260.

<sup>6</sup> Dimensão considerada pela primeira facção que MANUEL DE ANDRADE discerne no âmbito da perspectiva doutrinal que, concebendo a prova, enquanto *fonte*, por aquela entende, em visão restritiva (que sublinha ser a adoptada por ROSENBERG) “só as coisas corpóreas (corpos físicos: a testemunha, o documento, o perito, etc.) que possibilitam ao juiz uma percepção sensível (directa ou indirecta) sobre os factos da causa”, *Noções elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, Nova Edição, revista e actualizada, 1993, p. 178.

<sup>7</sup> Enquanto “actividade (actos processuais) dirigida aos fins próprios da intrusão”, *Noções elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, Nova Edição, revista e actualizada, 1993, p. 178. Antunes VARELA, Miguel BEZERRA e Sampaio NORA explicitam, na noção que adoptam de prova, enquanto actividade, os fins que presidem à instrução, quando aludem à prova como “actividade persuasiva da veracidade de certos juízos de facto”, consubstanciada em “diligências efectuadas com o fim de demonstrar a realidade de determinados factos”, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, Reimpressão, 2006, pp. 434 e 435.

probatória (*Beweisgrund*)]<sup>8 9</sup> e sob a face de consequência ou *resultado* (*Beweiserfolg*) da mobilização desse conteúdo, no plano da decisão jurisdicional<sup>10</sup>.

A natureza multifacetada da noção de prova associa-se à circunstância de esta constituir instituto jurídico<sup>11</sup>, atinente à justificação ou fundamentação de uma determinada versão dos factos controvertidos. Sendo este o seu escopo, o regime que a regula perpassa todo o segmento processual que medeia entre o ponto em que se *define a controvérsia* factual e o ponto em que se verifica a sua *extinção*. Respeita, em suma, a todo o percurso que culmina com a decisão que reconhece como prevaiente, porque justificada, uma das versões da temática factual controvertida. É ao longo desse percurso, que as diversas feições (dimensões) da prova se vão revelando.

Convocamos a imagem do polígono, porque nenhuma das faces poligonais anula a outra, nem aquele se resume a qualquer uma destas; antes se define na unidade por todas formada.

A noção de prova que se adopta não pressupõe, pois, na visão que perfilhamos, a opção por qualquer uma das suas dimensões, enquanto critério definidor— implica, diferentemente, a consideração da realidade complexa, integrada por uma multiplicidade de superfícies constitutivas. Em sintonia com DENTI, não temos, assim, por incompatíveis as dimensões associáveis a esta noção, não havendo, por outro lado,

---

<sup>8</sup> Dimensão correspondente ao segundo sentido que MANUEL DE ANDRADE nota, por um lado, poder ser associado à definição de prova, enquanto *resultado* (conjunto de “dados fornecidos pela actividade probatória, mesmo que não conduzam à efectiva demonstração dos factos visados”), bem como corresponder, por outro lado, ao sentido que alguma doutrina associa à noção de prova, enquanto *meio* ou fonte. Esta dimensão integra, igualmente, a noção de prova que, na distinção que o autor estabelece, se identifica com a concepção de prova, enquanto *motivo* ou argumento, entendendo-se por este “qualquer elemento (do material probatório) que tenha produzido a convicção do juiz”, *Noções elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, Nova Edição, revista e actualizada, 1993, p. 178.

<sup>9</sup> A particular afectação funcional-processual desta dimensão da prova (como conjunto de dados empíricos recolhidos) constitui uma das circunstâncias que permite distinguir o juiz do historiador, enquanto sujeitos que, similarmente, desenvolvem actividade de apreciação de elementos de prova, com o intuito de conferir fundamento a versões factuais dotadas de carácter controvertido. Neste sentido, Antonio CARRATA identifica como principal critério distintivo entre a actividade do juiz e a do historiador a circunstância de aquele desenvolver a sua actividade no contexto de um processo legalmente regulado: “...não se pode negar a especificidade da prova judiciária por ser chamada à verificação/falsificação das afirmações factuais das partes no interior de um contexto altamente formalizado como é o processo. Querendo transpor para o processo uma terminologia elaborada sobretudo no plano científico, pode dizer-se que a prova judiciária opera no seio de um muito preciso e formalizado “contexto de justificação”, do qual não é possível prescindir se não se quiser incorrer em equívocos fáceis”, “Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)”, *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LVI, N. 1, Gennaio-Marzo, 2001, pp. 77 e 78.

<sup>10</sup> Coincidente com o primeiro sentido que MANUEL DE ANDRADE observa poder associar-se à definição de prova, como *resultado*, tomando-se, sob esta perspectiva, por prova “a demonstração efectiva (segundo a convicção do juiz) da realidade de um facto – da veracidade da correspondente afirmação”, *Noções elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, Nova Edição, revista e actualizada, 1993, p. 178.

<sup>11</sup> Reúne, na verdade, as características que Miguel REALE associa aos institutos jurídicos, enquanto “...estruturas normativas complexas, mas homogéneas, formadas pela subordinação de uma pluralidade de normas ou modelos jurídicos menores a determinadas exigências comuns de ordem ou a certos princípios superiores, relativos a uma dada esfera da experiência jurídica”, *Lições Preliminares de Direito*, 10.ª edição, Almedina, Coimbra, 1982., pp. 190-191.

que proceder à selecção de qualquer uma para efeitos de apuramento do conteúdo (definição) do conceito.<sup>12</sup>

A não exclusão de qualquer uma das referidas dimensões da noção de prova, não colide, contudo, com o facto de, para fins analíticos, aquela poder ser considerada sob apenas algum ou alguns dos ângulos que a constituem<sup>13</sup>, nem com a circunstância de cada um destes ser regulado por distintas normas jurídicas.

## Secção II- Âmbito

À noção de prova (assim complexamente concebida) pode ser reconhecida extensão mais ou menos ampla, o que contende com o seu *âmbito*. Importa, quanto a este, sublinhar as diversas fronteiras concebíveis e aquela por que optamos.

A definição desta área assume particular relevo no contexto do presente estudo, na medida em que corresponde à delimitação do objecto possível das convenções que consideramos. Não serão qualificáveis, como convenções de prova, pactos que não respeitem a matérias incluídas no seio do perímetro, que assim se procura escrutinar.

---

<sup>12</sup> DENTI refere as três primeiras dimensões, enquanto três significados possíveis da noção, o que, quando isoladamente considerado, conduziria a concluir que não adopta a perspectiva concentrada que referimos em texto. Apesar de dizer estarem em causa três sentidos do termo “prova” (associando o primeiro à expressão *evidence* e encontrando na terceira o equivalente de *proof*), observa, porém, simultaneamente, que as diferentes alusões a que se reporta exprimem “os diversos aspectos do fenómeno probatório”, com o que denota, em perspectiva com que nos identificamos, reconduzir cada um dos sentidos a uma dimensão de um fenómeno complexo e plurifacetado, “Scientificità della prova e libera valutazione del giudice”, *Un progetto per la giustizia civile*, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 61. Embora distinga três acepções em que o termo prova pode ser compreendido (“-Como *actividade* destinada a demonstrar a verdade dos factos alegados em juízo – melhor se dirá então actividade probatória; - Como *resultado* final consistente em a verdade de factos alegados ficar demonstrada ( ...); - “Como cada um dos meios, de natureza diversa, que se usam para investigar da verdade ou falsidade de factos alegados em juízo;...”), CASTRO MENDES observa entender que o art. 341.º do Código Civil se reporta à terceira acepção. O autor revela, contudo, preferência pela associação legal do termo à segunda acepção (enquanto resultado), como sucedia no art. 2404.º do Código Civil de 1867, onde se definia prova enquanto “a demonstração da realidade dos factos”, *Direito Processual Civil*, 2. Vol., AAFDL, Lisboa, pp. 442 e 443. Embora não concedamos prioridade a qualquer dos aspectos distinguidos, em virtude de, como relevado em texto, os entendermos como dimensões da prova e não como acepções do conceito, aquela dimensão é, na prática, a que mais frequentemente se convoca, quando se faz alusão à noção de prova.

<sup>13</sup> Como por vezes sucederá, no decurso da exposição.

## **Subsecção I- Matéria factual controvertida**

### a) Delimitação

Visando a prova permitir a sustentação justificada de uma versão da factualidade controvertida,<sup>14</sup> o primeiro passo de delimitação do âmbito do conceito de prova consistirá na aproximação à noção do que se entende por este tipo de factos.

---

<sup>14</sup> O objecto típico da prova reconduz-se a versões factuais. Àquela (prova) não é, contudo, absolutamente alheio o direito, podendo, também a existência e conteúdo de regra jurídica ser objecto de prova. A actividade instrutória terá, nessa hipótese, por objecto, *facto normativo*. No que a este diz respeito, e não obstante vigorar a regra geral do seu conhecimento oficioso (actualmente consagrado no art. 5.º, n.º 3 do Código de Processo Civil, onde se esboça a tendencial divisão de poderes entre sujeitos processuais, e anteriormente previsto no art. 664.º do mesmo diploma), incumbirá à parte, que o invoca demonstrar a sua existência, quando se trate de direito estrangeiro ou de direito interno consuetudinário ou local (art. 348.º, n.º 1 do Código Civil). Pronunciando-se a propósito de norma equivalente, constante da Zivilprozessordnung, (§293), MUSIELAK condensa, como razão de ser desta, o facto de se tratar de Direito que não deve ter de ser do conhecimento do juiz (“Diese Recht muss dem Richter nicht bekannt sein...”), *Grundkurs ZPO*, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1998, p. 237. SATTÀ recorda que “...o princípio *iura novit curia*, que é tradicionalmente invocado, não é coessencial à lógica do juízo...”, por existirem circunstâncias em que não se aplica. A sua aplicação (com a associada criação de um regime diverso entre factos normativos e factos sem esse cariz) justifica-se por razões de natureza externa àquele, atentas “ exigências de ordem geral” que “se resumem na uniformidade do juízo (no que diz respeito ao elemento facto normativo): quer dizer é necessário, como suprema garantia de igualdade de tratamento entre os sujeitos, que não apenas o caso particular, mas todos os possíveis casos particulares idênticos sejam resolvidos do mesmo modo, com idêntica aplicação do direito.”, entendendo o autor que tal “exigência de uniformidade que está na base do princípio *iura novit curia* “só vale no âmbito do direito nacional.”, “*iura novit curia*”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1998, Anno IX, Milano, Dott. A. Guiffre Editore, pp. 381 e 382. Partilhamos da ideia da não aplicabilidade necessária do princípio em causa, por haver razões que podem justificar a sua não aplicação. Afigura-se-nos, porém, que as exigências de tratamento igual não são *per se* menores, quando esteja em causa a aplicação de direito estrangeiro – é o facto de a sua realização se poder tornar mais árdua, em virtude da dificuldade em determinar o teor de tal normatividade, que pode justificar a não aplicabilidade do princípio. PIZZORUSSO nota que, nesta hipótese, os eventos consubstanciadores da “criação, modificação e revogação de normas jurídicas” representam factos jurídicos, sendo que a particular relação que se estabelece entre factos e direito se reflecte na designação deste tipo de factualidade como “factos normativos” - “Sulla distinzione fra accertamento dei fatti ed applicazione delle norme giuridiche”, *Studi in onore di T. Carnacini*, II, I, Giuffrè, Milano, 1984, p. 629. O mesmo autor demarca-se da posição de CALAMANDREI, quando este sustenta que o julgador tem o poder, mas não o dever, de oficiosamente indagar acerca da existência de normas de direito estrangeiro, entendendo impender sobre o juiz o dever de se socorrer dos meios de informação que tenha ao seu alcance, designadamente dos proporcionados pelo Ministério da Justiça, pelos órgãos diplomáticos e consulares, bem como pelas autoridades judiciárias estrangeiras, quando a assistência judiciária entre os países em causa se encontre convencionalmente garantida. Esta posição, extensiva do princípio *iura novit curia* à hipótese que se considera, veio a merecer consagração legal com a entrada em vigor da L. de 31 de Maio de 1995, n. 208, em cujo art. 14., 1 se prevê que “O apuramento da lei estrangeira é desenvolvido oficiosamente pelo juiz. Para esse fim pode socorrer-se, para além dos instrumentos indicados pelas convenções internacionais, de informações obtidas através do Ministério da Justiça (Ministero di grazia e giustizia); pode também interpelar peritos ou instituições especializadas.”. PIZZORUSSO entende, por outro lado, que, se não for possível apurar o teor da lei estrangeira aplicável, não deve haver lugar à aplicação da lei italiana, critério cuja adopção recusa, quer tal aplicação se baseie “numa espécie de presunção de uniformidade da lei estrangeira à lei nacional”, quer tenha por “ base outro tipo de argumentos”, defendendo que, nessa hipótese, o tribunal deve

Para tanto, assume particular importância a distinção, de base, relativa aos diferentes planos em que se situam os elementos de que o decisor dispõe, para efeitos de decisão, no exercício da actividade jurisdicional - factos, prova e direito.

Se os factos se situam no plano da *alegação* (sendo carreados para os autos na sequência de *pronúncia declarativa* das partes ou, quando admissível, de conhecimento oficioso do tribunal)<sup>15</sup>, a prova releva no plano da *fundamentação* (na sequência de *pronúncia justificativa*, quando desenvolvida pelas partes)<sup>16</sup> e o direito no plano do *dever ser* (correspondente ao direito objectivo substantivo, em caso de decisão de mérito, ou ao direito adjectivo, em caso de decisão formal).<sup>17</sup>

---

indeferir o pedido ou a excepção fundados na norma, cuja existência não ficou demonstrada., “Sulla distinzione fra accertamento dei fatti ed applicazione delle norme giuridiche”, *ob.cit.*, pp. 632 e 633. No n.2 do diploma, acima referido, veio a prever-se, embora com carácter subsidiário, a aplicação da lei italiana: “Quando o juiz não consiga apurar a lei estrangeira indicada, nem com a ajuda das partes, aplica a lei designada segundo outros critérios de conexão eventualmente previstos pela mesma hipótese normativa. Na sua ausência, aplica a lei italiana”. MICHELI contesta o carácter “óbvio” com que se sustenta que as decorrências do princípio da igualdade no plano do conhecimento oficioso do direito não se aplicam quando esteja em causa facto normativo correspondente a direito estrangeiro, explicitando, designadamente, que: “... se, através do exercício da acção, se tende à afirmação e declaração do direito subjectivo (que se postula) garantido por uma norma, esta norma pode ser também uma disposição legal italiana vigente, que atribua eficácia de facto normativo a outra norma não constante na lei. A “liberdade de investigação” da primeira, por parte do juiz italiano, implica a liberdade de averiguação também da segunda, pois é esta que dá conteúdo à primeira por disposição do legislador italiano”, “lura novit curia”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1961, p. 582.

<sup>14</sup> Cfr. arts. 342.º do Código Civil e 414.º do Código de Processo Civil.

<sup>15</sup> Para evitar a repetida referência às duas hipóteses, tomaremos, para o presente efeito, a expressão *alegação* em sentido lato, abrangendo as várias fontes de carreamento ou transporte de versões factuais para a lide: na sequência de invocação pelas partes ou de conhecimento oficioso pelo juiz.

<sup>16</sup> Como CARNELUTTI observa, prova e certeza encontram-se em relação directa (relação meio-fim) - “*la prova è un mezzo, la certezza è un fine*” – e exclusiva - “*tra mezzo di prova e mezzo di certezza non vi è*”. Relação que tanto releva em sede de extinção da dúvida (quando surja), como em sede de prevenção da dúvida. No que a esta última dimensão diz respeito, a existência de prova evita a “*incertezza e, con essa, la lite*”, notando, expressivamente, que a cauta e diligente obtenção (em antecipação) de prova escrita “*è nient’altro che una pratica di igiene*”, “Documento e Negozio Giuridico”, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Volume III, Parte I, Anno 1926, p. 186.

<sup>17</sup> A autónoma referência, que ora fazemos, a cada um dos planos, não significa, porém, que entendamos ser, a questão de facto, dissociável da questão de direito. Porque intrinsecamente associadas, só analiticamente se pode distinguir entre a decisão de facto e a decisão de direito. Tal relação é fina e profundamente desenvolvida por CASTANHEIRA NEVES, a propósito do modelo de realização do direito que propugna em “*Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Studia Iuridica I*, Coimbra Editora 1993, esp. pp. 159 e ss.. No esquema analítico que desenvolve e sempre salvaguardando a indissociável relação (própria de concepção que, em superação da hermenêutica tradicional, perspectiva o caso decidendo na unidade problemática que lhe é ínsita) entre questão de facto e questão de direito, CASTANHEIRA NEVES, distingue, no âmbito da segunda (*questão de direito*), dois momentos: um primeiro (da *questão-de-direito em abstracto*), em que se procede à determinação do critério jurídico segundo o qual se construirá e fundamentará a decisão do caso e um segundo (da *questão-de-direito em concreto*), em que, no plano do juízo concreto de resolução do problema do caso, se apura a solução jurídica da causa. No âmbito da questão-de-direito em abstracto, o autor distingue ainda o submomento em que se resolve o problema da norma aplicável, do submomento em que, após tal selecção, se procura, em actividade tradicionalmente designada por *interpretação*, apreender o seu preciso *sentido hipotético-normativo*. No domínio da questão-de-direito, em concreto, a pressupor a prévia resolução da questão de direito,

Os diferentes planos encadeiam-se em lógica processual sucessiva, operando, cada um deles, sobre subproduto procedente de plano anterior.

Os vários subprodutos de natureza factual não assumem, porém, natureza uniforme.

Nem toda a matéria factual *decidenda* (passível de ser considerada na decisão judicial) assume natureza *litigiosa*. Esta característica não se verifica, designadamente, quando, em momento anterior ao início da acção, as partes tenham chegado a acordo (se juridicamente possível) quanto à factualidade assente, quando tenham apresentado petição conjunta ou quando tenham remetido, por acordo, para terceiro, o apuramento da realidade factual, convencionando subordinar-se, vinculativamente, ao teor da pronúncia deste, antecipadamente a ele (teor do apuramento heterónimo) manifestando adesão.

Nestas hipóteses, trata-se de matéria factual *decidenda não litigiosa*, na medida em que *ab initio* quanto a ela não divergem as partes.

Pode, por outro lado, estar em causa matéria de facto *decidenda litigiosa* (relativamente à qual não há voluntária articulação de consenso entre as partes), mas destituída de *carácter controvertido*.

Carreados, no plano da alegação, determinados factos para o processo e facultado o exercício do contraditório, do cotejo entre as versões sustentadas por cada uma das partes, associado ao funcionamento de regras processuais próprias poderá

---

em concreto, o autor discerne duas hipóteses: caso, no momento anterior, se tenha identificado norma jurídica susceptível de ser mobilizada, será por mediação desta que se construirá, neste segundo momento, a resposta para a problemática do caso (o mesmo é dizer a solução do caso decidendo). Quando assim não seja, esta solução será construída mediante *constituição normativa*, desenvolvida, a título autónomo, pelo julgador. Relativamente à questão-de-facto, CASTANHEIRA NEVES distingue também o *momento* em que se apura da relevância jurídica do problema, em que se traduz a concreta situação histórica em causa, do *momento* em que se indaga da sua *comprovação*. Nesta subdistinção manifesta-se, de forma clara, a íntima e indissociável relação entre o factual e o jurídico, sobretudo quando, se sublinha o relevo da prévia reflexão sobre o caso, enquanto unidade problemática susceptível de ser qualificada, como *caso jurídico*. Juridicidade, cujas fronteiras e conteúdo importa, em concreto, compreender. Ante o problema de distinção entre matéria de facto e matéria de direito, REMÉDIO MARQUES, adopta, como critério distintivo, uma “metodologia prático-judicativa”, discernindo no âmbito da primeira, quatro hipóteses: “as relativas à *situação real das pessoas e das coisas*”, as relativas “*aos acontecimentos do foro interno de vida das pessoas*”, a “*ocorrências hipotéticas*”, e aos *juízos periciais de facto*”, respeitando a matéria de direito à “*aplicação das normas jurídicas aos factos, à valoração feita pelo tribunal, de acordo com a interpretação ou a aplicação da lei e a qualquer juízo, indução ou conclusão jurídica; ...*”, *Acção Declarativa à luz do Código Revisto (pelo Decreto-Lei N.º 303/2007, de 24 de Agosto)*, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2011, pp. 354 e 355. Sublinhando o relevo central do acto em que jurisdicionalmente se conjugam as dimensões factual e jurídica, CALAMANDREI elege, como dimensão distintiva fundamental entre a actividade do juiz e a actividade do historiador, o momento em que, “do confronto entre dois dados históricos definidos de modo preciso (lei e facto), o juiz se encontra em condições de transformar a norma abstracta em comando concreto, e de formular para o caso singular aquela *lex specialis*” destinada “a perpetuar-se no julgado”, “*Il giudice e lo storico*”, *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. XVI, Parte I, anno 1939, XVII-XVIII, Cedam, Padova p. 116.

decorrer a definição da versão dos factos (que assim perdem a sua natureza controvertida) que servirá de base à decisão a proferir.

A concordância entre as partes ou a ausência de pronúncia de alguma delas pode, assim, conduzir a que se tenha processualmente por assente uma determinada versão factual, hipótese em que a fixação processual do relevo de uma certa versão dos factos resulta da mera declaração das partes, ou da ausência dela, sem que haja lugar a qualquer momento *justificador* da propriedade de tal asserção.

A cristalização factual assenta, pois, nestas hipóteses, tão só na pronúncia processual das partes ou na sua omissão, pelo que aquele efeito consolidante se logra no plano declarativo, não se revelando necessária, para tal, a adição (à afirmação produzida em alegação ou à omissão a que é legalmente imputado um sentido) de qualquer outro elemento (de natureza justificativa ou probatória) corroborante da justeza da versão processualmente fixada - há lugar a assunção jurisdicional de uma narrativa factual, sem que nada tenha de acrescer, à mera declaração (ou omissão declarativa), pelas partes ou por uma delas, de que assim é.

As versões factuais, assim consolidadas, não chegam a assumir carácter controvertido, não integrando o *objecto de prova*. Também nesta categoria factual se incluem as versões que, não obstante terem sido incluídas nesse elenco, vêm a perder natureza controvertida, na sequência de acordo válido (quanto à matéria de facto) supervenientemente<sup>18</sup> celebrado entre as partes.<sup>19</sup>

Integram, por outro lado, o domínio da factualidade litigiosa, as versões factuais, cuja definição processual directamente decorre de previsão legal, para tanto se prescindindo da conduta processualmente activa ou omissiva das partes. Assim sucede relativamente à factualidade que, no sentido propugnado por CALAMANDREI,<sup>20</sup> assumam carácter notório.<sup>21 22</sup>

---

<sup>18</sup> Relativamente à elaboração dos temas de prova.

<sup>19</sup> Tal como matéria de facto decidenda litigiosa e controvertida pode vir a perder a natureza litigiosa (e, consequentemente, controvertida), também matéria de facto decidenda não litigiosa pode vir a assumir natureza litigiosa e controvertida. Admita-se, quanto a esta segunda hipótese, que, não obstante celebrado acordo (invocado em juízo por uma das partes) quanto a determinados factos, aquele vem a ser jurisdicionalmente impugnado e declarado inválido. De notar, por outro lado, que, embora, por regra, a matéria de facto decidenda controvertida assumam também carácter litigioso, não é necessariamente assim. Pense-se na hipótese em que, quanto a determinada temática factual, as partes conjuntamente declarem reconhecerem ter-se verificado a versão factual que venha a ser apurada como ocorrida, por um terceiro, por ambas designado. Não obstante o carácter controvertido da factualidade em causa se manter até definitiva pronúncia do terceiro, a natureza litigiosa da matéria de facto cessou, aquando da celebração do acordo. Diferentemente sucederá se a remissão para pronúncia de terceiro significar subordinação ao sentido de tal declaração, mas não corroboração do seu conteúdo.

<sup>20</sup> É o critério propugnado por CALAMANDREI aquele que se nos afigura de adoptar em sede de delimitação da noção de facto notório. Para aprofundamento desta perspectiva, em que assume relevo essencial o grau de absorção da informação (em que a versão factual se consubstancia) pelo acervo cultural da comunidade em causa (enquanto “património de noções comumente e pacificamente acolhidas num determinado círculo social, que possam genericamente denominar-se cultura”),, “Per la definizione del fatto notorio”, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Vol. II, Parte I, 1925, p. 293. Vd., em particular, pp. 298 e ss., onde o autor propõe uma definição de notoriedade, considerando “notórios aqueles factos cujo conhecimento faz parte da cultura normal própria de um determinado círculo social no tempo em que é

proferida a decisão” (p. 298) e recorta, de modo mais preciso, a definição que propõe, notando, *quer* não ser necessário (para que o facto seja processualmente qualificado como notório, beneficiando do “*lasciapassare*” processual) que o juiz se insira nesse círculo subjectivo (p. 299), *quer* que o referido conhecimento comunitário não se identifica com a “momentânea difusão pública da notícia de um facto em vista das consequências judiciais que daí possam derivar (como acontece, por exemplo, com as vozes correntes em relação ao autor de uma ofensa)”, antes com “a verdade do facto que seja preventivamente afirmada, em relação com outras finalidades que possamos denominar, *latissimo sensu*, culturais”, em consolidação de “uma opinião comum, formada, não naquela atmosfera inquinada de parcialidade e muitas vezes dominada por paixões que sempre se adensam em torno dos factos, quando estes são considerados como matéria possível de uma lide ou de um processo penal, mas no ambiente sereno e desinteressado em que cada grupo social separa e depura de influências parciais as verdades de que todos se possam servir no interesse comum” (p. 303). Entendimento, assim, particularmente exigente, ante o que, em abstracto, seria retirável do elemento literal da norma actualmente contida no art. 115, 2 do Codice di Procedura Civile, nos termos da qual o juiz instrutor beneficia da possibilidade de “...sem necessidade de prova, tomar como fundamento da decisão factos que integram a *esperienza comum*” (itálico nosso). Barbosa MOREIRA salienta a multiplicidade de hipóteses fácticas que podem distinguir-se no âmbito dos factos notórios, distinguindo, sem carácter esgotante, no que diz respeito à sua natureza, factos notórios com carácter científico, lógico, artístico, religioso, profissional e desportivo, “Observaciones sobre las llamadas pruebas atípicas”, *Revista de Derecho Procesal*, n.º 3, 1999, p. 541.

<sup>21</sup> CARNELUTTI situa os factos controvertidos entre “os factos não alegados por qualquer uma das partes, que não existem para o juiz” e “os factos alegados por ambas as partes, que existem sem mais para ele [juiz]”, reportando-os à “zona neutra dos factos *alegados por apenas uma ou alguma das partes*, isto é os factos *alegados, mas não admitidos*, que *podem existir ou não existir*”. Não inclui na esfera dos factos não controvertidos os factos notórios, sustentando existir uma “diferença essencial” “entre a *posição do facto não controvertido* e a *posição do facto controvertido, mas certo para o juiz*”; diferença que entende residir na circunstância de, na primeira hipótese, não haver lugar a “qualquer actividade do juiz, que aceita passivamente o material de decisão como lho oferecem as partes”, enquanto na segunda hipótese “o juiz controla com a própria actividade um facto contestado e contribui assim (activamente) para a formação do material de decisão”. Desta distinção retira o autor que a notoriedade é um meio de prova, distanciando-se de concepção que implique “a amálgama da admissão e da notoriedade”, *La prova civile*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 25 e 26. Partilhamos deste entendimento do autor, no que diz respeito à adequação da distinção entre as duas dimensões. São diversos, em cada uma das hipóteses, os tipos de fundamentos que constituem suporte da decisão sobre a matéria de facto. Afigura-se-nos, porém, que tal diferença não implica a consideração da notoriedade como meio de prova, dado entendermos que a prova só releva relativamente a factos a respeito dos quais não seja possível formar um juízo de certeza sem necessidade de realização de diligências ou actividade processual de natureza não exclusivamente declarativa (alegatória ou classificativa), porque não excluída a natureza controvertida a montante. Na hipótese em causa, diferentemente, a dúvida quanto à verificação ou não do facto revela-se extinta na sequência da mera qualificação do facto como notório. A tanto não obsta, por outro lado, o facto de à qualificação de um facto como assente com base na sua notoriedade poder implicar a indagação, pelo decisor, do grau de conhecimento público do facto. Tal actividade respeita, na verdade, à existência de notoriedade do facto, que não à efectiva verificação deste. Parece-nos, nesta medida, preferível que aquela distinção se reflecta na diferenciação (no âmbito dos factos que surgem ante o tribunal como não controvertidos) entre factos litigiosos e não litigiosos, isto é, entre factos relativamente aos quais as partes se revelam de acordo e aqueles quanto aos quais existe dissenso. Os factos notórios representam factualidade que, conquanto litigiosa, não assume carácter controvertido. Porque a prova só releva no domínio da controvérsia factual, afigura-se-nos que a notoriedade representa fundamento de decisão da matéria de facto decidenda e litigiosa, que não meio de prova. Nesse sentido depõe também o teor literal do art. 412.º, n.º 1 do Código de Processo Civil (“*Não carecem de prova nem de alegação os factos notórios...*”), à semelhança do que sucede com a formulação constante da parte final do art. 115 do Codice di Procedura Civile: “*Il giudice può tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza*” (itálicos nossos).

<sup>22</sup> No ensinamento de MANUEL DE ANDRADE, o conceito de notoriedade abrange, quer a notoriedade *geral*, quer a notoriedade *oficial* ou judicial, tomando pela primeira a notoriedade correspondente ao

Assumem, diferentemente, natureza controversa (representando – ao contrário da enunciada anteriormente – matéria de facto *decidenda litigiosa e controvertida*) as versões factuais, cuja verificação ou não verificação não fique assente no plano declarativo (das partes ou do legislador). Não tendo sido possível extinguir a dúvida, ao nível da mera declaração processual<sup>23</sup>, nem da classificação legal, impõe-se a convocação de outros elementos, destinados a fundamentar ou justificar a propriedade das versões factuais alegadas.<sup>24</sup>

Recusa-se, nestas hipóteses (de ausência de acordo expresso, de não concordância, em sede de articulados, de não omissão de pronúncia declarativa, de irrelevância de qualquer um deles, em virtude de, por exemplo, estar em causa matéria indisponível, bem como de classificação normativa justificativa do carácter assente), suficiência à pronúncia declarativa das partes (ou à sua omissão) para determinar a fixação factual, pelo que a alegação carece, quando assim, de ser apoiada pela agregação de elementos informativos adjuvantes, capazes de, em fundamentação justificativa do alegado, sustentar a prevalência processual de versão meramente declarada.

Esta a *temática factual controvertida*. Porque tal fundamentação tem lugar através da prova, tomado o conceito com esta extensão de sentido, integram, tais factos, o *thema probandum*. Como LEBRE DE FREITAS sublinha, a prova não se dissocia, pois, do domínio da dúvida.<sup>25</sup>

---

“conhecimento geral” e, pela segunda, a notoriedade decorrente do conhecimento factual obtido, pelo tribunal, “por virtude do exercício das funções”. Esclarece, porém, que, em rigor, o segundo tipo de notoriedade não corresponde a fundamento de ausência de necessidade de prova, em virtude de, em conformidade com o legalmente previsto (no então art. 518.º, segunda parte, *in fine* do Código de Processo Civil, com equivalência nos actuais arts. 5.º, n.º 2, c) e 412.º do mesmo corpo normativo), o tribunal dever “fazer juntar ao processo documento que os comprove”, *Noções elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, Nova Edição, revista e actualizada, 1993, p. 182. A fixação processual da versão factual não prescinde, pois, nesta hipótese, da junção de prova documental. A verdadeira virtualidade deste segundo tipo de notoriedade traduz-se, como sublinha, na circunstância de, à semelhança do que sucede com a primeira (e diferentemente do que sucede relativamente à generalidade dos factos não notórios), se dispensar a alegação da factualidade em causa.

<sup>23</sup> Em exercício de pronúncia declarativa, quando desenvolvida pelas partes.

<sup>24</sup> Em exercício de pronúncia justificativa, quando desenvolvida pelas partes.

<sup>25</sup> Na verdade, a prova, como observa o autor, seria dispensável se “o juiz fosse um deus para quem toda a realidade fosse transparente: o seu conhecimento dos factos teria então uma natureza imanente aos próprios factos, cuja notoriedade dispensaria o juiz de qualquer demonstração sem a qual um facto não pode ser reconhecido por terceiros e sem a qual regra jurídica não pode produzir efeito, salvo vontade conforme das partes”, em *Das Beweisrecht der Europäischen Union*, Kluwer Law International, 2004, p.1.

b) Consequência desta delimitação no plano das convenções de prova

*b.1. Contratos de reconhecimento (Anerkennungsverträge)*

São múltiplas e contrastantes as posições doutrinalmente adoptadas no que diz respeito ao objecto destes negócios jurídicos, como se retira, a título de exemplo, do sumário cotejo entre os entendimentos sustentados por DICKHOFF, WINDSCHEID, PLANCK E GIORGIANNI.<sup>26</sup>

Enquanto pactos em que as partes dão por assente uma determinada versão factual, com o intuito de que a mesma se torne insusceptível de controvérsia (e assim de definição em sentido diverso), os designados contratos de reconhecimento (*Anerkennungsverträge*)<sup>27</sup> constituem frequente objecto de reflexão, enquanto figura a integrar ou não na categoria classificativa das convenções de prova.

As posições doutrinalmente assumidas a este propósito reconduzem-se, no essencial, a três tendências, variáveis entre a irrestrita qualificação de tais pactos como convenções de prova, defendida, designadamente, por SACHSE<sup>28</sup>, BÜLOW<sup>29 30</sup>, WAGNER<sup>31</sup>

---

<sup>26</sup> DICKHOFF admite a validade de contrato de reconhecimento que tenha por objecto relações jurídicas, explicitando, porém, circunscrever-se, a sua licitude, às hipóteses em que esteja em causa o reconhecimento de existência de direito obrigacional. Em virtude de tal pacto, tornar-se-ia incontestável, em juízo, a titularidade do direito de crédito, assim se prescindindo, para esse efeito, da demonstração de existência da relação causal. Inadmissível sublinha ser a extensão da validade de tais pactos às hipóteses em que tenham por objecto direitos reais, observando que foi o intuito de impedir a válida celebração deste último tipo de convenções o motivo que determinou o legislador alemão a não regular essa figura, com carácter geral, no BGB, *Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeß*, Buchdruckerei Franz Linke, Berlin, 1941, p. 13. No sentido de que o contrato de reconhecimento pode ter por objecto factos ou relações jurídicas, WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Band 2, Frankfurt, 6. Aufl., 1887, pp. 583 e ss.. PLANCK, diferentemente, associa o contrato de reconhecimento (*Anerkennungsvertrag*) às relações jurídicas, classificando como contrato de confissão (*Geständnisvertrag*) as convenções em que haja lugar a assunção de não contestação de uma dada afirmação de facto. Inclui, porém, ambos os tipos convencionais no âmbito do conceito geral da confissão extrajudicial (*Aussergerichtliches Geständnis*), *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Bd. 1, Nördlingen, 1887, pp. 336 e ss. Divisão conceitual, esta, insufragável, contudo, quando se conceba a confissão, como acto jurídico unilateral. É esta última a perspectiva que seguimos. No que diz respeito à estrutura e efeitos decorrentes do negócio jurídico em análise (acordo de reconhecimento), GIORGIANNI (pronunciando-se em contexto de demarcação do negócio de acertamento relativamente à transacção) recusa a concepção daquele, quer como “juízo” (necessariamente realizado por terceiro), quer como declaração modificadora da situação jurídica pré-existente (que admite existir no quadro da transacção), vendo nele, diferentemente, forma de “fixação da situação pré-existente”, enquanto “projectão do poder a elas [partes] atribuído relativamente às situações jurídicas que lhes pertencem”, “Accertamento (negozio di)”, *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1958, vol. I, pp. 228 e 229.

<sup>27</sup> Este tipo de pactos é também incluído, por alguma doutrina (assim, por exemplo, com WAGNER, *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, pp. 610 e ss.), no âmbito do conceito de *Feststellungsverträge*, sendo, ainda que menos frequentemente, também designado por *Tatsachenverträge* (esta última a denominação convocada por KOHLER, quando explora o tema dos contratos processuais em “*Ueber processrechtliche Verträge und Creationen*”, *Gesammelte Beiträge zum Civilprocess*, Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1894, pp. 127-239).

<sup>28</sup> Em adopção de perspectiva amplamente abrangente, SACHSE insere no âmbito das convenções de prova diversos tipos pactícios, entre os quais inclui, designadamente, as convenções restritivas de meios de prova, as convenções modificadoras do sujeito sobre quem impende o ónus da prova, as convenções

criadoras de presunções jurídicas, a confissão, bem como os negócios de reconhecimento (reconhecimento de eficácia condicionada ou não à realização de prova contrária) de verificação ou não verificação de factos, “Beweisverträge”, *Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess*, Band 54, 1929, pp. 409 e ss.

<sup>29</sup> BÜLOW toma por convenções de prova as convenções extrajudiciais de que decorre a não contestação de factos, sem admissibilidade de prova contrária, *Archiv für die zivilistische Praxis*, 64, 1881, pp. 62 e ss. Adoptando (como *infra* veremos) posição muito restritiva no que diz respeito à possibilidade de alteração das regras da prova, considera, assim, admissíveis os acordos de reconhecimento; pactos que, na sua perspectiva, consubstanciam renúncia extrajudicial ao direito de contestar ou afirmar certos factos. De notar que o contraste que se observa entre a permissividade, de BÜLOW, relativamente a este tipo de acordos, e a sua não aceitação de pactos modificadores do regime da prova denuncia a subjacente distinção (assumida pela terceira corrente) entre pactos de reconhecimento (estranhos à área da prova) e convenções de prova (reguladoras do domínio da prova). Diferenciação que BÜLOW não releva, porém, no plano da designação conceitual, diluindo, ao invés, as fronteiras entre as noções, quando qualifica como convenções de prova os acordos de reconhecimento. Por outro lado, não se nos afiguram equiparáveis os acordos de reconhecimento e os acordos de não exercício de pronúncia declarativa (activa ou em exercício do contraditório). A celebração de acordo de reconhecimento não retira o direito de afirmar ou de contestar versões factuais. O seu efeito pode revelar-se, porém, mais intenso que o que resultaria desta última renúncia. Assim, por exemplo, no âmbito de sistemas jurídicos, onde não vigore o ónus da contestação, nem o ónus da impugnação, do não exercício dessa actividade processual (de contestação ou de impugnação) não advirá admissão das versões factuais passíveis de dela serem objecto, podendo aquelas vir ou não a ser dadas por assentes, consoante o resultado da prova ou segundo as regras de distribuição do ónus da prova. Dos primeiros (acordos de reconhecimento) decorrerá, diferentemente (independentemente de o exercício do contraditório em sede de invocação de matéria de facto representar um ónus ou mera faculdade), a consolidação processual da factualidade decidenda em sentido concordante com o que resulta da vontade das partes manifestada no pacto. Sobre a relação entre os ónus da contestação e da impugnação, o efeito de caso julgado material e a preclusão de meios de defesa em sede de arbitragem, no que diz respeito à invocação da invalidade de patente, *vd.* Remédio MARQUES, “A apreciação da validade de patentes (ou certificados complementares de protecção) por tribunal arbitral necessário – excepção *versus* reconvenção na Lei n.º 62/2011”, *Julgar*, Janeiro-Abril, 2012, pp. 208 e 209.

<sup>30</sup> De observar que DICKHOFF qualifica, tais pactos, como acordos de confissão (*Geständnisvereinbarungen*), em adopção de designação que congrega, na mesma expressão, conceitos insusceptíveis de mobilização conjunta, atento o carácter unilateral da confissão. Por outro lado, inclui no âmbito de tal tipo negocial apenas as hipóteses em que as partes fixem, por acordo, uma determinada versão factual, de modo absoluto (sem admissibilidade de prova contrária). Não sem observar, contudo, que também quando as partes salvaguardam a admissibilidade de prova do contrário estará em causa um acordo de confissão, se tomado este em sentido amplo. Entendendo, porém, que tanto seria fonte de confusão classificativa, declara optar por não proceder a tal integração, qualificando este tipo de negócio jurídico como convenção sobre o ónus da prova. Ambas os tipos negociais representariam, não obstante, hipóteses de convenções de prova, *Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeß*, Buchdruckerei Franz Linke, Berlin, 1941, p. 16. Não partilhámos da posição assumida por DICKHOFF, quando considerada na sua totalidade. Como *infra* melhor explicitaremos, afigura-se-nos que o reconhecimento condicional de factos (sob admissibilidade de prova contrária) não se confunde com a figura das convenções relativas ao ónus da prova; por outro lado, não enquadrámos os pactos de reconhecimento de factos no domínio das convenções de prova, independentemente da natureza absoluta ou relativa (condicional) de tal reconhecimento.

<sup>31</sup> O autor trata a figura no âmbito do que designa *por* *Materiell-rechtliche Feststellungs Verträge*, reflectindo, sobre estes acordos, no âmbito do capítulo relativo às convenções de prova, *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, pp. 610 e ss. Tanto não significa, porém, que WAGNER considere que se tratem de pactos relativos às normas da prova, sendo, a esse propósito, muito claro, quando acentua que estão em causa instrumentos negociais por via dos quais se pretende alcançar a eliminação ou depuração de litígios jurídicos (*Bereinigung von Rechtsstreitigkeiten*) do âmbito da acção. Inclui, no âmbito da figura que delimita, quer os acordos relativos à dimensão jurídica (onde enquadra o contrato de transacção), quer os concernentes a factos. Se acompanhamos o

e PELLI<sup>32</sup>; a subordinação dessa qualificação à circunstância de, como WINDSCHEID<sup>33</sup> e WACH<sup>34</sup> propugnam,<sup>35</sup> o reconhecimento ser feito depender da condição de não se lograr obter prova do contrário<sup>36</sup> e a exclusão dos negócios jurídicos em causa do domínio dessa qualificação.

---

autor quanto aos aspectos fundamentais do seu raciocínio, cremos, contudo, merecer ponderação a qualificação, a que procede, do acordo, como negócio de direito material. A circunstância de não estar em causa pacto que tem por objecto normas relativas à prova, não significa que o acordo em análise tenha por objecto normatividade pertencente ao domínio do direito substantivo. Do pacto celebrado não resulta, na verdade, a definição de direitos das partes. É ainda um problema de direito processual aquele que está em causa – o da definição do teor da decisão consubstanciadora de pronúncia quanto à matéria de facto; problema a que se sucederá o da determinação da solução quanto à questão de direito (esta, solução, alcançada mediante aplicação, aos factos processualmente asentes, das normas que encerram a solução para a questão de direito – normas de natureza substantiva ou de direito processual, consoante o objecto do litígio assumam natureza substantiva ou adjectiva. A circunstância de, do pacto, não constar, pelo exposto, conteúdo de *direito material* não significa, porém, que o teor do acordo não seja qualificável como *material* - não enquanto integrável em ramo jurídico de direito material, mas enquanto portador de conteúdo de índole *respondente* (proporciona solução para a questão em causa – questão de facto), bem como enquanto conteúdo que, assim, permite a obtenção de *matéria* (factos) com base na qual se construirá a solução do litígio). Miguel MESQUITA explicita o relevo processual dessa relação, no exercício que desenvolve quando estabelece elucidativo nexos entre a dimensão jurídica abstracta da expressão “*uso anormal* do prédio emitente” e as dimensões factuais susceptíveis de representarem concretização daquele enunciado, em “A oposição às emissões nas relações de vizinhança”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, Coimbra Editora, 2009, pp. 206 e ss.

Quanto à diversidade de sentidos que os qualificativos processual e material podem assumir, nos pronunciaremos, mais detidamente, *infra*, no capítulo segundo desta primeira parte, aquando da reflexão (sob o ângulo objectivo) sobre a natureza material ou processual das convenções de prova.

<sup>32</sup> Na perspectiva da autora, as partes podem convencionar que “a existência de determinados factos não pode ser contestada”, sendo que, “com isto, não pode ser produzida qualquer prova sobre eles”. PELLI classifica, não obstante, o acordo em causa, como convenção de prova, *Beweisverträge im Zivilprozess*, Dike Verlag, Zürich, St. Gallen, 2012, p. 49.

<sup>33</sup> Tratando, embora, das convenções de prova (*Beweisverträge*) no capítulo dos contratos de reconhecimento (*Anerkennungsverträge*), WINDSCHEID diferencia ambas as figuras, tomando por base a possibilidade (existente apenas na primeira) de ser feita prova contrária da versão factual, cuja verificação ou não verificação, negocialmente se reconhece, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Band 2, Frankfurt, 6. Aufl., 1887, pp. 583 e ss.. No corpo do texto da obra, o acordo de *Anerkennung* é catalogado como tipo de uma categoria, mais vasta, que designa por *Verträge zum Zwecke der Feststellung* (objecto de tratamento no ponto I, G, do segundo capítulo, desse volume). No índice dessa obra, porém, esta última categoria é designada *Verträge zum Zwecke der rechtlicher Feststellung*.

<sup>34</sup> WACH enquadra os pactos no âmbito dos quais se reconhece a verificação de um facto sob reserva de prova em contrário, no âmbito das convenções de prova, salvaguardando, contudo, o enquadramento, no âmbito da mesma categoria, dos pactos em que a admissibilidade daquela prova não se afigure possível, correspondendo esta última hipótese, de resto, às convenções de prova em sentido próprio, “Das Geständnis Ein Beitrag zur Lehre von den processualischen Rechtsgeschäften”, *Archiv für die Civilistische Praxis*, 64, 1881, pp. 216 e ss..

<sup>35</sup> Quanto à segunda corrente nos pronunciaremos, de modo mais detido, no âmbito do tratamento das convenções relativas ao ónus da prova, em virtude de ser essa a classificação dos acordos de reconhecimento (que, na perspectiva deste segundo entendimento, representam contratos de prova) para que alguma doutrina remete.

<sup>36</sup> Sob o ponto de vista de PLANCK, é indiferente, para que uma determinada espécie negocial, em que haja lugar a reconhecimento, possa ser incluída no âmbito do segundo tipo convencional

Identificamo-nos com esta última corrente, no que acompanhamos, designadamente, SCHÜLLER<sup>37</sup>, LESSONA<sup>38</sup> e DE STEFANO<sup>39</sup>

Tendo a prova (quando considerada, como na presente sede, no quadrante jurisdicional) por escopo o esclarecimento processual da temática factual controvertida, o seu relevo cinge-se ao domínio em que, entre as partes, não exista concordância, juridicamente relevante, em matéria de facto. Exprimindo, as partes, por via de tais pactos, o seu consenso, quanto a determinado aspecto fáctico, retiram-no do domínio do *thema probandum* e, assim, do âmbito da prova. Razão por que, contrariamente ao que decorre da visão de EICKMANN, os acordos de reconhecimento de factos se não integram no âmbito do direito da prova, nem na tipologia negocial das convenções de prova.<sup>40</sup>

---

(*Anerkennungsverträge*), a circunstância de ser ou não admissível prova contrária. Esta seria possível, quando expressamente prevista essa hipótese, sendo que, só quando viável a produção de tal actividade de prova, o negócio jurídico em causa se poderia enquadrar no âmbito da espécie convencional em que se consubstanciam as convenções de prova (*Beweisverträge*).

<sup>37</sup> SCHÜLLER qualifica como *Geständnisverträge* os negócios através dos quais as partes dão por verificados determinados factos. Embora inclua, na mesma categoria, os acordos que se reportam, de modo directo, à matéria de direito, salvaguarda que apenas os primeiros são relevantes para a discussão em apreço, na medida em que só quanto a estes se pode, de algum, estabelecer relação com a matéria da prova: “Die Erklärung muß sich auf Tatsachen beziehen, denn nur in diesem Falle kann von einem Ausschluss des Beweises die Rede sein.” Esclarece, porém, que não consubstanciam convenções de prova (“Ein derartiger Vertrag kann nicht unter den Begriff der sog. Beweisverträge fallen. Ein Beweisvertrag hat die Sicherung des Beweises für einen künftigen Prozeß zum Ziele. Ein außergerichtliches Anerkenntnis aber will gerade die Vermeidung eines Rechtsstreits”), *Die Wirksamkeit von Beweisverträgen nach geltendem Prozeßrecht*, Göttingen, 1932, p. 8.

<sup>38</sup> *Trattato delle prove in materia civile*, Terza Edizione interamente riveduta, Volume Primo, Torino, UTET, 1927, pp. 62 e ss.

<sup>39</sup> *Studi sugli accordi processuale*, Milano, Giuffrè, 1959, espec. p. 15.

<sup>40</sup> EICKMANN vê no problema relativo à necessidade de prova (*Beweisbedürftigkeit*) uma das três áreas de regulamentação (*Regelungsbereich*) do direito probatório. Razão por que concede um domínio significativo amplo ao conceito de convenções de prova, nele incluindo os pactos em que as partes acordem no sentido da verificação ou não de determinados factos, apesar de reconhecer que a tais convenções se associa o escopo de exclusão da necessidade de prova. A par da referida área de regulação, o autor identifica as áreas relativas à produção (*Beweisaufnahme*) e apreciação (*Beweiswürdigung*) da prova, *Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeß*, Buchdruckerei Franz Linke, Berlin, 1941, p. 31. Não obstante tal concepção inclusiva, EICKMANN distingue as hipóteses em que, por intermédio de acordo, as partes extinguem um litígio, daquelas em que o pacto é celebrado, tendo em vista um processo. Diferencia, para tanto, no âmbito dos pactos relativos à prova e, no seio destes, dentro da categoria de acordos relativos à carência de prova (*Vereinbarung über die Beweisbedürftigkeit einer Tatsache*) o que designa por *Prozessualer Beweisvertrag* do *materiell-rechtliches Feststellungsgeschäft*. Enquadrar-se-ia, na primeira categoria, a hipótese em que as partes se obrigam a não pôr *processualmente* em causa a factualidade constante de um contrato, enquadrando-se, na segunda categoria, a convenção em que uma das partes reconheça ter recebido um certo valor, a título de empréstimo, ou em que as partes acordem que um determinado bem não tem defeitos. Em qualquer uma destas duas últimas hipóteses, haveria lugar a tratamento material conclusivo, *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochumer juristische Studien Nr. 57, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1987, pp. 31 e 36 e ss. Como explicitámos, entendemos que as convenções, através das quais as partes dêem por assentes determinados factos, não constituem contratos de prova, na medida em que retiram carácter controvertido (excluindo, portanto, a necessidade de prova) à matéria que constitui o seu objecto. Reportando-se, contudo, o acordo, a matéria (factual) com base na

Representam aqueles, assim, acordos, cujo teor permite prescindir da prova, que não regulá-la. Porque através das convenções de prova se visa, diversamente, fixar, por via negocial, o regime a que a prova deve obedecer, aqueles pactos (alheios que, ante o exposto, se revelam à actividade de prova) situar-se-ão, pois, em ponto exterior ao território conceitual destas convenções.<sup>41</sup> Por via de tais acordos, elimina-se, como PEZANNI refere, a necessidade de “giudizio<sup>42</sup> non “intaccando” le regole processuali probatorie determinate dalla legge”, quando, por intermédio das convenções de prova, pretendem as partes, diferentemente, “vedersi applicare dal giudice la disciplina probatoria determinata in deroga a quella di legge”.<sup>43</sup>

Excluem-se, *em síntese*, do âmbito da prova, as hipóteses em que os factos se consideram assentes na sequência de acordo expresso entre as partes, quando admissível<sup>44</sup>(seja esse acordo celebrado em momento pré-processual ou processual e,

---

qual o tribunal decide, tanto não invalida que possa vir a ter consequências, a nível processual, sendo, nessa medida, o acordo, quanto aos factos, qualificável como processual, no que diz respeito ao plano em que os seus efeitos se produzem. Acresce que (no exemplo a que o autor alude), o reconhecimento de recebimento de um dado valor, a título de empréstimo, não conduz necessariamente à extinção do litígio, podendo, designadamente, tal reconhecimento, ser sucedido por acção declarativa em que se requeira a condenação no pagamento do valor mutuado, a que podem ser opostas excepções, nomeadamente as contendentes com o posterior pagamento, a que tenha havido lugar ou com a invalidade do contrato. Também a circunstância de as partes acordarem que um determinado bem imóvel não tem defeitos, não equivale necessariamente à extinção do litígio, não obstando a que possa ser intentada acção indemnizatória, ainda que, atento o referido reconhecimento, com fortes probabilidades de vir a ser considerada improcedente. Por outro lado, os dois últimos tipos de pactos não deixarão de ter também reflexo processual, caso a factualidade, a que respeitam, venha a assumir relevo em acção judicial e, nesta, tais acordos sejam invocados. O traço distintivo que identificamos entre os dois grupos de exemplos a que o autor se refere, não respeita, nesta medida, ao plano (processual ou não) em que os efeitos dos acordos se *podem* vir a reflectir, mas à área a que a vinculação recognitiva respeita – apenas processual, na primeira hipótese; com carácter geral, nas duas últimas.

<sup>41</sup> De notar que, ainda que o acordo, quanto aos factos, fosse, para este efeito (ao contrário do que entendemos), também enquadrável na noção de prova [quando a esta se reconhecesse âmbito intercalar ou ultra-amplio – âmbito a que *infra* (Subsecção II.2, b.3) aludiremos como fruto da adopção de critério que desconsidera as características identificativas da prova, assim retirando sentido útil ao perímetro por esta via delimitado], a convenção de prova traduzir-se-ia no acordo, quanto à *utilizabilidade processual* do acordo relativo a tais factos, não *no próprio acordo*, quanto a estes, embora o primeiro normalmente decorra, quando não de forma expressa, por via interpretativa, do segundo. Assim o potencia a coincidência de sujeitos entre os dois tipos de consensos. A diferença (entre convenção de prova e documento de que tal pacto consta, podendo este último albergar mais do que um negócio jurídico) que, de forma mais meridiana, se vislumbra, quando são diversos os sujeitos outorgantes de cada acordo e assume natureza expressa, cada um destes, torna-se, neste caso (de identidade subjectiva e ausência de referência literal a um dos objectos de consenso), menos evidente. Idênticas considerações se tecerão, *infra* (Subsecção II.2, a.1)), a propósito da confissão.

<sup>42</sup> Em causa está o juízo decisório, em sede de matéria de facto controvertida.

<sup>43</sup> *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 35 e 38.

<sup>44</sup> No sentido da admissibilidade de celebração de tais acordos (a cuja qualificação, porém, como convenções de prova ou não, não procedem), Antunes VARELA, Miguel BEZERRA e Sampaio NORA, explicitam: “Mas nada obsta a que, na área onde ainda hoje pontifica o princípio dispositivo, as partes possam, por acordo, (...) reconhecer a existência de um facto (contanto que, agindo assim, não pretendam fazer nenhum uso reprovável do processo)”, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, Reimpressão, 2006, p. 662. Em sentido oposto se pronunciam, designadamente, SCHÜLLER E KOHLER. Este último, fazendo uso da expressividade que lhe é própria,

nesta última hipótese, quer resulte de concordância manifestada em articulado, quer em audiência).

Tais hipóteses de concordância entre as partes determinam que a matéria de facto sobre que incidem *ou* não chegue a integrar o domínio da matéria controvertida *ou* seja desta supervenientemente excluída (consoante, respectivamente, o momento em que o acordo é processualmente relevado, seja anterior ou posterior ao momento de definição da matéria factual controvertida – do *thema probandum*). É, como DE STEFANO nota, de *Ausstreitssetzung*, o efeito que as caracteriza.<sup>45</sup>

Porque externa (tal factualidade)<sup>46</sup> à área da prova, a convenção que sobre ela verse não se poderá enquadrar no âmbito das convenções, que ora consideramos. Constitui, pois, aquele, um tipo de negócio jurídico excluído do âmbito do presente estudo.

## *b.2. Omissão de exercício do contraditório, no plano da invocação da matéria de facto*

Fora do perímetro da prova se situam também os casos em que os factos se consideram normativamente assentes com base na associação entre a alegação de uma parte e a omissão de pronúncia, da outra parte, quanto a tal alegação.<sup>47</sup> Assim

---

observa que às partes não assiste o direito de apresentar ao juiz “uma caricatura, em vez da verdade” (*eine Carricatur statt der Wirklichkeit*), não beneficiando, assim, da possibilidade de substituir a “plenitude da vida” (*der Fülle des Lebens*) por um “fantasma” (*Schemen*). Sustenta, como consequência, a invalidade dos acordos em causa, “*Ueber processrechtliche Verträge und Creationen*”, *Gesammelte Beiträge zum Zivilprocess*, Neudruck der Ausgabe, Berlin, 1894, Scientia Verl., 1969 - X, pp. 154 e 155. SCHÜLLER exclui a eficácia processual vinculaiva deste tipo de pactos (a que recusa natureza processual) invocando que esta implicaria uma imiscuição (*Eingriff*) das partes no processo de prova (*Beweisverfahren*), que contenderia com o princípio da livre apreciação da prova, *Die Wirksamkeit von Beweisverträgen nach geltendem Prozeßrecht*, Göttingen, 1932, pp. 26 e 27. A defesa desta visão implicaria a adopção de uma noção muito ampla do princípio da apreciação da prova, integrando neste, não só a prerrogativa, do juiz, de avaliar a prova de acordo com a sua prudente convicção („como homem consciencioso e com experiência de vida” – *gewissenhafter lebenserfahrener* - , no dizer de SCHÜLLER, *ob. cit.*, p.27), como ainda o direito a decidir a matéria de facto com base na prova (o que excluiria que o acordo entre as partes pudesse servir de base a tal tipo de decisão). Afigura-se-nos que tanto representaria um alargamento excessivo do âmbito do princípio. Esta máxima processual é, de resto (como *infra* teremos oportunidade de observar), também em outros contextos, objecto de convocação a título de fundamento de concepções doutrinárias, mediante imputação de um sentido não correspondente ao que coincide com o seu estrito âmbito. A questão essencial, na presente sede, supera a da delimitação do âmbito do princípio, traduzindo-se em apurar se tal sentido assume efectivo relevo no âmbito do processo civil ou se, em determinadas circunstâncias, a ordem jurídica recua, permitindo que sejam as partes a, consensualmente, delimitar o objecto fáctico da causa, assim se prescindindo da apreciação de prova. Esta, porém, matéria que extravasa o domínio da presente investigação.

<sup>45</sup> *Studi sugli accordi processuale*, Milano, Giuffrè, 1959, p. 15.

<sup>46</sup> Tornada, pelo acordo, factualidade decidenda, não controvertida (eventualmente não litigiosa, se anterior, o acordo, à propositura da acção).

<sup>47</sup> As versões factuais, assim processualmente consolidadas, representarão factualidade decidenda, litigiosa, não controvertida.

sucede, quando não se cumpra o ónus da impugnação ou quando, mais radicalmente, o réu não cumpra o ónus da contestação<sup>48</sup> e haja lugar a revelia operante.<sup>49</sup>

Conquanto, nestas duas hipóteses, esteja em causa (à semelhança do que acontece em sede de prova), conduta processual passível de conduzir à fixação do sentido de versão factual susceptível de ser considerada na decisão (por isso se produzindo, como Miguel MESQUITA nota, o “efeito principal da prova”), não se trata de fundamento reconduzível a *prova* (antes “*prova ficta*”, como o autor igualmente nota)<sup>50</sup>, não recaindo sobre factos controvertidos. A circunstância de haver lugar às

---

<sup>48</sup> O que não equivale, com carácter necessário, a omissão de oferecimento de contestação, sublinha Miguel MESQUITA, quando observa que “a revelia não significa apenas *falta de contestação*, mas também *contestação extemporânea* que, por não poder aproveitar-se, acaba por ser desentranhada do processo”. Ensina, por outro lado, que “a lei equipara à revelia a situação anormal em que o réu apresenta efectivamente, e dentro do prazo, a contestação, mas desrespeitando o *dever* - consagrado no artigo 32.º - *de se fazer representar em juízo através de advogado*. Sempre que isto ocorra, o juiz deverá notificá-lo para sanar a faltas, sob pena de “ficar sem efeito a defesa” (artigo 33.º, *in fine*)”, “A revelia no processo ordinário”, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Lebre de Freitas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 1084.

<sup>49</sup> Miguel MESQUITA estabelece contraste entre os sistemas jurídicos a que, à revelia, se associa o efeito da *ficta confessio* (como sucede na ordem jurídica portuguesa), daqueles em que legalmente se determina, como efeito, a *ficta litis contestatio*, denotando as vantagens e desvantagens de cada uma das soluções. Pondera, por outro lado, no que diz respeito aos efeitos mediatos, sobre a “pertinência das fases do pré-saneamento e do saneamento” quando haja lugar a revelia eficaz, pronunciando-se no sentido de que “...sempre que se verifique uma situação de revelia operante, o encurtamento das fases processuais não deve, apesar do teor do artigo 484.º, n.º 2, sacrificar as fases do *pré-saneamento* e do *saneamento*, podendo o juiz, à luz do importantíssimo princípio da adequação formal, pôr travão à passagem automática do processo para a fase da discussão da matéria de Direito”, “A revelia no processo ordinário”, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Lebre de Freitas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 1086 e ss. e 1099 e ss. Como decorre da exposição de Castro MENDES, a solução actualmente constante do Código de Processo Civil representa solução intermédia relativamente aos extremos identificáveis no domínio das concepções processuais da revelia. Distancia-se, assim, das que, num dos extremos, perspectivam o oferecimento de contestação como um dever (dever cujo não cumprimento implicaria a prática de um acto ilícito. Essa a concepção subjacente ao regime previsto na Lei nas XII Tábuas, nos termos do qual, uma vez verificada a “*in ius vocatio*”, o não cumprimento do dever de comparência podia dar lugar a execução coerciva). Excluindo-se a hipótese, sita no outro extremo, correspondente à concepção da dedução de contestação, como uma mera faculdade (visão correspondente ao regime vigente no âmbito da redacção originária do Código de Processo Civil de 1876, nos termos do qual a não dedução de contestação não implicava qualquer desvantagem para o réu, continuando a impender sobre o autor o ónus de demonstrar os factos, cuja prova lhe incumbisse), distinguem-se, adentro da perspectiva que a concebe como um ónus, diferentes possibilidades quanto às consequências associáveis ao seu não cumprimento, designadamente as correspondentes ao efeito cominatório pleno ou semipleno. É esta última a solução actualmente adoptada entre nós. Para sùmula sobre a evolução histórica do regime da revelia, MENDES, João de Castro, *Direito Processual Civil*, 2. Vol., AAFDL, Lisboa, pp. 390 e ss. No sentido do acerto da solução normativa, constante do §345 da *Zivilprozessordnung*, nos termos do qual, faltando, a parte oponente (em causa está a oposição a sentença proferida à revelia), à audiência designada na sequência da dedução de oposição, fica precluída a possibilidade de reacção contra esta segunda decisão (também proferida à revelia), havendo inelutavelmente lugar “à sanção mais severa da perda definitiva do processo”, *vd.* acórdão do *Bundesgerichtshof* (BGH), de 6 de Outubro de 2011 (IX ZB 148/11). Todas as decisões, proferidas por este tribunal alemão, citadas ao longo do texto, se encontram disponíveis em [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de).

<sup>50</sup> “A revelia no processo ordinário”, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Lebre de Freitas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 1089.

referidas omissões determina, na verdade, como PISANI nota,<sup>51</sup> que as versões factuais, delas objecto, se não venham a incluir no *thema probandum*.<sup>52</sup>

Por outro lado, a ponderação, relativamente à inclusão ou não, desta conduta omissiva, no âmbito das *convenções* de prova, pressuporia o seu enquadramento no domínio *negocial*. Não estando em causa a definição processual de factos, com base em congregação de vontades das partes a tanto dirigida, não se incluem, tais fundamentos de fixação da matéria de facto, como TARUFFO observa, no âmbito da actividade jurídica negocial<sup>53</sup> e, em consequência, no domínio das convenções de prova.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> PISANI observa-o por referência ao “*principio di non contestazione*”, cujo efeito essencial reconduz à circunstância de determinar que “nei processi relativi a diritti disponibili i fatti non contestati sono posti fuori del *thema probandum*”, de modo que “non hanno bisogno di essere provati”, devendo, ao invés, “essere considerati come esistenti dal giudice”, “Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile”, *Il Foro Italiano*, Anno 2003, Vol. CXXVI, p. 606.

<sup>52</sup> Tanto está na base da crítica que TEDOLDI dirige à inclusão, pelo legislador italiano (em 2011), do que o autor designa por “princípio da não contestação”, no âmbito do art. 115, 1 do Codice di Procedura Civile (que tem por epígrafe “Disponibilità delle prove”), “La non contestazione nel nuovo art. 115 C.P.C.”, *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LXVI, Seconda Serie, N. 1, Gennaio-Febrero, 2011, p. 86. Para uma perspectiva jurisprudencial, no quadro do sistema jurídico processual italiano, do ónus de pronúncia em matéria de facto *vide* BATTAGLIA, “Sull’onere del convenuto di “prendere posizione” ordine ai fatti posti a fondamento della domanda (riflessioni sull’onere della prova)”, *Rivista di Diritto Processuale*, Novembre-Dicembre, 2009, Anno LXIV, Seconda Serie, N.6, Cedam, pp. 1512-1536.

<sup>53</sup> Também Miguel MESQUITA adverte para este aspecto, “A revelia no processo ordinário”, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Lebre de Freitas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 1091.

<sup>54</sup> No que diz respeito à natureza e função das formas processuais de pronúncia declarativa das partes, TARUFFO define a alegação de facto como “formulação de um enunciado descritivo de tal facto, efectuada por uma das partes num dos seus actos”, distinguindo o acto de alegação da qualificação jurídica de que a mesma virá a ser, posteriormente, objecto no processo. Por contestação entende a “negação explícita da verdade de um enunciado que foi objecto de alegação” (assemelhando à declaração explícita da verdade de alegação a declaração de desconhecimento do facto), em concepção que implica a classificação do acto de contestação como acto linguístico. A não contestação traduzir-se-á, inversamente, na “ausência de negação explícita da verdade de um enunciado que foi objecto de alegação”, “Verità negoziata?”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Settembre, 2008, Anno LXII, Supplemento al Nº 3, Milano, Giuffrè, pp. 87 e 88. Assentamos nestes pressupostos. Indagando das repercussões das consequências associadas à não contestação de factos, no plano da verdade, o autor questiona a possibilidade de aquela representar uma forma de negociação da verdade. Fazendo assentar o seu raciocínio nas premissas de que é possível conhecer a verdade e de que, no âmbito de um “processo justo”, tanto se afigura necessário (enquanto condição de cumprimento da função que lhe é própria), conclui que a omissão de contestação de factos não representa fonte de adulteração da verdade, na medida em que a qualidade (como verdadeira ou não) da afirmação não contestada não depende de outro factor que não seja a coincidência do seu teor com a realidade. A verdade não é, assim, negociável, não variando em função da contestação ou não. Propugna, contudo, que se devam minorar as hipóteses de decisão não assente no apuramento da verdade (“*Se l’enunciato allegato è falso, la non contestazione non lo fa diventare vero*”, “*Se l’enunciato allegato è vero, la non contestazione non lo fa diventare vero, perche lo è già*”), “Verità negoziata?”, *ob. cit*, pp. 69 a 98. O essencial do pensamento vertido no referido artigo consta das pp. 146 a 158 de *Uma simples verdade O juiz e a construção dos factos*, Marcial Pons, 2012. Seguimos o entendimento do autor. Cremos, assim, poder-se concluir que a procura da verdade constitui a via primordial de resolução do litígio entre as partes (enquanto via de justa composição da causa) quando entre estas não exista consenso em matéria de facto. Ainda que, porém, em particulares circunstâncias, legalmente se admita que a decisão possa assumir outro tipo de suporte, tanto não contende com a verdade, nem com a veracidade das versões

Nem, porém, a associação, de tais omissões, a negócio jurídico, celebrado entre as partes, permite enquadrar esta base de decisão da matéria de facto no âmbito da prova.

Tal enquadramento seria hipotizável, designadamente, quanto a acordos entre as partes, no sentido do não exercício do direito de invocar [em sede de acção, principal ou reconvenção, ou de defesa (por excepção)] ou contestar factos (em sede de impugnação).<sup>55 56</sup>

---

factuais alegadas. CAVALLONE aprecia, sob várias perspectivas, diversas das posições que TARUFFO sustenta relativamente ao problema da procura processual da verdade, questionando, designadamente, a dissociação entre a indagação da verdade e o carácter “simbolico e rituale” do processo, “Difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)”, *Rivista di diritto processuale*, Anno LXV, Seconda Serie, N. 1, Gennaio-Febrario, 2010, p. 11. MONTELEONE aceita a noção de verdade formal (que toma por verdade em sentido jurídico processual). À referência, porém à verdade enquanto dimensão extraprocessual está subjacente à distinção que estabelece entre *verdadeiro* e *certo*, considerando este último aquele que se tem por processualmente assente (objecto da certeza subjectiva formada pelo decisor) ainda que não coincidente com a realidade. Atribui, por outro lado, ao equívoco que identifica na concepção do alcance da verdade como fim do processo e da prova, a preocupação insistente de alguma doutrina em conceber poderes oficiosos ao tribunal em sede de instrução, “Limiti alla prova di ufficio nel processo civile. Cenni di diritto comparato e sul diritto comparato”, *Rivista di Diritto Processuale*, Luglio-Agosto, 2007, Anno LXII, Seconda Serie, N.4 , Cedam, p.860. Afigura-se-nos porém, que apesar de a convicção formada pelo julgador quanto à verificação ou não de factos processualmente relevantes poder não coincidir com os factos efectivamente ocorridos, sendo falível a actividade cognoscitiva que a decisão da matéria de facto controvertida pressupõe, tanto não invalida que o escopo da actividade processual instrutória seja o alcance da versão dos factos coincidente com a realidade. O reconhecimento de que o fruto da indagação possa não coincidir com o fim último propugnado não conduz por si só, à consequência de não atribuição ao decisor de todos os poderes de investigação que se revelem úteis à máxima aproximação da factualidade tida por processualmente assente à factualidade efectivamente verificada. Sobre o relevo da linguagem para o alcance da verdade, *cf.* TARSKI, “The semantic conception of truth”, *Philosophy and Phenomenological Research*, 4 (3), pp. 341-376.

<sup>55</sup> Estes dois últimos os tipos de pactos a que (enquanto manifestação de actividade processual de consenso actual – “*aktuell-einverständliches Prozesshandeln*”) WAGNER associa a noção de *Geständnisvertrag*. O autor sublinha estar em causa a existência de consenso no processo, evidenciando a conciliação que se estabelece entre as duas dimensões envolvidas - *Vortrag* e *Nichtbestreiten* -, observando que estas representam vias de disposição processual de factos, cuja previsão normativa se revela congruente no contexto de sistema jurídico em que se reconheça às partes o direito a fixar factos por via de negócio declaratório que qualifica como material (*Feststellungsgeschaft*) Aquele seria, de resto, na sua óptica, o homólogo (*Pendant*) simétrico (porque processual) deste último, distinguindo-se, no essencial, por regra, as duas figuras, em função dos efeitos visados pelas partes (representando duas vias – uma de natureza material, outra de índole processual – de obtenção de resultados equivalentes). Se, por via do primeiro tipo de pacto, as partes pretendem, preferencialmente, evitar o litígio jurisdicional (assim dando por assente uma certa versão factual), por via do segundo visarão, por princípio, conformar a sua actividade processual em instância pendente ou iminente (vinculando-se a não pôr processualmente em causa determinada versão factual). WAGNER salvaguarda, contudo, que o tribunal não fica vinculado ante uma unânime invocação de factos se estiver em causa domínio onde o princípio do inquisitório (*Untersuchungsgrundsatz*) se sobreponha ao princípio do dispositivo (*Verhandlungsmaxime*). Observa, por outro lado, que a fixação de factos por via negocial não conflitua com o dever de verdade (*Wahrheitspflicht*), previsto no §138 da *Zivilprozessordnung*, por (no fundamental) entender que este releva enquanto normatividade destinada a evitar a actuação de má fé, em prejuízo da contraparte, que não nas hipóteses em que haja disposição unânime das partes. Sublinha que o correcto entendimento da função do tribunal conduz a que a este não seja cometida a função de contrariar as estipulações concordantes das partes, antes a de as auxiliar na sua efectivação,

Diversas continuam a ser, na verdade, as repercussões de cada um dos acordos, ora em cotejo. Se, pelos pactos, ora referidos, se visa estabelecer o regime jurídico de direitos processuais, cujo exercício tem lugar em momento anterior à definição do *thema probandum* (referindo-se, assim, a fase sita a montante daquela em que há lugar ao estabelecimento das versões factuais que, porque controvertidas, virão a ser objecto de prova), o segundo tipo de pactos (convenções de prova) tem por objecto a prova (incidente, esta, apenas sobre matéria factual controvertida). Da observância dos primeiros podem resultar implicações, no plano da prova, na medida em que, a representarem, a contestação e a impugnação, ónus processuais, do não cumprimento destes poderá decorrer (se verificados os pressupostos legais para tanto) a consolidação das versões factuais relativamente às quais não foi exercido o contraditório. Também, da não alegação de factos, poderá resultar a não consideração, na instância, de versões factuais que, de outro modo, seriam objecto de actividade de prova e, assim, também por esta via, a cristalização da matéria de facto, objecto de consideração, em sede decisória.

De observar, contudo, que este reflexo, observado no plano da prova, se verifica, enquanto resultado, não do pacto no sentido da não invocação ou não impugnação das versões factuais, mas das consequências que legalmente se imputem à omissão de alegação ou de impugnação (ainda que esta omissão tenha lugar em cumprimento daquele acordo). Consequências que poderão não se verificar, quer porque a revelia seja inoperante, quer porque não se verifiquem os pressupostos legais de consumação desse corolário da não impugnação, quer ainda porque, no sistema jurídico em causa, se não associem quaisquer consequências (ao nível da definição da versão da matéria de facto alegada a tomar por processualmente assente) a tais omissões (hipóteses em que a matéria de facto não contraditada, será objecto de

---

sem que tanto represente desvalorização (“*Herabwürdigung*”) do estatuto de juiz civil, sob pena de, adoptando entendimento inverso, se deturparem as bases valorativas do direito privado. A circunstância de estar em causa facto notório ou acção de cuja decisão pudesse resultar prejuízo para terceiros não representam, na sua perspectiva, quanto ao presente tipo de negócio jurídico, limites à liberdade negocial – na primeira hipótese, por falta de fundamento normativo (na medida em que concebe o §291 da *Zivilprozessordnung* como forma de dispensar a produção de prova, em ordem a facilitar a determinação da base factual, que não como via de limitar a liberdade de disposição das partes); na segunda hipótese, por entender que tal possibilidade é, na prática, pouco frequente (além de fortemente minorada pelos efeitos relativos do caso julgado), bem como que, a verificar-se, o controlo deve ser feito por recurso aos meios processuais gerais de reacção contra o conluio fraudulento das partes, *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, pp. 610 e ss., espec. 621 e ss. Se se compreende que o grau de condescendência da ordem jurídica para com a circunstância de a versão factual invocada pelas partes não corresponder à real, pode variar consoante esteja em causa pronúncia jurisdicional (quanto à matéria de facto) com base em consenso das partes ou com base na prova, não terá, o legislador, quando dispensou a prova relativamente a factos notórios, deixado de ser movido (entre outros) pelo intuito de evitar que o tribunal fosse colocado na posição de ter de considerar verificado um facto que notoriamente não ocorreu, com o que seria posta em causa a autoridade e solidez da sua pronúncia. Motivo (este último) igualmente justificador da inadmissibilidade de que declaração consensual das partes possa valer, com carácter vinculativo, ante o tribunal.

prova).<sup>57</sup> Diferentemente, as convenções de prova têm repercussão directa, ao nível do regime jurídico da prova. A repercussão daqueles pactos neste regime verifica-se, por outro lado, não porque tais acordos estabeleçam regras quanto à prova (ao contrário do que sucede no âmbito das convenções de prova), mas porque, por intermédio da sua observância, se define (à semelhança do que sucede com os acordos de reconhecimentos de versões factuais) o que não será objecto de prova. Também aqui, a consolidação fáctica a que possa haver lugar, decorre, não do regime da prova, mas da delimitação negativa do objecto da prova, ou seja, da excisão de certos recortes factuais do âmbito probatório e, assim, do âmbito de alcance das regras (convencionais ou legais) a que a prova obedeça.<sup>58</sup>

Importa, pois, como PEZZANI SUBLINHA, distinguir os acordos que regulam a prova, daqueles que excluem o juízo de prova.<sup>59</sup>

### ***Subsecção II- Fundamentos da decisão da matéria de facto controvertida***

*Excluída* a prova da área de *ausência* de controvérsia factual, cabe, num segundo passo, verificar se o seu *âmbito* envolve todo o domínio relativo ao suporte da decisão sobre a matéria de facto *controvertida* ou se se circunscreve a uma parte

---

<sup>57</sup> Sobre a razão de ser da actual redacção do §341, 2 da *Zivilprozessordnung* (de acordo com a qual o tribunal pode proferir decisão de oposição a sentença proferida em revelia, sem que aquela tenha de ser precedida por audiência oral), *vd.* o acórdão do *Bundesgerichtshof* (BGH) de 8 de Setembro de 2011 (III ZR 259/10).

<sup>58</sup> Mesmo quando se adopte perspectiva, no sentido de que a confissão represente meio de prova e não obstante a circunstância de, em caso de revelia operante, o legislador dar por “confessados os factos articulados pelo autor” (*vide* art. 567.º, n.º 1 do Código de Processo Civil), não se trata, nesta hipótese, de verdadeira confissão (ainda que designada ficta ou presumida). Como LEBRE DE FREITAS observa, implica “macrocefalia do conceito de declaração” procurar integrar nessa noção (de declaração) “os casos em que a teoria clássica ficcionava uma vontade na realidade inexistente ou juridicamente irrelevante e em que mais não há do que comportamentos humanos *juridicamente relevantes*, que como tal integram fatispécies normativas produtoras dum efeito que se produz, mesmo contra a vontade do seu autor”. No que respeita à omissão declarativa, esclarece, em asserção que seguimos, que, ainda que o efeito do comportamento omissivo “seja idêntico ao duma confissão expressa, trata-se de casos em que *fatispécies normativas distintas (a da confissão, a da omissão)* são equiparadas pelo seu efeito; (...) O silêncio não pode, pois, nunca, no campo da confissão, constituir um comportamento declarativo, pelo que a equiparação, a existir, só pode ter o sentido de atribuir à confissão um *Tatbestand alternativo* ou o de assimilar o regime de duas figuras jurídicas distintas mediante o recurso a uma *ficção*”, *A confissão no direito probatório*, Coimbra Editora, 1991, pp. 171, 172, 174 e 175 (itálico nosso). Cremos ser a segunda (assimilação, por ficção, entre figuras diversas) a hipótese que se verifica, quando haja lugar a revelia plenamente operante, bem como a consolidação factual na sequência de não impugnação, em matéria de facto. A aproximação entre as duas figuras manifesta-se, no caso de não impugnação, na referência literal a acordo quanto aos factos (que não a confissão), bem como à convocação, em plano paralelo, à confissão (prevendo-se, designadamente, a inexistência de acordo, em caso de inadmissibilidade de confissão – *vide* art. 574.º, n.º 2 do Código de Processo Civil).

<sup>59</sup> *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 56.

deste. Tanto depende da maior ou menor amplitude concedida ao *âmbito* da prova, o mesmo é dizer, do maior ou menor número de fundamentos de decisão da matéria de facto controvertida incluíveis na noção de prova.

a) Tipos de fundamentos da decisão da matéria de facto controvertida

No que diz respeito aos elementos, alheios ao plano da alegação, susceptíveis de servir de fundamento a diferentes títulos, à decisão da matéria de facto controvertida, distinguiremos quatro:

a.1) *Fundamento declarativo*

Poder-se-á, tratar, em primeiro lugar, de fundamento *declarativo* (assim sucede se o fundamento da decisão se consubstancia em depoimento de parte – com cariz confessorio ou não).

Quando assim, a base decisória não representa senão a declaração, prestada pelas partes, agora já não no plano da alegação, de que uma determinada versão dos factos se verificou.

O decisor não se socorre, pois, no âmbito deste fundamento, para formar conclusão extintiva da controvérsia factual, de outros elementos, que acresçam a afirmação das partes. Decide, com base na versão da factualidade oferecida pelos sujeitos litigantes, que não com base em suporte proveniente de outra fonte, que lhe permita, por confronto, testar a propriedade e correcção (comprovar a veracidade) da informação que as partes proporcionam, enquanto conteúdo das declarações por si emitidas e processualmente feitas valer.

De notar, por último, que, podendo as convenções de prova ter por objecto a base decisória em que se consubstancia o depoimento de parte, de que conste confissão (na medida, em que, contrariamente ao defendido por DICKHOFF)<sup>60</sup> esta se

---

<sup>60</sup> O autor exclui a confissão judicial, não apenas da área das convenções de prova (notando que tal tipo de confissão representa um acto processual unilateral, não carente de aceitação, que não um acordo ou entendimento mútuo – „*Es handelt sich hierbei nicht wie bei den Beweisvereinbarungen um ein gegenseitiges Einvernehmen, sondern um eine einseitige keiner Annahme bedürftige Prozesshandlung*“), como ainda do domínio dos meios de prova (observando que este fundamento decisório não é um meio de prova por não trazer a prova, mas poupar a prova – „*Es ist kein Beweismittel, denn es erbringt nicht. Beweis, sondern, erspart den Beweis*“), assimilando-a, sob este ponto de vista, à ausência de contestação. Tal posição encontra apoio no teor literal do §288, Abs. 1 ZPO, nos termos do qual os factos judicialmente confessados „não carecem de prova“. O autor nota, por outro lado, em observação que comungamos, ser esta uma característica que tal fundamento decisório partilha com o que decorre da não observância do ónus da impugnação de factos (§138, Abs. 3 ZPO). Assinala, como traço de distinção entre ambas, a circunstância de a confissão judicial ser revogável. Na verdade, nos termos do §290 ZPO, os efeitos da confissão judicial podem ser neutralizados sob demonstração de que não corresponde à verdade ou de que o confitente actuou sob erro. No âmbito do sistema português, a confissão judicial escrita tem força probatória plena e pode ser objecto de anulação ou declaração de nulidade com base em vícios da vontade, ainda que não escrita (arts. 358.º, n.º 1 e 359.º do Código Civil, respectivamente). O autor identifica, assim, a confissão judicial como fonte possível de obtenção de

compreenda no conceito de prova em sentido amplo a que *infra* aludiremos)<sup>61</sup>, tanto não equivale (contrariamente ao que decorre da perspectiva propugnada por WAGNER)<sup>62</sup> a afirmar que a confissão represente convenção de prova,<sup>63</sup> o que, ademais, imediatamente se retira da circunstância de, ao contrário do que sucede com a convenção, a confissão não assumir, como FURNO sublinha<sup>64</sup>, natureza bilateral. A distinção manter-se-ia, contudo, mesmo se assim não fôra, na medida em que, ao contrário da confissão, a convenção de prova tem a prova por *objecto*. Não constitui *prova*.<sup>65</sup> O fundamento ou base de decisão não se confunde, assim, com a convenção que altere o regime jurídico regulador de tal fundamento decisório.

#### a.2) *Fundamento demonstrativo*

Identifica-se, em segundo lugar, o fundamento *demonstrativo*.

Nesta hipótese, o decisor dispõe de elementos informativos, carreados para o processo, não identificáveis com as meras afirmações das partes em litígio.

Na sequência da apreciação a que proceda de tais subsídios, o juiz fará uso da conclusão que assim apure para controlo da veracidade ou não das versões factuais sustentadas pelas partes, pelo que esta base representará meio dotado de capacidade demonstrativa da verificação ou não do alegado.

Trata-se, em suma, de matéria transportada para a lide em acréscimo à informação em que a declaração das partes se consubstancia; matéria, cuja valia resulta de tratamento jurisdicional ou de definição legal e que representa critério de controlo e padrão de decisão relativamente à factualidade controvertida (*objecto de*

---

factualidade assente não incluível no *thema probandum*, *Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeß*, Buchdruckerei Franz Linke, Berlin, 1941, p. 15. Deixa, além disso, perpassar (não o explicitando, embora) a diferença que medeia entre esta base decisória e os demais suportes de decisão de versão factual controvertida. Tanto não o inibe, porém, de classificar o que designa por convenção confessória (*Geständnisvereinbarung*) entre as modalidades de convenções de prova (não obstante a excluir do âmbito das convenções relativas ao ónus da prova), *ob. cit.*, p. 16.

<sup>61</sup> *Vide infra*, nesta subsecção, o ponto b.2).

<sup>62</sup> O autor inclui o que designa por *prozessuale Geständnis Verträge* no âmbito das convenções de prova, *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 610 e ss.

<sup>63</sup> Para considerações, de índole próxima, relativamente aos acordos de reconhecimento de factos, *vide supra* Subsecção II.1, b.1).

<sup>64</sup> FURNO, CARLO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, G.C. Sansoni Editore, 1948, pp. 140 e 141.

<sup>65</sup> Do mesmo modo, se, em convenção de prova, as partes previrem que os depoimentos testemunhais serão reduzidos a escrito – o documento correspondente à *convenção de prova* será aquele de que conste o acordo em que se regule tal forma especial de produção de prova, não aquele de que constem os depoimentos testemunhais reduzidos à forma escrita. Este último dá suporte físico à prova (testemunhal) produzida em consonância com a convenção de prova.

alegação), dada a sua aptidão para permitir concluir no sentido da comprovação ou não da verificação das versões factuais, objecto de análise.

Este o tipo de fundamento em causa, quando o suporte da decisão se reconduza a prova documental, pericial e testemunhal, bem como quando, no contexto de prova real, haja lugar a inspecção judicial.

### *a.3) Fundamento lógico-indutivo*

Poderá, em terceiro lugar, estar em causa fundamento *inferencial* ou *indutivo*.

Nesta hipótese, o juiz profere decisão com base na ilação, extraída, não de informação probatória (esta por natureza carecida de tratamento no sentido da formação de conclusão quanto ao seu valor e, em consequência, quanto à sua utilidade para efeitos decisórios), mas de uma determinada circunstância factual processualmente já assente. Trata-se de conclusão obtida através de raciocínio lógico-indutivo, por via do qual, da verificação de um facto se retira a ocorrência de um outro.<sup>66</sup> Extracção que assenta, por norma, na probabilidade de, ocorrido o primeiro facto, se verificar o segundo.<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> A circunstância de, no Código de Processo Civil, não se regularem as presunções, prender-se-á, justamente, com o facto de o recurso a estas se verificar no momento da decisão da matéria de facto, não implicando (enquanto mero raciocínio indutivo a que se reconduz) a prévia prática de diligências instrutórias e, portanto, a prática de actos processuais que carecessem de regulação neste diploma. O enquadramento deste tipo de raciocínio no âmbito da lógica indutiva, assenta na concepção de indução desenvolvida TARUFFO, quando, caminhando para além da bipartição dedução (passagem do geral ao particular) / indução (passagem do particular ao geral), contempla a passagem de uma realidade particular a outra realidade particular como forma de indução, “Il giudice e la storico. Considerazioni metodologiche”: “Se infatti, come in questo caso mi sembra necessario, si esclude la possibilità di un ricorso a leggi di carattere universale, é anche necessario escludere che il procedimento in questione abbia natura deduttiva, poiché verrebbe a mancare la più importante condizione per l’esistenza del ragionamento deduttivo, né si può considerare alternativa valida quella di ipotizzare una deduzione vaga ed imprecisa. Quando si afferma che lo storico può avere a disposizione soltanto delle uniformità non generalizzate, formulate a livello di senso comune, si è poi portati a concludere che si tratta di premesse di un ragionamento di tipo induttivo, che sfocia in un giudizio di fatto avente tutte le caratteristiche di un giudizio di probabilità. Non sarebbe in questo caso l’induzione generalizzatrice elaborata dalla logica classica, ma il procedimento logico mediante il quale si compie il passaggio da una proposizione particolare ad un’altra proposizione particolare, attribuendo alla seconda un determinato grado di conferma logica sulla base della prima”, *Rivista di Diritto Processuale*, Volume XXII, II Serie, Cedam, 1967, esp. pp. 453 e ss. Considerando, no seu conjunto, o raciocínio associado à presunção jurídica, cremos ser de distinguir dois níveis. Por um lado, o que diz respeito ao percurso de pensamento *expresso* na presunção. Nível em que o raciocínio assume carácter *indutivo*, tomando, para este efeito, a formulação de TARUFFO, enquanto passagem de uma dimensão singular (certeza de verificação do facto base) a outra dimensão singular (certeza de verificação do facto assim presumido). Este o plano que considerámos para qualificação do fundamento decisório que ora consideramos. Um outro nível de análise respeita ao tipo de raciocínio lógico a que há lugar, em momento *precedente* ao da criação da presunção, através do qual se apura o fundamento justificador da adopção desta. Por via de regra, é em virtude de se verificar que, numa multiplicidade de hipóteses, ao facto base sucede o facto presumido, que se estabelece a regra de que, quando, num caso particular, se verifique o facto base, se terá por

É este o tipo de fundamento em causa, quando a decisão, quanto à matéria de facto, assenta em presunções jurídicas.<sup>68</sup>

Cabe, porém, adentro deste tipo, estabelecer uma distinção entre a natureza da base de decisão, que está em causa, quando a presunção é judicial e quando a presunção é legal.

No primeiro caso (*presunção judicial*), é a inferência de certeza (quanto a matéria factual controvertida) que o juiz retira de uma determinada versão factual processualmente consolidada, que constitui o suporte da sua convicção. Ou seja, o decisor firma o seu convencimento na relação de normal e provável sequência entre duas ocorrências de facto. Esta a base (obtida em exercício da *livre apreciação* que, nestes termos, desenvolve) em que suporta a decisão que profere, quanto à factualidade controvertida em causa. Por esta via, exprime acreditar, ter ficado plenamente convencido (no sentido que JAUERNIG imprime à expressão),<sup>69</sup> decidindo, em conformidade, que, naquele caso concreto, se verificou um determinado facto, porque (como WAGNER observa, quando se reporta às presunções jurídicas), segundo as regras da experiência e o normal curso dos acontecimentos, ao acontecimento X (de verificação demonstrada) costuma suceder o acontecimento Z (relativamente ao qual havia incerteza ou controvérsia).<sup>70</sup>

---

verificado o facto presumido. Do geral parte-se, assim, para o particular. A presunção representará, sob este ponto de vista, fenómeno indutivo, assente em pressuposto obtido por via generalizante.

<sup>67</sup> Para uma visão evolutiva (tomando como ponto de partida a segunda metade do século XVII) do tratamento da noção de probabilidade e dos critérios que a podem tornar relevável, em particular dos propostos por BENTHAM e COHEN, *vd.* Chiara Besso MARCHEIS, “Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Dicembre, 1991, anno XLV, n. 4, Giuffrè Editore, Milano, pp.1119-1163.

<sup>68</sup> Adoptando entendimento diverso do propugnado por Rita Lynce de FARIA, Mariana França GOUVEIA pronuncia-se no sentido de que as presunções jurídicas representam meios de prova, “A prova”, *Themis, Revista da Faculdade de Direito da U.N.L.*, 2008, Edição Especial, Almedina, p. 337.

<sup>69</sup> Convicção enquadrável no estágio que JAUERNIG designa por prova total ou plena em sentido restrito (*volle Beweis*), por corresponder a situação em que o tribunal fica plenamente convencido (*voll überzeugt*), „para além de qualquer dúvida razoável“, da „verdade ou inverdade da alegação“. A este nível de convicção contrapõe o da *Glaubhaftmachung*, correspondente àquele em que o tribunal fica convencido tão só da elevada probabilidade (*die gute Möglichkeit*) - grau equivalente ao da mera verosimilhança, acerca da verdade ou não de uma alegação de facto, *Zivilprozessrecht*, 29. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2007, p. 158. Sobre a relação entre verdade e verosimilhança, *cfr.* Isabel FONSECA, “Verdade e verosimilhança: o provável erro de Calamandreï”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. 81, 2005, pp. 633-672.

<sup>70</sup> WAGNER identifica como critério distintivo, entre as figuras da presunção e da ficção jurídicas, a circunstância de a primeira se „encontrar talhada“ („zugenschnitten“) para situações em que o facto presumido por regra existe, ao passo que a ficção respeitaria a hipóteses em que a inferência („fingierten Tatsache“) por norma não se verifica. A diferenciação assenta, pois, sob esta perspectiva, no grau de probabilidade de verificação da ilação factual que se extrai, que não na circunstância de esta inferência tomar ou não por base um facto conhecido. A previsão de que um determinado facto se tem por verificado na sequência de decurso de um determinado prazo é, por isso, esclarece, passível de ser qualificada como ficção, *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 652. Entendimento que se revela compatível com o propugnado por ANDRIOLI, quando enuncia, como critério de diferenciação entre as figuras, a racionalidade (que preside à presunção e inexistente na ficção), “Presunzioni (Diritto civile e Diritto processuale civile)”, *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Torino,

O seu convencimento tem, assim, por base a relação de probabilidade que em concreto formula e decide aplicável à particular factualidade controvertida em causa.

À semelhança do que acontece no fundamento anterior, decide porque se convenceu relativamente à ocorrência de uma versão factual (não, em visão distinta da adoptada por PEZZANI, porque queira favorecer a parte mais débil ou em desvantagem<sup>71</sup>). Diferentemente do que sucede, porém, na primeira hipótese, a convicção não se alicerça na demonstração de verificação da factualidade controvertida, antes na probabilidade, retirada por inferência, dessa verificação. Os traços comum (livre e concreta formação de convicção, em ambos os casos,<sup>72</sup> pelo decisor, quanto à verificação de um determinado facto) e distintivo (diferente fundamento da convicção, formada com base em demonstração, num caso, e em inferência probabilística, no outro) entre esta hipótese (fundamento inferencial ou indutivo por presunção judicial) e a anterior (fundamento demonstrativo) correspondem, respectivamente, aos traços diferenciador e de similitude entre esta hipótese e a que se verifica quando estejam em causa *presunções legais* (fundamento inferencial ou indutivo na sua segunda modalidade).

Assim, se estas partilham, com as presunções judiciais, a característica de a incerteza de um facto se extinguir pela inferência de certeza (quanto ao facto controverso) que se retira de um facto certo, divergem daquelas na medida em que tal dedução não constitui fundamento da convicção que o julgador livremente forme, antes expressão do sentido decisório imposto pelo legislador. Confirma-se, pois, sob este ponto de vista, a inexistência de “cimento conectivo” entre presunções judiciais e presunções legais, que ANDRIOLI e TOMBARI bem denunciam.<sup>73</sup>

---

UTET, 1966, pp. 768. Adoptando diferente entendimento (na medida em que parcialmente congregador das duas figuras), ROSENBERG considera que o que se designa por presunções inilidíveis se reconduz à figura da ficção, *La carga de la prueba*, 2. Edición, IB de f, Montevideo, Buenos Aires, 2002, p. 249. Santos JUSTO ensina que a *praesumptio iuris tantum* representa “expediente legal já utilizado na época clássica”, respeitante à prova, que constitui “instrumento *pro veritate* e, portanto, susceptível de contraprova”. Diferentemente, a *fictio* “deforma conscientemente a *veritas*”, incluindo-se no âmbito da teoria da integração. A *praesumptio iuris et de iure*, não admitindo, embora, contraprova, distancia-se da *fictio* em virtude de ter “por base uma probabilidade”, “A “Fictio iuris” no Direito Romano”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Suplemento, Vol. XXXII, Coimbra, 1989, p. 612. No sentido (de teor coincidente) de que, no âmbito da ficção, o legislador se posiciona “résolument en dehors de la réalité”, fazendo, a lei, “directement “front contre le naturel””, DECOTTIGNIES, *Les présomptions en droit privé*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon & R. Durand-Auzias, Paris, 1950, p. 15. Sobre a distinção entre ficção *material* ou *simbólica* e ficção *intelectual*, vide DUMERIL, “Les fictions juridiques”, *Revue générale du Droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, V.6, Paris, 1882, p. 449.

<sup>71</sup> Segundo a autora, o juiz recorre à presunção judicial “per favoreire una parte che ritiene in qualche modo svantaggiata o più debole”, *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 129. Asserção exacta, porém, se referida à inversão jurisdicional do ónus da prova.

<sup>72</sup> Salvaguardadas as hipóteses em que ao fundamento demonstrativo é associado um valor legalmente fixado e processualmente não ilidido.

<sup>73</sup> A expressão citada é de ANDRIOLI. Este autor sustenta a inserção das presunções legais e das presunções judiciais em categorias autónomas, sublinhando as características que as distinguem, quer no que diz respeito à sua estrutura, quer no que diz respeito à função a cada uma delas adstrita. No que diz respeito à estrutura, nota, quanto às primeiras, que se “o procedimento dedutivo”, por um lado,

O juiz não desenvolve tal raciocínio lógico-indutivo como forma de exposição das razões da sua convicção. Esse raciocínio, que concretamente expõe, não é senão a manifestação, na decisão, de um raciocínio já antes desenvolvido pelo legislador e cuja aplicação se impõe, ao julgador, no caso concreto, independentemente da convicção que este tenha formado. A invocação da presunção legal explícita, pois, a razão da decisão proferida, não da convicção formada.

O fundamento inferencial releva, nesta medida, ao nível da fundamentação da decisão da matéria de facto controvertida, *tanto* na medida em que suporta a convicção jurisdicional, *como* na medida em que constitui a base do raciocínio legislativo, que ao decisor cabe exprimir no exercício da actividade jurisdicional, consoante o tipo de presunção jurídica (judicial ou legal) que esteja, respectivamente, em causa.

Diferentemente do entendimento que subjaz à visão propugnada por MOUGENOT,<sup>74</sup> concebemos, assim, a presunção jurídica, como fundamento decisório que se traduz num método de raciocínio do julgador (isoladamente considerado) *ou* do legislador (a nível abstracto) *em articulação com o juiz*, enquanto declarante (este, no caso concreto) da verificação dos pressupostos daquela indução abstracta.<sup>75</sup>

---

“representa o mecanismo da lógica do juiz na determinação dos factos, e, portanto, não serve para distinguir as presunções da valoração dos resultados dos meios de prova (verdadeiros e próprios), perde por outro lado todo o significado normativo, na medida em que as consequências estão previstas na lei que, com a sua autoridade normativa, sana ou, se se quiser, torna irrelevantes os eventuais vícios do procedimento presuntivo”. No que concerne à função, observa que as consequências decorrentes de cada um dos tipos de presunções “se encontram previstas (e não de idêntico modo)” nos arts. 2728. e 2729. do Codice Civile, “Presunzioni (diritto civile e diritto processuale civile)”, *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Torino, UTET, 1966, p. 766. Na esteira de ANDRIOLI, TOMBARI sublinha que “lo schema presuntivo non riesce però a porsi come elemento di effettiva unificazione strutturale tra presunzioni semplici e presunzioni legali per la diversità dei soggetti e degli effetti della conoscenza”, “Note tema di presunzioni legali”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Settembre, 1991, Anno XLV, N.3, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, p. 918.

<sup>74</sup> O autor concebe as presunções como meios de prova em sentido próprio e não como mera forma de raciocínio. Na hierarquia, porém, de meios de prova a que alude, situa as presunções judiciais (a par da prova testemunhal), num segundo nível, relativamente à prova documental, à confissão e ao juramentos, para tanto invocando, quer o facto de a sua admissibilidade ser limitada (restrita a certas hipóteses), quer a circunstância de não implicarem a imposição, ao juiz, de uma decisão, em *Das Beweisrecht der Europäischen Union*, Kluwer Law International, 2004, p.76.

<sup>75</sup> Diversos são, assim, os percursos conducentes à prolação de decisão sobre a matéria de facto controvertida, quando cotejados, de um lado os fundamentos declarativo e demonstrativo e, de outro lado, o fundamento lógico-indutivo. Diversidade que Barbosa MOREIRA reflecte quando, no que concerne à absorção da informação, por parte do decisor, distingue dois tipos de “operações através das quais a informação proporcionada pela prova é colhida pela mente do juiz: a percepção e a inferência”, adoptando como critério distintivo entre ambas o facto de a primeira ter lugar por via sensitiva e a segunda por via intelectual e associando a operação de segundo tipo apenas às presunções judiciais, “Observaciones sobre las llamadas pruebas atípicas”, *Revista de Derecho Procesal*, n.º 3, 1999, pp. 542 e 543. O raciocínio lógico-indutivo que se revela, de forma expressa, na hipótese de presunções jurídicas pode estar, contudo, presente, de modo velado, na base de outras hipóteses normativas de índole processual. Assim, por exemplo, quando se dão por assentes os factos não impugnados ou não contestados, quando se confere força pleníssima à confissão ou quando se atribui força probatória plena a determinados documentos. No primeiro caso, a consideração, como assente, da versão factual em causa, decorre do facto de se *presumir* que, se citado o réu, a sua omissão de pronúncia equivale a concordância. No segundo caso, deve-se ao facto de se *presumir* que ninguém deporá contra si quando tanto não corresponda à realidade. No terceiro caso, relaciona-se com a especial fiabilidade conferida

Fundamento metódico que, como CASTRO MENDES sublinha, permite, na mecânica da sua operatividade, prescindir (para efeitos de prolação de decisão sobre a matéria de facto controvertida) da apreciação de elementos empíricos carreados da realidade para o processo.<sup>76</sup>

#### a.4) *Fundamento desonerador*

Distingue-se, em quarto lugar, o fundamento *desonerador*.

Nesta hipótese, a base de pronúncia desonera o julgador de formar convicção como condição de pronúncia de decisão, quanto à matéria de facto controvertida.

A disponibilização e o recurso a tal fundamento só se justifica, porém, quando o decisor seja dispensado do dever de exprimir convencimento com base num dos anteriores fundamentos, *em virtude de* a convocação destes se ter revelado inviável ou infrutífera, continuando, contudo, a impender sobre aquele o dever de decidir.

Tais impossibilidade ou improficuidade geram circunstância em que o juiz se depara com dúvida insuperável, no que respeita ao sentido da decisão a porferir, quanto à matéria de facto controvertida.

Ante o impedimento de prolação de decisão com base em elementos susceptíveis de positivamente fundamentar a assunção processual de que a versão factual, em causa, se verificou ou não se verificou (bases *densas* de decisão) e a simultânea manutenção do dever de decidir (decorrente da proibição de *non liquet*)<sup>77</sup>,

---

pela intervenção de determinadas entidades, dotadas de fé pública, no acto documentado. Tanto permite *presumir* que o por estas declarado corresponde à verdade. O fundamento da decisão da matéria de facto é, contudo (em virtude de a indução ser a razão da estatuição, mas não se exprimir na estrutura normativa), nestas hipóteses, a prova documental, a confissão ou o acordo decorrente do silêncio e não, como nas presunções, o próprio raciocínio inferencial. Por outro lado, nas presunções jurídicas que consideramos, o facto inferido corresponde a um facto material, retirado de outro facto material. Nas demais soluções normativas referidas, que têm na sua base um raciocínio matricial indutivo, está em causa a inferência de um facto material retirado de uma ocorrência processual (no caso da ausência de pronúncia ou da confissão) ou de uma circunstância extraprocessual (intervenção de determinado sujeito jurídico no acto, na hipótese de prova documental dotada de força probatória plena). A relação de *probabilidade* entre a verificação de dois factos, relevante em sede de decisão com base em presunções jurídicas, não se confunde, por outro lado, com a *probabilidade* (por impossibilidade de formação de certeza absoluta, própria de ciências exactas), enquanto grau de convicção formada pelo julgador, quando, em exercício de liberdade de apreciação, decide com base em fundamento demonstrativo ou declarativo. Da circunstância de, por exemplo, a testemunha hesitar ou depor com assertividade, o decisor pode, neste outro sentido, retirar (presumir, tomar como provável) a verdade ou falsidade do depoimento, decidindo em conformidade. Os elementos a partir dos quais se extrai conclusão não correspondem, pois, nesta segunda hipótese, a factualidade processualmente assente, mas a elementos percebidos, na actividade de apreciação da prova.

<sup>76</sup> CASTRO MENDES chama a atenção para a particular natureza das presunções (de que trata à parte dos demais fundamentos nominados da decisão da factualidade controvertida) quando observa: “A lei prevê a presunção mais como uma dispensa de prova (“*relevatio ab onere probandi*”) que como um meio de prova”, *Direito Processual Civil*, 2. Vol., AAFDL, Lisboa, p. 466.

<sup>77</sup> Cfr. art. 8.º, n.º 1 do Código Civil. Embora a adopção do princípio segundo o qual, a dúvida insanável, quanto à verificação ou não de um facto, não desonera o decisor do conhecimento e decisão do mérito

impõe-se a adopção de critério que permita o cumprimento deste dever sem recurso a informação material carreada para o processo (representando esta, por isso, base *branca* de decisão).

---

da causa constitua a regra, no âmbito do actual quadro dos sistemas jurídicos, no domínio do sistema processual romano vigorava o critério oposto. A aplicação deste último critério é, por vezes, propugnado, a título excepcional, relativamente a situações particulares. Arwed BLOMEYER sustentou-o no âmbito de acções de investigação da paternidade. Explicitando que, se, por regra, a situação de *non liquet* “pode influenciar a decisão material apenas no conteúdo, não pode impedi-la”, salvaguardou, a propósito de jurisprudência (que corrobora) do Reichsgericht (RG) e do Bundesgerichtshof (BGH), que, no domínio das acções de investigação da paternidade, se impunha a adopção de um critério particular. Invoca, para tanto, que o processo de investigação da paternidade representa “um meio de esclarecer inequivocamente a questão da paternidade”, pelo que a sentença deve “corresponder integralmente à situação jurídica existente, no sentido de o tribunal ter de ficar plenamente convicto da descendência ou do contrário”, explicitando que só nesse caso “o efeito de caso julgado da sentença do processo de estado familiar conserva a sua razão de ser quanto a todos os processos posteriores sobre as consequências jurídicas desta relação de paternidade”. Refere-se, designadamente, ao pedidos de prestação de alimentos. Conclui, neste sentido, que, em situação de *non liquet*, não devia ser proferida “decisão definitiva, com força de caso julgado, sobre a existência ou inexistência da relação jurídica”, configurando a “capacidade decisória” sobre o pedido, condição de pronúncia de decisão sobre o mérito”, *Non liquet*”, *Juristenzeitung*, Nr. 19, Verlag J.C.B. Mohr, Tübingen, 1955, pp. 605-606 (§580). Trata-se de acções, cujas especiais particularidades se reflectem, processualmente, a múltiplos níveis. Assim também, por exemplo, no que diz respeito à sua natureza. Indagando sobre o carácter puramente declarativo ou constitutivo das acções de investigação da paternidade, Maria José CAPELO conclui no segundo sentido, atento o particular relevo que a pronúncia judicial assume na produção do efeito pretendido pelo autor. Contesta, nessa medida, duas concepções contrastantes com tal visão: “Não é sustentável, sob pena de descaracterizar o acto jurisdicional, enquanto produtor de efeitos jurídico-materiais directos, considerar o efeito jurídico constitutivo imputável, de forma directa e imediata, ao exercício judicial do direito potestativo, ou seja, à demanda (como causa imediata), preenchendo a sentença (declarativa) a natureza de um elemento acessório (causa mediata da conformação de relações jurídicas). De igual modo, não se deve encarar o efeito jurídico como exprimindo e cumprindo a vontade da lei, relevando a sentença, na sua função meramente declarativa, como um mero elemento constitutivo da *fattispecie* substantiva. Ambas as atitudes denotam uma concepção desvalorizadora da autonomia e função própria da acção, denegando à sentença constitutiva uma função real (não meramente aparente) de produção de um efeito jurídico novo”. O fulcro da alteração produzida na sequência do exercício judicial do direito potestativo reside, assim, na decisão proferida e não no mencionado exercício, não obstante o especial relevo que a *potestas* assume no exercício daquele tipo de direitos: “É necessário visualizar a acção constitutiva como algo que tem vida própria, embora seja alimentada por um direito potestativo, cuja morte é contemporânea da afirmação de vida de um processo através do “parto” de uma sentença como acto judicial conformador da realidade jurídica”, “Interesse Processual e Legitimidade Singular nas Acções de Filiação”, *Studia Iuridica*, 15, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, 1996 pp. 66 e 67. A par das referidas soluções (não decisão ou decisão segundo os critérios legais de distribuição do ónus da prova) para a situação de dúvida incontornável sobre ponto da matéria de facto controvertida, distingue-se historicamente uma terceira, difundida na Europa pelos povos germânicos, em que a resolução da insanabilidade da dúvida era remetida para entidade divina, que expressaria o sentido decisório (por isso “juízo divino”) através do resultado da diligência realizada (ordálio). Este sistema, conquanto incompatível com os actuais padrões de racionalidade, revela-se, porém (à luz de uma concepção, que não incorra em erro de avaliação para que TARUFFO, louvando-se em LEVY-BRUHL, previne), congruente com o sistema de valores cultural e socialmente vigentes à época e, nessa medida, “funcionalmente racional” - representando uma forma de superação da incontornabilidade da dúvida sobre aspecto controvertido da matéria de facto, os ordálios constituíam, naquele contexto, “instrumentos para chegar a uma decisão definitiva nos casos de incerteza, e não uma técnica destinada à descoberta da verdade”, TARUFFO, Michele, *Uma simples verdade O juiz e a construção dos fatos*, Marcial Pons, 2012, pp. 20-22.

Tal critério substitutivo dispensa, pois, o decisor de formular (em decisão) expressão judicial de fundada certeza, quanto à verificação ou não verificação de uma dada versão dos factos, *porque* tanto se afigura irrealizável.

Fundamento que diverge, assim, do enunciado em segundo lugar (fundamento demonstrativo) pelo facto de assentar no pressuposto oposto àquele de que se parte no âmbito deste último. Se, no primeiro contexto, o critério da decisão proferida é a *demonstração*, a que houve lugar, da verificação ou não verificação de uma versão dos factos, na hipótese que ora se considera o critério adoptado implica a *impossibilidade de tal demonstração* ocorrer.

Quando considerado o terceiro critério (fundamento inferencial ou lógico-indutivo), verifica-se, se cotejado o fundamento desonerador com a primeira modalidade de fundamento inferencial (mediante presunções judiciais) que, ao contrário do que acontece, quando este tipo de presunções é mobilizado, não há, quando convocado o fundamento desonerador, formação de convicção.

Se tomadas, para efeito comparativo com o fundamento desonerador, as presunções legais (enquanto segunda modalidade de fundamento inferencial ou lógico-indutivo), detecta-se, como nota aproximativa, o facto de o decisor não exprimir convicção. A semelhança cessa, porém, quando se consideram as causas de tal traço comum – ele deve-se, em caso de presunção, ao facto de à convicção do juiz se sobrepor a convicção do legislador, quando, na hipótese que ora se considera, se deve à circunstância de o decisor não lograr formar convicção.

Congregando, as duas hipóteses envolvidas no terceiro tipo de fundamento (presunções legais e judiciais) e confrontando-as com a hipótese subjacente ao quarto tipo, verifica-se haver em todas recurso frequente a uma lógica de probabilidade.

Nas primeiras, porém, tal raciocínio exprime-se na relação entre o facto que constitui a base da presunção e o facto inferido. Na segunda, trata-se apenas de um entre vários factores considerados na construção do critério de distribuição do ónus da prova; factor não expresso na enunciação literal deste critério e não objecto de explicitação na decisão que nele se funde.

O recurso a tal tipo de lógica é, no caso das presunções judiciais, desenvolvido pelo decisor (devendo revelar-se na motivação da decisão com base em tal fundamento) e, no caso das presunções legais e do quarto tipo de fundamento, operado pelo legislador.

Ao contrário do que sucede com as regras distributivas do ónus da prova, que, constituindo, embora, fundamento da decisão da matéria de facto, não assumem, pelas razões aduzidas, a qualidade de fundamento decisório com índole probatória,<sup>78</sup> as presunções jurídicas reúnem as duas qualidades, quando tomada a noção de prova em sentido amplo.

---

<sup>78</sup> Partilhamos, nesta medida, da posição assumida por CASTRO MENDES, quando sustenta que “...esta matéria não pertence já ao domínio da prova, em rigor, mas ao da construção da sentença (“Urteilsfindung”) e sua fundamentação”, *Direito Processual Civil*, 2. Vol., AAFDL, Lisboa, p. 448.

A necessidade de recurso a esta delimitação externa ao conceito de prova manifesta já aqui o relevo que assumem os vários anéis discerníveis no que diz respeito à delimitação dos âmbitos da noção de prova – tópico sobre que ora passaremos a reflectir.<sup>79</sup>

---

<sup>79</sup> Antes de passar ao próximo ponto, importa, contudo, notar não assumir natureza homogénea a *relação entre as dimensões da prova e os fundamentos de decisão da matéria controvertida*. Como de início se sublinhou, as dimensões da prova, acima distinguidas, não são de aplicação reservada à noção de prova, em sentido estrito (enquanto fundamento demonstrativo), antes relevando (todas ou apenas algumas delas), igualmente, quanto aos demais fundamentos (incluíveis, como veremos, na noção de prova em *sentido amplo*). O relevo de cada uma destas dimensões da prova, no âmbito do tipo de pactos, em análise, será tratado, de forma mais detida, a propósito de cada modalidade de convenção de prova. Por ora, cumpre, porém, tecer breves observações preliminares de enquadramento, com o intuito de sublinhar as principais relações assinaláveis, entre os dois pontos de cotejo (as dimensões da prova e os tipos de base de decisão da matéria factual controvertida) com o que se pretende responder ao problema de determinar que dimensões da prova são susceptíveis de relevar, quanto a cada fundamento. Relativamente ao *primeiro* ponto de cotejo – dimensões da prova -, deixámos já *supra* (Secção I) assinaladas as dimensões doutrinariamente distinguidas, bem como a concepção que adoptamos no sentido de que tais dimensões não representam figurinos conceptuais de entre os quais caiba eleger um; antes faces (todas integradoras) do mesmo instituto jurídico em que a prova se traduz. Identificámos, então, quatro dimensões. A indagar, pois, a ponte entre as quatro dimensões da prova discernidas (meio, actividade, informação e resultado da decisão, quanto à matéria de facto) e os quatro tipos de fundamentos da decisão a proferir sobre as versões factuais controvertidas (fundamentos declarativo, demonstrativo, lógico-indutivo e desonerador). Fá-lo-emos, num primeiro momento, partindo, nessa relação de cotejo, dos fundamentos decisórios para as dimensões da prova, sendo que consideraremos não só os fundamentos decisórios de índole probatória (correspondentes aos três primeiros) como ainda o fundamento desonerador (base possível de decisão, quanto à matéria controvertida, mas carente de natureza probatória). Indagar-se-á, assim, do elo estabelecível entre as dimensões da *prova* e os fundamentos decisórios a ela (*prova*) atinentes, desenvolvendo, em paralelo e tomando por mote tais parâmetros, reflexão relativamente ao fundamento desonerador, atento o denominador comum, que partilha com os demais fundamentos (a circunstância de igualmente poder constituir base da expressão decisória extintiva da controvérsia factual). A *primeira* dimensão da prova (enquanto meio) releva quanto a dois dos fundamentos que consideramos (fundamentos declarativo e demonstrativo) sob a dimensão de *meio*, a prova permite que seja colhida informação do real, cuja absorção e subsequente tratamento no seio do processo tem por fim servir de fundamento a constituição de posição no sentido da verificação ou não verificação de versão factual sustentada no plano declarativo, bem como conferir suporte à decisão (da matéria de facto) esclarecedora de tal controvérsia o fundamento lógico-indutivo não se inclui neste domínio, na medida em que, como acima referido, não representa via através da qual tal captação possa operar. Não deixa, contudo, de pressupor a prévia assimilação daquele tipo de informação e de, com base nela, fornecer (por via inferencial) elementos susceptíveis de servir de fundamento à decisão da matéria de facto controvertida. Razão por que constitui também base densa de decisão. Tanto o distingue, como também acima explicitado, sob este plano, do fundamento desonerador, por constituir, este, base de decisão não assente em elementos concretamente transportados da realidade para o ambiente processual, nem em elementos já definitivamente fixados (enquanto versões factuais) como sendo dela (realidade) processualmente representativos (contrariamente ao que sucede nos fundamentos demonstrativo e declarativo, por um lado, e lógico-indutivo, por outro, respectivamente), antes em critérios normativos convocados por ausência ou existência inconsequente (para efeitos de decisão da matéria de facto controvertida) daqueles elementos. Em consequência, a *segunda* dimensão da prova (enquanto actividade instrutória de produção de prova) releva também apenas quanto aos fundamentos declarativo e demonstrativo. Embora, no que concerne ao fundamento lógico-indutivo, o facto base da presunção possa ter sido adquirido na sequência da prática de actos instrutórios (produção de prova), aquele constitui apenas um pressuposto de operacionalidade do fundamento de decisão em causa, não sendo proporcionado por ele. A base decisória em causa no âmbito deste fundamento reconduz-se a particular método de raciocínio, a desenvolver no momento de construção da decisão e, assim, em

plano subsequente e alheio ao da actividade instrutória. A *terceira* dimensão da prova (enquanto informação *absorvida* no processo, na sequência da actividade de produção de prova) assume, conseqüentemente, relevo, também apenas quanto aos dois primeiros tipos de fundamentos. A *quarta* dimensão da prova (identificada com o fruto da actividade decisória desenvolvida – pronúncia do tribunal no sentido da aceitação ou não como assente de uma determinada versão factual releva quanto a qualquer dos fundamentos em causa, dado que todos constituem base possível da decisão da matéria de facto controvertida. O plano considerado quando se alude à quarta dimensão da prova intervém, assim, também quando, não estando em causa base de índole probatória (em sentido estrito ou amplo), se trate de um outro tipo de fundamento da decisão da matéria de facto controvertida. Assim com o fundamento desonerador. Relevando, a presente dimensão da prova, quanto a todos os fundamentos probatórios, constitui dimensão igualmente convocável quando esteja em causa fundamento decisório destituído dessa natureza. Todas as bases de decisão da matéria de facto (em que a prova se inclui) constituem, pois, *meios* ou fundamentos de selecção processual de uma dada versão da realidade - com suporte em imagem de realidade colhida, a partir de suporte empírico, de natureza probatória ou factual (consoante se trate, respectivamente, de fundamento declarativo e demonstrativo ou de fundamento lógico-indutivo) ou com suporte em critério puramente normativo (na hipótese de fundamento desonerador). Têm (as bases de decisão) em comum o facto de representarem vias de apuramento, em juízo, do recorte factual sobre o qual o direito se realizará, por permitirem que tal estrutura fáctica seja, processualmente, erigida, em registo definitivo, de modo a vir a ser revestida pela matéria jurídica aplicável, então culminando o processo de construção da decisão (final ou não), o mesmo é dizer, o processo de cumprimento do critério normativo na hipótese fáctica para que foi concebido. Em síntese (em que se tomarão por ponto de partida, no cotejo entre os dois pólos – fundamentos decisórios e dimensões da prova –, estas últimas), as bases de decisão de matéria factual (relativamente a cuja veracidade remanescem dúvidas), justamente porque o são, proporcionam que o decisor se pronuncie quanto à matéria de facto, extinguindo a controvérsia quanto a esta remanescente, pelo que relevará, quanto a todas elas, o ângulo de perspectiva sob o qual se considere o resultado da decisão solvente de tal controvérsia. Ângulo que delimita, assim, área não exclusivamente identificável como dimensão da prova. A primeira, segunda e terceira dimensões da prova, assim considerada nas suas faces de meio de recolha de informação empírica, de actividade processual destinada a essa colheita e de informação processualmente colhida da realidade, não relevam quando a base da decisão seja *fundamento desonerador* (fundamento privado de natureza probatória). Decidindo o juiz, nesta hipótese, tão só com base em critério legalmente definido, abstrai da ponderação sobre qualquer informação transportada do real para o processo, pelo que não há lugar, neste âmbito, à consideração da prova, enquanto informação obtida, nem enquanto meio de sua obtenção. Constituindo, porém, base possível de decisão da matéria de facto controvertida, integra o foro em que igualmente se inclui a quarta dimensão da prova. Respeitando esta (prova), quando considerada sob a dimensão de actividade, ao conjunto de actos, cuja produção é necessária para obtenção processual daquela informação, tal dimensão também não releva se, como acontece, quando o fundamento é *lógico-indutivo*, a base de decisão não implicar a consideração de fragmento real canalizado, no contexto desse fundamento, para o processo. Base decisória no quadro da qual não relevará também a primeira dimensão da prova, na medida em que, não obstante o julgador decidir, tomando por base informação transportada da realidade para o processo, tal transporte não é efectuado por intermédio desta base de decisão, reconduzível que é a mero percurso mental. Apesar de não se associar, pelas mesmas razões, a este fundamento decisório, a terceira dimensão da prova (enquanto informação empírica tornada processualmente disponível por via do fundamento em causa – *vd.*, a este propósito, o que *infra* se explicitará sobre os sentidos imputáveis à expressão “meios de prova”, bem como sobre a relação entre as fases processuais e os diferentes fundamentos decisórios) há, no seu âmbito, lugar a apuramento de informação obtida, no seio do processo, a partir da base factual (base da presunção) que o integra (fruto que corresponde à informação *extraída* desta base e correspondente a resultado que coincide com o facto presumido). Informação, cuja natureza não encontra equivalência, no âmbito do fundamento desonerador, pelo que este constitui traço diferenciador entre ambos. Diferentemente sucede, quando a decisão se alicerce em base declarativa ou em fundamento demonstrativo, em virtude de no quadro destes suportes decisórios, e por seu intermédio, haver sempre lugar a concreta canalização de informação do real para o processo, bem como, à prática de autónomos actos processuais para tanto vocacionados. Tal circunstância, associada ao facto de representarem base de

b) Fundamentos da decisão da matéria de facto controvertida integráveis no âmbito da noção de prova

Atentos os diversos fundamentos de decisão da matéria de facto controvertida dilucidados, importa definir quais, de entre eles (fundamentos), podem ser considerados peças susceptíveis de integrar o tabuleiro em que, em alusão à expressão de CALAMANDREI, se desenvolve o jogo<sup>80</sup> da prova. Os diversos sentidos em que o legislador convoca este conceito não permitem a pronúncia num sentido unívoco.

*b.1) Prova em sentido estrito*

Tendo as provas, nos termos do art. 341.º do Código Civil, por função “a demonstração da verdade dos factos”,<sup>81</sup> apenas quando a decisão da matéria de facto se suporta no segundo tipo de fundamento, a pronúncia judicial assenta na prova, assim tomada, na norma em causa, em *sentido estrito*.

A noção de prova coincide, quando delimitada, nestes termos, com o fundamento decisório de cariz demonstrativo.

*b.2) Prova em sentido amplo*

As regras jurídicas, que têm por objecto a matéria da prova, nem sempre proporcionam, contudo, resposta coerente com a delimitação preconizada pelo referido preceito. Há estruturas normativas em que, no domínio significativo (âmbito) do conceito (prova), se incluem hipóteses que, em rigor, não se enquadram no

---

decisão da matéria de facto controvertida, determina que, quanto a eles, assumam relevo todas as dimensões da prova.

<sup>80</sup> No contexto da sua visão do processo, como um jogo, CALAMANDREI explicita que, decorrendo este entre três sujeitos processuais, a decisão “é o resultado psicológico de três forças em jogo”, desenvolvendo-se entre as partes “uma guerra cerrada” no sentido do convencimento do decisor relativamente ao bem fundado das razões daquelas e cabendo a este, “cujo *visus* está institucionalmente limitado pela moldura dos *allegata e probata*”, dar razão à parte que melhor tenha conseguido “com os meios técnicos para tanto apropriados, demonstrado tê-la”, “Il processo come giuoco”, *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. V, Parte I, anno 1950, Cedam, Padova, p. 25. Nesta esteira, SOARES GOMES enuncia o objecto do processo enquanto “construção das partes consubstanciada na representação intelectual de uma concreta realidade social orientada para determinado enquadramento jurídico, construção feita em diálogo contraditório, sustentado pelos litigantes perante o tribunal, e naturalmente contagiada pelo subjectivismo da leitura dos interesses em confronto”, “Um olhar sobre a prova em demanda da verdade no processo civil”, *Revista do CEJ*, 2. Semestre 2005, Número 3, p. 128.

<sup>81</sup> Em rigor, a verdade das versões factuais. Como claramente o exprime CASTRO MENDES, “...o objecto da prova são afirmações ou alegações de facto, estas é que são dadas como verdadeiras ou falsas – “*Summo rigore*”, “um facto verdadeiro” é um pleonasmo; “um facto falso”, uma “*contradictio in terminis*” ou “*in adjecto*” (é o mesmo que “um não facto””, *Direito Processual Civil*, 2. Vol., AAFDL, Lisboa, p. 443.

perímetro, acima referido. Assim, por exemplo, quando, no mesmo diploma de que consta a norma enunciada, se incluem as presunções legais<sup>82</sup> e a confissão em subsecção do capítulo, que tem como epígrafe “Provas”, bem como quando, no Código de Processo Civil, se regula a confissão.<sup>83</sup>

A não convergência com o âmbito conceitual subjacente àquela definição revela-se, igualmente, no teor do art. 513.º da versão do Código Processo Civil, anterior à alteração introduzida pelo Decreto-Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho, no passo textual em que se refere 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*”.<sup>84</sup> O mesmo vale relativamente à redacção, ora em vigor, da norma correspondente (constante do art. 410.º), não obstante o seu diferente teor: “A instrução tem por objecto os temas da prova enunciados ou, quando não tendo havido lugar a esta enunciação, os factos necessitados de *prova*”.<sup>85</sup> Do sentido geral da norma retira-se incluírem-se, na noção de prova, outros fundamentos que não apenas o demonstrativo, dado que não é este o único relativamente ao qual há lugar à prática de actos instrutórios. Estas expressões normativas suscitam reflexão, quanto à propriedade da referência ao carácter controvertido da matéria de facto. A natureza controvertida de uma versão factual significa (apenas) estar em causa de verificação processual não esclarecida, sendo a extinção de tal dúvida pressupõe a convocação de um fundamento decisório. Fundamento a ser obtido em sede de instrução ou no momento da decisão da matéria de facto (pode a fundamentação da decisão, quanto a uma certa versão factual ocorrer mediante convocação de fundamento obtido na sequência da actividade instrutória e, de fundamento apurado no momento da decisão da matéria de facto, ou de ambos os tipos de fundamentos).

O único qualificativo caracterizador da versão factual controvertida é a circunstância de, superada a fase da alegação, constituir versão a ser objecto de esclarecimento (por, quanto a ela, não existir desigualdade, notoriedade, concordância entre as partes).

Não há, assim, versões factuais necessitadas de prova. Há versões factuais carecidas de esclarecimento, ou seja, cuja dúvida quanto à sua correspondência ou não correspondência com a realidade carece de ser dissipada – por via da prova ou por outra via (designadamente mediante recurso às regras de distribuição do ónus da prova).

Inexiste, portanto, uma relação necessária entre extinção da controvérsia factual e prova. A primeira não se esgota na segunda, embora a segunda tenha por fito

---

<sup>82</sup> Permissoras que são, como observado, da inferência (lógico-indutiva) de verificação de uma versão factual, que não da demonstração desta.

<sup>83</sup> Permissora que é, atenta a sua fonte (parte desfavorecida pela declaração), da consideração como altamente provável da verificação da versão factual a que respeita, que não, também, da sua real demonstração.

<sup>84</sup> Itálico nosso.

<sup>85</sup> Itálico nosso.

a primeira. Razão por que “factos controvertidos”<sup>86</sup> e “factos necessitados de prova” não são expressões equivalentes.

A prova, tal como a instrução, tem por objecto versões factuais controvertidas. Estas, porém, não são objecto apenas da prova. Por outro lado, também os âmbitos da prova e da instrução se não sobrepõem integralmente quando, como no preceito acima referido, a prova seja compreendida no referido sentido estrito.<sup>87</sup>

---

<sup>86</sup> Ou, na actual terminologia, temas da prova enunciados.

<sup>87</sup> A prática de actividade processual consubstanciadora de actos de produção de prova, em juízo, corresponde a apenas um tipo (embora o predominante) de actividade instrutória. De observar que, embora a instrução se destine predominantemente à prática de actos processuais consubstanciadores de produção de prova (bem como dos actos de que esta directamente depende, como acontece com os requerimentos de prova), ela destina-se, mais amplamente, a permitir a prática de actos processuais que não se reconduzam a meras alegações das partes e que se revelem necessários ao esclarecimento de versões factuais, porque proporcionadores de informação susceptível de servir de fundamento à decisão sobre a matéria de facto. Nesta senda, REMÉDIO MARQUES compreende a instrução como “*a sequência de actos processuais destinados a trazer ao processo os meios de prova que aí serão produzidos, assumidos e valorados pelo tribunal*”, *Acção Declarativa à luz do Código Revisto (pelo Decreto-Lei N.º 303/2007, de 24 de Agosto)*, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2011, p. 367. Nestes termos, e embora a instrução tenda a ser o palco privilegiado da prática de actos de prova em sentido estrito, podem nela ser praticados também actos de outra índole. Caracteriza-a, em suma, destinar-se *unicamente* à obtenção de informação susceptível de representar base da decisão que extingue a controvérsia quanto à matéria de facto, não obstante não ser a *única* via de obtenção de subsídio esclarecedor da controvérsia factual. Porque a instrução visa predominantemente a realização de actos de produção de prova e dos actos a esta adjacentes e porque a prática de tais actos pode ter lugar em vários momentos do processo (e até antes dele, numa das modalidades da hipótese de produção antecipada de prova), ela (instrução) deixou de ser regulada, sob o ponto de vista sistemático, a título de momento processual (subfase da fase, mais ampla, da audiência de julgamento), como acontecia na versão anterior à redacção introduzida pela Lei 41/2013, de 26 de Junho, para passar a ser considerada uma modalidade de actividade processual, tratada, de forma compacta, em secção própria (arts. 410.º e ss. do Código de Processo Civil), em que se prevê e rege normativamente a generalidade das questões a ela atinentes, independentemente do momento processual em que ocorram. A actividade instrutória distingue-se, assim, da fase processual em que tal actividade predominantemente tem lugar. Este novo critério de localização, no universo do Código de Processo Civil, do regime jurídico em causa, congruente, nestes termos, com a não concentração da actividade instrutória num só momento processual e evita que, no conjunto de normas reguladoras da fase da audiência de julgamento, se insiram preceitos relativos a hipóteses relevantes em outros momentos processuais. O rearranjo não permite, contudo, obviar a que remanesçam, e bem, dispersas pelo mesmo diploma, normas atinentes à mesma matéria. Acresce que é escasso o efeito de captação, para o bloco normativo agora realocado, de normas relacionadas com a actividade instrutória e antes localizadas em ponto diferente do capítulo relativo à instrução; no novo título criado, para além dos preceitos já anteriormente constantes do capítulo que tinha por objecto a instrução do processo (arts. 513.º e ss.), incluiu-se apenas, sob este ponto de vista, com carácter inovador, a norma consubstanciadora do princípio do inquisitório (antes prevista no art. 265.º, n.º 3, em secção relativa ao começo e desenvolvimento da instância). Deixa, assim, de existir a dessintonia que CASTRO MENDES surpreendia entre a instrução “em sentido cronológico” (coincidente com a fase processual que o autor entende ter por “terminus a quo” a notificação das partes para a instrução) e a instrução como “actividade processual tendente a coligir no processo os meios de prova a utilizar, e preparar a sua utilização”. Dessincronia que o conduzia a identificar “actos de instrução que se não praticam na fase de instrução”, bem como actos que, embora praticados na fase da instrução, “não têm essa natureza”, *Direito Processual Civil*, 2. Vol., AAFDL, Lisboa, pp. 439 a 441.

Particularmente intensa se revela, assim, a relação entre instrução e prova em sentido estrito, na medida em que o esclarecimento proporcionado pela instrução se associa predominantemente ao fundamento demonstrativo.

Dado ser essa, como sublinhado, a principal, mas não exclusiva, actividade instrutória, a área correspondente ao âmbito de instrução é mais ampla que a concernente ao âmbito da prova, em sentido estrito.

Quando, nesta norma, se refere a prova por referência à instrução, ampliando o âmbito daquela ao âmbito desta, inclui-se no perímetro do conceito a confissão e outras declarações (fundamento declarativo) efectuadas mediante depoimento de parte.

A coincidência entre o perímetro instrutório e o perímetro da prova pressupõe, assim, que a esta seja associado um âmbito mais lato que aquele que lhe corresponde, quando tomada a noção de prova, no sentido mais contido que temos considerado (sentido estrito). Âmbito aquele (semi-amplio, onde se incluem os fundamentos declarativo e demonstrativo) que se situa em ponto intermédio entre aqueles em que se localizam os âmbitos da prova, em sentido estrito e da prova em sentido amplo.

Tomamos por esta última a que se relaciona com a informação ou dados reais que permitem ao tribunal extinguir a controvérsia factual. Neste sentido (amplo) de prova, incluir-se-ão os fundamentos demonstrativo (prova em sentido estrito), declarativo e inferencial. Quando assim (e diferentemente do que decorre da visão ampla de instrução que LESSONA perfilha<sup>88</sup>), o perímetro instrutório revela-se mais circunscrito que o correspondente ao perímetro da prova, dado que este segundo abrange fundamento decisório (inferencial) que, *em si* (representando raciocínio lógico-indutivo), não se associa à prática de actos de instrução.

Distinguindo a prova da actividade instrutória, reconhece-se, em suma, maior amplitude àquela, na medida em que (se tomada a noção de prova, em sentido amplo), pode haver lugar a prova sem que haja prática de actos instrutórios.<sup>89</sup>

A extensão do conceito (prova) é, assim, mais ampla, quando a menção a esta se faz incluindo diversos fundamentos decisórios relacionados com elementos colhidos do real (empíricos), passíveis de suportar a decisão da matéria de facto controvertida (bases densas). É essa ampliação que se verifica no âmbito da concepção que preside às normas constantes do Código Civil, quando aí se distinguem diversas modalidades do que se designa por provas, sendo que nesse campo inclui, o legislador, as presunções jurídicas. Enquadra-se, então, no âmbito do conceito de prova o fundamento lógico-indutivo.

---

<sup>88</sup> Distinguindo embora a noção de meio de prova, em sentido estrito, da noção de prova em sentido amplo e só no âmbito deste último, considerando enquadrável a figura das presunções jurídicas, LESSONA toma, porém, o segundo sentido, enquanto sinónimo de “meio instrutório” *Trattato delle prove in materia civile*, Terza Edizione interamente riveduta, Volume Primo, Torino, UTET, 1927, pp. 5 e 6.

<sup>89</sup> Admita-se, a título exemplificativo, a hipótese de decisão da matéria de facto com base em presunção em que o facto base se tornou processualmente assente na sequência de revelia operante.

Esta, em suma, a noção de prova em sentido amplo: inclusiva dos diversos fundamentos declarativo, demonstrativo e lógico-indutivo.<sup>90</sup>

Congregados estes numa categoria (prova em sentido amplo), cabe ora distingui-los de forma mais próxima que a efectuada anteriormente.

O *segundo* (correspondente à noção de prova em sentido estrito) distingue-se dos *demais* por tomar por base informação externa, destinada a demonstrar a verificação ou não verificação da factualidade controvertida que, se carreada pelas partes, foi objecto de declaração por parte destas, em sede de alegação inicial. Esta capacidade de comprovação com base em elementos externos não é comum aos demais fundamentos.

Não se verifica, quanto ao *primeiro*, por nada se acrescer, neste, à declaração das partes susceptível de demonstrar corresponderem as afirmações daquelas à verdade ou não: toma-se por suporte decisório (com carácter vinculativo ou não, consoante o tipo de depoimento da parte: confissão ou outro) o declarado. O tribunal declara o facto assente ou não assente apenas com base no afirmado pelos litigantes. Não se verifica, quanto ao *terceiro*, por estar em causa mero raciocínio probabilístico (desenvolvido, em abstracto, pelo legislador ou pelo decisor, no seio do processo) carente (porquanto correspondente a mera projecção intelectual suportada, por princípio, no que usa ser o normal suceder entre factos) de efectiva e *concreta* capacidade demonstrativa, quanto à verdade ou falsidade das declarações produzidas, relativamente aos factos controvertidos.

Esse o aspecto que os fundamentos *declarativo* e *lógico-indutivo* têm em comum.

Os fundamentos *declarativo* e *demonstrativo* partilham a circunstância (que os contradistingue, relativamente ao fundamento lógico-indutivo) de corresponderem a informação empírica transportada para o processo e com base na qual o tribunal pode proferir decisão. O fundamento *lógico-indutivo* traduz-se, diferentemente, no próprio raciocínio associativo entre factos conducente a conclusão extintiva da controvérsia factual. A presunção não se confunde, na verdade, com um dos elementos tomados em consideração nesse percurso lógico- o facto base. Adoptando linha de raciocínio que (conquanto implicitamente) delinea tal distinção, VAZ SERRA observa que a

---

<sup>90</sup> Esta visão revela-se, porém, pouco compatível com a existência de um critério estruturante coerente, capaz de servir de base à delimitação de um perímetro conceitual regular. De acordo com esta perspectiva, qualificar-se-á, como prova, a declaração, realizada pela parte, relativamente a matéria factual ainda não definida como controvertida, de que se verificou um facto que lhe é desfavorável (confissão), mas já não o acordo das partes, quanto à verificação de um facto ou as decorrências da revelia operante ou da não impugnação, quando todos partilham de características comuns, que deveriam conduzir à sua inclusão numa mesma categoria: assumem natureza declarativa, são obtidos no mesmo plano processual (diversos do que se relaciona com a actividade instrutória) e, constituem base da decisão, quanto à matéria de facto que não releva processualmente como controvertida (seja porque nunca integrou o *thema probandum*), seja porque (em virtude do consenso das partes) dele veio a ser excluída. Sobre a relação entre o objecto do processo e da prova, vide TEIXEIRA DE SOUSA, *As Partes, o Objecto, e a Prova na Acção Declarativa*, Lex, Lisboa, 1997 (em especial os dois capítulos integrantes do II título).

presunção representa uma forma de concessão de “relevância a um facto” (facto base da presunção), que não um meio de prova.<sup>91</sup>

Os fundamentos *demonstrativo* e *lógico-indutivo* comungam, por contraposição ao fundamento declarativo, da circunstância de, quando neles assente, a decisão se suportar em elementos informacionais outros que não a mera declaração das partes. Constituem, portanto, uma acrescida fonte de conhecimento e esclarecimento processual, proporcionadora de informação que representará crivo de controlo, designadamente, do teor das afirmações produzidas por autor e réu.<sup>92</sup>

### *b.3) Prova em sentido amplíssimo*

Nem quando tomada em sentido amplo, a noção de prova reúne, porém, a virtualidade de ser fonte congregadora de todos os fundamentos susceptíveis de permitir o esclarecimento da *factualidade controvertida* e, menos ainda, de ser a única fonte susceptível de constituir base para a decisão, quanto à *matéria de facto*.

Não detém o monopólio da qualidade de base de esclarecimento da matéria factual controvertida, porque também ao fundamento desonerador é cometida tal capacidade. Este seria, nestes termos, absorvível no domínio de uma noção de prova, a que fosse cometido um sentido amplíssimo.<sup>93</sup>

Afigura-se-nos, contudo, que nessa concepção, se extravasaria o domínio com propriedade associável ao conceito em causa. Como Antunes VARELA, Miguel BEZERRA e Sampaio e NORA sublinham, na esteira de ROSENBERG-SCHWAB, a doutrina do ónus da prova consubstancia “a doutrina dos *efeitos da falta de prova*”.<sup>94</sup> Na verdade, o que os quatro mencionados fundamentos têm em comum, não é a circunstância de integrarem a área da prova, mas o facto de poderem constituir suporte de extinção da dúvida, quanto aos factos controvertidos. Esta a categoria (alheia a referência à prova) em que conjuntamente se subsumem.<sup>95 96</sup>

---

<sup>91</sup> „Provas (direito probatório material)”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 110, 1961, p. 183.

<sup>92</sup> Crivo de que, assim, no caso da confissão, se prescinde.

<sup>93</sup> Não representa a única fonte passível representar base decisória, na medida em que, além do fundamento desonerador, também outras bases (designadamente o reconhecimento conjunto de versões factuais e a revelia plenamente operante se revelam suportes possíveis da decisão da matéria de facto).

<sup>94</sup> *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, Reimpressão, 2006, p. 447.

<sup>95</sup> Entre o âmbito *amplíssimo* e o âmbito mais *lato* (relativamente àquele) hipotizável (que diríamos *ultra-amplio*)<sup>95</sup> pode distinguir-se um perímetro *intercalar* (em que a noção de prova é também hiperentendida, por nela se incluírem bases de decisão não integráveis na noção de prova, mesmo quando considerado este conceito em sentido amplo). Aos fundamentos incluíveis no conceito de prova tomado neste último sentido (amplo) acresceriam, naquela acepção (de alcance intercalar), as demais bases *densas* possíveis da decisão em matéria de facto, ou seja, todos os outros fundamentos declarativos de tal decisão (correspondentes a concordância real entre as partes, quanto às posições por estas sustentadas – manifestada em articulado ou revelada em documento produzido na pendência ou em momento anterior ao início da instância – ou *presumida* – esta última decorrente de revelia operante ou da ausência de impugnação). Cremos, porém, que tal referência corresponderia a sentido

---

impreciso, por nela se fazer equivaler a noção de prova à noção de fundamento denso de decisão da *matéria de facto* (noção de que apenas se excluiria o fundamento desonerador, enquanto base branca), quando a prova se associa apenas à *matéria de facto controvertida*. Como decorre do anteriormente exposto na Subsecção II.1, por maioria de razão consideramos excessiva a concepção de prova em que, além dos fundamentos correspondentes ao sentido amplo do conceito, dos acordos das partes relativos a factos e das consequências legalmente associadas à revelia operante e à não impugnação, se incluísse o fundamento desonerador. Tanto representaria a associação à noção de prova de um âmbito *ultra-amplio*, desvirtuador dos traços próprios caracterizantes daquela. O que toda a informação recolhível nesta vasta categoria tem em comum não é o facto de representar informação de índole probatória, mas a circunstância de poder constituir base da decisão, quanto à matéria de facto, ou seja, o facto de poder servir de suporte à definição processual da factualidade susceptível de ser considerada na decisão (assuma aquela factualidade natureza apenas decidenda, natureza decidenda e litigiosa ou natureza decidenda, litigiosa e controvertida). Não havendo uniformidade de critério, quanto à noção de prova adoptado, no plano legal, e não cabendo, embora, ao legislador, a definição dos sentidos conceituais, não deixa de assumir relevo (quando se procura apurar os âmbitos mais válidos de significado do conceito) que, na sede (art. 341.º do Código Civil) em que o legislador tem por escopo próprio definir o que entende ser a função da prova, dela claramente se excluem (mesmo quando à palavra “demonstrar” se queira atribuir um sentido mais flexível, equivalente a “constituir base densa de decisão quanto à matéria factual controvertida”) os três últimos âmbitos em abstracto discerníveis (amplíssimo, intercalar e ultra-amplio).

<sup>96</sup> Importa, no presente momento, atentar na amplitude que pode ser associada ao conceito de *meio de prova*. O âmbito significativo da expressão, enquanto equivalente de fundamento de decisão da matéria de facto controvertida, será tanto mais amplo, quanto mais lata for a noção de prova, que se adopte. As bases decisórias não circunscritas aos fundamentos declarativo e demonstrativo apenas constituirão meios de prova (uma das faces da prova), quando esta noção (de meios de prova) não seja compreendida em sentido próprio (enquanto vias ou canais de obtenção de informação empírica de índole probatória, representativos de fundamentos integrados, no âmbito semi-amplio da noção de prova). Tomando, diferentemente, por meios de prova, as vias de obtenção de imagem processualmente consolidada de versão factual controvertida, com base em elementos empíricos, incluir-se-á, no seu âmbito, também o fundamento decisório lógico indutivo. Nesta noção (de *meios de prova* em sentido amplo) se incluirão, pois, as bases decisórias integrantes da noção de *prova* também em sentido amplo. Quando tomado este âmbito, por referência válida, é, assim, distinguível, no seu seio, um subcritério delimitativo da noção de meio de prova, permissor de diferenciação entre *meio de prova/canal* (ou meio de prova, em sentido próprio) e *meio de prova/fundamento* (inclusivo de todos os meios de prova e, assim, também dos não subsumíveis à noção de meio de prova, em sentido próprio). Representa meio de prova/canal a base informativa integrada em estrutura probatória que, em simultâneo, constitui meio (canal) de transporte de uma dimensão da realidade para o processo. Não se integrará, no âmbito desta noção, o fundamento lógico-indutivo (no quadro do qual o transporte, para o processo, da dimensão empírica que serve de base à indução não é fruto da estrutura probatória própria do fundamento em causa). Os *meios de prova/canal* tendem, por esta razão, a coincidir com os meios releváveis, no contexto dos fundamentos declarativo e demonstrativo, o que corresponde à área associável à prova, quando esta seja tomada, em sentido semi-amplio. Quando, sob uma perspectiva ainda mais lata, se considerem meios de prova as vias ou meios de alcance de extinção da controvérsia factual, incluir-se-á, em acréscimo, no âmbito do conceito, o fundamento desonerador, hipótese em que a noção, assim amplíssima, de meios de prova, integrará todas as bases decisórias constitutivas da noção de prova, quando adoptada perspectiva com igual amplitude (amplíssima). Neste sentido, as regras distributivas do ónus da prova representariam meio de prova. Porque, nesta concepção, a noção de prova (e, conseqüentemente, de meio de prova) sofre descaracterização, dissermos ser de entender como âmbito máximo o sentido amplo, exclusivamente integrante das bases densas de decisão da matéria de facto controvertida, perímetro em que se incluem como bases possíveis de decisão (e, neste sentido, como meios de prova), os fundamentos declarativo, demonstrativo e lógico-indutivo.

Circunscrevemos, assim, o âmbito da prova, para que tomada em sentido próprio, a domínio onde se cumulam duas dimensões: *base densa* de pronúncia, *quanto* a matéria decidenda litigiosa *controvertida*.<sup>97</sup>

#### *b.4) Âmbito da noção para efeitos de convenções de prova*

Cabe verificar que relação o sistema jurídico *efectivamente* estabelece, de forma expressa, entre fundamentos decisórios e convenções de prova e, assim, qual o âmbito de conceito de prova relevante neste contexto.

Que ilações retirar das fronteiras conceituais relativas ao âmbito da prova, no que diz respeito às convenções de prova legalmente admissíveis?

Embora entendamos que, em sentido mais preciso, à noção de prova corresponde, pelas razões, acima enunciadas, o âmbito mais exíguo do conceito (prova em sentido estrito, embora a noção conserve propriedade, quando tomado por referência o sentido amplo), da leitura do art. 345.º do Código Civil, conjugada com a interpretação de normas a este adjacentes, retira-se, porém, que a figura legalmente qualificada como convenção de prova pode ter por objecto matérias não enquadráveis na noção de prova, quando considerada nesse sentido contido.

Decorre da norma constante do art. 345.º, n.º 1 do Código Civil, que a convenção de prova pode ter por escopo a inversão do ónus da prova (fundamento desonerador). Representando este, embora, fundamento possível da decisão sobre a matéria de facto controvertida, não se integra no âmbito da prova, mesmo quando esta seja tomada em sentido amplo.

Na expressão convenção de *prova* (constante da epígrafe), esta última noção, é, assim, compreendida em sentido inclusivo de fundamento compreendido no âmbito *amplíssimo* do conceito.

Retira-se, porém, do n.º 2 do art. 345.º do Código Civil, que as partes podem, também por via convencional, ampliar ou restringir os meios de *prova*, legalmente previstos. Destes se exclui o ónus da prova, regulado que é no número antecedente. A circunstância de, no corpo do artigo, se tratarem separadamente os meios de prova relativamente ao ónus da prova denota, pois, que o legislador não inclui o segundo no domínio dos primeiros.

Atribui-se, assim, no segundo segmento normativo, ao conceito de prova, âmbito mais circunscrito, sendo que este corresponderá, pelo menos, ao sentido *semi-*

---

<sup>97</sup> Articulando o exposto com visão retrospectiva sistematizadora da estrutura do percurso desenvolvido, observa-se que a *delimitação da área da prova* obedeceu a dois passos, a cada um dos quais presidiu a consideração de distintos critérios. No âmbito do *primeiro* (Subsecção I), atendeu-se ao *tipo de matéria factual decidenda*; no *segundo* (Subsecção II), ao *tipo de suporte* tomado como base da decisão relativa à matéria de facto controvertida. Donde, por outro lado, se retira discernirem-se, sob um ponto de vista global, como suportes possíveis da decisão, quanto à matéria de facto, os fundamentos da decisão de facto, quanto à *matéria factual não controvertida* e os fundamentos da decisão de facto, quanto à *matéria factual controvertida*.

*amplo*, (onde se incluem, enquanto meios de prova, os fundamentos demonstrativo e declarativo).<sup>98</sup>

Conjugando as previsões constantes de ambos os números do artigo em causa, delas resulta que, segundo o elemento literal, pode ser objecto de convenções de prova, não apenas a prova (base decisória densa, ora compreendida em sentido semi-amplo e na sua primeira dimensão), como também o ónus da prova (base branca). As convenções de prova podem, nesta medida, nos termos do regime legal, respeitar a diversos fundamentos de decisão da matéria de facto controvertida, ao que é alheio o facto de estes assumirem natureza probatória efectiva ou não.

Nestes termos, as convenções de prova representam tipo de negócio jurídico que tem por fim a criação de um regime próprio no que diz respeito às regras a observar relativamente à extinção da dúvida quanto à controvérsia em matéria de facto. Podendo não ter por objecto fundamento de índole probatória, incidirão, contudo, sempre sobre aspectos do regime adjectivo atinente ao esclarecimento da temática factual controvertida.

O regime jurídico resultante da auto-regulação adjectiva desenvolvida pelas partes mediante celebração deste tipo de negócio jurídico pode reportar-se, assim, a hipóteses em que a prova é concebida como elemento dotado de relevo para efeitos decisórios (dimensão positiva) – assim quando se altere a extensão dos meios de prova mobilizáveis –, ou a hipóteses em que se pressupõe a prova como fonte insusceptível de proporcionar esclarecimento da controvérsia factual, criando contexto que torna necessário suportar a decisão em bordão normativo de recurso subsidiário (dimensão negativa) – assim quando se celebre convenção relativa ao ónus da prova. Estas as modalidades de convenções de prova expressamente previstas na lei.

*c) Reflexo do tipo de fundamento decisório, ao nível da natureza da actividade jurisdicional desenvolvida*

Importa que, a par da distinção que atenda ao tipo de base que constitui alicerce da decisão (discernimento a que acabámos de proceder), se estabeleça a correspondência entre tais categorias de fundamentos decisórios e a natureza da actividade desenvolvida pelo juiz.

O tipo de decisão a proferir quanto à matéria de facto não assume, pois, carácter uniforme, sendo que, para discernimento de categorias decisórias a este propósito relevantes, se tomará como critério distintivo o grau de autonomia com que o tribunal actua.

Quando decide quanto à matéria de facto, o juiz pode desenvolver actividade de *jugamento*, em sentido estrito ou tão só de *pronúncia*.<sup>99</sup>

---

<sup>98</sup> Quanto à admissibilidade de convenções de prova relativas ao fundamento lógico-indutivo (e, conseqüentemente, quanto à sua inclusão ou não no âmbito desta norma) nos pronunciaremos *infra*, a propósito das convenções de prova relativas à decisão da matéria de facto controvertida.

O decisor *julga* a matéria de facto, quando decide suportado na convicção por si formada, em exercício do poder de livre apreciação (*freier Überzeugung*)<sup>100</sup>.

Nas demais hipóteses o juiz limita a decidir pronunciando-se, não desenvolvendo acto de julgamento, em sentido próprio. A sua convicção não intervém no processo decisório, seja porque aquela não se formou, seja porque não lhe é reconhecido relevo processual.

No domínio deste enquadramento, há lugar a actividade de julgamento, quando o juiz decide com base em fundamento demonstrativo (ou seja, no âmbito da prova, em sentido estrito).

Com duas precisões, porém. Uma de sentido exclusivo e outra de sentido inclusivo.

Consideremos a situação integrada no primeiro tipo de afinamento conceitual (de sentido *exclusivo*). Embora, quando a decisão quanto à matéria de facto se alicerça no fruto da actividade demonstrativa, aquela (decisão) se funda, por princípio, no facto de, dada a capacidade persuasiva de tal actividade, o juiz ficar convencido de que a versão dos factos controvertida se verificou, ou do inverso, hipóteses há em que, desenvolvendo intimamente tal actividade, o decisor está vinculado a um determinado sentido decisório, irrelevando o seu convencimento. Assim, por exemplo, quando o valor da prova esteja legalmente fixado, associando-se-lhe força probatória plena ou pleníssima e (em caso de valor pleno) tal valor não tenha sido objecto de ilusão. Neste caso, decidindo o julgador com base em tal vinculação legal, não exprime a convicção que logre formar pelo julgamento a que intimamente proceda, pelo que se limita a decidir, pronunciando o sentido normativo.

Trata-se, pois, de hipótese em que o fruto da actividade probatória, em sentido estrito (isto é, o fruto da terceira dimensão da prova, proporcionada pelo fundamento demonstrativo) constitui fundamento de decisão sem que, contudo, esta represente julgamento (em sentido estrito) da matéria de facto controvertida.

Considerando a precisão de sentido *inclusivo*, discerne-se, por outro lado, hipótese em que o juiz decide com base na convicção que formou, sem que esta, porém, se alicerce no resultado de actividade de prova de cariz demonstrativo; antes em fundamento lógico-indutivo. Assim, quando a decisão tome por base presunções judiciais.<sup>101</sup>

Dir-se-á, portanto, que há julgamento da matéria de facto controvertida, quando o juiz decide com base na convicção que forme, o que, *predominantemente*,

---

<sup>99</sup> Aquando da referência *infra*, a relação entre as diferentes fases processuais, directamente atinentes ao regime da prova, sublinhar-se-á o momento no âmbito do qual a presente distinção assume relevo.

<sup>100</sup> Na expressão adoptada pelo legislador alemão no Abs 1 do §286 da Zivilprozessordnung. Norma subordinada à epígrafe *Freie Beweiswürdigung*.

<sup>101</sup> Atentas as inovações introduzidas pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho, no que diz respeito aos tipos de meios de prova, legalmente previstos, cumpre integrar neste apêndice suplementar, a hipótese em que, no âmbito de fundamento declarativo, a decisão se suporte em declaração emitida em depoimento de parte, quando destituída esta de cariz confessório.

coincide com as hipóteses em que decide com base no fruto da actividade demonstrativa (fundamento correspondente ao âmbito da noção de prova, em sentido estrito) processualmente relevante.<sup>102</sup>

A congregação dos diversos âmbitos da noção de prova, anteriormente delimitados, com os tipos de actividade jurisdicional exercida, em sede de decisão da matéria de facto, permite, assim, concluir que a *noção de prova, em sentido estrito*, corresponde às hipóteses em que a decisão se suporta em fundamento *demonstrativo*, sendo que, podendo esta decisão representar ou não um acto de julgamento, tal coincidência corresponderá ao número predominante de hipóteses.

Incluindo, a *noção de prova, em sentido amplo*, além das hipóteses integradas na noção de prova, em *sentido estrito*, as hipóteses em que a decisão tome por base fundamento *lógico-indutivo* ou fundamento *declarativo*, a decisão corresponderá a julgamento nas hipóteses integradas na noção de prova, em sentido estrito (com o limite exclusivo, ora explicitado), bem como numa das hipóteses em que se convoque fundamento lógico-indutivo e fundamento declarativo – hipótese correspondente,

---

<sup>102</sup> Tanto permite que se estabeleça relação entre os fundamentos da decisão, quanto à matéria de facto controvertida e o objecto de decisão de tribunal colectivo. Nas hipóteses em que a decisão se suporta em convicção, assume particular relevo a natureza singular ou colegial do tribunal decisor. A colegialidade proporcionará uma pluralidade e diversidade de perspectivas, no que diz respeito à formação do convencimento, , por princípio, promotora de maior adequação da decisão da matéria de facto. Que sejam diversos os sujeitos incumbidos de, por exemplo, apreciar o teor e credibilidade de depoimentos testemunhais (tipo de fundamentos de cariz demonstrativo) contribui para uma maior solidez e imparcialidade da base factual em que assenta o juízo decisório. Já quando a decisão implica tão só a reprodução *in casu* de sentido decisório pré-definido o número de decisores se revelará de menor interesse, dado que o diferente tipo de raciocínio exigido não pressupor a fundamentação da certeza subjectiva, que houvesse de se lograr autonomamente construir, quanto à verificação da versão factual controvertida. A previsão da possibilidade de intervenção de tribunal colectivo [no âmbito da anterior redacção do art. 646.º n.º 1 do Código de Processo Civil, sendo a intervenção pressupunha a concordância entre as partes, reflectida em pedido por ambas formulado (art. 646.º, n.º 1 do Código de Processo Civil). As normas que se continham neste artigo foram revogadas, pelo que não encontram correspondência em qualquer outro preceito da nova versão do Código de Processo Civil] destinava-se (em congruência com o tipo de virtualidades associáveis à decisão conjunta) a proporcionar a garantia de colegialidade tão só em hipóteses de *julgamento* da *matéria de facto*. Razão por que aquele tribunal carecia de competência, quando a dúvida não respeitasse à factualidade processualmente relevante, bem como, quando a controvérsia factual não houvesse de ser resolvida mediante actividade decisória de julgamento, em sentido estrito. Assim se compreende, que, nos termos do anterior art. 646.º, n.º 4 do Código de Processo Civil, atenta a primeira circunstância, a pronúncia do tribunal colectivo se tivesse por não escrita, quando constituísse resposta a questões de direito, bem como que, atenta a segunda circunstância, idêntica consequência se verificasse quando, quanto às versões factuais em causa, tivera havido acordo entre as partes, houvesse sido realizada confissão ou feita a junção de prova documental dotada de força plena, bem como, quando a pronúncia relativa aos factos controvertidos só pudesse ser feita com base em prova documental (hipóteses em que a decisão da matéria de facto controvertida não consubstancia acto de julgamento, no sentido em que ora o consideramos). A razão de ser da norma ditava que a mesma consequência se verificasse, quando a decisão tivesse por base presunções legais ou qualquer meio de prova dotado de força pleníssima. Diferentemente, a decisão com base em presunções judiciais, implicando actividade de julgamento, enquadrava-se no âmbito compreendido na área de competência do tribunal em causa. O domínio de intervenção deste coincidia, assim (em concordância com a sua razão de ser), com o domínio da actividade decisória da matéria de facto controvertida correspondente a actividade de julgamento, por ser neste tipo de decisão que, estando em causa a formação de convicção, se torna ponderosa a pluralidade do contributo avaliativo.

neste último caso, a depoimento não confessório e, no penúltimo, a fundamento lógico-indutivo judicial. Todos os demais fundamentos correspondem a bases de decisão, em mera pronúncia, sendo que a esta haverá lugar, quando o tribunal decida ancorado em base declarativa de índole confessória, em fundamento demonstrativo (se e enquanto dotados, os suportes decisórios, de força plena não ilidida ou de força pleníssima), em fundamento lógico-indutivo legal ou em fundamento desonerador.<sup>103</sup>

A diferenciação, ora estabelecida, no que diz respeito à decisão da matéria de facto controvertida, entre actividade decisória de julgamento e actividade decisória de mera pronúncia encontra correspondência tendencial, respectivamente, na distinção que, no mesmo domínio, se estabelece entre actividade decisora, que implica valoração e actividade decisora destituída de cariz valorativo.

O carácter não absoluto (tendencial) da correspondência deve-se à circunstância de nem sempre o julgamento implicar valoração, embora assuma natureza predominantemente valorativa. Não assim, quando (o julgamento) tenha lugar no contexto de recurso a presunções judiciais, na medida em que, traduzindo estas raciocínio inferencial que parte de facto assente, se não torna necessária a actividade (valorativa) de apuramento do carácter verídico ou não de informação consubstanciadora de matéria concretizadora da versão factual controvertida.

Só há, nesta medida, valoração jurisdicional em sede de prova, quando o decisor, com carácter construtivo autónomo, atribua (mediante qualificação como verdadeira ou não) um significado probatório a informação carreada do exterior, representando, assim, esta, objecto de valoração.

A actividade decisora relativa à matéria de facto representará sempre mera pronúncia quando, no âmbito de prova, em sentido amplíssimo, o tribunal decida com base em fundamento desonerador, bem como, tomando por referência o âmbito intermédio, profira decisão, cujo fundamento (reconduzindo-se a acordo entre as partes, quanto à matéria de facto, a notoriedade ou às consequências legalmente decorrentes da não impugnação ou da revelia plenamente operante) não se integre no âmbito da prova considerada, em sentido amplo.

Os sentidos decisórios segundo os quais o tribunal fixa, processualmente, a *matéria de facto* autonomizam-se, em suma, considerando as várias bases possíveis de decisão, em duas esferas: *sentido* construído pelo juiz (em autónoma actividade de *julgamento*) ou *sentido* previamente definido por terceiro e concretizado pelo juiz (em mera actividade de *acolhimento* e expressão desse sentido no caso concreto, decidindo em sentido conforme), sendo que essa pré-definição é efectuada pelas

---

<sup>103</sup> Tanto reflecte os diferentes graus de autonomia de que o decisor beneficia no âmbito do terceiro tipo de fundamento (lógico-indutivo), consoante estejam em causa presunções judiciais ou presunções legais, por um lado, e, tratando-se de presunções legais, conforme o tipo de presunção (ilidível ou inilidível) - liberdade de apreciação mais extensa nas presunções judiciais que nas presunções legais (por nestas, ao contrário do que sucede nas primeiras, o sentido decisório estar pré-definido), bem como nas presunções legais ilidíveis que nas presunções legais inilidíveis, por ser nestas mais vasto o espaço em que o raciocínio legislativo se sobrepõe à convicção do decisor.

partes, quando celebrem convenção, quanto à matéria de facto e pelo legislador nas demais hipóteses.<sup>104</sup>

O problema de saber se as partes podem, em autoregulação adjectiva, modificar o teor desta intervenção, será objecto de reflexão, na III Parte, a propósito da terceira modalidade de convenções de prova (relativas à actividade de decisão da matéria de facto controvertida), sede em que as observações, ora tecidas, assumirão particular relevo.

*d) Relação entre os fundamentos da decisão da matéria de facto controvertida e as fases processuais conducentes à extinção de tal controvérsia*

Procurar-se-á estabelecer a relação entre os diferentes fundamentos de decisão da matéria de facto controvertida (fundamentos declarativo, demonstrativo, lógico-indutivo e desonerador) e as fases processuais directamente implicadas na extinção da *controvérsia* factual, ponderação que se revela de interesse para apuramento dos momentos processuais, que podem ser objecto de convenção de prova.<sup>105</sup>

A actividade jurisdicional de esclarecimento da matéria de facto controvertida comporta, em abstracto, *duas fases*, que distinguiremos segundo dois critérios. De acordo com um *primeiro*, contrapõe-se a fase pré-decisória à fase em que se profere decisão quanto à factualidade controvertida. Nos termos do segundo critério mobilizável, distinguem-se, adentro da fase pré-decisória, os momentos da preparação e da produção de prova e, no domínio da fase decisória, o momento da apreciação e o momento conclusivo, sendo que, no seio deste último, se discerne ainda o momento decisório propriamente dito do momento expressivo da conclusão<sup>106</sup> alcançada.

*d.1) Fase pré-decisória e fase decisória*

Tomando por base o primeiro critério (sob o qual a fase pré-decisória se contrapõe à fase decisória), quando a base decisória é *branca*, apenas *uma fase processual* importa: não sendo concedido relevo a qualquer elemento transposto da realidade para o processo ou neste obtido, para efeitos de corroboração ou não da verificação de uma dada versão factual, considera-se tão só a fase decisória.

---

<sup>104</sup> Tal bipartição mantém-se, quando se considera apenas a actividade decisória da matéria de facto *controvertida*, com a nota distintiva de, nesta hipótese, a pré-definição do sentido decisório ser fruto da intervenção (no plano normativo) do legislador. Adiante (Parte III, Capítulo III, Secção I, Subsecção I, I.1) consideraremos, mais detidamente, este último aspecto.

<sup>105</sup> Representará, por isso, também dimensão a convocar quando, *infra*, nos pronunciarmos quanto à validade das diversas modalidades de convenções de prova (em particular das relativas à decisão da matéria de facto controvertida).

<sup>106</sup> Correspondente ao conteúdo decisório.

Diferentemente, quando a base é *densa*, ambas as *fases processuais* relevam, por regra. Cumpre esclarecer a razão de ser desta última ressalva.

Adentro da primeira fase, distingue-se, como observado, o momento da produção de prova, correspondendo este àquele em que uma dimensão da realidade é carregada para o processo (sob a forma de informação), a fim de que, depois de tal matéria ser trabalhada processualmente, dela se retirem conclusões, ao nível da decisão a proferir, quanto à matéria de facto controvertida.

Se é comum às bases decisórias densas, o facto de, como sublinhado, a decisão quanto à matéria de facto tomar por alicerce informação carregada do exterior para a instância, cumpre, contudo, sublinhar a diferença existente entre uma das bases de decisão que integram esse grupo de fundamentos decisórios (representativos de base densa) e as demais.

Quando a decisão, quanto à matéria de facto controvertida, se ancora em fundamento declarativo ou demonstrativo, estes (declaração e meios demonstrativos) são vias através das quais tal informação é conduzida ao processo, sendo co-natural à sua estrutura a existência de um canal através do qual a informação, colhida da realidade, chega ao processo. É ele o *meio de transporte* da vida para o foro; transporte operado na segunda fase (produção de prova) do primeiro momento. Diversamente, quando a decisão da matéria de facto se suporta em fundamento lógico-indutivo, embora haja, no processo decisório que o envolve, convocação de uma dimensão do real (facto base), esta não é carregada para o processo *no quadro* do fundamento decisório em causa.

A presunção jurídica não representa, pois, em qualquer das tipologias que se considere (legal ou judicial), canal de transporte de informação extraprocessual para o processo, muito embora, sendo forma de tratamento de informação de natureza empírica, pressuponha a existência desta. Constitui, na verdade, condição indispensável de recurso processual à via presuntiva a existência de um facto base, de que o raciocínio lógico-indutivo, em que a presunção se traduz, partirá.

Especificidade que, considerando a perspectiva sob a qual os fundamentos decisórios densos, relativos à matéria factual controvertida, são considerados, o transforma num subtipo, contrastável com aquele em que se incluem os dois restantes fundamentos.

O fundamento lógico-indutivo não constitui, em suma, *meio de transporte*, para o processo, de subsídios informativos, antes *meio de tratamento* destes.

Razão por que, distinguindo-se, embora, com importância para o *funcionamento* da base decisória em causa, dois momentos processuais, este tipo de *fundamento*, *enquanto tal*, intervém tão só no *segundo momento* processual.

Característica (esta última) que partilha com o fundamento desonerador. Também nesta hipótese (em que a decisão é proferida com base nas regras de distribuição do ónus da prova) o fundamento decisório releva, como observado, apenas no segundo momento processual. Distingue-se deste, porém, em virtude de, no fundamento desonerador, além de a base de decisão ser mobilizada no segundo

momento processual, não haver outro momento relevante (mesmo sob ponto de vista indirecto), por inexistir suporte informativo *carreado* frutuosamente<sup>107</sup> para a instância em fase processual anterior.

Neste caso (fundamento desonerador), o suporte decisório não é meio de transmissão de informação entre o real e o processo, não porque a informação do real deva ser canalizada para o contexto processual por outra via (que não aquela em que se consubstancia o fundamento em causa)<sup>108</sup>, mas porque, no processo decisório, que nele assenta, não há lugar a consideração desse tipo de informação. Porque assim, o fundamento em análise não representa meio de *transporte* (como o é quando esteja em causa base declarativa ou fundamento demonstrativo), nem meio de *tratamento* (como acontece, quando esteja em causa fundamento lógico-indutivo) da realidade *carreada* para o processo, antes *meio de transpor* a dificuldade em decidir a controvérsia factual, lograda mediante recurso a suporte puramente legal.

Se as duas primeiras bases de decisão da matéria de facto controvertida, relevantes quando a prova é tomada em sentido amplo, veiculam informação da realidade para o processo, a terceira limita-se a tratar informação real pré-existente (sendo o resultado desse tratamento a informação com base na qual o juiz decide) e a quarta a permitir a prolação de decisão, mediante dispensa de tal tipo de informação. Correspondentemente,<sup>109</sup> na primeira hipótese (fundamentos declarativo e demonstrativo) o fundamento em causa fornece a informação real, a ser tratada processualmente pelo decisor; na segunda (fundamento lógico-indutivo) proporciona o tratamento, processualmente concretizado, da informação real e na terceira (fundamento desonerador) supera a necessidade de mobilização de tal informação.

#### *d.2) Momentos das fases processuais pré-decisória e decisória*

Cumprido, agora, tomando o segundo critério, considerar os momentos que integram as fases processuais pré-decisória e decisória.

Toda a actividade de aquisição de informação de cariz probatório, assume carácter pré-decisório, por anteceder a prolação da decisão sobre a matéria de facto. Visando-se, com esta actividade, a aquisição de informação com base na qual o julgador possa vir a decidir a matéria de facto controvertida, constitui um tipo de actividade instrutória (de reunião de elementos a tratar e convocar em sede de decisão) que se traduz na prática de actos de produção de prova.

Adentro do universo instrutório, distinguem-se, assim, *dois tipos* de actividade processual: a actividade de *preparação* e a actividade de *produção* de prova. A segunda reconduz-se, no essencial, ao conjunto de actos, cuja prática é necessária para que se torne possível colher a informação dos meios que a transportam, destinando-se, a primeira, a assegurar a reunião de todos os pressupostos para que os demais

---

<sup>107</sup> Para efeitos decisórios.

<sup>108</sup> Como acontece no âmbito do fundamento lógico-indutivo.

<sup>109</sup> Considerando a ordem enunciada.

momentos aconteçam.<sup>110</sup> Os momentos preparatório e de produção de prova relevam, quanto aos fundamentos declarativo e demonstrativo, valendo, relativamente aos fundamentos lógico-indutivo e desonerador o acima observado.

---

<sup>110</sup> Distinção que releva, sobremaneira, quando esteja em causa prova constituenda, na medida em que os actos de efectiva produção de prova são antecedidos pelos que se destinam a proporcionar tal actividade. Assim, por exemplo, no que concerne à prova testemunhal, em que a prestação de depoimento em juízo é precedida pela prática de diversos actos, designadamente de requerimento de prova e de notificação dos depoentes arrolados. Tratando-se de prova constituída, essa distinção será igualmente aplicável, embora assuma, nesse contexto, menor relevo. A mobilização de prova documental pode pressupor a prática do acto único de requerimento de junção do documento aos autos, sem embargo de tal acto poder ser precedido ou sucedido pela prática de outros. Assim, por exemplo, se, encontrando-se o documento em poder da contraparte e recusando esta exibi-lo, a parte que dele se quer valer, requerer ao tribunal que notifique aquela no sentido de, ao abrigo do dever de cooperação, exhibir o documento em causa. A colheita da informação que o documento contém verifica-se em actividade, por norma dotada de reduzida visibilidade, em que se traduz a sua análise. O cerne da actividade de produção de prova ocorrerá em ambiente extraprocessual (aquando da criação do documento). O acto de junção de documento será, contudo, sucedido pela concessão da possibilidade de exercício do contraditório, sendo que este pode gerar actividade processual mais ou menos complexa, consoante o tipo e a intensidade do contraditório exercido. Antecedendo, ambos os tipos de actividade instrutória, a fase da decisão da matéria de facto, o desenvolvimento da actividade do segundo tipo tende a concentrar-se na audiência de julgamento e a actividade do primeiro tipo em momento anterior a esta. As excepções às regras enunciadas podem verificar-se, porém, quer *por antecipação*, quer *por protração*. A *primeira hipótese* ocorre quando, por exemplo, haja produção antecipada de prova, figura que tem por principal escopo assegurar a efectividade do direito à prova, permitindo evitar, como decorre do teor literal do art. 419.º (correspondente ao anterior art. 520.º), que a produção de prova se venha a tornar impossível ou muito difícil. Os termos, mais amplos, em que se encontra redigida a norma alemã equivalente (§358a Zivilprozessordnung) permitem, como observa MUSIELAK, que a antecipação tenha lugar por razões relacionadas com a promoção da celeridade processual (“Die in § 358a getroffene Regelung, nach der ein *Beweisbeschluss* bereits *vor der mündlichen Verhandlung* erlassen und auch ausgeführt werden kann, dient der Beschleunigung des Prozesses”). Assim, por exemplo, na hipótese que ilustrativamente enuncia, quando o esclarecimento de uma versão factual controvertida pressuponha a obtenção de um relatório pericial, que não possa, em termos normais, ser obtido rapidamente, o tribunal poderá proferir decisão no sentido de que a produção desse meio de prova tenha lugar numa fase inicial da tramitação processual, *Grundkurs ZPO*, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1998, p. 240. No sentido da promoção da celeridade processual, no âmbito da decisão da matéria de facto, prevê-se, igualmente, no mesmo diploma (§356 Zivilprozessordnung) que, caso surja obstáculo que gere morosidade indeterminada na fase de produção de prova, o tribunal fixará um prazo, findo o qual só se pronunciará no sentido de que se deverá continuar a aguardar pela produção do meio de prova, em causa, quando possa prever que tanto implicará o decurso de um período limitado de tempo. A celeridade processual representa, assim, particularmente na fase da produção de prova, não apenas um direito das partes (enquanto dimensão do mais amplo direito à tutela jurisdiccional efectiva), como um fim para cujo cumprimento aquelas têm o dever de concorrer. Estando, embora, sempre em causa, no âmbito da produção antecipada de prova, prova com natureza constituenda (depoimento, arbitramento ou inspecção), os actos instrutórios (incluindo os de produção de prova) serão praticados em momento anterior à audiência de julgamento. O mesmo vale, relativamente ao processo proposto em segundo lugar, quando neste for invocado o valor extraprocessual de prova (cfr. art. 421.º do Código de Processo Civil), porque produzida a prova em processo intentado em momento anterior. Verificando-se esta norma aplicável, quando estejam em causa depoimentos e arbitramentos, também aqui a prova tem, *no primeiro processo*, natureza constituenda. O carácter constituído ou constituendo, respeitando embora ao meio de prova, não faz, porém, como na presente hipótese se observa, parte dos traços que intrinsecamente o identificam. Aquele carácter pode, quanto a um mesmo meio de prova, ser um num determinado contexto e outro num outro enquadramento: a prova testemunhal será, por exemplo, prova constituída no processo onde é invocado o seu valor extraprocessual, representando prova constituenda no processo, onde

No que diz respeito à segunda fase, o momento de apreciação assume relevo, quanto a todos os fundamentos, à excepção do fundamento desonerador, no domínio do qual, justamente por representar base branca, não há matéria de índole empírica sobre que a reflexão deva incidir.<sup>111</sup>

No momento conclusivo apura-se e exprime-se a conclusão retirada de qualquer um dos fundamentos decisórios, pelo que se trata de momento que mantém relação com todas as bases decisórias.

### **Secção III- Implicações das dimensões e do âmbito conceitual da prova, ao nível das modalidades de convenções de prova**

#### ***Subsecção I- Dimensões da prova passíveis de convenção***

Cumpra proceder à *ligação* entre as dimensões da prova e as convenções de prova, de modo a apurar que dimensões da prova são passíveis de ser objecto de convenção<sup>112</sup>

---

houve lugar à prática dos actos de produção de prova. Enquadra-se, a título exemplificativo, na *segunda hipótese* (protração) a circunstância em que ocorrências posteriores ao momento em que, por regra, deve ser produzida a prova documental (pré-audiência), determinem a admissibilidade da sua apresentação posterior, por hipótese já na fase de audiência (cfr. art. 423.º, n.º 3 do Código de Processo Civil). No regime introduzido, pela nova redacção do Código de Processo Civil, manifesta-se a tendência para antecipar o momento de produção de prova, quanto à prova pré-constituída, bem como o momento da prática dos actos preparatórios, quanto à prova constituída (aspecto que adiante assumirá relevo, quando se considerar o momento em que a convenção de prova deve ser invocada em juízo). No que concerne à primeira, passou a prever-se, relativamente à prova documental, que, se não apresentados com o articulado, os documentos poderão ser apresentados até 20 dias antes da data da audiência final (art. 423.º, n.º 2 do Código de Processo Civil). Uma vez ultrapassada esta linha temporal, não será admitida a sua junção, quando devessem e pudessem ter sido apresentados até então. A baliza temporal era, anteriormente, mais dilatada, correspondendo ao momento do encerramento da discussão em primeira instância (art. 523.º, n.º 2 do Código de Processo Civil). No que diz respeito à segunda, e a título de exemplo, se, de acordo com a redacção anterior, o autor tinha a possibilidade de apresentar a prova testemunhal e requerer outras provas no final da petição inicial (art. 467.º, n.º 2 do Código de Processo Civil), tanto passou a representar um dever, segundo o novo regime, não obstante a possibilidade de alteração do requerimento probatório oferecido, caso venha a ser apresentada contestação (art. 552.º, n.º 2 do Código de Processo Civil).

<sup>111</sup> É no contexto desta actividade de extracção de ilações da base informativa que assume relevo a distinção entre actividade de julgamento, em sentido estrito e actividade de mera pronúncia, bem como o discernimento (adentro da primeira) entre a actividade jurisdicional valoradora da actividade meramente inferencial. Distinção a que acima fizemos alusão, na Parte I, em observações, para que ora remetemos.

<sup>112</sup> Aspecto que se não confunde com o acima tratado, concernente à relação a estabelecer entre os diferentes âmbitos assinaláveis à noção de prova e o âmbito que em particular releva para efeitos de convenções de prova. Tendo-se, então, concluído, estar em causa sentido de âmbito amplíssimo, importa discernir o número de dimensões da prova que (no âmbito de cada uma dessas bases decisórias) em abstracto se revelam objecto possível de negócio jurídico.

Ante o cruzamento destes dois planos, verifica-se que nem quanto a todas as dimensões da prova é concebível<sup>113</sup> a celebração deste tipo negocial.

Tanto revela-se inviável no que diz respeito à dimensão (*terceira*) da prova, enquanto *informação*. Representando, a informação, o conteúdo que os canais de prova<sup>114</sup> permitem que seja conduzido para o processo, não se revela susceptível de conformação negocial. É um dado carreado, uma matéria absorvida, que existe enquanto tal. O conteúdo das declarações prestadas pelas testemunhas ou pelas partes, o teor do parecer emitido pelos peritos são, assim, no processo, uma realidade informacional (dado existencial) que é relevante para esclarecimento de acontecimentos (por regra extraprocessuais), cuja verificação se revela controvertida. A informação absorvida representa matéria-prima adquirida para o processo. Nada há a convencionar, quanto ao que tal informação é. Existe, enquanto tal e a objectividade dessa existência não é susceptível de convenção.<sup>115</sup>

Diferentemente, as demais dimensões da prova constituem objectos possíveis do negócio jurídico em análise. Assim, pois, no que diz respeito à prova nas suas faces de meio, actividade e fruto da decisão sobre a matéria controvertida.

Importa explicitar.

Quanto à prova, na dimensão de *meio (primeira dimensão)*, podem as partes convencionar a maior ou menor amplitude dos meios de prova mobilizáveis na acção. No que diz respeito à prova na sua dimensão de *actividade (segunda dimensão)*, é abstractamente hipotizável a possibilidade de ser celebrada convenção, quanto aos termos em que tal actividade é desenvolvida.

No que concerne à prova na sua *quarta dimensão (enquanto fruto de decisão)*, importa precisar em que medida esta se pode, em abstracto, relacionar com o objecto da convenção de prova. Tratando-se de fruto ou resultado da decisão da matéria de facto controvertida já proferida não é, directamente, passível de convenção, dado, à semelhança do que acontece com a terceira dimensão, não se negociar a realidade, aquilo que é.

---

<sup>113</sup> O que não significa admissível, como *infra* se explicitará, a propósito de cada modalidade de convenção de prova.

<sup>114</sup> Meios de prova, enquanto meios de transporte de conteúdo informativo do real para a instância.

<sup>115</sup> Não podem, na verdade, as partes, alterar, por acordo, o que foi o fruto da instrução, determinando que a testemunha não disse o que disse ou que o perito não prestou o esclarecimento que prestou. Não lhes é dado eliminar, mediante congregação de declarações negociais, o que já se verificou e não representa dado construível pela sua vontade. No que diz respeito à informação empírica processualmente disponível, esta é, quando de *índole probatória*, insusceptível de (pelas razões enunciadas) ser passível de convenção e, em consequência, também não objecto possível de convenção de prova. Quando a informação empírica assumir *natureza factual* (assim no âmbito das presunções jurídicas), consubstancia matéria passível de ser objecto de convenção; não, porém, de convenção de prova, atenta a natureza já consolidada – assim não controvertida – do tipo de informação em apreço (*vide*, relativamente aos pactos que têm por objecto versões factuais processualmente relevantes, o *supra* expendido relativamente aos acordos de reconhecimento). A informação *obtida* a partir do tratamento processual da informação empírica representará, por outro lado, fruto da actividade decisória do tribunal, desenvolvida na sequência do momento analítico, pelo que se enquadra no âmbito de distinta (quarta) dimensão da prova.

É, em abstracto, concebível, porém, que tal fruto possa ser condicionado mediante convenção que regule a actividade decisória conducente à obtenção daquele resultado. Este é, portanto, regulável por via indirecta, mediante celebração de pacto jurídico incidente sobre os actos jurisdicionais, que estão na origem desse resultado decisório. A conformação convencional incidirá, nesta hipótese, sobre os termos em que a actividade decisória tem lugar, operando o regime convencional sobre o fruto da decisão enquanto realidade que, atendendo à fase a que se reportam os efeitos do pacto, constitui dado a construir, nessa medida, conformável.

### ***Subsecção II- Tipos de convenções de prova e critérios classificativos***

Reconduzindo-se, as *dimensões* em abstracto passíveis de ser objecto de convenção de prova, àquelas que se vêm de enunciar cumpre exprimir os corolários que de tanto se retira no que diz respeito às modalidades de convenções de prova hipotizáveis, sendo que estas variarão consoante o critério classificativo adoptado.

#### **a) Critério puro**

Tomando *por critério* as três dimensões discernidas na subsecção anterior, distinguem-se três tipos fundamentais de convenções. Em primeiro lugar, as que, tendo por objecto a primeira dimensão, restringem ou ampliam as fontes de informação. Em segundo lugar, as que, incidindo sobre a segunda dimensão, regulam a actividade de produção de prova. Em terceiro lugar, as que, referindo-se, em via antecipada, à quarta dimensão, regem a actividade de decisão da matéria de facto controvertida.

#### **b) Critério misto**

Se, em vez de *critério puro* (porque nele se considera apenas um factor de classificação, correspondente, na hipótese acabada de enunciar, ao das dimensões associáveis aos fundamentos de decisão da matéria de facto controvertida), se optar por *critério* em que se inclua vector *suplementar* de qualificação, por se pretender, adicionalmente, retratar (nesta outra categorização) a diferença de natureza existente entre os fundamentos de decisão da matéria de facto controvertida, que representam meios de prova (em sentido amplo) e aqueles que não se enquadram em tal classificação, discernir-se-ão as convenções ampliadoras e restritivas de meios de prova, os acordos relativos à actividade de produção de prova, os pactos relativos à actividade decisória, que assenta em informação proporcionada por meios de prova e as convenções relativas ao ónus da prova.<sup>116</sup>

---

<sup>116</sup> O primeiro tipo de convenções releva, quando esteja em causa fundamento declarativo, ou demonstrativo. Convenções, cujo teor importa considerar, aquando da formulação de requerimento de prova, aquando da decisão daquele requerimento e quando oficiosamente ordenada a produção de prova. De notar, porém, que, se ampliando ou restringindo, convencionalmente, os meios de prova, se amplia ou circunscreve o tipo de informação mobilizável pelo juiz, em sede de decisão, quanto à matéria de facto controvertida, idêntico impacto pode ter convenção que tenha por objecto o fundamento lógico-indutivo. Não constituindo este, embora, como acima observado, meio de prova em sentido

Quando se adopte esta categorização, há, pois, lugar à convocação conjugada de *dois* critérios distintos, no que diz respeito à enunciação das modalidades de convenções de prova. A alusão às três primeiras modalidades convencionais faz-se por referência às *dimensões* da prova relevantes e a quarta por referência ao *fundamento* decisório (não incluído no âmbito da prova, em sentido amplo) em causa.

O traço delimitativo, nesta distinção, entre tipos de acordos de prova, obedece, assim, em qualquer uma das situações, à diferenciação entre base decisória densa e base decisória branca, bem como à fronteira delimitativa entre os âmbitos amplo e amplíssimo da noção de prova.

Tanto repercute-se, pois, no domínio das modalidades de convenções de prova, em diferenciação entre as convenções relativas a este fundamento decisório (ónus da prova – base branca de decisão, destituída de índole probatória, não incluível na noção de prova, em sentido amplo), por contraposição a todas as outras bases da decisão extintiva da controvérsia factual (estas bases densas de decisão, dotadas de natureza probatória e consubstanciadoras da noção de prova, em sentido amplo), como transparece das concepções sustentadas por ROSENBERG e LEONHARD.<sup>117</sup>

#### c) Critério legal

Corresponde este segundo (critério misto) ao critério de sistematização legalmente adoptado, no âmbito do art. 345.º do Código Civil. De entre os vários tipos de modalidades de convenções de prova distinguíveis de acordo com tal critério, o preceito em causa contempla apenas, porém, como únicas cuja admissibilidade é acolhida de forma literalmente expressa, a primeira (convenção definidora da maior

---

próprio (por não representar canal transmissor de informação da realidade para o processo e por este absorvível), constitui fundamento decisório, cuja operatividade pressupõe labor sobre informação relativa à realidade. A convenção que elimine ou crie a possibilidade de mobilização deste fundamento decisório implica, assim, à semelhança do que sucede no domínio dos fundamentos, declarativo e demonstrativo, acordo sobre a possibilidade de consideração ou não de informação transmissora de dados do real, sendo que, porque, nesta hipótese (contrariamente ao que sucede quanto aos dois outros fundamentos referidos), tal informação está já definitivamente conformada (consubstanciando elementos factuais – facto base – e não meros dados probatórios), a convenção só será relevante aquando da decisão da matéria de facto.

<sup>117</sup> Parece obedecer a esta linha distintiva (entre base densa e base branca de decisão da matéria de facto controvertida e, correspondentemente, entre prova, em sentido amplo e prova, em sentido amplíssimo) a diferenciação que ROSENBERG estabelece entre convenções de prova em sentido próprio e convenções relativas ao ónus da prova, incluindo, no âmbito das primeiras, designadamente, as circunscritivas dos tipos de meios de prova convocáveis, bem como as reguladoras da força probatória dos meios de prova, legalmente previstos, e, no âmbito das segundas, as definidoras da parte a quem é imputada a permanência do decisor na situação de incerteza relativamente a uma dada versão factual processualmente relevante, *Die Beweislast: auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches und der Zivilprozeßordnung*, 2. Auf., Berlin, 1923, pp. 108 e ss. (ponto 4).

ou menor extensão dos meios de prova mobilizáveis<sup>118</sup>) e a última (convenção de inversão do ónus da prova) categorias discernidas.<sup>119</sup>

#### d) Critério adoptado

Para efeitos de tratamento sistemático desta matéria no presente estudo, adoptaremos o primeiro critério de categorização em virtude de, por assentar num único parâmetro classificativo, proporcionar mais clara sistematização. Por outro lado, revela-se também coincidente com as modalidades de convenções de prova que se distinguiriam se se adoptasse um critério classificativo que tomasse por referência de base os vários momentos processuais em que este tipo convencional releva. A tanto acresce o facto de se revelar de fácil manejo para efeito de estabelecimento de relação com as classificações decorrentes dos demais critérios, quando tanto se revele útil.

Consideraremos, assim, sob o ponto de vista sistemático, as convenções: relativas às fontes de informação probatória (meios de prova), relativas à actividade de produção de prova e relativas à actividade de decisão da matéria de facto controvertida. As reflexões concernentes às convenções, relativas ao ónus da prova, serão desenvolvidas no âmbito das convenções respeitantes à decisão da matéria de facto controvertida (de que constituem sub-categoria).<sup>120</sup>

---

<sup>118</sup> Representa, pois, esta, no que diz respeito às bases densas de decisão, a única dimensão de prova modificável, de modo normativamente expresso, por convenção.

<sup>119</sup> Previsão normativa, que, no que diz respeito a este segundo tipo convencional, viabiliza a celebração de convenção relativa à quarta dimensão da prova, por antecipação, no âmbito do fundamento desonerador. Admissibilidade que resulta, igualmente, da norma constante do n.º 1 do art. 344.º do Código Civil, quando desta decorre que a inversão do ónus da prova pode ter origem, em fonte convencional.

<sup>120</sup> Sendo o critério classificativo, queorase adopta, no que respeita às *modalidades* de convenção de prova, aquele que vimos de enunciar, em texto, cumpre explicitar quais os *fundamentos* decisórios a que cada modalidade de convenção de prova, pode dizer respeito. Na resposta a este problema estão implicadas as conclusões a que se chegou, quando se consideraram as dimensões da prova susceptíveis de ser objecto de convenção, bem como as obtidas, quando se ponderou acerca das dimensões da prova releváveis quanto a cada fundamento de decisão da matéria factual controvertida. Serão, em consequência, susceptíveis de ser objecto de alteração por via de convenção de prova (e, assim, objecto passível de modalidade deste tipo de acordo), os regimes jurídicos dos fundamentos decisórios relativamente aos quais relevem dimensões da prova reguláveis pelo tipo negocial em análise. Na medida em que a *primeira* modalidade de convenções de prova se destina a ampliar ou a restringir os canais de captação de informação da realidade, pode respeitar aos fundamentos decisórios declarativo e demonstrativo. O fundamento lógico-indutivo revela-se, em abstracto, passível de convenção dotada de efeito ampliador ou restritivo, sendo que tanto se verificará sobretudo em duas circunstâncias. Em *primeiro lugar*, quando se elimine ou crie a possibilidade de recurso à figura da presunção jurídica (com o que, respectivamente, se restringe ou amplia o tipo de informação empírica – de natureza factual, na presente hipótese – susceptível de ser usada como matéria de labor jurisdicional para efeito de decisão da matéria factual controvertida). Esta convenção não representa, porém, ampliação ou restrição de meios de prova, quando, pelas razões, acima expendidas, o fundamento lógico-indutivo não se reconduza a essa figura (meio de prova, em sentido próprio), por implicar esta sempre o transporte para o processo de informação empírica de natureza probatória (desprovida, por isso, de conformação já definitiva). Em *segundo lugar*, quando se eliminem particulares presunções legais ou se criem

Congregando, em síntese, as inferências da reflexão até aqui desenvolvida, no que diz respeito às modalidades de convenções de prova, aos fundamentos decisórios da factualidade controvertida, às dimensões de prova, ao âmbito da prova, aos momentos processuais relativos à prova, aos tipos (denso ou branco) de bases de decisão e aos graus de autonomia decisória, discernem-se:

- a) convenções de prova relativas à ampliação ou restrição das fontes de informação probatória ou meios de prova, relevantes quanto aos fundamentos declarativo e demonstrativo (âmbito da prova em sentido semi-amplio) e convocáveis, sobretudo, nas fases processuais correspondentes aos momentos de requerimento de produção de prova e de prolação de decisão, quanto a tal requerimento, bem como de ordenação oficiosa de produção de prova pelo juiz;
- b) convenções de prova relativas à actividade de produção de prova (segunda dimensão da prova), relevantes, quando esteja em causa fundamento declarativo ou demonstrativo (prova em sentido semi-amplio) e cujo teor importa considerar, aquando da prática dos actos preparatórios da instrução e dos actos instrutórios propriamente dito;

---

presunções de fonte convencional, hipótese em que se restringem ou ampliam, por via convencional, manifestações singulares da figura da presunção jurídica. Também aqui, por estar em causa fundamento lógico-indutivo (base decisória que não constitui canal ou *meio* de transporte, para o processo, de informação colhida do real), não dirá a convenção respeito a meios de prova, quando tomados, estes, no referenciado sentido estrito. Tal teor convencional, a ter lugar, apenas relevará, aquando da *decisão* da matéria de facto (e não, como acontece quanto às bases declarativa e demonstrativa, no momento do requerimento de prova e sua decisão). Razões ambas que, associadas à circunstância de o regime legal relacionar (a nosso ver indevidamente, como adiante se explicitará) tal fundamento (lógico-indutivo) com o fundamento desonerador (assim impondo que nos venhamos a pronunciar quanto à delimitação dos dois domínios), nos conduziu a tratar as convenções de prova relativas a este fundamento decisório (sob diversos aspectos, a ele concernentes, em abstracto passíveis de ser considerados como objecto possível de pacto entre as partes), no âmbito das convenções relativas à *decisão* da matéria de facto controvertida (terceira modalidade de convenções de prova). Os acordos integráveis na *segunda* modalidade convencional têm por fim regular a actividade probatória pré-decisória (de produção de prova) desenvolvida quanto a cada meio de prova, sendo que esta pode ter lugar, quando seja declarativo ou demonstrativo o fundamento convocado. As convenções integráveis na *terceira* modalidade de pactos de prova reportar-se-ão ao momento da decisão da matéria de facto. Tal actividade decisória terá lugar qualquer que seja o fundamento da extinção da controvérsia factual. Poderá, assim, esta modalidade convencional, ter por objecto a regulação da actividade de decisão da matéria de facto controvertida (designadamente mediante estabelecimento de regime relativo à atribuição de significado à dimensão da realidade carreada para o processo) quando a base decisória seja declarativa, demonstrativa ou lógico-indutiva, bem como o regime da mesma actividade desenvolvida, tomando por suporte os critérios de distribuição do ónus da prova, quando esteja em causa fundamento decisório desonerador. As convenções, cuja celebração tenha por escopo influir no resultado da decisão, quanto à matéria de facto controvertida são, pois, hipotizáveis qualquer que seja a base de decisão, em virtude de a circunstância de sempre assumirem relevo em tal momento processual (decisório) lhes ser, como acima observado, comum. Trata-se, portanto, de uma modalidade de convenção relacionável com a quarta dimensão da prova e relevável também, quando esteja em causa fundamento desonerador, sendo que, quanto a este, é essa, como antes relevado, a única dimensão da prova, relativa a área correspondente a plano em que aquele opera.

Nesta dupla tipologia de convenções de prova ( a) e b) ) se abrangem, assim, fundamentos decisórios reconduzíveis a bases densas de decisão.

- c) convenções de prova relativas à actividade de decisão da matéria de facto controvertida, a considerar no momento em que tal actividade é desenvolvida e em abstracto relevantes, qualquer que seja o fundamento da decisão extintiva da controvérsia factual (prova em sentido amplíssimo), bem como o grau de autonomia decisória do juiz (quer o correspondente ao que, no âmbito da actividade de decisão da matéria de facto controvertida, tem lugar no contexto de actividade de julgamento, em sentido estrito, quer o que se associa à actividade de mera pronúncia). Nesta tipologia incluem-se, pois, convenções de prova passíveis de alterar o regime jurídico relativo a bases densas ou branca de decisão.

Resta sublinhar que, não obstante os aspectos, acima dilucidados, serem referíveis ao instituto da prova, quando considerado em globo, no presente estudo reflectiremos apenas sobre a prova relevante em juízo –prova jurisdicional.

## Capítulo II - Natureza da Convenção de Prova

Desenvolvidas as considerações que precedem relativamente à segunda parte (prova) da expressão designativa da modalidade negocial que consideramos (convenções de prova), deter-nos-emos, agora, no primeiro elemento (convenção) integrante da expressão.

As observações a tecer respeitarão à natureza da convenção, perspectivando-se aquela índole sob dois ângulos: tomando, em primeiro lugar, por referência, a forma como as declarações das partes se articulam (Secção I) e, em segundo lugar, o carácter processual ou não processual da convenção (Secção II).

A natureza convencional da figura decorre da circunstância de estar em causa pacto celebrado entre diferentes sujeitos jurídicos. Do domínio dos acordos de prova excluem-se, em consequência, as hipóteses em que a adopção privada de um regime de prova, diverso do legal, tenha por fonte facto jurídico com carácter unilateral no que diz respeito ao número de sujeitos.<sup>121</sup>

Acresce que se trata de facto jurídico integrado por declarações das partes, reveladoras da vontade destas, no sentido da produção de determinados efeitos. Efeitos que pretendem revestidos de força jurídica.

Reunindo-se, na mesma figura, as duas características enunciadas – integração por declarações de vontade e produção de efeitos jurídicos –,<sup>122</sup> preenchidas estão as condições para qualificação da convenção, como negócio jurídico.

---

<sup>121</sup> A alteração do regime da prova não tem, assim, por fonte exclusiva, as convenções de prova, podendo decorrer de iniciativa unilateral, como *infra* se observará, a propósito da distinção entre prova atípica, prova diversa e prova convencional. Não representando, porém, a modificação, de fonte unilateral, convenção de prova, não constituirá objecto do presente estudo.

<sup>122</sup> MOTA PINTO sublinha o relevo da primeira dimensão, quando, depois de definir os negócios jurídicos enquanto “actos jurídicos constituídos por uma ou mais declarações de vontade, dirigidas à realização de certos efeitos práticos, com intenção de os alcançar sob a tutela do direito, determinando o ordenamento jurídico a produção dos efeitos jurídicos conformes à intenção manifestada pelo declarante ou declarantes”, salienta que o “que é verdadeiramente constitutivo do negócio é o comportamento declarativo – a existência de um comportamento que, *exteriormente observado*, apareça como manifestação de uma vontade de certos efeitos práticos sob a sanção do ordenamento jurídico”, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2005, p. 379 (segundo itálico nosso). Sobre a “relação *voluntas-verba* na doutrina romanística”, *vide*, Santos JUSTO, “Vontade e negócio jurídico no Direito Romano. Breve referência ao Direito Português”, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Volume III, Coimbra Editora, pp. 172 e ss. Sublinhando a natureza instrumental do negócio jurídico, enquanto via de autodeterminação individual, CANARIS observa a essencialidade, para a “sociedade de direito privado” que o Estado, em princípio, não fixe aos seus cidadãos uma maneira de agir determinada e a prossecução de objectivos específicos, antes lhes permita a sua escolha, por eles próprios; um dos instrumentos mais importantes para esse escopo é o da livre conclusão e livre redacção dos contratos”, “A liberdade e a justiça contractual na “sociedade de

As convenções de prova revestem, porém, carácter peculiar, no que diz respeito ao grau de divergência e de concordância existente entre as partes. À semelhança do que acontece com outras convenções com objecto adjectivo (assim, por exemplo, com as convenções de arbitragem, bem como com os pactos de jurisdição e de competência), os presentes acordos constituem modalidade negocial mobilizável, quando as partes, não logrando chegar a consenso *quanto ao teor* da solução da controvérsia (relativa, neste caso, à matéria de facto), *não optam*, no que respeita ao objecto de divergência, pela via intraprocessual do consenso. Enveredando, diversamente, pela via do dissenso, alcançam, contudo, acordo *quanto à* dimensão adjectiva, em cujo contexto aquela solução virá a ser jurisdicionalmente definida.

Constituem, assim, um instrumento de autodeterminação individual, por via do exercício da liberdade contratual, relevante nos casos em que o distanciamento entre as partes não seja absoluto, isto é, quando a divergência quanto aos aspectos envolvidos no apuramento da matéria de facto controvertida se situa em ponto intermédio, por existir quanto ao conteúdo da decisão, mas não quanto ao método da sua obtenção; por respeitar à matéria (factual), mas não à forma (ou a algumas das dimensões da forma) do seu esclarecimento.

Em síntese, distinguindo-se, por um lado, no seio processual, *a via do consenso* e *a via do dissenso*; confluindo, por outro lado, nesse mesmo contexto (jurisdicional), a aplicação de normas de direito material e de direito processual e pressupondo, a decisão final (sobre o mérito ou sobre a forma<sup>123</sup>), a convocação de elementos factuais e de elementos jurídicos, bem como *decisão* (que representa sub-decisão, no universo da solução final da questão em causa) sobre aquele primeiro tipo de elementos (de facto), as convenções de prova regulam hipóteses de relação entre as partes em que, divergindo estas quanto ao teor da solução a dar ao problema que impõe a sub-decisão (ou seja, não estando de acordo quanto ao que deva ser o sentido da decisão, em matéria de facto, por isso se situando na via do dissenso), concordam quanto às regras (regime da prova) a observar para formação jurisdicional desse conteúdo. Revelam-se, pois, concordantes tão só no que concerne à dimensão processual que constitui via de obtenção de informação para prolação da decisão relativa ao objecto sobre que remanesce o dissenso, pelo que estão em causa pactos integráveis no

---

direito privado”, *Contratos: actualidade e evolução*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1997, p. 51. Em adopção de posição que seguimos, SOUSA Ribeiro identifica a autodeterminação e a justiça contratual como fundamentais razões justificativas da regulação jurídica em matéria contratual, sublinhando que o “regulativismo combinatório” assim operado se revela em consonância com o regime constitucional, na medida em que, a par da garantia de “espaços de liberdade indispensáveis ao *épanouissement* e à realização pessoal de cada um”, se atende “às necessidades de tutela do “sujeito deficitário”, predispondo adequados mecanismos de contenção e de compensação, contra poderes e riscos a que ele está exposto”, “O contrato, hoje: funções e valores”, *Direito dos contratos Estudos*, Coimbra Editora, 2007, pp. 35-56.

<sup>123</sup> O acordo respeita, assim, às regras *formais* a que o apuramento do conteúdo da decisão *parcial* (porque relativa à matéria de facto) deve obedecer, independentemente de a decisão *final* (de que aquela decisão parcial é pressuposto) ser material (decisão quanto ao mérito) ou formal. As versões factuais, cujo esclarecimento processual as partes visam, por via das convenções de prova, regular, respeitam, na prática, a factos predominantemente integrados em hipótese de normas substantivas, representando, nessa medida, base da decisão de mérito.

segundo tipo de formas de “risoluzione convenzionale del processo” que LIEBMAN distingue.<sup>124</sup>

Trata-se, nesta medida, de *acordo* entre as partes processuais susceptível de assumir relevo apenas, quando entre aquelas subsista o *dissenso* quanto à matéria de facto – só neste último domínio (de divergência) a prova se integra.<sup>125</sup> Em síntese, representando acordo (*formal*) quanto ao modo de extinção do dissenso (controvérsia) em *matéria* de facto<sup>126</sup>, relevará, o pacto em causa, *se* e *enquanto* esse dissenso existir.

### Secção I - Natureza da *convenção* de prova, quanto ao tipo de congregação de vontades

Resulta das observações precedentes que a convenção de prova representa facto jurídico voluntário, negocial e subjectivamente bilateral, por via do qual, como PEZZANI (na esteira de TRIMARCHI e SCHLESINGER) revela entender, as partes exercem poderes de autonomia privada que lhes são juridicamente reconhecidos.<sup>127</sup>

Em causa, pois, manifestação, juridicamente reconhecida e tutelada, da “investiture” (salientada por AGOSTINI) dos direitos subjectivos, em que a vontade, contratualmente expressa, se traduz.<sup>128</sup>

Embora a amplitude com que a generalidade dos actuais ordenamentos jurídicos contempla, de forma normativamente expressa, a possibilidade de válida celebração de negócios jurídicos no âmbito do processo, torne dificilmente rebatível que, como bem notam DICKHOFF<sup>129</sup> e KOHLER<sup>130</sup>, o conceito de contrato ultrapassa as fronteiras do Direito Civil (manifestando-se, o relevo da sua extensão a outros domínios do jurídico - nota expressivamente KOHLER - em termos semelhantes ao que

---

<sup>124</sup> LIEBMAN diferencia as hipóteses em que a convenção tem por objecto “*la controversia che è stata dedotta nel processo*” (de que é exemplo a transacção), das hipóteses em que o objecto do pacto é “*questo processo medesimo che è anch’esso un rapporto giuridico per se stante*”, “*Risoluzione convenzionale del processo*”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1932, 1, vol. 9, pp. 261 e ss. Sobre as várias formas de composição pacífica em juízo, *Contributo alla dottrina del componimento processuale*, Milano, Giuffrè, 1959.

<sup>125</sup> É o regime a ela respeitante objecto das presentes convenções.

<sup>126</sup> Representando, esta, parte da matéria jurídica mobilizada na construção da decisão.

<sup>127</sup> A autora subscreve tal visão, citando e explicitando o entendimento daqueles autores em *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 76.

<sup>128</sup> “De l'autonomie de la volonté à la sauvegarde de justice», *Recueil Dalloz Sirey. Chronique*, Paris, n.30, 8 sept.1994, p. 236.

<sup>129</sup> *Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeß*, Buchdruckerei Franz Linke, Berlin, 1941, p. 71.

<sup>130</sup> “*Ueber processrechtliche Verträge und Creationen*”, *Gesammelte Beiträge zum Zivilprocess*, Neudruck der Ausgabe, Berlin, 1894, Scientia Verl., 1969 - X, p. 127.

sucede, na natureza, com a propagação de plantas a outras esferas territoriais)<sup>131</sup>, debate-se, doutrinamente, a classificação dos pactos de prova, adentro da categoria contratual, em sentido amplo, como *contrato em sentido estrito* ou como *acordo*.<sup>132</sup>

Bipartição que CARNELUTTI e MANCA explicitam quando, “abrindo” o género convencional, observam que, no seio deste, se distinguem, como espécies, o “contratto” e o “accordo”, observando, o segundo autor, que tal bipartição equivale à

---

<sup>131</sup> “Die Erweiterung fruchtbarer Rechtskategorien über ihren ursprünglichen Kreis ist in der Wissenschaft ebenso wichtig, wie in der materiellen Cultur die Verbreitung der Culturpflanzen in Gegenden, welche sie früher nicht gekannt hatten”, “*Ueber processrechtliche Verträge und Creationen*”, *Gesammelte Beiträge zum Zivilprocess*, Neudruck der Ausgabe, Berlin, 1894, Scientia Verl., 1969 - X, p. 238.

<sup>132</sup> A multiplicidade de conceitos mobilizáveis, relativamente a negócios jurídicos plurisubjectivos constitui realidade comum a outros sistemas jurídicos, designadamente o alemão, onde a noção de *Vertrag* se coteja com a de *Vereinbarung*, em discernimentos designativos, que se reflectem em todo o plano em que tais formas de expressão da vontade se manifestam releváveis e, assim, também quando, tendo por objecto o regime da prova, estejam em causa convenções a esta concernentes. Considerando dogmaticamente infrutífera, a preocupação de qualificação das convenções de prova, enquanto *prozessrechtlichen Verträge* ou enquanto *prozessualen Rechtsgeschäfte*, DICKHOFF confere, porém, relevo à distinção entre *Beweisvertrag* e *Beweisvereinbarung*, preferindo a segunda. A importância que confere a esta última diferenciação não significa, porém, como explicita, que corrobore a concepção nos termos da qual o segundo conceito se deva distinguir do primeiro (relativamente ao qual se tomaria por conceitualmente independente) por respeitar a acordo de índole multilateral. Deve-se, antes, por um lado, à circunstância de ser essa (e não a primeira) a expressão preferida pelo legislador alemão na ZPO, quando se refere a convenções processuais; por outro lado, à preocupação de assegurar que a designação se revele irrepreensível, o que se afiguraria duvidoso, quando se optasse pelo primeiro conceito (*Vertrag*), em virtude de (reunindo embora, a modalidade convencional em análise, aspectos próprios da primeira noção – “*Vertragselemente*”), estar em causa um acto produtor de efeitos processuais que não se enquadram no âmbito de eficácia que, em regra, se associa ao primeiro conceito. É, portanto, relativamente ao segundo conceito que estabelece a “pertença típica” das convenções de prova, *Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeß*, Buchdruckerei Franz Linke, Berlin, 1941, pp. 70 e 71. CHIOVENDA distingue o mero acordo (enquanto condição de actos processuais) do verdadeiro contrato processual, reservando este conceito para as “limitadíssimas” hipóteses de acordos que “produzem *sucessivamente* a sua eficácia no processo futuro ou pendente, de modo a que a parte possa obter execução contra a outra parte, ou opor-se a quanto se queira fazer contrariando o contrato”. Observa, por outro lado, que o acordo processual “pela sua natureza afecta sempre mais ou menos directamente a actividade do juiz”, daí fazendo decorrer que “em poucos casos serão válidos os acordos das partes para regular a seu modo a relação processual”, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Vol. I, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1933, p. 64 (o teor desta página e seguintes coincide, no essencial, com o conteúdo das pp. 105 e ss. da obra *Principii di Diritto Processuale Civile*). *Infra* reflectiremos sobre este último aspecto (relação entre o acordo processual e os poderes do decisor) no particular âmbito das convenções de prova. Também Rocco procede à distinção entre o acordo, enquanto pressuposto de decisão jurisdicional, e o verdadeiro negócio, *Trattato di diritto processuale civile*, Vol. II, Parte Generale, UTET, Torino, 1957, p. 200, notando que aqueles constituem “il *presuposto* o la *condizione* per l’emanazione di un atto degli organi giurisdizionali, ma che non hanno alcuna efficacia obbligatoria, sia di fronte all’attività degli organi giurisdizionali, i quali possono, quando lo credano opportuno o sia loro fatto divieto, non emanare l’atto richiesto; sia di fronte all’attività delle parti, le quali non sono vincolate dall’accordo, fino a che non sia intervenuto l’atto giurisdizionale richiesto”. Sobre o relevo do contrato (em sentido próprio) enquanto via translativa do direito de propriedade, Mariana França GOUVEIA, Assunção CRISTAS e Vitor NEVES, *Transmissão da propriedade e contrato*, Almedina, 2001.

distinção entre *contratto* e *Gesammtakt* (acto complexo) ou *Colletivakt* (acto colectivo).<sup>133 134</sup>

Toma-se, para esse efeito, por critério distintivo (que também CARNELUTTI reconhece)<sup>135</sup> entre as duas figuras, a forma como as declarações de vontade se articulam. Sendo as declarações negociais sempre produzidas em sentido convergente (em ordem à produção de um efeito jurídico, relativamente ao qual se gerou consenso entre as partes), o seu conteúdo é idêntico, quando esteja em causa um acordo e diverso, embora reciprocamente complementar, quando se trate de contrato em sentido estrito.<sup>136</sup>

Nesta segunda hipótese, embora o efeito da conjugação das declarações seja também um só – a transferência do direito real de uma para outra esfera jurídica – (pelo que o objectivo de ambos os declarantes é comum), as declarações são emitidas, atento o seu teor, a partir de posições, não só diferentes, como contrapostas. A confluência destas num ponto comum resulta, assim, do seu cruzamento. Diferentemente sucede, quando as declarações são emitidas a partir de posições paralelas, com o mesmo conteúdo<sup>137</sup> e desenhando percurso desenvolvido também em paralelo, que inflecte para um centro de encontro, não se cruzando, não obstante concorrerem para o mesmo fim, dirigindo-se ambas para a produção de efeito quanto a cuja geração as partes convergentemente anuem e que assenta na manifestação

---

<sup>133</sup> CARNELUTTI inclui, para este efeito, na mesma categoria, os pactos de prova e os pactos de competência, *Sistema di Diritto Processuale Civile*, Vol. I, Padova, Cedam, 1936, p. 751.

<sup>134</sup> “Accordi”, *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, UTET, 1957, vol. I, p. 146. Referindo-se à figura do acto complexo, ROCCO nota que, nesse contexto, as declarações de vontade não “si incrociano”, havendo, diferentemente, lugar a “manifestazioni di volontà *parallele*”, em “*fusione* di diverse volontà di contenuto uguale”, gerando “un’unica volontà, risultante dalla somma aritmetica di più volontà”, *Trattato di diritto processuale civile*, Vol. II, Parte Generale, UTET, Torino, 1957, p. 202. O autor reporta-se, nessa referência, a actos complexos que representam “pure manifestazioni di volontà”, porque dirigidos, sem carácter vinculante para este, ao órgão jurisdicional. Em causa, assim, figura reconduzível a acordo processual que constitui “presupposto di fatto” ou “condizione per l’eccitazione dell’attività giurisdizionale, rispetto ad un determinato atto giurisdizionale, dalle parti concordemente voluto”.

<sup>135</sup> *Istituzioni del nuovo processo civile italiano, terza edizione emendata e compiuta* Tomo primo, 1942 – XX, Soc. Ed. Del Foro Italiano, pp. 305 e ss.

<sup>136</sup> Constitui exemplo do primeiro (acordo), como MANCA expressamente nota, o pacto através do qual se constitua pessoa colectiva, por representar convenção em que todas as declarações, além de conducentes à produção de um mesmo efeito (nascimento de um novo ente jurídico), têm o mesmo teor (concordância, quanto à constituição da pessoa jurídica em causa). O autor sublinha, contudo, o especial relevo que este tipo de estrutura negocial assume no âmbito do direito público, “Accordi”, *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, UTET, 1957, vol. I, p. 146. Constitui modelo do segundo (contrato), o negócio operativo de transmissão da propriedade, na medida em que está em causa pacto através do qual uma das partes declara transmitir e a outra aceitar a transmissão.

<sup>137</sup> Por isso MANCA nota a identidade de objecto (*ugualinza dell’oggetto*) como uma característica do acordo que o distinguiria do contrato. Associa, também, à primeira figura, a possibilidade de intervenção de um “número indefinido de participantes”, “Accordi”, *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, UTET, 1957, vol. I, p. 146. Não se afigurando que esta segunda característica represente dimensão exclusiva do acordo, a estrutura a que este obedece revela-se, na verdade, mais adequada à manifestação de declarações de vontade em que essa tendência (relativa aos sujeitos) se verifique.

autónoma da sua vontade.<sup>138</sup> MANCA assim o explicita, por referência ao posicionamento das partes: uma frente à outra no contrato; uma ao lado da outra no acordo.<sup>139</sup>

Assim, e em suma, se, no contrato em sentido estrito, as declarações, com conteúdo diferente, mas complementar, se interseccionam, na sequência de percurso com igual direcção e sentido oposto, num comum ponto de chegada, no acordo, as declarações, com idênticos conteúdo, sentido e direcção, alcançam o comum ponto de convergência, após caminho paralelo e de orientação confluyente para um centro<sup>140</sup>. Na esteira de BETTI, dir-se-á partilharem ambas as noções o domínio da concordância, não obstante apenas na primeira hipótese estar em causa a figura contratual.<sup>141</sup>

O enquadramento das convenções de prova numa ou noutra das categorias (contrato ou acordo), pressupõe que se considerem as diferentes modalidades deste tipo de negócio jurídico. Contextualização categorial que será feita

---

<sup>138</sup> Representando estes os traços distintivos entre ambos os tipos de negócios, não constitui característica identificativa da noção de contrato, em sentido estrito, a existência ou não de reciprocidade obrigacional. Razão que justifica a subdistinção, dentro desta categoria do contrato, entre contratos unilaterais e bilaterais. Assim, a circunstância de, mediante negócio jurídico de transmissão gratuita de direito real, apenas uma das partes se obrigar a realizar prestação, limitando-se a outra a aceitá-la, não retira carácter contratual (neste sentido estrito) ao negócio jurídico, atribuindo-lhe apenas natureza unilateral sob o ponto de vista do número de sujeitos obrigacionalmente vinculados. Pode, pois, não haver bilateralidade obrigacional ou não haver sinalagmaticidade, entre as obrigações e, ainda assim, haver contrato, se as declarações convergentes tiverem partido de posições que se contrapõem, assumindo conteúdo também contraposto. Apesar de o beneficiário da prestação gratuita não se obrigar a realizar prestação, permanece a contraposição declarativa consistente na manifestação de vontade de prática de acto de liberalidade e de aceitação desta.

<sup>139</sup> MANCA, “Accordi”, *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, UTET, 1957, vol. I, p. 146.

<sup>140</sup> JÄCKEL sublinha o relevo da circunstância de a produção de efeitos assentar na vontade das partes, para que, com propriedade, se possa dizer estar em causa um negócio processual, quando explicita que não se enquadram em tal categoria hipóteses de mera emissão de declarações (de índole processual), de teor idêntico, dirigidas a um terceiro (decisor). Tradu-lo expressivamente, quando explicita que, neste caso, “as declarações não se unem em si, mas na pessoa do tribunal”. Haverá, nesta hipótese, lugar a declarações que consubstanciam condição para que o tribunal possa determinar a produção de um determinado efeito processualmente conformativo, não negócio processual. Assim, por exemplo, com as declarações concordantes (no plano do conteúdo) das partes, no sentido de que a audiência não tenha fisicamente lugar na sala de audiências, havendo lugar à transmissão de som e imagem para o lugar onde as partes se encontrem (§128a, Abs. 1 ZPO) ou no sentido de que os depoimentos das testemunhas, peritos ou partes sejam colhidos a partir de outro local que não a sala de audiências, havendo também lugar à transmissão da diligência, mediante captação de som e imagem, para a sala de audiências (§128a, Abs. 2 ZPO). O autor enuncia igualmente como exemplo desta hipótese aquela em que, alcançando as partes acordo, quanto à identidade dos peritos, deverá o tribunal proceder à designação em conformidade com o acordado, não obstante poder limitar o número de peritos (§404, Abs. 4 ZPO), *Beweisvereinbarungen im Zivilrecht Wirksamkeit und Wirkungen aus materiell-rechtlicher und prozessualer Sicht*, Duisburg; Köln, 2007, p. 6.

<sup>141</sup> *Diritto Processuale Civile Italiano*, 2ª ed., Corredatta della recente giurisprudenza, Roma, Foro Italiano, 1936, XXXVI, pp. 282 e ss. Adentro das „dichiarazioni dispositive“, o autor distingue, a par das „dichiarazioni unilaterali“, as „dichiarazioni concordi non contrattuali“ e as „dichiarazioni contrattuali“, incluindo as convenções de prova (refere-se aos pactos de inversão do ónus da prova, quando admitidos por lei) no âmbito desta terceira categoria.

independentemente de considerações, relativas à admissibilidade jurídica deste particular tipo de convenção (de prova), bem como de cada uma das modalidades que, no seu âmbito, se podem discernir. Representarão, estes dois últimos aspectos, matéria a considerar em momento posterior.

a) Convenções relativas ao procedimento de prova e à decisão da matéria de facto controvertida

Atentemos, num primeiro momento, nas segunda e terceira modalidades de convenções de prova.

Mediantes estas, as partes instituem, por consenso, regime jurídico conformador, na primeira hipótese, da actividade processual a desenvolver na fase pré-decisória (antecedente da decisão da matéria de facto controvertida) e, no que diz respeito à segunda hipótese, na fase decisória.

Regulam, assim, na *primeira hipótese*, actividade que não é por si exclusivamente desenvolvida<sup>142</sup>, sendo que, na *segunda hipótese*, a actividade processual convencionalmente prevista não é exercida, a qualquer título, pelas partes, antes respeitando, a actividade processual, objecto do pacto celebrado, exclusivamente a terceiro (ente decisor).

Por respeitarem a acto que não é, a qualquer título, exclusivamente praticado pelas partes (na primeira hipótese) ou que não é susceptível de ser objecto de acto processual da sua autoria (na segunda hipótese), caracteriza estas convenções de prova a circunstância de o regime convencional tender a ser construído por referência directa ao acto ou aspecto do regime em causa. Mesmo quando as partes intervenham na actividade processual, objecto do pacto de prova, o teor convencional regula, neste contexto, o modo ou termos de agir processuais.

Quer numa hipótese, quer noutra, as partes não exprimem, tipicamente, as suas declarações de vontade sob a forma de renúncia ou de assunção de obrigações uma ante a outra. Diferentemente, criam, mediante emissão de declaração conjunta, regime jurídico, diverso do legal, regulador dos termos em que haverá lugar à prática de actos processuais, constituindo estes o pólo de regulação. Regime inovador que, quando válido, assim se aplicará (sem necessidade de referência negocial expressa) ao

---

<sup>142</sup> Não só o decisor pode ordenar a produção oficiosa de prova (convocando, por exemplo, em conformidade com o perímetro do inquisitório, testemunhas não arroladas pelas partes ou determinando a realização de perícia não requerida), como pode intervir directamente na fase em que tal produção tem lugar (inquirindo testemunhas, solicitando o esclarecimento a prestar por peritos ou praticando actos de inspecção, quer no contexto de prova oficiosamente produzida, quer de prova realizada na sequência de requerimento das partes). Por outro lado, também outros sujeitos se encontram envolvidos, por força do exercício de funções, em tal actividade processual. Assim, com os funcionários judiciais, incumbidos da prática de actos processuais legalmente previstos e necessários à produção de prova. Pensamos, a título exemplificativo, nas hipóteses em que as partes regulem, por via convencional, aspectos da actividade processual de prova atinentes a dimensões como a ordem de prestação de depoimento pelas testemunhas ou o local da sua inquirição.

conjunto de sujeitos processualmente envolvido no desenvolvimento da actividade em causa (designadamente às partes).<sup>143</sup>

Centrando-se, o conteúdo convencional, na actividade processual (que não nos sujeitos nela intervenientes), a estrutura de expressão declarativa propende a reflectir essa circunstância, alheando-se da configuração que assume numa feição contratual estrita<sup>144</sup> e associando-se ao esquema de manifestação volitivo próprio do *acordo*, em que as declarações emitidas por cada parte não se direccionam para o sujeito que convencionalmente assuma o pólo oposto da relação jurídica, antes para vértice congregador das diversas declarações e coincidente com o objectivo que as partes convencionais, concordantemente, visam prosseguir.

Objectivo comum que, na presente hipótese, coincide com a alteração *imediate* dos critérios regentes do processo, mediante instituição de regras jurídicas que implantam um novo modo de actuação, no contexto da instância em que os contraentes são ou poderão vir a ser partes.

O escopo, comum a ambas as declarações emitidas pelas partes, consiste na adopção de um novo padrão de conduta processual, em termos que respeitam à comunidade de trabalho actuante, naquela concreta instância, independentemente de a actividade em causa envolver (ou poder envolver) a prática de actos pelos sujeitos negociais.

Este novo conteúdo resulta, nesta medida, da confluência de vontades das partes, manifestada na emissão de declarações com o mesmo conteúdo, direcção e sentido, que fluem, paralelamente, para ponto convergente.

Reúnem-se, assim, as dimensões características do *acordo*, reconduzindo-se, por princípio, estes tipos de convenções de prova, a tal categoria de negócios jurídicos.

Consustanciam, por outro lado, por norma, pactos com *eficácia conformativa*, sendo que, contrariamente ao propugnado por WAGNER, não vemos que a mobilização desta noção (acordo conformativo ou, na expressão do autor, *dispositivo*), no âmbito geral dos negócios jurídicos processuais (noção, cujo relevo JÄCKEL relativiza<sup>145</sup>),

---

<sup>143</sup> O que tende a reflectir-se na formulação literal das cláusulas negociais. Partindo, a título exemplificativo, do segundo tipo de matéria enunciado no âmbito da primeira hipótese, as partes tenderão a emitir as suas declarações de vontade, fazendo uso de enunciado verbal com a seguinte estrutura: “As testemunhas serão inquiridas no local x”. Enunciado que, sem recurso ao esquema de troca de declarações, transparece, como conjunto querer das partes, a intenção de *directa* alteração das regras de funcionamento do processo concretamente regulado.

<sup>144</sup> Em que cada uma das partes dirige à outra declaração com um determinado teor, mediante emissão de declaração de proposta e de aceitação.

<sup>145</sup> No que diz respeito aos tipos de modelação processual susceptíveis de ser gerados por contrato processual, JÄCKEL alude à distinção entre contratos com efeito conformador do processo (contratos com efeito dispositivo) e contratos com efeito vinculador das partes a um determinado comportamento processual (contratos com efeito vinculativo). Observa, porém, que tal distinção se revela artificial, por não ser possível uma separação estrita entre ambas as noções, dada a circunstância de, frequentemente, a um efeito dispositivo (por exemplo, a exclusão de determinados meios de prova) se associar um efeito vinculativo (proibição de invocação desse meio de prova), *Beweisvereinbarungen im*

represente subordinação a *sacrifício* no plano conceitual (submissão a *Prokrustesbett*, na expressiva alusão que o autor mobiliza).<sup>146</sup> A *conformação* constitui uma das formas

---

*Zivilrecht Wirksamkeit und Wirkungen aus materiell-rechtlicher und prozessualer Sicht*, Duisburg; Köln, 2007, pp. 10 e 11.

<sup>146</sup> Referindo-se aos contratos processuais em geral, WAGNER contrapõe os conceitos de disposição e de obrigação (*Verfügungsbegriff e Verpflichtungsbegriff*), daí retirando a contraposição entre negócios dispositivos (*Verfügungsgeschäfte*) e negócios obrigacionais (*Verpflichtungsgeschäfte*). Associa, cada um dos referidos tipos negociais, a terrenos adjectivos diversos. Discerne, por um lado, as hipóteses correspondentes a convenções processuais legalmente previstas (em que inclui, designadamente, os pactos de jurisdição e as convenções de arbitragem), que qualifica como *Verfügungsgeschäfte*, designando as normas que as contemplam como *Normdispositionen*. Em campo distinto, situa as demais hipóteses, que designa como circunstâncias em que há lugar a disposição sobre poderes processuais (*Dispositionen über prozessuale Befugnisse*); área em que apenas reconhece celebráveis *Verpflichtungsgeschäfte*. Não cremos que este represente critério distintivo, cuja adequação classificativa se afigure linear. Notando, o autor, serem, os primeiros (*Verfügungsgeschäfte*), acordos através dos quais se derroga direito processual dispositivo (no sentido de direito supletivo ou passível de ser objecto de modificação pelas partes) e representarem, os segundos (*Verpflichtungsgeschäfte*), negócios que contêm disposição sobre poderes jurídicos processuais, questionamo-nos se a possibilidade de disposição negocial, relativamente a poderes jurídicos processuais não implica sempre que as normas jurídicas que os contemplam assumam natureza dispositiva, bem como se não configura, a celebração de negócios jurídicos processuais expressamente regulados por lei, forma de dispor de poderes jurídicos processuais. Parecer-nos-ia preferível que a contraposição se estabelecesse entre negócios *conformativos* e *não conformativos* (reservando-se a qualificação como obrigacional para outra sede, no âmbito da qual merecem tal designação os negócios geradores de direitos relativos – obrigações-, por contraposição a negócios geradores de direitos absolutos). Nesta outra perspectiva classificativa, averiguar-se-ia, em cada hipótese negocial concreta, se há lugar a modificação, *não mediada*, do regime jurídico processual, pelo pacto em questão (uma vez produtor de efeitos, este, no processo) – hipótese em que o acordo assumiria carácter conformativo. Sendo certo que assim sucederá, por norma, no âmbito de convenções processuais, objecto de regulação legal, não é de excluir tal possibilidade fora desse domínio, tal como não se afigura inconcebível que negócio processual tipificado possa não assumir carácter conformativo. Por outro lado, a circunstância de o acordo beneficiar de natureza conformativa não contende com a possibilidade de, directa ou indirectamente, lhe estar também associada dimensão obrigacional. Associação que se verificará, por via directa, quando, por exemplo, as partes prevejam, como contrapartida pela conformação jurídica desfavorecedora da posição jurídica de uma delas, a obrigação de realização de uma prestação pecuniária. O efeito conformativo não conflitua, assim, com a possibilidade de, a esse efeito, acrescer efeito gerador de dever jurídico. E tanto, quer a produção do efeito conformativo seja feita depender da realização da prestação (representando esta condição daquele), quer não. Nem é imperioso classificar, como o faz HELLWIG (em termos que WAGNER criticamente aprecia), o pacto processual em que essa relação de dependência exista, como „um negócio jurídico sinalagmático de base e simultaneamente um negócio jurídico processual“ (*Zur Systematik des zivilprozeßrechtlichen Vertrages*, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn, 1968, p. 73). Representa, diferentemente, negócio jurídico processual sinalagmático. A hipotética incongruência desta asserção implicaria que se desse por assente que a sinalagmaticidade e o conceito de obrigação representassem subsídios de exclusiva pertença ao direito material, quando, diferentemente, constituem (como WAGNER observa) noções não aprisionáveis na esfera de um só ramo jurídico, antes património comum ao amplo universo do direito – do domínio do direito público ao domínio do direito privado, no quadrante substantivo e no quadrante processual. Tanto não implicará, porém, que os negócios jurídicos processuais se encontrem, no essencial, circunscritos às fronteiras da estrutura obrigacional. Não cremos, nesta medida, que, com WAGNER, se possa afirmar que este particular exemplo de acordo processual (*Prozessvereinbarungen mit Gegenleistungspflicht*) demonstre a inadequação da concepção de negócios jurídicos processuais como pactos *conformativos* (dispositivos, na expressão que convoca), nem que o recurso a tal classificação equivalha à mobilização de „construções artificiais“ (*gekünstelte Konstruktionen*), nem, em consequência, que esta realidade (negócios processuais com contraprestação) se afigure, sem dificuldade, explicável exclusivamente à luz de conceitos obrigacionais. De observar, ainda, que, a par da acima referida conexão directa, o nex

possíveis de *disposição* da esfera jurídica, pelas partes, tendo, como especificidade, a *imediaticidade*<sup>147</sup> que proporciona no que diz respeito à obtenção do efeito que se pretende alcançar, bastando, para tanto, a procedente invocação da convenção no contexto (processo)<sup>148</sup> onde tais repercussões devem ter lugar.<sup>149</sup>

---

entre a dimensão conformativa e a dimensão obrigacional poderá ocorrer, por via indirecta, quando o surgimento de obrigações decorra da não adopção, por uma das partes, de comportamento consonante com o regime negocialmente previsto.

<sup>147</sup> Este o conteúdo que WAGNER associa ao conceito de disposição (que designa por *Verfügungsbegriff*), quando observa que o elemento fulcral do conceito é a acção directa ou *imediate*, quanto ao direito existente ("*unmittelbare Einwirkung auf bestehende Rechte*"); efeito decorrente do poder de disposição (que o autor neste sentido denomina por *Dispositionsmacht*) que se encontra associado à titularidade do direito e que conduz à alteração directa do regime jurídico ("*... die die Rechtslage an einem Gegenstand unmittelbar ändern*"), *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 220.

<sup>148</sup> Representando, embora, esta, a tendência preponderante, na prática, no que diz respeito à configuração das convenções de prova em análise, não deixam de ser concebíveis hipóteses (designadamente no âmbito das convenções relativas ao procedimento de prova) em que estas podem assumir natureza não conformativa. Assim, por exemplo, quando o regime pacticiamente construído implique a adopção de uma determinada conduta, positiva e não fungível, por uma das partes. Admita-se que os sujeitos em causa convencionam que a inquirição das testemunhas será realizada pelos mandatários judiciais das partes, no escritório de um destes. A circunstância de este último não facultar o acesso às instalações ou o facto de um dos mandatários não comparecer para realização da diligência inviabiliza a execução do pacto e, conseqüentemente, a observância do regime dele constante, o que desvela a ausência de eficácia conformativa. Quando assim, importará indagar a vontade que presidiu à actividade negocial das partes, quando celebraram a convenção de prova: celebrar um contrato puramente gerador de obrigações, entre si, ou celebrar um acordo institutivo de autónomo regime processual, cuja cabal execução implicaria, contudo, a adopção de condutas activas das partes. Na primeira hipótese, a parte que invoque processualmente a convenção de prova poderá, em processo secundário (*Sekundärprozess*), demandar a contraparte, formulando pedido condenatório em ordem a ser ressarcida pelos danos sofridos, observando-se, no processo primário (*Primärprozess*), o regime jurídico supletivo (sobre estes dois tipos de processos, vide WAGNER, G., *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, pp. 219 e ss. e 254 e ss). Na segunda hipótese, em que as partes quiseram atribuir ao regime convencionado um especial valor (não circunscrito à mera assunção de obrigações *inter partes*), da conduta da parte inadimplente poderão decorrer, não só consequências indemnizatórias, como ainda as que em geral se associam, em sede de prova, ao culposo não cumprimento do regime jurídico vigente no processo (designadamente as que respeitam à não observância de deveres de cooperação processual), sendo que estas se verificarão no processo primário (o convencionalmente regulado). Contrariamente ao que WAGNER observa, a circunstância de se configurarem hipóteses em que a execução de pacto processual implica a adopção de conduta activa por uma ou ambas as partes, não evidencia a desadequação da associação de carácter conformativo aos negócios jurídicos processuais. Por duas ordens de razões. *Por um lado*, porque pode suceder que a prossecução do fim visado com a voluntária execução do *facere* seja alcançável por outra via que não o cumprimento espontâneo, mediante execução específica judicial no processo primário. Assim, por exemplo, em caso de celebração de pacto processual (*se dotado de carácter conformativo*) em que se convencie que haverá lugar a desistência do pedido, poderá o tribunal, ante a convenção, suprir a formulação (pelo autor ou reconvinente) de pedido de desistência do pedido, não dar continuidade à lide, mediante oficiosa extinção da instância por desistência, com base na convenção celebrada (assim se dando sequência e fazendo juz à mencionada natureza conformativa atribuída pelas partes ao pacto celebrado). Tanto, à semelhança (*mutatis mutandis*) da actividade que jurisdicionalmente se desenvolve em sede de execução específica de contrato-promessa dotado de eficácia real. Nesta última hipótese, porém, a obtenção desse efeito pressupõe a propositura de acção (constitutiva, de execução específica) propositadamente para esse efeito. No contexto que consideramos, diferentemente, a circunstância de estar em causa uma convenção processual e de o

problema da execução do regime dela constante se suscitar na pendência de um processo, permite que seja este aproveitado para tal efeito, com os ganhos de eficiência e economia processuais que assim se alcançam. Haveria, neste caso, lugar à decisão que sempre seria proferida quando, destituído, o pacto, de natureza conformativa, houvesse o autor (ou reconvinente) de formular pedido de desistência no processo, em execução voluntária do convenicionado. Prescinde-se, pois, na hipótese de pacto processual, que ora consideramos, da prática de autónomo acto de execução (*Erfüllungsgeschäft*), como é próprio, precisamente, do processo de realização dos acordos conformativos. Tanto sem embargo de, quando a complexidade da questão o aconselhe, a resolução desta questão poder ter lugar em processo secundário, iniciado com o exclusivo propósito de obter a execução do regime convencional (*Erfüllungsprozess*). No que diz respeito à admissibilidade de processos secundários, destinados a assegurar a coercibilidade de acordos processuais, WAGNER parece propender para uma posição intermédia, não se rendendo, por um lado, à incontestada admissibilidade daquele tipo de processos, nem propugnando, por outro lado, a sua absoluta inadmissibilidade. Tal posição de meio termo, revelando-se sensível à importância de o aparelho de administração de justiça assegurar a execução *in natura* das convenções processuais, considera também os riscos que tanto importa, quer por criar ruído no sistema jurisdicional (na medida em que gera “encadeamento” de processos), quer por poder ser causa de ingerência, do tribunal onde é proposto o processo secundário, nas competências do tribunal que decide o processo primário. Procurando minorar estes riscos, sem deixar de permitir a consecução da primeira garantia, propugna que a admissibilidade de propositura de tal tipo de processos seja feita depender da impossibilidade de o efeito que através deles se pretende alcançar ser logrável no âmbito do processo primário, sendo que, a não se verificar essa impossibilidade, haveria falta de interesse em agir no âmbito do processo secundário. Admita-se, por exemplo, no que às convenções de prova em particular diz respeito, que cada uma das partes se obrigou, em acordo de prova (com carácter conformativo), a requerer, em juízo, a realização de perícia, em ordem a apurar esclarecimento processual relativamente às versões factuais X, Y e Z, prevendo-se que o autor designaria o perito K e o réu o perito W. Reúne, neste caso, o tribunal condições para, em caso de não obediência (uma vez proposta a acção e nela feita valer a convenção pelo sujeito que nisso se revela interessado), por uma das partes, ao regime convenicionado, nomear o perito em falta (K ou W, consoante a parte em causa) para realização da diligência de prova (perícia). Quando da convenção não resultasse absolutamente claro, por exemplo, o objecto da perícia, justificar-se-ia a abertura de um procedimento, de natureza incidental, a correr em apenso ao processo primário, em ordem a, por via de interpretação da vontade das partes, se procurar suprir a dúvida. Este não procedimento não assumiria, porém, carácter secundário, na medida em que, logrando-se o esclarecimento quanto ao objecto da actividade pericial, esta seria ordenada no processo principal, assim se cumprindo o pacticiamente assumido. A solução a adoptar no sentido de o tribunal suprir, na acção, a omissão declarativa, afigura-se-nos preferível (quando o acordo assumia natureza conformativa) àquela que WAGNER (referindo-se a propósito de convenção de que resulta obrigação de desistência do pedido) parece alvitrar no sentido da propositura de autónomo processo secundário em ordem a o autor, neste segundo processo (secundário), exigir da parte que assume a qualidade de autor no processo principal, a desistência do pedido a que, por convenção, esta se havia vinculado. Se, noutra hipótese, as partes restringirem os meios de prova mobilizáveis e uma delas requerer um meio de prova incluído em tal círculo proibitivo, a eficácia conformativa do pacto mantem-se, devendo, o juiz, em obediência à válida convenção de prova invocada no processo, rejeitar a sua produção, assim se cumprindo o regime convencional sem que para tanto se revele necessária a colaboração da parte. Mesmo que, porém, apenas obrigações de *facere*, cujo cumprimento se revelasse insusceptível de prossecução sem a colaboração da parte, fossem neste contexto concebíveis, tanto não significaria que o carácter pactício conformativo fosse dimensão a postergar no âmbito *das convenções processuais*, como WAGNER propugna, mas tão só que *a particular convenção processual* geradora de tal obrigação activa não beneficiaria dessa natureza. Esta qualificação (como pacto conformativo) manteria, pois, acuidade, nas demais convenções processuais (designadamente nas convenções de prova) onde o regime convencional é passível de ser cumprido na mera sequência de exercício de direito potestativo de invocação do pacto de prova em juízo, pela parte com interesse em aquele regime vigore na acção.

<sup>149</sup> Importa, em conexão com o que vem de se expender, apurar as consequências que decorrem das convenções de prova (independentemente da modalidade que estas possam assumir), quando válidas, *quer* no processo convencionalmente regulado (processo primário), *quer* fora dele (processo

secundário). Quanto ao *primeiro aspecto* (relevo no *Primärprozess*), vimos já que, da invocação da convenção (quando dotada, como por regra sucede, de carácter conformativo), decorrerá a absorção, na acção, como critério regente (em matéria de prova), do regime constante de tal acordo. A efectiva modificação do regime processual aplicável, como consequência da celebração da convenção, pressupõe, assim, como observado, que esta tenha sido invocada, pelas partes, no processo e neste admitida, não produzindo quaisquer efeitos de derrogação das regras supletivas enquanto assim não suceda. Porque assim, a inquirição de testemunha em desconformidade com o que havia sido previsto em convenção, não representa nulidade processual ainda que a parte, então, invoque a convenção de prova celebrada, se esta não houver sido anteriormente feita valer no processo – não admitida na instância, enquanto fonte de modificação das normas que a regem, o acto praticado em dessincronia com ela, foi, contudo, praticado de acordo com o regime legal adjectivo vigente na causa (o supletivo), representando, em consequência, acto processual válido. Estando em causa facto (convenção de prova) alicerçado, quanto à sua constituição e quanto aos seus efeitos, na vontade das partes, o seu relevo processual dependerá do facto de a sua existência ser invocada (unilateral ou bilateralmente) por aquelas, bem como da circunstância de as mesmas manifestarem vontade no sentido de que tal convenção produza efeitos processuais. Razões por que esta representa matéria não susceptível de conhecimento oficioso pelo tribunal, pressupondo, diversamente, invocação das partes. Estas são, nesta medida, livres, por princípio, de, não obstante a válida e eficaz celebração de convenção de prova, a não fazerem valer na acção, pelo que, caso uma das partes se conduza processualmente como se a convenção não existisse, a parte que pretende que aquela convenção seja considerada, tem o ónus de a invocar (com efeitos para futuro), sob pena de preclusão da possibilidade de beneficiar da vantagem em que para si se pode traduzir a vigência do regime de prova convencional. Uma vez, porém, invocada, processualmente, a convenção de prova, o decisor pode, *quanto a esta* (convenção), conhecer de todas as circunstâncias cognoscíveis, independentemente de invocação das partes (circunstâncias que representarão, por isso, excepções em sentido impróprio). Se válida, impõe-se-lhe assegurar que a actividade processual decorre em conformidade com as regras convencionalmente definidas e absorvidas como padrão regulativo da instância, em sede de prova, sendo que, a nulidade dos actos praticados em desconformidade com ela, obedecerá ao regime geral das nulidades processuais (ou seja, ao regime aplicável aos actos que se revelem em colisão com as regras processuais vigentes na acção). Desta matéria (invalidade da convenção e invalidade dos actos praticados em desconformidade com convenção de prova válida) trataremos *infra*, de forma mais detida. Por ora, importa concentrar a atenção num particular problema: qual a via processual por intermédio da qual a convenção de prova é invocada na acção? Diversas têm sido, as concepções, a este propósito, doutrinariamente defendidas. Uma das concepções em abstracto sustentáveis corresponderia ao entendimento de que estaria em causa a invocação de *exceptio doli*. Visão relativamente à qual amplo sector da doutrina se revela contrário. Assim, por exemplo, com WAGNER, que recusa a propriedade da sua aplicação, na presente hipótese, bem como das *exceptio pacti* e das *Prozesseinrede*. Propõe, em alternativa, a adopção de um regime que resulta da combinação de regras associáveis a distintas figuras, para o que convoca as noções de *Einrede* (não objecto de averiguação oficiosa e cognoscíveis *ope exceptionis*), *Einwendung* (não objecto de averiguação oficiosa e cognoscíveis *ipso iure*), *Prozesshindernd Einreden/Zulassigkeitseinreden* (não objecto de averiguação oficiosa e cognoscíveis *ope exceptionis*) e *Prozessvorhaussetzungen/Sachurteilsvoraussetzungen/Zulassigkeitsvoraussetzungen* (insusceptíveis de averiguação oficiosa). Na perspectiva do autor, estariam em causa *Zulassigkeitseinreden*, a que se deveria aplicar o regime próprio das *Einwendungen* (donde o pacto careceria de ser invocado processualmente; verificada tal invocação, contudo, seria cognoscível *ipso iure*, não se tornando necessário, para tanto, a invocação da excepção pela parte), *Prozeßverträge*. *Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, pp. 239 e ss. Também DICKHOFF rejeita o recurso à *exceptio doli* como forma de fazer valer processualmente as convenções de prova, crítica que dirige, quer sob o ponto de vista da adequação, quer sob o ponto de vista da efectividade de tal solução. Sob o primeiro prisma, observa que a *exceptio doli*, associada à qualificação jurídico-material da convenção, representaria uma forma de permitir a produção, por via indirecta, de um efeito processual (designadamente, no exemplo do autor, a criação convencional de presunções inilidíveis) cuja produção não se quer assumir de forma directa, assim viabilizando a qualificação, como válidas, de convenções inválidas porque de teor contrário à normatividade jurídico-processual. Como bem sublinha, a nulidade da convenção não pode ser tornada dependente, nem da classificação por que se opte no que diz respeito à natureza jurídica desta, nem da classificação (como substantiva, como seria a *exceptio doli*, ou

processual) da excepção por via de cuja invocação se pretende que o efeito processual da convenção se produza na lide. Sustentar a construção que critica “contornaria”, refere, “todos os princípios da ZPO”, para além de constituir a corroboração do contra-senso que é defender que um acto processual é inválido porque produtor de um determinado efeito jurídico e, em simultâneo, afirmar a validade de um acto que não se qualifica como processual, mas que produz o mesmo efeito jurídico. Revela-se, por isso, fortemente crítico relativamente a jurisprudência do *Reichsgericht* que propugnava a aptidão da *exceptio doli* como forma de invocação, em juízo, dos efeitos jurídicos de convenções processuais, não obstante, nos casos a que se refere, em que a mobilização de tal expediente pelo tribunal em causa tem lugar, não estar em causa a modalidade particular de convenções processuais em que as convenções de prova se traduzem (antes convenções processuais de outra natureza, designadamente convenções de renúncia do direito ao recurso). No que diz respeito ao segundo prisma, nota que o recurso a esta excepção não representaria, em todo o caso, a melhor forma de assegurar a produção do efeito jurídico pretendido pelas partes, quer porque o tribunal não se encontra vinculado a conceder a suspensão do processo, quer porque, a haver lugar a tal suspensão, tanto conduziria as partes para processo moroso, *Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeß*, Buchdruckerei Franz Linke, Berlin, 1941 pp. 65 e 66. Se o primeiro aspecto da análise que desenvolve se afigura de relevo, a observação que formula em segundo lugar poderá não assumir o mesmo grau de solidez, na medida em que não se revela inequívoca, nem a necessidade de suspensão do processo, nem a imperiosa morosidade do paralelo contexto processual aberto na sequência da suspensão a que pudesse haver lugar. A circunstância de, a invocação da celebração de convenção de prova, implicar o carreamento, para o processo, de um facto novo, apela para a figura da excepção. Esta representa, contudo (independentemente da sua natureza material ou processual), uma forma de defesa, destinada a inviabilizar a pronúncia de decisão de procedência de pedido anteriormente formulado. Mesmo adoptando esta concepção ampla de excepção (em que não se circunscreve, a noção, a facto impeditivo da procedência do *pedido*, integrante do objecto da acção, formulado pelo *autor*), não se afigura, a presente hipótese, enquadrável em tal domínio. Quem invoca o novo facto, neste contexto, não pretende, matricialmente, que o requerimento probatório formulado pela outra parte não proceda. Pretende que, com base na nova factualidade que traz ao processo (celebração da convenção de prova), o conteúdo constante do pacto seja convertido em critério regente da instância, em sede de prova, sendo que, uma vez verificada esta absorção, a improcedência do pedido formulado pela outra parte será uma das consequências decorrentes da eficácia do novo regime processual. Moldura regulativa, de fonte convencional, sobre cuja vigência processual suportará, a parte alegante da nova factualidade, requerimento de prova (assim consonante com tal regime). Aquela alegação constitui, assim, também condição de procedência do pedido que formula no domínio da prova. Admita-se, por exemplo, que as partes previram, em convenção de prova validamente celebrada, só ser admissível a invocação, na acção, de um meio de prova atípico. A invocação e prova, na acção, da celebração do pacto, servirão de suporte, não só à formulação de pedido (em exercício do contraditório ou defesa), pela parte alegante desse facto, no sentido da improcedência do requerimento de prova, oferecido pela parte oposta, de que constem outros meios de prova que não o único admitido, como também à formulação de pretensão de deferimento do requerimento de prova, oferecido pela alegante, de que conste pedido de produção ou junção do meio de prova atípico constante do acordo de prova. A invocação do novo facto pode, de resto, não ser precedida pela anterior formulação de requerimento de prova, pela contraparte, como *infra* se explicitará, não representando, pois, nessa hipótese, uma forma de defesa (dimensão conatural à figura da excepção). A circunstância de o novo facto não ser mera base de improcedência de pedido da contraparte (quando exista), antes de pedido autónomo, não permite, contudo, qualificar, esta nova invocação fáctica, como pedido reconvenicional (mesmo desconsiderando não estar em causa o mérito da acção e, assim, ainda que admissível fosse pedido reconvenicional de índole puramente processual). Tanto evidencia-se, designadamente, na circunstância de não ter de ser o réu o sujeito processual que invoca a convenção de prova: pode, na verdade, ser o autor quem aduz o novo facto, independentemente de o réu apresentar ou não o seu requerimento de prova, bem como da circunstância de, fazendo-o, tal apresentação ter lugar em momento anterior ou posterior à pronúncia do autor. O pedido reconvenicional representa, porém, petição formulada pelo réu, em exercício do contraditório. Não se cumpre, nesta medida, uma dimensão caracterizadora, em qualquer circunstância, da reconvenção – o facto de representar, esta, uma forma de exercício do contraditório pelo réu, o mesmo é dizer, uma forma de reacção (activa, neste caso, contrariamente ao que sucede no âmbito da excepção, onde assume uma dimensão passiva) ante pedido contra si formulado. Deverá, a natureza da

pronúncia, em que se faz valer a convenção de prova, merecer diferente qualificação, em função de ter ou não lugar em momento posterior relativamente àquele em que a contraparte formula requerimento de prova sem invocar a convenção e em sentido dissonante com ela? Importa atentar, por um lado, na relação que se discerne entre as intervenções processuais das partes, bem como, por outro lado, nos direitos emergentes da convenção de prova celebrada. No que diz respeito à relação entre as intervenções das partes, não existe, entre as intervenções processuais em causa, a relação que se discerne entre petição e contestação. Esta última, representa, sempre, uma forma de exercício do contraditório, não havendo a ela lugar, a título autónomo. Diferentemente, a possibilidade de formulação de requerimento de prova corresponde a direito que autonomamente assiste a cada uma das partes, enquanto via de fundamentar, ante o tribunal, a versão factual por si invocada ou condizente com a posição que sustenta (ainda que os factos tenham sido carreados para a instância pelo tribunal ou pela parte adversária). Ao réu assiste, assim, o direito de desenvolver actividade de prova, ainda que o autor (beneficiário de idêntico direito) opte por não o fazer, o mesmo valendo, quando se considere a posição do autor ante o réu. Corresponde, assim, este direito, a direito de pronúncia (em matéria de facto) em segundo grau: a parte expõe, primeiro, a versão factual; fundamenta, depois, a natureza verídica da versão exposta. Direito que não se confunde com aquele que, também a cada uma das partes assiste, a pronunciar-se (no âmbito do referido segundo grau), em exercício do contraditório, relativamente ao pedido de prova formulado pela contraparte. Explicitando as várias “camadas” de direito a pronúncia processual envolvidas neste contexto: uma vez exercido o direito de pronúncia (expositiva), pelo autor, em sede de petição inicial, assistirá ao réu, em exercício do contraditório, o direito a pronúncia (também expositiva), em sede de contestação. A estes sujeitos é, adicionalmente, concedido o direito a pronúncia em segundo grau, no sentido de (por via da prova) conferir consistência à factualidade exposta. Direito que cada uma das partes exercerá, com carácter independente, ante a outra parte. Beneficiam, ademais, autor e réu, do direito a, em exercício do contraditório, manifestarem posição quanto ao teor da pronúncia de segundo grau oferecida pela contraparte. Contraditório que, por regra, a parte que tenha desenvolvido pronúncia de segundo grau, em segundo lugar, exercerá na mesma peça processual em que esta sua pronúncia (de segundo grau) tenha lugar. Articulemos, agora, o que vem de se considerar, com os direitos emergentes, para as partes, da celebração de convenção de prova. Como acima observado, de acordo com a conformação que o pacto de prova normalmente assume, dele decorre, para cada uma das partes, o direito potestativo a requerer que o regime convencional seja adoptado como padrão regulador da instância, em sede de prova, sendo este, como tal, absorvido, no processo, caso a convenção de prova não padeça de invalidade. Trata-se, pois, de um direito que a cada uma das partes assiste exercer, com carácter autónomo ante a outra parte, ou seja, independentemente de esta optar ou não por tal exercício. Estabelecendo conexão entre a natureza deste direito e os tipos de pronúncia processual a que fizemos referência, observa-se, pois, que está em causa direito a exercer, quando a parte se pronuncie, a título autónomo, em segundo grau. Ambas as partes podem, assim, em tal nível de pronúncia, invocar a convenção de prova; sem embargo de, justamente por estar em causa um direito, poder, na prática, acontecer que este seja exercido por apenas uma das partes. A invocação do facto “celebração de convenção de prova” constitui, pois, a alegação de facto constitutivo do direito, da parte, a que as regras de prova, convencionalmente definidas, se imponham como regras vigentes na concreta instância a que o pacto de prova respeita. Tal invocação não consubstancia, conseqüentemente, exercício do contraditório, mesmo quando tenha lugar em requerimento, apresentado por uma das partes, depois de a parte que se lhe opõe já ter formulado requerimento de prova sem invocar a convenção (tal como o pedido de produção ou junção de prova por uma das partes não representa forma de exercício do contraditório, mesmo que pedido, com a mesma natureza, tenha sido formulado, em momento anterior, pela outra parte). Aquela invocação (da convenção de prova) pode, porém, ter lugar no requerimento de prova que a parte vocante (da convenção) formule, podendo, ainda, esta, no mesmo requerimento, exercer o contraditório relativamente ao teor do requerimento de prova anteriormente oferecido pela parte oposta. Esta, por sua vez, beneficiará, tanto do direito a exercer o contraditório relativamente ao requerimento de prova apresentado em segundo lugar, como do direito a exercer o contraditório relativamente à invocação da convenção de prova (podendo, designadamente, arguir, então, a invalidade deste pacto). É, assim, no âmbito do direito a pronúncia em segundo grau, que se enquadra, quer o direito a formular pedido de junção ou produção de prova, quer o direito a requerer que o regime de prova, a observar no processo, corresponda ao definido, pelas partes, no negócio jurídico a que corresponde o pacto de prova entre estas validamente celebrado – ambos, pedidos formuláveis,

com carácter autónomo, por cada uma das partes (representando, no segundo caso, petição, dirigida ao tribunal, no sentido da adopção, na instância, desse padrão regulativo, com todas as consequências que daí decorrem, sendo que estas se podem revelar, eventualmente, de sentido contrário aos interesses da parte oposta) e, assim, não tradutores de actuação processual desenvolvida ao abrigo do princípio do contraditório; ambos, contudo, pedidos relativamente aos quais o contraditório pode ser exercido. Constituindo, como observado, a invocação da convenção de prova, alegação (formulável por qualquer das partes) de *facto constitutivo* do direito (de natureza processual) à observância, na instância, do regime convencional, é a esse título (que não de excepção) que a invocação (da convenção de prova) é feita, impendendo, sobre a parte alegante da celebração do pacto, o ónus da prova da verificação desse facto. Segundo a perspectiva, de sentido unitário, adoptada por ROSENBERG, os critérios de distribuição do ónus da prova relativamente aos factos que integram as hipóteses das normas de direito substantivo são os mesmos que regem a distribuição daquele risco, quando estejam em causa factos respeitantes a normas de direito adjectivo. Tanto sem embargo de, à semelhança do que sucede no âmbito daquele direito, também na esfera deste último poderem existir normas que, a título especial, procedam a uma distribuição do esforço de prova. No que em particular respeita às hipóteses em que “um efeito de direito processual depende de um *negócio jurídico*”, e em consonância com o carácter uno da posição que sustenta, sublinha que quem “invoca tal negócio jurídico, só deve provar os pressupostos da sua *constituição*; o adversário deve provar que o negócio, em virtude de vício específico, é *nulo* ou *anulável* ou que foi *revogado* ou *modificado*”, *La carga de la prueba*, 2. Edición, IB de f, Montevideo, Buenos Aires, 2002, pp. 437 a 441. Em conformidade com este critério, deve ser esse o padrão a adoptar em sede de distribuição do ónus da prova no que diz respeito às convenções de prova. O autor sustenta, porém, a aplicação desse critério aos negócios processuais a que se refere (designadamente aos pactos de jurisdição e convenções de arbitragem) invocando que “...*todos* estes negócios jurídicos pertencem ao *direito civil*”. Parece-nos que a circunstância de haver recurso ao veículo de exercício de autonomia contratual que o negócio jurídico representa não constituirá fundamento para determinação do ramo jurídico de pertença de tal pacto. Para tanto relevará o objecto do pacto em causa. Seguimos, pois, o entendimento de KOHLER quando, lapidariamente, inicia a sua principal monografia, sustentando que “*Der Vertrag ist nicht nu reine Rechtsgestalt des Civilrechts, er ist eine Rechtsfigur, welche jedes Rechtsgebiet aus sich erzeugen wird, wo immer der Initiative des Individuums ein hervorragender Einfluss im Rechtsleben gestattet wird...*”, “*Ueber processrechtliche Verträge und Creationen*”, *Gesammelte Beiträge zum Zivilprocess*, Neudruck der Ausgabe, Berlin, 1894, Scientia Verl., 1969 – X, p. 127. O negócio jurídico constitui, assim, tão só instrumento de exteriorização da vontade juridicamente relevante das partes, revelando-se apto a assumir tal função em diversas áreas do direito, designadamente nas substantiva e adjectiva civis. O facto de representar um recurso de criação privada de direito (de auto-regulação jurídica), comum a diversos planos, conduz a que seja objecto de regulação subsidiária no contexto do Código Civil, relevando, na ausência de regime especial, o regime aí vigente também nos casos em que seja meio convocado no âmbito de outros contextos (nomeadamente processual). Esta a razão que se nos afigura justificar a aplicação do regime geral, relativo ao ónus da prova, constante do Código Civil, que não o facto de estarem em causa negócios *de direito civil*. Consideremos, agora, o *segundo aspecto* a que fizemos referência (relevo da convenção de prova em processo diferente do convencionalmente regulado). Porque, em princípio, basta a manifestação de vontade de uma das partes (mediante exercício do direito potestativo a invocar a convenção de prova em juízo, requerendo que esta produza os seus efeitos na acção), a que se associe acto de autoridade pública (decisão judicial de deferimento do requerimento formulado), para que o teor do pacto se cumpra no processo a que respeita (assim plenamente se realizando a pretensão da parte que invoca, na acção, esse negócio jurídico processual), este acordo esgota, por regra, os seus efeitos no processo convencionalmente regulado (*Primärprozess*). EICKMANN é, sob este ponto de vista, peremptório, quando sustenta que os contratos processuais devem ser feitos valer, mediante a invocação de excepção, no processo onde se pretende que sejam feitas valer as consequências deles decorrentes, que não no âmbito de um segundo processo. Fundamenta tal posição na circunstância de tanto evitar a complexidade de actos e maior onerosidade associados à propositura de uma segunda acção. Apoia-se, igualmente, no facto de ser essa a forma através da qual o regime previsto num particular contrato processual (convenção de arbitragem) é feito valer processualmente, nos termos previstos no §1027 da ZPO (*Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochumer juristische Studien Nr. 57, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1987, p. ) Discernem-se, porém, hipóteses, em que a convenção de prova (validamente celebrada) poderá produzir efeitos num processo (*Sekundärprozess*), que não o convencionalmente regulado. Assim sucederá, designadamente, quando

## b) Convenções relativas aos meios de prova

Especial ponderação merecem as convenções ampliadoras e restritivas dos meios de prova, cujo regime jurídico não é, por norma, estabelecido, sob o ponto de vista literal, por referência à actividade processual a que respeitam, mas a alguns dos sujeitos processuais nesta envolvidos. A eventual alteração do modo de expressão da vontade,<sup>150</sup> ainda que destituído de carácter interpretativo decisivo, pode ser fonte de alguma névoa no labor classificativo.

### b.1 Convenções restritivas de meios de prova

Atentemos no que (em visão distinta da adoptada por KNECHT) corresponde ao primeiro tipo de convenções (susceptíveis de válida celebração) enquadráveis na categoria (mais ampla) de convenções, relativas aos meios de prova.<sup>151</sup>

---

ante a interpretação da vontade das partes, se possa concluir que estas não atribuíram, ao pacto, efeito conformativo, antes o construindo como acordo de que tão só decorre, para cada uma das partes, a obrigação de actuar em conformidade com ele. Neste contexto, os sujeitos criadores do acordo tornam dependente, a produção dos efeitos correspondentes à observância do teor do pacto, da conduta colaborante das partes, não se tornando, as regras pacticiamente desenhadas, regime da instância. As partes assumem, quando assim, entre si, a obrigação de prática ou omissão de actos processuais, sem que queiram que o desrespeito de tal convenção venha a ter reflexos no processo (antes, apenas, nas relações que entre si medeiam). Quando, nesta hipótese, uma das partes não aja em conformidade com o teor da convenção celebrada, assistirá, à parte que pretenda prevalecer-se da convenção, o direito a retirar, do não cumprimento, em processo secundário, consequências indemnizatórias do inadimplemento, quando se verificarem os pressupostos gerais da responsabilidade civil contratual (ou outros pressupostos geradores da obrigação de pagamento, que as partes tenham negocialmente definido, nomeadamente mediante previsão de cláusula penal). Admitindo, por exemplo, terem, as partes, convencionado não ser admissível a mobilização de determinado meio de prova, o recurso, a esse meio, por uma delas, conduzirá o tribunal (quando invocada, a convenção de prova dotada de efeito conformativo, em juízo) a não admitir tal meio de prova, quando requerida a produção ou junção deste. Se destituído, o pacto de prova, de efeito conformativo (reconduzindo-se a contrato – que não acordo – gerador de obrigação apenas relevante *inter partes*), o meio de prova será jurisdicionalmente aceite (representando, a sua junção ou produção, acto juridicamente válido, se compatível com as regras legais aplicáveis), não obstante poder, a parte que invoque a convenção, retirar dessa conduta (dissonante com o teor do pacto) as consequências que lhe sejam juridicamente associáveis ao não cumprimento da obrigação contratual assumida. O reflexo, da convenção de prova, em processo secundário, é também concebível quando, tendo, embora, o pacto, natureza conformativa, as partes tenham convencionado impender, sobre cada uma delas, a obrigação de não praticar qualquer acto em desconformidade com o acordo. Neste quadro pactício, poderão, no exemplo acima considerado, decorrer consequências indemnizatórias, para a parte que, em desconformidade com o pacto, requeira a junção ou produção de meio de prova, objecto de restrição negocial, quando, por hipótese, da formulação desse requerimento tenha decorrido atraso processual gerador de danos para a parte oposta.

<sup>150</sup> Quando comparado com o padrão declarativo considerado na hipótese anterior.

<sup>151</sup> Este o único tipo de convenções relativas a meios de prova que KNECHT contempla, *Die Beweisverträge im Zivilprozeß*, Freiburg im Breisgau, Buchdruckerei Rudolf Rosswog, 1937, p. 40. Dá, como exemplo deste tipo de acordo, aquele em que as partes prevejam que uma determinada versão factual possa ser provada apenas mediante recurso à prova documental, eliminando-se a possibilidade de a decisão poder assentar na apreciação de prova testemunhal (corresponde à hipótese de incêndio

À semelhança do que, como veremos, acontece com as convenções previsoras de novos meios de prova, suscita-se, a propósito das convenções excludentes destes, problema relativo à circunscrição da sua esfera subjectiva de aplicação, no âmbito do qual se apura se ao regime convencional ficam vinculadas apenas as partes ou também o juiz.<sup>152</sup>

Indaga-se, em particular, se os poderes do decisor são também, em virtude do pacto celebrado entre as partes, afectados pela diminuição convencional do número de meios de prova a que estas procedem e, nessa medida, inibido aquele de, officiosamente, ordenar a sua produção.

Resposta negativa (não afectação dos referidos poderes instrutórios officiosos) conduziria, num primeiro relance, a ponderar, como mais adequada, a convocação da figura contratual em sentido estrito. Ver-se-ia, nessa concepção, a convenção de prova como *contrato* em que cada uma das partes assumiria, ante a outra, uma obrigação de *non facere* – a obrigação de não fazer uso processual de determinado meio de prova. Sob a estrutura declarativa de emissão de proposta e de aceitação, dir-se-ia produzirem-se efeitos circunscritos às partes. Resposta positiva (afectação dos referidos poderes do tribunal, em sede de instrução) proporcionaria, de outro lado, hipotética base para apelo à figura do *acordo*. O regime convencional representaria, neste caso, fruto de uma forma de modificação do estatuto processual daquela concreta instância, mediante recurso à emissão conjunta e concordante de declarações. Regime que, criando a impossibilidade de se fazer uso, na instância regulada, de determinado meio de prova, produziria efeitos não circunscritos às partes, antes vinculantes para qualquer dos sujeitos processuais dotados de capacidade de iniciativa probatória (partes e juiz).

A convenção constituiria, sob esta perspectiva, *contrato*, quando os efeitos restritivos daquela circunscrevessem apenas o número de meios de prova ao dispor das partes e *acordo* quando tal efeito restritivo implicasse também a possibilidade de o decisor deles se socorrer. Sendo comum, a ambas as hipóteses, a abdicação recíproca de garantias pelas partes, não deixa de ser motivo inquietador (relativamente à bondade de tal perspectiva) o facto de aquela restrição se dizer, na primeira hipótese, decorrer de um contrato em sentido estrito e de, em simultâneo, se configurar, na segunda hipótese (cujo elemento de diferenciação respeita tão só ao âmbito mais alargado dos reflexos subjectivos), a mesma abdicação, como um acordo.

Em alternativa, poder-se-ia ponderar a possibilidade de, na segunda hipótese, se estar perante figura híbrida, com dupla dimensão (simultaneamente de acordo e de contrato, consoante o segmento dos efeitos convencionais – restritivos da iniciativa

---

de bens objecto de documentação em catálogo, a que *infra* nos referiremos, em nota de rodapé, enquanto exemplo também citado por EICKMANN e DICKHOFF).

<sup>152</sup> Pensemos, a título de exemplo, na hipótese de celebração de convenção com o seguinte teor: “Ambas as partes renunciam à possibilidade de mobilizar o meio de prova do tipo x no processo y”, em vez de “Não será admissível, no processo y, a mobilização do meio de prova do tipo x”.

probatória do juiz ou restritivos da iniciativa probatória das partes, respectivamente – que se considere).

Pensável, também, a possibilidade de, igualmente quanto à segunda hipótese, se tratar de contrato com efeitos para terceiro.

Percursos concebíveis, mas não isentos de dificuldades.

O facto de, pelas duas últimas vias de raciocínio referidas, se propor, na primeira, para efeitos classificativos, a repartição do conteúdo da convenção (consoante os sujeitos por esta afectados) e a circunstância de, na terceira via, se considerar terceiro quem integra a mesma relação jurídica (relação jurídica processual, trilateral, por natureza), introduzem elementos igualmente detonadores de posição de prudência relativamente à adequação das soluções a que se associam, convidando a reflexão mais profunda.

Formulando-se o problema, nos termos acima expostos, *conectam-se*, de modo indissociável, planos de análise que cremos não terem de se relacionar nesses termos: um<sup>153</sup>, relativo à classificação da convenção como acordo ou como contrato e outro<sup>154</sup> relativo aos sujeitos afectados pelos efeitos da convenção.

O segundo plano é susceptível de ser considerado de modo independente ante o primeiro (assuma, o negócio jurídico uma natureza ou outra - contratual ou de acordo). Reflectiremos, por isso, *isolando*, momentaneamente, um dos factores do problema que se considera – a abrangência do decisor (no que diz respeito à sua iniciativa probatória) pelos efeitos restritivos da convenção.

Começemos, assim, por ponderar a natureza da convenção de prova, enquanto contrato ou acordo, admitindo que a limitação da capacidade probatória se circunscreve às partes.<sup>155</sup>

#### b.1.1 Efeitos pretendidos pelas partes

Importa, em primeiro lugar, atender ao efeito jurídico, cuja produção as partes pretendem ver cumprido, quando celebram o negócio jurídico em causa.

Pretendendo-se, por via da convenção de prova, eliminar (em maior ou menor grau) a incerteza associada à prova, visarão as partes, por regra, quando celebram convenções restritivas de meios de prova, que o meio de prova, cuja mobilização, pelas mesmas, é convencionalmente excluída, não seja susceptível de ser considerado no âmbito da acção a que o negócio jurídico se reporta. Pretende-se retirar-se-lhe, por via negocial, o relevo probatório que de outro modo teria.

---

<sup>153</sup> Plano.

<sup>154</sup> Plano.

<sup>155</sup> Desconsideraremos, para tanto, o facto de a preservação da actividade jurisdicional oficiosa, no aspecto que ora consideramos, decorrer ou não, de modo expresso, do teor verbal da convenção.

Tanto representa efeito jurídico distinto e mais intenso daquele em que se traduziria a mera criação, para as partes, de obrigação de não mobilizarem judicialmente o meio de prova, objecto de restrição convencional.

Na hipótese que ora se considera, às partes é, de raiz, eliminada a possibilidade de recurso a tal meio de prova mediante exclusão do relevo deste, por intermédio do acordo em causa, do universo processual em que aquelas se movem.

Não se trata, nesta medida, de mera circunscrição de um poder das partes relativamente a meio que remanesceria por estas convocável em termos eficazes, ainda que em incumprimento do convencionalizado e subordinando-se às consequências de tal inobservância. É a própria possibilidade de conceder relevo ao meio de prova que é retirado do âmbito do seu alcance, mediante conformação convencional excludente dos *utensilia* probatórios releváveis, pelas partes, na lide.

O meio de prova em causa passa, assim, a estar fora do “ângulo de visão” das partes, quando actuautes na instância, deixando de existir para elas em termos úteis. Uma vez celebrada a convenção, e feita esta valer na acção, a possibilidade da sua convocação processual eficaz deixa de depender da vontade das partes. O meio de prova passa a não existir para as partes, porque retirado (na sequência da convenção de prova celebrada) do âmbito da lide, enquanto meio dotado de virtualidade probatória para estas.

Deixa, assim, de estar ao alcance volitivo de cada uma das partes que a efectividade do intuito de exclusão que presidiu à celebração da convenção se verifique. Não se trata, em suma, de criar regime jurídico que limite, uma parte ante a outra, restringindo a possibilidade de estas se socorrerem de um meio de prova, mediante vinculação a não o fazerem. Trata-se, diferentemente, de tornar automaticamente (por efeito do contrato) inacessível às partes o próprio meio de prova, que deixa de lhes estar processualmente disponível, passando a situar-se fora do plano em que as partes se movem e, portanto, inelutavelmente fora do âmbito de poderes que estas pudessem, mesmo em incongruência com o pacto celebrado, querer exercer. Por força do negócio jurídico, passou-se da esfera da *vontade* (e, portanto, da *possibilidade*, em caso de opção pelo exercício desta) à esfera da *impossibilidade*, beneficiando o pacto de natureza conformativa. Deixou de depender do querer de cada parte, conceder relevo processual ao meio de prova, objecto de convenção. Ainda que uma destas manifeste querer mobilizar ou indevidamente mobilize o meio de prova excluído, tanto revelar-se-á processualmente inócuo, havendo lugar, nessa parte, a indeferimento do requerimento de prova.

#### b.1.2 Forma de articulação das declarações de vontade negociais

Cumpra, agora, verificar os termos em que se concretiza a congregação das declarações de vontade (condição de celebração do negócio jurídico e, consequentemente, de produção dos efeitos para que este tende). Há, no que a este aspecto concerne, lugar a conformação conjunta de garantias processuais, mediante alteração das regras de funcionamento da instância, no que às partes diz respeito e

sob recurso à estrutura, característica do acordo, em que ambas manifestam, em posicionamento conjunto (não contraposto), concordância no sentido da alteração do conteúdo das prescrições relativas ao funcionamento da instância. Modificam-se, concordantemente, as regras regentes do espaço (processual) comum em que os pactuantes se concebem, enquanto sujeitos processuais. As partes na convenção não se posicionam, nesta, estritamente uma ante a outra; antes enquanto sujeitos conjuntamente intervenientes num universo regido por normas, cujo teor visam cinergicamente modular, sendo que tal conteúdo tem implicações na actuação de outros intervenientes processuais (designadamente do decisor, impedido que fica de considerar a prova carreada por aquelas, para o processo, em desconformidade com o convencionado).

Não se convencionou, em síntese, apenas que a parte *não convocará* um certo meio de prova, mas que tal meio de prova *não relevará processualmente*, ainda que por esta convocado. Modulam-se os critérios de funcionamento da *instância* – domínio que supera o que se confina à circunscrita área da esfera jurídica de cada uma das partes.

Implicando, o *contrato* e o *acordo*, assim, distintas técnicas de manifestação da *concordância* de vontades, será a segunda a adequada à expressão da concordância que o tipo de convenção de prova, que ora se considera, envolve.<sup>156</sup>

Procede-se à definição conjunta de regras de actividade processual, ou seja, à determinação de critérios de actuação de quem assumirá a posição de parte num contexto que é de participação comum (o processo) e, assim, à definição de critérios a que as partes devem obediência, enquanto actantes no palco conjunto em que intervêm.<sup>157</sup>

Atendendo à intenção que preside à vontade das partes, aquando da celebração deste tipo convencional, não estará em causa a mera assunção de obrigação negativa de omissão de prática de um acto processual, por não se tratar da pura criação de dever de prestação negativa (de abstenção de recurso a certo meio de prova) para as partes, mas da directa alteração do regime processual. Alteração que, porque concordantemente acertada, representa renúncia conjunta ao exercício de direito que assiste a ambos os convencionantes.<sup>158</sup>

---

<sup>156</sup> Tanto, sem embargo de, no âmbito da relação informal pré-negocial, entre aquelas, a iniciativa de produção desse efeito poder partir de uma das partes, que a apresente, como possibilidade realizável, à futura co-contratante.

<sup>157</sup> Decisão convergente que pode encontrar-se espelhada, de modo mais ou menos claro, no tipo de enunciado verbal adoptado. Este constituirá, porém, dimensão puramente indiciária, sobrepujada, em relevo, pela real vontade das partes, isto é, pelo sentido que, de acordo com as gerais regras interpretativas do negócio jurídico, se apure ter sido o conteúdo efectivamente correspondente às suas declarações.

<sup>158</sup> Não está, pois, em causa, o esquema, próprio da relação contratual em sentido estrito, em que uma das partes emite uma declaração de proposta e a outra de aceitação. A alteração das regras processuais, relativas à amplitude dos poderes das partes, em sede de prova, comporta, por certo, a abdicação, por cada uma delas, a um direito próprio. Direito (de que se prescindiu) cujo conteúdo não consistiria em prerrogativa de exigir da outra parte uma determinada prestação ou a omissão de conduta, mas na possibilidade de praticar certo acto processual (de actividade de desenvolvimento processual mediante

Esta modalidade de convenção de prova reconduz-se, em suma, à figura do acordo, enquanto modalidade contratual, em sentido amplo, improcedendo a hipótese de trabalho, de que se havia partido, no sentido da possível associação deste tipo convencional (produtor de efeito restritivo da amplitude dos meios de prova circunscrito às partes) à figura do contrato em sentido estrito. Entendimento assim diverso do propugnado por PEZZANI quando exclui a possibilidade de a figura do acordo encontrar acolhimento no domínio das convenções de prova.<sup>159</sup>

---

mobilização de determinado meio de prova) . Não tem lugar, porém, mediante formal e recíproca proposta de abdicação de direito, a que corresponda formal aceitação. Tal efeito renunciativo não decorre, assim, na presente hipótese, de instrumento contratual, em sentido estrito, não havendo lugar a formal aceitação recíproca. Nenhuma das partes exprime aceitação de que a outra altere, mediante declaração de vontade desta, a esfera jurídica que àquela última respeita. O efeito abdicativo não ocorre, também, mediante emissão de dois actos jurídicos unilaterais, constantes do mesmo documento. Os direitos de cuja titularidade se abdica, encontram-se referenciados a património contextual comum. Destinam-se a ser exercidos no quadro de realidade jurídica dotada de dinâmica própria e regida por critérios de funcionamento autónomos. A abdicação desses direitos ocorre por via da alteração, em conjunto, de tais regras, supletivamente aplicáveis, sendo, por força da modificação deste estatuto normativo, que tal efeito limitativo surge como efeito. A circunscrição garantística que afecta cada uma das partes, traduzida na impossibilidade de fazer uso útil de determinado meio de prova constitui, nesta medida, corolário da celebração da convenção modificadora dos critérios regentes da instância, quando aquelas determinam, por via pactícia directa, que certo meio de prova não será processualmente atendível. Alterando, os sujeitos jurídicos que celebram o pacto, as regras jurídicas que regem o processo, sofrem o impacto limitativo de tais modificações, na sua esfera jurídica processual, quando como partes, nele intervindo, ficam subordinadas a tal regulação da instância. Celebrado o pacto, fica, cada uma das partes, com direito a, invocando-o no processo, provocar a modificação das regras processuais em conformidade com o convencionado, passando a ser este regime processual o padrão determinante do estatuto processual das partes onde, assim, se não integra aquele direito (a mobilizar todos os meios de prova constantes do elenco legal). Sendo, em geral, o efeito, em que a abdicação de direitos se traduz, operável por diversas vias (designadamente através de acto unilateral), aquela é, nesta hipótese, consequência implicada pela celebração de *acordo*: convencionando que determinado meio de prova não releva, quando convocada pelas partes, estas criam, mediante a emissão de concordantes declarações paralelas, no sentido da alteração das regras do processo, a impossibilidade de a ele recorrer, sendo que tanto se repercute na perda de direito de que, de outro modo, continuariam titulares. A redução garantística constitui, nesta medida, decorrência da pactícia alteração do estatuto processual e esta, consequentemente, uma via de produção desse efeito. Há renúncia e há acordo, sem que tanto implique qualquer contradição: o efeito restritivo que se produz na esfera jurídica das partes (e de que estas se encontram cientes, quando da celebração da convenção) não se confunde com o meio que gera as modificações através das quais, esse efeito se produz. Existe, porque assim, por um lado, um fito comum, cuja prossecução se manifesta na pronúncia conjunta e simultânea dos outorgantes (acordo); escopo a cuja realização subjaz, por outro lado, pelas consequências que produz, abdicação, por cada um deles, de direitos processuais (de concessão de relevo processual a determinado meio de prova) que supletivamente integram as suas esferas jurídicas.

<sup>159</sup> A autora refere que o conteúdo das convenções de prova demonstra que as partes não têm vontades “comuns e paralelas, para fins não contrastantes”, sublinhando que, nas mais das vezes, se visa, mediante a previsão destas cláusulas, “favorecer uma das partes em detrimento da outra”, *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 74. A circunstância de o regime convencional não beneficiar igualmente uma das partes ou favorecer apenas uma delas não obstará, porém, a que essa represente a vontade comuns dos sujeitos negociais. Questão diversa é a da validade de tais previsões (constitutivas de regime desigual).

b.1.3. Convenções de prova e conformação dos poderes processuais do juiz

Dissemos optar por ponderar, em termos analiticamente autónomos, a hipótese de, segundo a vontade das partes, os efeitos restritivos não atingirem os poderes processuais de promoção de prova do julgador e a hipótese de tais efeitos alcançarem esse domínio subjectivo. Raciocinámos, até aqui, com base na primeira hipótese, tendo concluído que o esquema de contratação não obedece, quando assim, por norma, à estrutura da emissão de declarações de proposta e aceitação, antes correspondendo a conjunta emissão de declarações, em ordem à prossecução de um fito comum: a alteração do regime da prova em termos inviabilizadores da possibilidade de mobilização, pelas partes, de determinados meios de prova.

Alterar-se-á tal conclusão se se admitir, agora, que os efeitos da convenção de prova se repercutem na amplitude da iniciativa probatória do julgador?

b. 1.3.1 Duplo estatuto do juiz, em sede de prova

Cumpre antecipar que o problema de determinar se a convenção de prova com este teor (de restrição dos meios de prova) *restringe* a possibilidade de o decisor a eles recorrer é diferente do problema de apurar se o estatuto do decisor é, como a seguir mais detidamente se verificará ou não efectivamente afectado pela *consequência restritiva* que dela (convenção) dimana. Cabe notar que, no que diz respeito ao decisor, o tipo de repercussão decorrente da celebração de convenção de prova pode relevar duplamente.

A afectação deste sujeito processual pode ser considerada sob duas perspectivas: tomando-o, *enquanto sujeito* officiosamente activo sob o ponto de vista da iniciativa probatória, por um lado, e *enquanto sujeito* a quem incumbe fazer respeitar as regras processuais, legal ou convencionalmente estabelecidas, e proferir decisão na lide, por outro.

Considerando o ângulo proporcionado pela *primeira*, o decisor é perspectivado como *actor* no palco processual, a quem, à semelhança das partes, se reconhece legitimidade para carrear informação probatória para a lide, pesando embora a circunstância (diversa)<sup>160</sup> de tal actividade ser desenvolvida de acordo com critérios de estrita imparcialidade.<sup>161</sup>

---

<sup>160</sup> Relativamente às partes.

<sup>161</sup> Qualidade, esta, que, como LIEBMAN nota, deve permear a actividade do juiz “ad ogni tappa ed in ogni momento del giudizio”, conduzindo a que profira decisão “libero da ogni legame o propensione, anche soltanto psicologica, verso una qualsiasi tra le diverse soluzioni possibili”, de tal modo que não tenha “altro “interesse” nell’esercizio della sua funzione, all’infuori di quello di sentirsi in tutti i sensi veramente disinteressato”, “Fondamento del principio dispositivo”, *Rivista di Diritto Processuale*, n.º 15, 1960, p. 562. Sobre os reflexos da inquisitorialidade em sede de prova, bem como dos diferentes objectos de actividade officiosa probatória, ao nível da imparcialidade do juiz, em exposição que toma por base o lastro doutrinal liebmaniano, vide MONTESANO, “Le prove disponibili d’ufficio e l’imparzialità del giudice”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1978, Anno XXXII, N.º 3, pp. 189-206.

De acordo com a *segunda*, o juiz é considerado na sua feição de *guardião* da lide e de decisor nesta, a quem incumbe velar pelo cumprimento e garantia dos deveres e direitos processuais, bem como proferir decisão.

Assumindo esta segunda perspectiva de análise (juiz como *guardião* e *decisor*), o julgador ficará vinculado, na sequência do tipo de pacto que ora consideramos, a fazer respeitar o regime processual criado pela convenção. Sendo válida a convenção de prova, tendo o seu relevo processual sido invocado por uma das partes e verificando-se resistência, do sujeito processual que se lhe contrapõe, a que o regime constante desse pacto seja observado, cumpre ao decisor velar por que o regime processual decorrente do teor convencional efectivamente constitua directriz de governo da instância. Permitindo o legislador a previsão convencional de regime de prova, em derrogação do legal, as partes ficarão tão vinculadas a tais regras quanto o estariam às normas legais subsidiariamente aplicáveis. O mesmo se verifica relativamente ao decisor, incumbindo-lhe assegurar o cumprimento e cumprindo as novas regras processuais (geradas por convenção), nos mesmos termos em que o faria se não estivessem em causa regras que têm por fonte negócio jurídico.

Ao decisor cabe, sob este ponto de vista, garantir a observância do regime de prova decorrente da convenção, não obstante tanto pressupor que esta seja invocada pelos interessados (ou por um deles), pois só então se verifica a efectiva alteração do regime jurídico da instância e, assim, das regras processuais por que se pautará.<sup>162</sup> Aquele não se encontra vinculado pela convenção, antes pelo regime processual, substitutivo do legal, introduzido por via convencional, quando esta seja feita valer no processo.

Invocada, processualmente, convenção de prova validamente restritiva dos meios de prova, o juiz ficará, em suma, sempre vinculado às novas regras processuais criadas pela convenção *na medida* em que, como *guardião e decisor*, lhe incumbe fazê-la respeitar, impedindo que qualquer uma das partes se socorra eficazmente dos meios de prova, cuja admissibilidade foi pacticiamente excluída. Não permitirá a junção aos autos de prova constituída, nem a produção no processo de prova constituenda, requeridas por uma das partes, quando uma ou outra das provas tenha sido objecto desta modalidade de convenção.

Caso, porém, na sequência de requerimento de uma das partes, a prova constituenda tenha sido indevidamente produzida ou a junção aos autos de prova

---

<sup>162</sup> As razões (de origem privada) determinantes do regime processual, em causa, conduzem a que, em conformidade com o sentido geral do regime adjectivo, o decisor careça de competência para fazer valer o teor convencional a título officioso, dependendo, diferentemente, tal decisão de prévia iniciativa de uma ou ambas as partes. Assim seria ainda que, contrariamente ao que acima sustentámos, a invocação processual da convenção de prova tivesse lugar, por via de excepção: se as excepções em sentido próprio correspondem, por regra, a hipóteses em que *predominam* interesses privados, por maioria de razão assumirão essa natureza as excepções a cuja invocação subjazam interesses *puramente* privados. No que concerne às convenções de prova, embora a vigência processual, do regime delas constante, possa ter (em determinadas circunstâncias, como *infra* observaremos) reflexos positivos sob o ponto de vista dos interesses públicos envolvidos na realidade processual, à sua invocação presidirão sempre, contudo, interesses, pelo menos, *maioritariamente* privados.

constituída tenha sido impropriamente admitida e, qualquer uma delas, analisada pelo decisor, este fica vinculado a não fazer uso de tal informação para efeitos decisórios.

Deste tipo de vinculação do decisor decorre, assim, não poder o mesmo conceder relevo processual a meios de prova constantes da convenção restritiva, válida e invocada, na acção, pelas partes, quando o ingresso processual de tais bases de decisão tenha decorrido da iniciativa de uma daquelas.

Tanto não significa, porém, de modo automático, que o decisor fique inibido de “*motu próprio*” ordenar a junção ou produção de prova.

O que convoca a *primeira perspectiva* de análise da intervenção do decisor, sob a qual este sujeito processual é perspectivado, enquanto *actor* no domínio da produção de prova.

É esta a dimensão da actividade do juiz que está em causa, quando se indaga da natureza da convenção de prova na sequência da qual sejam afectados os poderes do juiz.

Essa a questão que se sucede, e cuja resposta, como *supra* observado, implicará indagar se, uma vez celebrada esta modalidade de convenção (restritiva de meios de prova), há ou não lugar a afectação dos poderes oficiosos do decisor, em sede de promoção probatória.

Divisa-se, como primeiro ramo da doutrina que se pronuncia quanto a este aspecto, aquele em que se enquadram os autores que propendem para resposta, no sentido da afectação dos referidos poderes oficiosos do juiz.

Nela se integra WAGNER. O autor resiste ao critério de análise nos termos do qual a solução a adoptar tomasse por indiscutido parâmetro a distinção que, no âmbito do direito alemão, existe entre meios de prova susceptíveis de ser ordenados oficiosamente e meios de prova só requeríveis pelas partes, recusando sustentar que apenas na segunda hipótese esteja o tribunal impedido de ordenar a produção de prova contra a vontade das partes.<sup>163</sup> Insiste que se vá mais longe, no sentido de indagar a intencionalidade que terá presidido à concessão, ao tribunal, de tais poderes de natureza inquisitória, com o intuito de apurar se foi intenção do legislador retirar, às partes, o domínio sobre a prova ou se, não pretendendo, o legislador<sup>164</sup>, contender com tal soberania, foram outras as razões justificadoras da adopção de tal regime. Só na primeira hipótese seria de concluir não ficar o juiz inibido de exercer tais poderes, não obstante a válida celebração de convenção de prova.

---

<sup>163</sup> No quadro deste sistema jurídico, o único meio de prova, cuja produção pressupõe, com carácter necessário, requerimento das partes, é a prova testemunhal (§§273, Abs. 2, Nrn. 4 e 373 Zivilprozessordnung). A lei é expressa no sentido da vigência, a este nível, do princípio do inquisitório, em sede de prova documental a emitir por organismos públicos (§§142 e 273 abs. 2 Zivilprozessordnung), perícia e inspecção judicial (§144 Zivilprozessordnung) e depoimento de parte (§448 Zivilprozessordnung).

<sup>164</sup> Assim formula o problema: “Entscheidend muss vielmehr die Frage sein, ob die Befugnis zur amtswegigen Erhebung von Beweisen durch eine Materiell-rechtliche Wertung gedeckt ist, ob die genannten Vorschriften also Ausdruck von Restriktionen der Privatautonomie sind”, *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 689.

WAGNER conclui que ao regime legal não subjaz qualquer intenção de cercear a autonomia privada, em sede de prova, mas tão só o objectivo de promover a resolução célere do conflito (*“der zügigen Erledigung des Rechtsstreit”*), evitando que o decurso da instância tenha de aguardar pelo oferecimento de requerimentos de prova. Como justificação para tal entendimento invoca que, se a intencionalidade fosse outra (designadamente a de promover a descoberta processual da verdade), não se compreenderia que a concessão de poderes oficiosos não se alargasse também ao domínio da prova testemunhal. Defende, em congruência, que, ante convenção restritiva de meios de prova, o juiz ficará inibido de ordenar a produção de tal meio de prova, mesmo nos casos em que tal prerrogativa indiscutivelmente lhe assista, na ausência de pacto de prova.<sup>165</sup>

Diferente posição assumem ROSENBERG, SCHWAB e GOTTWALD,<sup>166</sup> bem como BAUMGÄRTEL,<sup>167</sup> quando sustentam que à atribuição legal de poderes oficiosos terá presidido a intenção de limitar a autonomia das partes, em sede de prova. Perspectiva de que retiram interpretação no sentido da invalidade da convenção de prova, quando esta respeite a meio de prova relativamente ao qual o tribunal beneficie de poderes de promoção oficiosa. PEZZANI entende, também, que a atribuição legal, ao juiz, do estatuto de *actor*, em sede de prova, se deve a razões implicativas da restrição da soberania das partes, no plano da prática de actos de produção de prova, na medida em que tal concessão terá por principal motivo permitir que o processo se aproxime *“un pò di più”* o *“un pò meglio”* da verdade. Daí não extrai, porém, como consequência, a total invalidade do pacto, propugnando, diversamente, que o efeito restritivo deste se circunscreva às partes (assim não contendendo com os poderes do decisor).<sup>168</sup> Posição que, no que respeita ao tipo de sujeitos processuais relativamente

---

<sup>165</sup> *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, pp. 689 e 690. Assim, por exemplo, concretiza, em sede de perícia.

<sup>166</sup> *Zivilprozessrecht*, München, C.K. Beck, 2004, 16 Aufl., p. 658.

<sup>167</sup> BAUMGÄRTEL, Gottfried, *Wesen und begriff der prozesshandlung einer partei im Zivilprozess*, 2. Unver. Aufl., Koln, Carl Heymanns, 1972, pp. 254 e ss.

<sup>168</sup> *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 224 e 225. A este fundamento para a posição que sustenta, acresce ainda, PEZZANI, um outro, contendente com o teor do segundo parágrafo do art. 257 do Codice di Procedura Civile, nos termos do qual: *“Il giudice può anche disporre che siano sentiti i testimoni dei quali ha ritenuto l'audizione superflua a norma dell'articolo 245 o dei quali ha consentito la rinuncia; e del pari può disporre che siano nuovamente esaminati i testimoni già interrogati, al fine di chiarire la loro deposizione o di correggere irregolarità avvertesi nel precedente esame”*. Beneficiando o decisor, nessa hipótese, da possibilidade superar o consenso das partes, ordenando a produção de prova, assistir-lhe-ia idêntica prerrogativa, relativamente ao acordo expresso em convenção restritiva. O argumento será, porém, mais frágil que o referido no corpo do texto, na medida em que lhe é contraponível a objecção de que o legislador sentiu necessidade de normativamente conceder ao decisor tal faculdade, justamente porque, por regra, àquele não assiste o poder de suplantar a vontade concordante das partes expressa em acordo, quando juridicamente autorizado, este. A circunstância de, por outro lado, a norma ter por objecto um particular tipo de meio de prova (testemunhal), dificulta a extracção de ilações com carácter geral.

aos quais a convenção produz efeitos, se revela em sintonia com a visão adoptada por EICKMANN.<sup>169</sup>

Que perspectiva eleger? À selecção da resposta a adoptar não será indiferente o tipo de sistema jurídico que se tome por referência. Conhecidos os argumentos e posições em abstracto sustentáveis, raciocinemos tomando por base o quadro do ordenamento jurídico português.

Cabe, nestes termos, primeiramente, verificar se, na ausência de menção das partes no sentido da não limitação de poderes de promoção de prova pelo julgador (enquanto actor), este fica impedido de mobilizar, processualmente, meios de prova objecto de exclusão pela convenção.

Na hipótese que preside ao problema que ora se considera, parte-se, assim, do princípio de que, da interpretação do negócio jurídico, não resulta elemento que permita concluir terem as partes querido restringir os efeitos negociais à sua capacidade de iniciativa probatória, não explicitando estas a desnecessidade de, para cumprimento do escopo contratual, o decisor ver afectada a amplitude da sua iniciativa probatória. Quando não assim (havendo lugar a tal explicitação – de limitação dos efeitos negociais à esfera jurídica das partes), o problema que se poderia teoricamente suscitar encontra-se naturalmente resolvido por previsão das partes. O regime convencional implicará, neste contexto, tão só a restrição da possibilidade de as partes se socorrerem eficazmente de determinado meio de prova, não valendo idêntica restrição para o julgador decisor (não fica este, em consequência, impedido de oficiosamente o mobilizar no processo).

Tratamos, pois, de hipótese em que tal explicitação não tem lugar, subsistindo, ante tal ausência, a dúvida quanto a saber se os poderes de iniciativa probatória oficiosa se conservam ou não intactos.

O regime legal relativo às convenções de prova não fornece, sob o ponto de vista literal, resposta para o problema sobre que se reflecte, pelo que importa considerar, de modo mais abrangente, o sistema jurídico processual nos aspectos mais directamente relacionados com esta matéria, de modo a compreender o seu sentido e a daí retirar directiva de solução quanto a esta matéria.

Assume, para este efeito, relevo o facto de o manancial de informação absorvível processualmente com o intuito de congregiar elementos susceptíveis de poderem constituir suporte da decisão da matéria de facto decidenda litigiosa e controvertida ser regulado legalmente por duas vias: através da *amplitude* dos meios de prova e através da *amplitude* da legitimidade para os mobilizar no processo.

---

<sup>169</sup> EICKMANN defende a admissibilidade de convenções restritivas de meios de prova, sob condição de estas não contenderem com os poderes oficiosos do tribunal, no que diz respeito à possibilidade de ordenar a produção de prova, notando que, no quadro do processo civil alemão, tais poderes não existem no que concerne à prova testemunhal (só susceptível de ser produzida na sequência de requerimento das partes). A área de validade convencional coincidiria, assim, no que respeita a este aspecto, com o domínio em que vigora, com carácter exclusivo, o princípio do dispositivo, em sede de prova, *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochumer juristische Studien Nr. 57, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1987, pp. 86 e 87.

A *primeira* é definida pelo elenco de meios de prova processualmente disponibilizáveis e a *segunda* pelo número de sujeitos processuais a quem aquela legitimidade é reconhecida.<sup>170</sup>

O modelo adoptado corresponde a figurino de intensa amplitude subjectiva, concedendo-se ao decisor poderes idênticos aos das partes, assim colocando ambos os tipos de sujeitos processuais em posição, a este nível, equivalente.<sup>171</sup>

Da consideração *isolada* deste paradigma, resultaria que a circunstância de as partes abdicarem, convencionalmente, do uso de meios que, sob o ponto de vista legal, se encontram ao seu alcance, mas que são, por outro lado, mobilizáveis pelo juiz, não afectaria o uso que este deles pudesse fazer. Traduziria tão só acto implicador de limitações dos poderes processuais daquelas, insusceptível de se reflectir na capacidade de iniciativa probatória de quem não interveio no pacto, em consonância com a eficácia relativa própria das estipulações *inter partes*, que DICKHOFF sublinha valer também relativamente às convenções de prova.<sup>172</sup> O mesmo sistema jurídico que prevê tais *amplitudes objectiva* e subjectiva, reconhece, assim, igualmente a possibilidade de a *amplitude objectiva* ser reduzida (através da circunscrição convencional dos meios de prova legalmente previstos) pelas partes.

Esta circunscrição, porém, para ser consequente no que concerne aos efeitos cuja produção as partes pretendem, com chancela legal, assegurar ou evitar, pode implicar que não haja lugar a recurso a tais meios de prova, a qualquer título, sob pena de os objectivos que aquelas quiseram prosseguir com a previsão convencionalmente estabelecida, e cuja realização o legislador quis viabilizar, quando admitiu a validade de convenções restritivas de meios de prova, ficar destituída de utilidade prática, por ineficaz. Tanto implica o abandono da consideração *isolada* do figurino a que acima se aludia.

São diversos os fins que legitimamente podem conduzir as partes a celebrar este tipo de convenções, designadamente os de restringir a morosidade processual (*“vizio congenito”* ou *“peccato originale”* do processo, na expressão de que COMOGLIO)<sup>173</sup>, impedir a criação de incómodos a pessoas, cuja colaboração seria indispensável para que o meio de prova, em causa, pudesse ser processualmente relevado, evitar a realização de despesas associadas a meios de prova particularmente

---

<sup>170</sup> No ordenamento jurídico português, esta última assiste, quer às partes, quer ao juiz.

<sup>171</sup> Equivalência, que não igualdade, na medida em que existe hipótese marginal (de origem recente – introduzida pela Lei n.º 41/2013) em que não se reconhece ao decisor poder de iniciativa probatória oficiosa – a correspondente ao regime relativo ao depoimento das partes (cfr. art. 466.º, n.º 1 do Código de Processo Civil).

<sup>172</sup> O autor pronuncia-se, em termos *gerais*, no sentido de que, quanto às convenções de prova, vale também a regra de que o negócio jurídico produz efeitos apenas entre as partes, que não perante terceiros, *Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeß*, Buchdruckerei Franz Linke, Berlin, 1941, p. 72.

<sup>173</sup> “La Durata Ragionevole del Processo e el Forme Alternative di Tutela”, *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LXII, (Seconda Serie), N.º 3, Maggio-Giugno, 2007, Cedam, p. 591.

dispendiosos ou assegurar especial credibilidade, no que diz respeito à informação probatória considerada para efeitos de decisão da matéria de facto controvertida.

Que os fins visados pelas partes, cuja produção a previsão legal da restrição dos meios de prova por via de convenção visa permitir, efectivamente se produzam, pode implicar, assim, que a limitação abranja também o decisor.

Assim, por exemplo, se (em ordem a assegurar a especial segurança da informação proporcionada pela prova) as partes previrem, pacticiamente, só ser admissível a produção de prova documental, o decisor ordenar a produção de prova testemunhal, tanto inviabilizará o cumprimento do fim que presidiu àquele regime convencional.

Para que a possibilidade, legalmente contemplada, de as partes determinarem, em convenção, a circunscrição de meios de prova, seja consequente, o mesmo é dizer, tenha sentido útil (viabilizar a produção das vantagens que estas, por tal meio, visam obter), a circunstância de as partes efectivamente prescindirem, mediante celebração de pacto de prova, de amplitude objectiva, poderá, em suma, implicar idêntica redução desse âmbito para o juiz.

A circunscrição, quanto a este último sujeito processual, representará, quando assim, decorrência da necessidade de concessão de efectividade ou motivo determinante da permissão legal (assegurar a realização dos fins visados pelas partes).

Da incumbência, que sobre o decisor impende, de dar cumprimento à normatividade, decorrerá o impedimento da prática de actos que inviabilizem a produção do efeito útil de tais normas. Se se concede, mediante previsão normativa, que as partes façam valer legítimos interesses próprios por via de alteração negocial das regras da prova, com tanto se visa permitir que, quando as partes façam uso de tal faculdade, mediante celebração de convenção de prova, os fins por estas almejado se possam cumprir. Criada, por via normativa, esta possibilidade, impedir a realização de tais fins por outra via (ordenação oficiosa de produção de meios de prova, objecto do pacto restritivo), representaria impedir a produção do efeito útil visado pela norma, secundo, na prática, a sua razão de ser.

A vantagem juridicamente proporcionada às partes, pelo legislador (por intermédio da norma), seria, quando assim, neutralizada pela conduta processual do decisor. Retirando-se, no plano do exercício *processual* (em hetero-resolução), o que se havia proporcionado no plano *normativo* (em hetero-regulação), seria o mesmo ente (Estado, no exercício de diferentes funções: jurisdicional e legislativa) a simultânea e respectivamente prever a possibilidade de produção de um fim (o visado pelas partes, mediante celebração de convenção de prova) e a eliminar a possibilidade de concretização deste.

A prossecução da teleologia normativa pode, nestes termos, implicar a restrição dos poderes inquisitoriais do decisor, enquanto *actor*, em matéria de prova.

Tal circunscrição decorre, nessa hipótese, da interpretação da norma. Limitação a que o decisor se encontra vinculado, atenta, justamente, a sua subordinação à norma.

Cumpra, neste contexto, notar *dois aspectos*. Um *primeiro*, relativo, ao equilíbrio de poderes, em matéria de iniciativa probatória, entre as partes e o juiz. Um *segundo*, relativo à delimitação das hipóteses em que o cumprimento da teleologia normativa impõe a restrição dos poderes do decisor no que diz respeito aos meios de prova por este oficiosamente mobilizáveis. Esse o objecto dos pontos seguintes.

#### b.1.3.2. Equilíbrio processual de poderes de iniciativa probatória, entre partes e juiz

No que diz respeito ao *primeiro aspecto*, na medida em que, por um lado, a razão passível de justificar a restrição dos poderes de iniciativa probatória do decisor é a enunciada (garantia de possibilidade de cumprimento da teleologia normativa, mediante garantia da possibilidade de cumprimento da teleologia convencional) e atento, por outro lado, o supletivo equilíbrio de poderes no domínio da promoção de prova (no que diz respeito ao número de meios de prova convocáveis) entre estes sujeitos processuais (partes e decisor), a *inexistência de equivalência* entre os meios de prova a que as partes e o juiz podem recorrer, a existir, só será admissível, quando o desnível se verifique em favor do juiz, isto é, quando, renunciando, ambas as partes, à convocação de determinados meios de prova, se preserve a integridade dos poderes probatórios do juiz.

Quando não assim, o grau máximo de restrição dos poderes deste coincidirá com o seu posicionamento em *nível equivalente* ao das partes, dispondo do mesmo tipo de meios de prova de que, na sequência da celebração de convenção de prova, se encontram ao alcance das partes.

Em nenhuma circunstância,<sup>174</sup> constituirá decorrência da convenção das partes que apenas o juiz fique impossibilitado de convocar certo meio de prova (o mesmo é dizer que o juiz disporá de menos meios de prova que as partes). Quando as partes convocassem meios de prova tornados (por via do pacto de prova) indisponíveis para o juiz, não se cumpriria a única razão passível de constituir justificação da *restrição de poderes do decisor* – a produção dos efeitos pretendidos com a simultânea *restrição dos poderes das partes* –, dado que a esta (restrição quanto às partes) não haveria lugar.

Porque para tanto não existe fundamento justificativo, a equivalência de poderes entre os sujeitos processuais, em sede de prova, não pode, nesta medida, ser quebrada com prejuízo para o juiz. A única ausência de equivalência contemplável é a que represente desfavor para as partes, quando se apure que tanto (ausência de equivalência, por manutenção dos poderes de iniciativa probatória oficiosa do decisor, não obstante restrição da iniciativa probatória das partes) não compromete o escopo a prosseguir com o pacto.<sup>175</sup>

---

<sup>174</sup> Ressalva-se, como hipótese de ausência de equivalência em que às partes é concedido o benefício de recurso a mais extenso leque de meios de prova (relativamente àquele que o juiz dispõe), o caso marginal, de diferença de iniciativa probatória, acima mencionada. Esse decorre, porém, do regime legal (que não das regras convencionais).

<sup>175</sup> Sob o ponto de vista das partes, configuram-se, assim, duas possibilidades: *ou* a abdicação que decorre da convenção implica apenas a restrição dos meios de prova por estas convocáveis em termos

De notar que a distinção entre a afectação da actividade do juiz, enquanto *guardião e decisor* e enquanto *actor*, se reflecte na *constância* ou *não* da indispensabilidade do condicionamento dos poderes daquele para realização do escopo convencional (e, por associação, do escopo normativo). Quando o juiz intervenha no âmbito da *primeira* dimensão (enquanto *decisor*), o desenvolvimento dessa actividade, em conformidade com as regras processuais introduzidas pelo pacto celebrado, revela-se *sempre necessário* ao cumprimento do fim visado pelas partes com a celebração do acordo. Diferentemente sucede no que concerne à *segunda dimensão* em que o juiz pode intervir (dimensão em que se considera a capacidade de iniciativa probatória do juiz, sendo este perspectivado como *actor* no plano da prova), domínio em que o condicionamento dos poderes deste sujeito processual não assume carácter imperioso.

Termos em que, se, celebrada e processualmente invocada convenção restritiva de meios de prova, o cumprimento do fim visado pelas partes pressuporá que o juiz não possa considerar a informação fornecida por meios de prova convencionalmente restringidos, quando relevados pelas partes, ficando, nessa medida, aquele, no exercício da sua actividade, *sempre* condicionado, enquanto *guardião e decisor*. Tal cumprimento *poderá*, contudo, não implicar, necessariamente, a limitação dos poderes do decisor, enquanto *actor* em matéria de prova.

O que impõe que se entre no domínio da consideração do *segundo aspecto* (*relativo à delimitação* das hipóteses em que o cumprimento da teleologia normativa impõe a restrição dos poderes do juiz, no que diz respeito ao meio (ou meios) de prova, cuja produção (se prova constituenda)<sup>176</sup> ou junção (se prova constituída) é objecto de restrição convencional.

---

úteis na instância *ou* se reflecte, também, em identidade de circunstâncias (ficando partes e juiz em posição de isonomia), nos poderes do decisor, sendo que esta segunda hipótese se verificará, quando tanto se afigure justificado, em virtude de solução inversa poder contender com a efectividade da primeira abdicação (ou seja, com a produção dos efeitos, cujo cumprimento prático se visa por intermédio da restrição pactícia).

<sup>176</sup> Como nota TEIXEIRA DE SOUSA, as provas pré-constituídas caracterizam-se por não serem geradas “na acção pendente”. Não requer, assim, a sua produção, qualquer actividade preparatória na instância, pelo que, quanto a elas, só há que regular a forma e o momento da sua apresentação no processo, bem como os meios de controlo da sua regularidade. Quanto às provas pré-constituídas, a instrução consiste, pois, essencialmente, na actividade da sua incorporação ou apresentação na acção pendente, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª Edição, Lex, Lisboa, 1997, p 320. Diferentemente, as provas antecipadamente produzidas, são na acepção legal, provas constituendas. A constituição destas, porém, se normalmente realizada na audiência, verifica-se, nesta particular hipótese (de antecipação) em momento anterior. Esse momento, em que se desenvolve a actividade instrutória será sempre processual, podendo constituir uma fase da acção já pendente ou um momento desintegrado de qualquer acção, se anterior à sua propositura.

### b.1.3.3. Restrição dos poderes de promoção instrutória do juiz

Apurado que, na sequência da celebração de convenção restritiva de meios de prova, *pode* haver lugar a restrição da promoção oficiosa de prova (o mesmo é dizer dos poderes do juiz, enquanto actor em sede de prova), cabe verificar, quando é que tal restrição em concreto *se verifica*.

#### b.1.3.3.1. Fins justificativos - convencionais e normativos

Tanto dependerá das razões que tenham conduzido as partes a pretender e convencionar que os meios de prova convencionalmente restringidos não possam ser por si (partes) produzidos ou juntos.

Para além do fim convencional *imediato* (impossibilidade de convocação, pelas partes, de determinado meio de prova), importa apurar os motivos que terão estado na sua base (fins *mediatos*), ditando, na raiz, a celebração da convenção de prova restritiva, a fim de concluir se o cumprimento destes pressupõe circunscrição dos poderes do juiz, enquanto actor.

Quando tais razões impliquem que a informação proporcionada por determinado meio de prova (objecto de restrição convencional) não possa ser considerada em qualquer circunstância, independentemente do sujeito processual responsável pelo seu carreamento para o processo, o dever de o juiz interpretar e observar as regras processuais em termos compatíveis com a prossecução da teleologia que lhes preside, conduzirá a conclusão no sentido de não dever este ordenar a produção ou junção oficiosas dos meios de prova, cuja mobilização pelas partes foi convencionalmente restringida. A indisponibilidade de mobilização processual desses meios de prova perde, neste caso, carácter subjectivamente circunscrito às partes, para afectar também o juiz.<sup>177</sup>

---

<sup>177</sup> Assim acontece, a título de exemplo, se o que conduz as partes a prever a impossibilidade de cada uma delas indicar como testemunha a pessoa X, é o facto de esta se encontrar em país, cujas estruturas judiciais não dispõem de meios técnicos que viabilizem rápida prestação de depoimento. O fim mediato prende-se, neste caso, com a preservação da normal celeridade da tramitação processual, sendo que o seu cumprimento conduz a que também o juiz deva observar tal regime processual (de fonte pactícia), não ordenando officiosamente a produção desse meio de prova relativamente ao sujeito identificado na convenção. O mesmo sucederá se as partes excluírem a possibilidade de recurso a prova pericial, como forma de assegurar que, a ser intentada a acção, não correrão o risco de suportar os elevados custos associados à produção deste meio de prova. De contemplar, porém, como salvaguardado, a hipótese de o exercício de poderes officiosos pelo juiz poder não contender com o simultâneo cumprimento do objectivo a prosseguir pelas partes. Caso, por hipótese, o regime legal preveja que, se de iniciativa oficiosa, os custos de realização da perícia judicial não serão suportados pelas partes, cessam as razões justificativas da restrição dos poderes officiosos do decisor. O mesmo vale se o fim que mediamente conduz as partes à celebração de convenção de prova (admita-se, agora, no sentido do não recurso à prova documental) é a circunstância de a obtenção de determinado documento lhes ser particularmente difícil. Constituindo, esse meio de prova, fonte de excessiva morosidade processual, o

A conclusão, no sentido da restrição ou não dos poderes do decisor, dependerá das ilações retiradas da interpretação do negócio jurídico em que a convenção de prova se traduz, sendo que, para tanto, o apuramento da vontade manifestada pelas partes decorrerá da consideração do elemento literal (tomando a cláusula em causa, quer isoladamente,<sup>178</sup> quer enquanto parte do conjunto de cláusulas em que se integre), devidamente contextualizado no enquadramento composto por diversos elementos.<sup>179</sup>

Não sendo facilmente determináveis as razões que, em concreto, conduziram as partes a celebrar a convenção restritiva de meios de prova (dado que raramente estas as explicitarão verbalmente e com dificuldade aquelas resultarão dos demais elementos convocáveis, a nível interpretativo), a conclusão será, por norma, no sentido de que o decisor verá os seus poderes restringidos no plano da iniciativa de prova. Resultado que se impõe, quer porque, não se encontrando fundamento para o inverso, é essa a solução mais consentânea com a preservação do cumprimento das razões que, por regra, justificam a celebração deste tipo de pacto,<sup>180</sup> quer porque, na alternativa entre restrição e não restrição da iniciativa probatória oficiosa, é, essa primeira a opção mais consonante com o facto de, não se impor, legalmente, a menção, no acordo, dos motivos que presidem à criação convencional da restrição.<sup>181</sup>

---

decisor não ficará vinculado à observância da restrição convencional se a obtenção de tal documento se revelar célere, quando realizada por via oficial.

<sup>178</sup> Constituirá indício literal (ilidível) de que as razões motivadoras da celebração da convenção conduzem a que tal *restrição é necessária*, a adopção da segunda formulação diversa daquela acima hipotizada, designadamente: “No processo x, não pode haver lugar à produção da prova y e z”. Revelar-se-á mais compatível (se corroborada por outros elementos interpretativos) com a não necessidade de *restrição* do poder oficioso de promoção de prova, a adopção do enunciado primeiramente considerado.

<sup>179</sup> Assim, designadamente, o escopo contratualmente prosseguido pelas partes, a sua conduta no momento anterior à celebração do contrato, contratos similares celebrados entre as mesmas e circunstâncias temporais e geográficas de outorga do negócio jurídico.

<sup>180</sup> Considerando as razões que comumente determinam o estabelecimento de tais limitações (contenção de custos, limitação do período de pendência processual, grau de fiabilidade da prova ou não incómodo de determinada pessoa), estas só se cumprem, por princípio, se o efeito restritivo importar a impossibilidade de recurso, por qualquer sujeito processual (partes ou juiz), do meio de prova em causa.

<sup>181</sup> Não se impondo legalmente tal menção, não devem as partes ser sancionadas pela não indicação das razões que as movem a celebrar o pacto, pelo que, na dúvida quanto aos fins mediatos do negócio jurídico, a opção que assegura a preservação da eficácia de tal teleologia (convencional), é a de sentido restritivo dos poderes do juiz na medida em que cobre todas as hipóteses: se o cumprimento daquela finalidade (que se desconhece) impuser esta circunscrição de poderes, fica aquele cumprimento garantido; se a restrição não for requisito de cumprimento de tais fins, este não fica prejudicado pela restrição em causa. Opção de sentido inverso (não extensão do efeito restritivo ao juiz), importaria correr o risco de, pressupondo, na realidade, a teleologia (que em concreto se não logrou apurar) convencional do singular pacto de prova invocado em juízo, aquela limitação (dos poderes do juiz enquanto actor, no plano da prova), as razões determinativas da celebração do pacto deixassem de se poder realizar, assim fenecendo a possibilidade de dar cumprimento também à teleologia normativa. A opção restritiva representa, porque, assim, a solução menos geradora de risco para a efectividade prática das valorações subjacentes à criação da norma e à celebração do pacto.

A indisponibilidade subjectivamente absoluta (isto é, repercutida na esfera jurídica das partes e na actividade processual do juiz, também enquanto *actor*, em sede de prova) do meio de prova em causa corresponderá, nesta medida, à regra.<sup>182</sup>

Em síntese, a anuência das partes, em exercício legalmente autorizado da autonomia privada, no sentido da limitação dos meios de prova por si mobilizáveis, *reflectir-se-á*, no que diz respeito aos poderes de convocação processual desses meios pelos vários sujeitos processuais (partes e juiz), sempre, no âmbito da amplitude da sua (das partes) iniciativa de prova, e (quando pelas partes não manifestada<sup>183</sup> a desnecessidade de que tal efeito se produza para cumprimento do seu escopo, nem tanto decorrendo dos motivos – quando apuráveis – que concretamente presidiram à celebração da convenção de prova), por via indirecta, no plano da extensão da capacidade de promoção de prova pelo juiz. Nada dizendo expressamente as partes, quanto aos motivos (fins mediatos) determinantes da celebração da convenção, nem se retirando estes da interpretação do negócio jurídico, a posição jurídica do juiz enquanto actor em sede de prova *ver-se-á*, assim, pelas razões referidas, comprimida no que diz respeito aos tipos de meios de prova por si oficiosamente convocáveis.<sup>184</sup>

---

<sup>182</sup> Quando a restrição convencional importe consequências ao nível dos poderes de iniciativa probatória do juiz, tais repercussões limitar-se-ão, porém, aos poderes, relativos à promoção oficiosa da prova, mantendo-se intocados os demais poderes, designadamente os que concernem à possibilidade de intervir oficiosamente no âmbito da prova, cuja produção tenha sido requerida pelas partes, no que respeita ao aprofundamento e esclarecimento da informação obtida, e no que se relaciona com a direcção efectiva dos actos instrutórios.

<sup>183</sup> Manifestação de ocorrência pouco provável.

<sup>184</sup> De notar, porém, que, tal como a restrição dos poderes do decisor, em matéria de promoção oficiosa da produção de prova se verifica, pelas razões acima expostas, na sequência da restrição convencional dos meios de prova de que as partes podem dispor, a cessação das restrições quanto a estas implica a simultânea reexpansão dos poderes inquisitórios do juiz, até então comprimidos na sequência da celebração da convenção, revivendo o relevo das regras processuais supletivas, nos termos das quais aquela restrição (para as partes) não se verifica. Deixa, também aqui, de se verificar a causa justificativa da afectação limitativa dos poderes do juiz. Sendo essa, como enunciado, a realização do escopo normativo (ou de regra previsora da possibilidade de celebração de convenções de prova) por via de realização do escopo convencional, tal fundamento restritivo deixa de se verificar, quando a convenção se extinga. A manutenção do efeito legal restritivo da posição do decisor cessa, nestes termos, quando se extinga a causa determinante de tal limitação. Causa da qual tal efeito depende, pois, quer quanto à sua génese, quer quanto ao seu termo. Por outro lado, porque o acordo representa negócio jurídico que, conquanto inscritor de novas definições no concreto modelo processual, constitui manifestação da vontade das partes tradutora de acto dispositivo (legalmente permitido) relativamente ao regime adjectivo, não assiste a outrem, que não às partes, o direito à manutenção do regime assim instituído. De ressaltar, porém, que, uma vez feita valer, no processo, a convenção de prova, as partes deixam de beneficiar da irrestrita possibilidade de a revogarem ou modificarem o seu conteúdo, encontrando-se limitadas pelas balizas temporais em que, de acordo com as regras supletivas, seria admissível a introdução de alterações, quanto ao meio de prova em causa. Se, a título de exemplo, as partes convencionaram só ser admissível a produção de prova testemunhal mediante prestação de depoimento pelo sujeito X, poderão alterar a identidade da testemunha até ao momento em que, para esse efeito, pudessem (em caso de não celebração da convenção), mediante substituição, alterar o rol de testemunhas. Vedado lhes está, porém, extinguir (com reflexos processuais), por acordo, a convenção, em momento posterior àquele em que deixe de ser processualmente possível o requerimento de produção ou junção de novos meios de prova. Este o critério que permite compatibilizar a máxima concessão de relevo à autodeterminação regulativa processual das partes

Tal constrição só *não se verificará* em dois contextos: em caso de previsão das partes no sentido da não restrição de tais poderes e quando, logrando-se apurar os motivos da celebração da convenção de prova, se puder concluir que a prossecução destes não implica, com carácter necessário, aquela limitação.

A verificar-se tal efeito constritivo, no plano dos poderes do decisor, na sequência da celebração da convenção de prova, importa indagar da fonte jurídica de tal consequência.

Esse o próximo objecto de reflexão, ao qual não passaremos, contudo, sem antes explicitar uma observação e propor, depois, resposta ao problema inicial, cuja formulação detonou o conjunto de questões a que vimos de fazer referência.

#### b.1.3.3.2. Solução *de iure constituto* e solução *de iure constituendo*

No que diz respeito ao primeiro aspecto (observação), cumpre notar que, se o que vimos de expor corresponde ao que se afigura decorrer do regime jurídico presentemente vigente, não cremos, contudo, que tal solução se encontre em plena sintonia com o sistema processual considerado no seu conjunto.

A resposta apurada não deixa, na verdade, de se revelar em contra-ciclo com o actual quadro processual, marcado que é pela pródiga atribuição normativa de poderes inquisitórios ao juiz em sede de prova,<sup>185</sup> em modelo de figurino processual em que, contudo, como Mariana França GOUVEIA nota, a dimensão oficiosa se não

---

(exercida por via da celebração de convenção de prova), com as estabilidade, ordem e segurança processuais necessárias à normal prossecução da lide e boa decisão da causa.

<sup>185</sup> Modelo processual que confirma o acerto da posição assumida por CAVALLONE, quando diverge da tendência para se considerar que a ampliação dos poderes probatórios das partes e o poder de livre apreciação do julgador pressupõem a “rarefacção do regime legal da matéria da prova ou a sua redução a uma breve serie de *slogans*”, observando que tanto corresponde a uma “perspectiva empírica e metajurídica”. Sustenta, ao invés [em alusão aos paradoxos a que aquela visão conduziria e à dimensão garantística que a *forma* (enquanto regime processual) comporta], o aprofundamento da disciplina normativa, em sede de prova, como via de promoção daqueles poderes, “Oralità e disciplina delle prove nella riforma del diritto processuale civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. XXXIX, II Serie, anno 1984, pp. 701 e 702. Na mesma linha de pensamento, avessa a perspectivas doutrinárias segundo as quais “a disciplina óptima da instrução probatória coincide com a *ausência* de qualquer disciplina”, designadamente as (perspectivas) que vêem, nas normas relativas à prova, “uma anomalia, ou um distúrbio, que devem sobreviver apenas na medida em que encontrem fundamento em exigências éticas ou políticas prevaletentes sobre a investigação da verdade, ou que não lhe possam ser sacrificadas, como por exemplo a proibição da tortura judiciária...”, nota que as normas relativas à prova se destinam a salvaguardar também outro tipo de valores, associados à circunstância de o processo ser “lugar e instrumento de decisão (também) sobre o facto”, assim sucedendo, designadamente, com as normas que impõem que a actividade instrutória das partes e do juiz se desenvolva dentro de certos limites temporais, que a decisão de facto seja proferida imediatamente depois da instrução, que a decisão seja motivada ou proferida por juiz singular ou órgão colegial”, “Riflessioni sulla cultura della prova”, *Rivista italiana di diritto. e procedura penale*, 2008, pp. 949 e 950.

confunde com a dimensão autoritária.<sup>186</sup> Se a possibilidade de, na sequência de convenção de prova celebrada entre as partes, haver lugar a restrição dos meios de prova convocáveis, num certo processo (qualquer que seja o sujeito processual que os mobilize), se revela compatível com os pressupostos estruturais adjetivos próprios de modelo processual liberal, não assim, como nota GENIN-MERIC,<sup>187</sup> em contexto processual em que prevaleça o paradigma de fortalecimento dos poderes do juiz nesse domínio (como actualmente sucede no âmbito do sistema processual português).

A promoção do grau de congruência teleológica *entre* a normatividade<sup>188</sup> previsora da iniciativa probatória do decisor e as regras relativas às convenções de prova<sup>189</sup> parecer-nos-ia aconselhar a que (atentas as implicações que se podem verificar, no plano dos poderes do decisor, na sequência de convenção de prova entre as partes), do regime a estabelecer *de iure constituendo*,<sup>190</sup> decorresse (quando não claro e objectivamente justificável, nos termos do pacto de prova, que o cumprimento do fim convencional implica a restrição dos poderes inquisitórios do juiz em sede de

---

<sup>186</sup> A autora delinea as fronteiras entre ambos os campos explicitando que só se entra no segundo quando a utilização dos poderes oficiosos “tiver como consequência uma expropriação pública do direito privado, isto é, a sobreposição do interesse público na verdade aos interesses privados em litígio no processo”, pelo que a indagação sobre a prevalência ou não, num dado sistema jurídico, de traços de “autoritarismo processual”, se prende com o apuramento do critério orientador da “utilização”, pelo juiz, “desses poderes”. A conclusão que apura no sentido de que o actual modelo de processo civil (a autora pronunciava-se em momento anterior à entrada em vigor das alterações introduzidas pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho, mas cremos, o seu raciocínio manter-se-á, quanto a este aspecto, inalterado no essencial, atenta a circunstância de as modificações normativas verificadas não terem sido de ordem a acentuar, considerando a linha de análise que indica, a veia autoritária do sistema, conquanto se tenham fortalecido os poderes oficiosos do decisor) não corresponde a figurino autoritário (apesar de, nota, não “ser fácil saber-se qual o modelo processual vigente”) decorre, designadamente, da leitura que faz do dever de cooperação à luz do princípio da boa fé, “Os poderes do juiz cível na acção declarativa Em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão”, *Julgar*, Janeiro-Abril, 2007, esp. pp. 54 e ss. e 60 e ss.

<sup>187</sup> A autora retrata esta incongruência, no quadro do sistema jurídico francês, quando refere ser objecto de observação doutrinal o “carácter paradoxal da persistência desta liberdade numa época em que o legislador moderno convida o juiz civil a descobrir a verdade”, surpreendendo-a, sob esse ponto de vista, a consagração legislativa, em 13 Março de 2000, desta possibilidade, no art.1316, 2 do Code Civile (“Lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes, et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuve littérale en déterminant par tous moyens le titre le plus vraisemblable, quel qu'en soit le support»), em *Das Beweisrecht der Europäischen Union*, Kluwer Law International, 2004, p.140.

<sup>188</sup> Constante do Código de Processo Civil.

<sup>189</sup> Constantes do Código Civil.

<sup>190</sup> Embora o regime constante de convenções de prova possa implicar consequências negativas no que diz respeito ao grau de imparcialidade objectiva da base decisória, a abertura do sistema legal a que as partes celebrem convenções de prova, cuja validade é, contudo, subordinada à verificação de diversas condições que devidamente acautelam a imutabilidade do que deve permanecer indisponível para as partes, permite prescindir, no entendimento do legislador, da necessidade de estas exporem convencionalmente a razão justificativa da derrogação, a que procedem, do sistema legal. A circunstância de as partes beneficiarem, assim, da possibilidade de manterem, sob o véu do domínio privado, os motivos determinantes da convenção não retira, porém, que caso optem pela exposição de tais razões no texto convencional, com isso facilitem a prova de que as circunstâncias em que fizeram assentar a base negocial não se verificaram sem culpa sua, caso esta hipótese venha a ocorrer e uma das partes sustente haver fundamento legal para desvinculação do acordo.

prova – ou seja, quando as partes não declarem fundada e expressamente as razões que presidem à restrição a que procedem ou quando de algum modo não resulte da convenção que o cumprimento do escopo que a esta preside pressupõe que o efeito restritivo abranja a iniciativa probatória do decisor) não haver lugar a tal limitação.

Em síntese, a manter-se, como pano de fundo processual, o acentuado poder inquisitório, actualmente existente, no que diz respeito à promoção processual de prova, revelar-se-ia sintónico com a preservação dos poderes que aquele pendor de regime assim concede, a criação do ónus de menção, no acordo de prova, das razões justificativas da restrição convencional. Tanto não asseguraria, por si só, o reflexo legal dos efeitos convencionais restritivos no domínio da actividade do juiz, enquanto actor em sede de prova, na medida em que, indicando as partes os fins negociais mediatos, importaria ainda, para que o estatuto do juiz sofresse limitação, concluir que o cumprimento destes implicaria a restrição do âmbito de iniciativa probatória do decisor. Representaria, contudo, condição sem a qual aquele reflexo não se verificaria, concluindo-se, na ausência dessa menção, não se encontrarem cumpridos pressupostos justificadores da celebração da convenção.

A restrição destes poderes seria, assim, feita depender (como condição necessária, mas não suficiente) da menção, pelas partes, da razão justificadora da restrição dos meios de prova no que a si, partes, diz respeito.

Tanto permitiria que, mediante prolação de decisão (susceptível embora de recurso, porque não de mero expediente nem discricionária), pudesse haver lugar a controlo jurisdicional da real necessidade de restrição dos poderes do juiz, enquanto condição de salvaguarda da efectividade da restrição de meios de prova, quanto às partes. Assim se minoraria a possibilidade de haver lugar a desnecessária restrição dos poderes oficiosos em sede de promoção de prova, em promoção do estabelecimento de maior equilíbrio entre a máxima preservação possível dos poderes oficiosos de livre promoção de actividade probatória, normativamente reconhecidos em fonte normativa processual, e a autonomia negocial em sede de prova, igualmente merecedora de tutela legal, em fonte normativa de cariz predominantemente substantivo.

Nunca a restrição dos poderes inquisitórios do juiz susceptíveis de ser desenvolvidos quanto à *prova* (tomada na sua primeira dimensão) cuja admissibilidade não é posta em causa segundo o regime convencional, representará um efeito a verificar-se na sequência da celebração da modalidade de convenção de prova que ora se considera. Falece, nessa hipótese, a única razão susceptível de suportar a circunscrição dos poderes jurisdicionais. Sendo este o cumprimento prático dos motivos que ditam a restrição, por via convencional, da possibilidade de mobilização, pelas partes, de um dado meio de prova, a realização de tal razão justificativa não passará pela limitação de poderes que não relativos aos meios de prova negocialmente tornado insusceptível de ser mobilizado pelas partes.

Enunciando, de modo concentrado, o essencial das conclusões apuradas: os efeitos restritivos da convenção de prova válida reflectem-se, sempre na esfera jurídica processual das partes. Da sua celebração decorrem, também, efeitos que se produzem, mais ou menos extensamente, de forma condicionante, na actividade

processual do juiz. Efeitos que se repercutem *sempre* na actividade deste sujeito processual, enquanto guardião e decisor, *podendo* reflectir-se, ou não (nos termos expostos), na sua actividade, enquanto sujeito processual dotado de iniciativa probatória (*actor* no plano da prova). Concluindo-se (por reflexo da necessidade de dotar essa alteração convencional do regime da prova, de efectiva operatividade, assim se assegurando, em simultâneo, o cumprimento da teleologia que preside à norma reguladora das convenções de prova) em sentido positivo (restritivo), o decisor fica também limitado no exercício de iniciativa de promoção probatória. Os efeitos do pacto repercutem-se, nesta hipótese, duplamente, na esfera do juiz, restringindo a sua actividade, não apenas como guardião e decisor, como ainda enquanto actor em sede de prova.

#### b.1.3.3.3. Natureza da convenção

Atingido este ponto, cabe recuperar a questão que a ele nos conduziu: qual a natureza da convenção de prova quando, na sequência da sua celebração, não fiquem intocados os poderes de promoção oficiosa de prova pelo juiz?

Tratar-se-á, por princípio, de acto negocial representativo de acordo. Não, porém, porque, uma vez celebrado este, se verificarem efeitos limitativos no âmbito da iniciativa probatória do juiz, como decorreria da posição nos termos da qual se classificassem como contratos as convenções a que não sucedem tais circunscrições (produzindo-se estas apenas quanto à esfera das partes) e como acordos aqueles na sequência dos quais tais restrições (extensivas ao juiz) operariam.

Acordo porque se verifica a técnica de congregação de vontades que caracteriza esta figura e que corresponde à que é mobilizada quando, na sequência da celebração desta modalidade de convenções (restritiva dos meios de prova) o âmbito da capacidade de iniciativa probatória do decisor remanesce intocado. É o facto de ser esse o critério relevante que nos permitiu classificar esse tipo de convenções restritivas (na sequência das quais aquela capacidade se conserva intangível) como acordo, sem para tanto carecer de reflectir sobre o eventual relevo da circunstância de, a esta modalidade de pacto de prova (como a todas), *sempre* suceder a afectação do exercício da actividade jurisdicional do juiz, na medida em que este se encontra vinculado a respeitar e fazer cumprir as novas regras processuais instituídas por via convencional (enquanto guardião ou decisor, em suma). E que tal autonomia (entre o carácter de acordo e a afectação dos poderes do juiz, enquanto *actor*, no plano da prova) se verifica, revela-se no discernimento (acima observado) de pactos restritivos de meios de prova, representativos de acordos, na sequência de cuja celebração, porém, não se verifica qualquer constrição da amplitude da iniciativa probatória do decisor.<sup>191</sup>

---

<sup>191</sup> Assim, quando essa restrição se afigure dispensável ao cumprimento do fim convencional mediato e, conseqüentemente, do fim normativo. A hipótese inversa é, identicamente, verificável. Ainda que (conquanto menos verosimilmente, atento o contexto prático de celebração de convenções de prova) se pudesse concluir, num caso concreto, que, por via de um pacto de prova, as partes pretenderam que o seu compromisso negocial, construído sob a estrutura contratual estrita, assumisse natureza puramente obrigacional (não havendo lugar, em caso de incumprimento, a outras conseqüências que não o

Ser esse o critério de classificação de convenção como acordo [e não o dos sujeitos – só as partes na convenção ou também terceiros (juiz) – cujos poderes de iniciativa probatória sofrem restrição, após a celebração de convenção], conduz também a excluir a segunda hipótese de trabalho no sentido de classificar o tipo de convenção como negócio de natureza híbrida de acordo com o seguinte parâmetro: *contrato* na medida em que a restrição afecte as partes, *acordo* na medida em que a restrição se repercuta nos poderes do juiz.<sup>192</sup>

Importa, finalmente, considerar, no ponto seguinte, um outro problema, correspondente ao ponto reflexivo, que acima anunciámos.

---

ressarcimento pelos danos sofridos), sempre, em caso de cumprimento das obrigações pactícias, o cumprimento do fim negocial poderia tornar imprescindível a restrição dos poderes do juiz enquanto actor em sede de prova, assim se tornando, aquela restrição, condição também indispensável para cumprimento do fim normativo. Assim, tanto, uma vez celebrado *acordo* de prova, pode, o juiz (enquanto *actor*), ver incólumes os seus poderes em sede de prova, como pode haver lugar a circunscrição destes, na sequência de celebração de contrato (em sentido estrito) de prova.

<sup>192</sup> Não afirmamos, porém, que a convenção de prova não possa assumir natureza híbrida (com dimensão contratual e dimensão de acordo), pelo que não descartamos a utilidade que a convocação da figura do acordo/contrato pode assumir neste contexto. Por outras razões, contudo. Se nada obsta a que o tipo de negócio jurídico, que ora consideramos, possa ser celebrado no próprio processo, a sua celebração tem, por norma, lugar no exterior da lide e, na generalidade dos casos, antes do início desta. No primeiro caso, a convenção, tornando-se imediatamente eficaz na instância, assume, singelamente, a natureza de acordo, cujo relevo processual as partes requerem em juízo. Quando, porém, a convenção é celebrada extraprocessualmente, distingue-se o momento da celebração da convenção, do momento em que se produzem os efeitos para que o acordo tende (efectiva alteração das regras processuais relativas à iniciativa processual das partes, no que diz respeito à junção e produção de prova). Os efeitos da convenção, na sua dimensão de acordo, só se produzem, na verdade, uma vez feita valer, por uma das partes, a convenção, no processo. Se não existir estipulação em sentido diverso, tal invocação dependerá, apenas, da vontade (*potestas*) de qualquer uma das partes, que, caso realize opção nesse sentido, invocará o pacto em juízo. Assim, para além de, por acordo, as partes conformarem os termos de alteração de regras processuais, declaram reciprocamente aceitar, uma ante a outra, que cada uma delas beneficie do direito potestativo de fazer valer o acordo em juízo, ficando a contraparte inelutavelmente sujeita à produção dos efeitos próprios do acordo e, portanto, à operatividade da restrição da capacidade probatória que este envolve. Há, nesta dimensão, troca de declarações representativas de proposta e aceitação, criadores de direito potestativo e de sujeição para cada uma das partes e, assim, recurso à técnica de congregação de vontades própria do contrato. Nesta hipótese, distingue-se, no âmbito da convenção de prova, uma primeira dimensão com natureza de acordo e uma segunda dimensão, de índole contratual, decorrendo, desta segunda, os termos em que a primeira é processualmente relevável e, assim, as condições em que aquele (acordo) é susceptível de ser tornado processualmente operativo. Embora a presente referência seja feita neste momento, por ser esta a modalidade de convenção no contexto da qual surge a alusão à figura da convenção de prova, enquanto negócio jurídico de tipo híbrido, ela vale relativamente a todos os tipos de convenção de prova releváveis, quando não celebrados em juízo, independentemente de serem objecto de tratamento, no presente estudo, em momento anterior ou posterior àquele em que ora nos situamos.

#### b.1.3.3.4. Fonte jurídica da restrição

##### (1) Tipologia negocial

Das conclusões anteriores, quando perspectivadas de modo congregado, retiram-se as seguintes ilações: a convenção de prova (enquanto moduladora das regras processuais) representa, por princípio, pacto celebrado sob a estrutura de acordo. Acordo a que, na modalidade de convenção de prova, que ora consideramos, sucedem efeitos ao nível do estatuto processual do terceiro definidor, com carácter vinculativo, da solução do conflito; efeitos mais ou menos extensos, consoante aquele sujeito processual seja afectado, no plano da prova, apenas na feição de guardião ou decisor ou também na feição de actor, pelo que a actuação processual do juiz se vê *sempre* condicionada, na sequência da celebração da convenção de prova, pelo efeito limitativo desta constante. Uma vez processualmente eficaz tal convenção, o juiz não poderá, designadamente, considerar, para efeitos de suporte da decisão da matéria de facto controvertida, informação proporcionada por meios de prova, cuja utilização processual pelas partes tenha sido eliminada, por via do referido pacto, quando seja uma destas a proceder à invocação desse acordo na lide, sob oposição da contraparte.

Mobilizado, em colisão com o regime convencional, o meio de prova visado pelo negócio jurídico em causa, o principal efeito (fim imediato) pretendido, mediante celebração deste pacto, será a impossibilidade de consideração desse meio de prova para efeitos decisórios. Efeito que não é passível de ser inviabilizado por acto da parte que pretenda obstar ao relevo processual da convenção, justamente por não estar em causa mera obrigação contratualmente assumida por uma das partes e aceite pela outra, antes acordo modificador das normas reguladoras do regime da prova na instância em causa.

A essa consequência (moduladora dos poderes do decisor) poderá acrescer, como sublinhado, o efeito restritivo da amplitude da iniciativa probatória do juiz (enquanto actor).

A repercussão dos efeitos do pacto de prova, na esfera do juiz, justificará a inclusão deste acordo numa particular categoria negocial?

Tanto conduz a que se apure se este tipo de convenções se insere na categoria negocial em que se incluem os contratos a favor de terceiro<sup>193</sup> e os contratos com

---

<sup>193</sup> VAZ SERRA entende por este tipo de contrato aquele “que se verifica quando duas ou mais pessoas concluem ente si, e em próprio nome, um contrato destinado, e eficaz, a fazer surgir um direito verdadeiro e próprio para uma pessoa que ficou completamente estranha à sua conclusão”, VAZ SERRA, *Contratos a favor de terceiro* *Contratos de prestação por terceiro*, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 51, Novembro, 1955, p. 29. Para contraste entre o contrato a favor de terceiro e outras figuras (designadamente contratos de prestação por terceiro, contratos a cargo de terceiro, representação e delegação), bem como para enquadramento histórico e reflexão de alguns problemas em particular suscitados por aquele tipo de negócio jurídico, *vide* autor e obra citados, pp. 29-228. Sinde MONTEIRO sublinha a distinção entre o “(autêntico) contrato a favor de terceiro” do “contrato com eficácia de protecção para terceiros”, notando que, neste último “o terceiro não adquire qualquer direito a

prestação a cargo de terceiro.<sup>194</sup> Questão a que está associado o problema relativo ao discernimento da fonte jurídica causante da limitação dos poderes do juiz, que sucede a celebração da convenção restritiva de meios de prova.

Verifica-se, em qualquer uma das hipóteses (contratos a favor de terceiro e contratos com prestação a cargo de terceiro), excepção à regra da eficácia relativa dos contratos.<sup>195</sup> Eficácia que assume natureza favorável para o terceiro, na primeira

---

prestação. Ele é apenas incluído no âmbito de protecção do contrato, com o sentido de que o devedor nesse outro negócio, além dos deveres de prestação em relação à contraparte, assume ou é colocado na posição de ter de adoptar “deveres de cuidado” em relação a uma pessoa estranha ao negócio”, gerando, o incumprimento de tais deveres, a obrigação de indemnização dos danos sofridos por terceiro. Tipo contratual que assim se enquadra, esclarece, no âmbito da “família conceitual”, objecto de reflexão em LARENZ, das “relações obrigacionais sem deveres (primários) de prestação”, MONTEIRO, Jorge Sinde, “Comentário a acórdão de 12 de Novembro de 1996”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 132, n. 3899, Junho, 1999, pp. 60-61. O autor retrata a evolução (de sentido crescente, a partir das circunscritas hipóteses de “*Wohl und Wehe*”) no que diz respeito à aplicabilidade das figuras do “contrato com eficácia de protecção para terceiros” e do “contrato com aquele a quem interessar”, em *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra, Almedina, 1989, pp. 73 e ss. No que diz respeito às condições de válida inclusão de terceiro no âmbito de eficácia de um negócio jurídico, MUSIELAK discerne a necessidade de o terceiro assumir a posição de credor, bem como de o devedor dever poder reconhecer, no momento da celebração do contrato, de que a obrigação a que fica vinculado abrange terceiro, “A inserção de terceiros no domínio de protecção contratual”, *Contratos: actualidade e evolução*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1997, pp. 283-296.

<sup>194</sup> Considera-se, nesta expressão, a noção de contrato em sentido amplo (a incluir o contrato em sentido estrito e o acordo).

<sup>195</sup> LEITE CAMPOS situa os contratos com prestação por terceiro e os contratos a cargo de terceiro no pólo oposto àquele em que se posicionam os contratos a favor de terceiro, na medida em que, ao contrário do que sucede com estes, daqueles resultam efeitos desfavoráveis para o sujeito não contratante. No que diz respeito à possibilidade de se produzirem efeitos jurídicos favoráveis na esfera jurídica de terceiro, independentemente da aceitação deste, o autor entende assim acontecer nos contratos a favor de terceiro, distinguindo, quanto a este tipo de contratos, os contratos obrigacionais, reais e liberatórios. A adesão do beneficiário não constitui, nesta modalidade contratual, condição de ingresso do benefício na esfera jurídica do terceiro. Gera tão só a impossibilidade, para o promissário, da possibilidade de revogar a atribuição do benefício concedido ao terceiro. O autor explicita que, para “que o beneficiário adquira o direito, não se exige que interceda entre o contrato e a aquisição qualquer acto deste. O direito é criado e atribuído pelo contrato, entrando, por efeito deste, na esfera jurídica do terceiro. É neste sentido que se afirma que o contrato a favor de terceiro constitui uma limitação ao princípio da relatividade dos contratos. O beneficiário, embora estranho ao contrato, não tendo intervindo na sua formação, adquire um direito por força dele”, “Autonomia contratual e Contrato a favor de terceiro”, *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, ano 1, n.º 1, Julho, 1982, p. 103. É este efeito *directo* entre a vontade contratualmente expressa e a mutação da extensão dos poderes jurisdicionais do julgador que, como melhor se explicitará em texto, entendemos não ser de reconhecer às convenções de prova. LEITE CAMPOS sublinha ainda, por referência à remissão de dívida, que, se quando esta tem lugar nos termos previstos no art. 863.º do Código Civil (mediante a celebração de contrato entre credor e devedor), pressupõe o consentimento do devedor, se prescinde de tal anuência quando, nos termos previstos no art. 443.º, n.º 2 do Código Civil, decorra de contrato celebrado em favor do terceiro devedor, *Contrato a favor de terceiro*, Almedina, Janeiro, 2009, pp. 43 e ss.. Não obstante a natureza necessariamente favorável dos efeitos que, para o terceiro, decorrem deste segundo tipo de negócio jurídico, nem sempre a adesão, na prática, a este tipo comercial se revela intensa, quando, sob uma perspectiva diacrónica, se perspetive a sua mobilização, como veículo operativo da vontade, no comércio jurídico. O autor associa a maior ou menor receptividade do sistema jurídico à figura do contrato a favor de terceiro, ao contexto ideológico em que aquele sistema se encontra integrado: “A

hipótese, e desfavorável (porque limitadora ou oneradora da esfera jurídica deste terceiro), na segunda.

Relevará, a este propósito, a distinção<sup>196</sup> *entre* a afectação da actividade processual do juiz, *uma vez* celebrada e feita valer no processo a convenção de prova e a afectação de actividade processual do juiz *pela* convenção de prova feita valer em juízo, sendo a primeira formulação a que se nos afigura adequada no presente contexto, com o que se dissocia o problema da *restrição* dos poderes do juiz, em sede de prova do problema do *âmbito de eficácia subjectiva* das convenções de prova. Donde a circunstância de os poderes de iniciativa probatória do juiz serem objecto de restrição não significa que tal efeito tenha sido provocado *pela* convenção de prova, hipótese em que o decisor se incluiria no âmbito subjectivo de eficácia do pacto.

É verdade ser *na sequência* da alteração do conteúdo normativo supletivo, a que as partes convencionalmente procedem, que se verificam os efeitos vinculativos, acima referidos, relativamente ao estatuto processual do juiz, em sede de prova, em qualquer das feições em que este aí intervenha. Tanto é, porém, diferente de afirmar que a convenção de prova constitui a *fonte jurídica* da associação do terceiro aos seus efeitos restritivos. A concordância com esta asserção representaria sustentar que as partes celebrariam acordo *limitador* da posição jurídica de terceiro, quando tal hipótese se configura, nos termos gerais, teoricamente inadmissível, não se encontrando, em concreto, suporte normativo que permita fundadamente suportar o inverso.

Razão por que, em conformidade com o regime geral, entendemos que as partes celebrantes de convenção de prova se limitam a, por essa via, alterar as regras processuais relativas à prova, no sentido da restrição dos meios de prova *por si* (partes) releváveis na instância, produzindo o acordo, em consequência, efeito de mutação (em sentido restritivo) do regime jurídico processual, relativo à iniciativa probatória *das partes*.

## (2) Modo de operatividade da restrição

A qualidade em que o juiz desenvolve a sua actividade processual não é indiferente, porém, à circunstância de ter sido celebrada convenção de prova, quando tal pacto venha a ser invocado, em juízo, por uma ou ambas as partes. Tais reflexos

---

dificuldade em admitir que alguém tenha interesse em contratar em benefício de outrem é uma maneira de ver dos sistemas de base individualista, como os Códigos Civis francês de 1805, italiano de 1865 e português de 1867 [o autor refere-se à versão inicial deste código, sublinhando, mais à frente, a alteração àquela introduzida pelo Decreto n.º 19.126, através da qual se introduziu, em parágrafo adicionado ao art. 646.º, previsão relativa aos contratos a favor de terceiro]. A compreensão de que o benefício alheio pode representar, sob o ponto de vista social e individual, tanto ou mais do que a vantagem dirigida directamente ao próprio, é constante nas fontes de direito social”, *ob. citada*, p. 98.

<sup>196</sup> Cujas importâncias havíamos referido, em b.1.3.1., vir a assumir relevo em momento posterior.

verificar-se-ão, em dois contextos diferentes,<sup>197</sup> de modo não integralmente coincidente.

### 2.a. Atenemos no *primeiro contexto* discernível.

Impendendo, sobre o decisor, a incumbência de, no exercício da actividade jurisdicional, cumprir e fazer observar, na acção, as regras que determinam o padrão a respeitar no desenvolvimento da actividade processual, impõe-se-lhe o dever de tornar operativas e respeitadas, na lide, as regras, criadas, pelas partes, em válida substituição dos critérios normativos supletivos (o que explica o condicionamento da sua actividade, enquanto *decisor e guardião*). Beneficiando, o regime criado por aquelas (partes), do mesmo carácter vinculativo, de que beneficiava o regime jurídico derogado, passa a ser aquele o padrão regulador da instância e, conseqüentemente, o critério, dotado de igual carácter vinculativo, em função do qual os sujeitos processuais (designadamente o juiz) actuam. Porque assim, se, segundo a regra vigente (por força da convenção) na instância, não é dado às partes mobilizar determinado meio de prova, cumpre, ao juiz, em obediência a tal critério (o único quanto a tal aspecto regente da actividade processual, na concreta acção em causa, porque substitutivo do regime subsidiário), não admitir requerimentos de prova, cujo teor se revele em conflito com aquela regra. Tendo, a lei aplicável, sido, validamente, substituída por regime fruto de auto-regulação das partes, será, este último, o critério regulativo relevante para efeitos decisórios.<sup>198</sup>

A circunstância de o *juiz* actuar em conformidade com este padrão decorre, pois, da circunstância de este corresponder ao critério que passou a ser o regulador da instância,<sup>199</sup> atento o facto de o sistema jurídico atribuir, às partes, a prerrogativa de definirem (em autodeterminação reguladora exercida em convenção de prova) as regras por que se pauta a *sua* (das partes) actividade na instância.<sup>200</sup>

---

<sup>197</sup> Acima distinguidos, na Parte I.

<sup>198</sup> Tanto, em conformidade com o previsto no art. 203.º da Constituição, nos termos do qual deve, o tribunal, enquanto órgão independente, proferir decisão, tomando, por padrão, a lei, sendo que, como notam Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, esta “designa não apenas as leis em si mesmas (art. 112.º - 1.º) mas também todas as demais normas que constituem a ordem jurídica...” [Vd., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II (arts. 108.º a 296.º), 4.ª Edição, Revista, Coimbra Editora, 2010, pp. 514 e 515. Os autores explicitam, a este propósito, que “a vinculação dos juízes à lei implicará mais do que a mera vinculação ao princípio da legalidade, concebendo-se esta vinculação com a referenciada aos princípios materiais informadores da ordem jurídica constitucional materialmente legitimada”. Notam, ainda, que a exclusividade da referência literal à lei (e não também ao direito) se compreende na medida em que a opção por menção no sentido da “**vinculação do juiz à lei e ao direito**”, no entendimento tradicional, poderia sugerir que o órgão que cria a lei (o legislador) não estaria (ou poderia não estar) vinculado ao direito, o que contrariaria a vinculação ao princípio da constitucionalidade (onde se precipitam os princípios judiciais transportadores da legitimidade material da ordem jurídico-constitucional)”.]

<sup>199</sup> Que não, de modo imediato, da celebração da convenção de prova.

<sup>200</sup> De sublinhar, pois, a distinção entre o momento criativo e o momento operativo do novo regime processual (de fonte convencional). O conteúdo convencional é absorvido, no processo, enquanto informação representativa de regime, neste vinculativo, apenas após invocação do pacto e subsequente

Em sequência: por convenção, *cria-se* regime relativo aos poderes *das partes*; esse regime *transforma-se*, mediante invocação do acordo na instância (complementada por decisão jurisdicional de aceitação por se revelarem cumpridas as condições de validade legalmente impostas), *em* regime processual nela vigente e, adquirida essa qualidade, necessariamente, *em* padrão de actuação do juiz, que alterará o seu agir, na lide, em função da modificação do regime processual a que houve lugar. Uma vez operada tal modificação, nesse particular sector normativo (meios de prova releváveis, no processo, pelas partes), continua a ter lugar, nos *momentos processuais sucessivos*, a aplicação das *demais normas adjectivas* vigentes (não objecto de alteração pelas partes), a que o juiz (também em conformidade com o previsto no art. 203.º da Constituição) continua a dever obediência, nos termos gerais. Essas constituem, em conjugação com o regime jurídico processualmente vigente, cujo teor corresponde ao fruto de auto-regulação das partes (manifestação, esta, de uma das dimensões que BETTI distingue, no âmbito da autonomia privada)<sup>201</sup>, a base legitimadora para que o decisor *não* admita (não obstante constantes de requerimento de prova) meios de prova cuja mobilização processual tenha sido convencionalmente excluída; para que *não* considere, na decisão da matéria de facto controvertida, meios de prova, objecto de restrição convencional que indevidamente tenham sido produzidos ou juntos ao processo e para que *prive* de efeitos os actos praticados em dissonância com tais critérios.<sup>202</sup> Assim se garante operatividade, quer ao fim *imediato* prosseguido pelo legislador, quando concebe o art. 345.º do Código Civil (assegurar a auto-regulação adjectiva das partes, em sede de meios de prova), quer ao fim *imediato* visado pelas partes, quando celebram a convenção de prova (exercer aquele tipo de autodeterminação).

(2.b.) Consideremos, agora, o *segundo contexto* discernido, no que concerne à actuação processual do decisor, em sede de prova.

---

confirmação da validade deste por decisão do juiz. Perdendo, então, o cariz de teor meramente negocial, assume, na instância, a qualidade de padrão nela regente e, assim, o estatuto de critério norteador do agir processual das partes e do tribunal.

<sup>201</sup> Depois de discernir entre a autonomia privada enquanto fonte de normas “destinate a far parte integrante dello stesso ordine giuridico che la riconosce, appunto, come fonte di diritto subordinata e dependente”, da autonomia privada enquanto “presupposto e causa generatrice di rapporti giuridici già disciplinati, in astratto e in generale, dalle norme di esso ordine giuridico”, BETTI observa que “l’autonomia privata configura un autoregolamento, ma per di più un regolamento diretto, individuale, concreto di determinati interessi propri per opera degli stessi privati interessati. *Fra l’interesse regolato, il potere e la volontà regolatrice (questo è il punto caratteristico) vi è qui immediata coincidenza: perche sono interesse, potere e volontà delle stesse persone*” (itálico nosso), *Teoria generale del negozio giuridico*, terza ristampa corretta della seconda Edizione, Torino, Utet, 1960, pp. 46 e 47.

<sup>202</sup> No âmbito do círculo de normas, de carácter geral (fruto de hetero-regulação adjectiva), que se conservaram inalteradas e a que, assim, se dá também cumprimento, se incluem, assim, a título de exemplo, aquelas de que resulta haver lugar a nulidade processual em caso de “prática de um acto que a lei não admita”, “quando a irregularidade cometida puder influir no exame ou decisão da causa” (cfr. art. 195.º, n.º 1 do Código de Processo Civil), bem como as relativas às consequências da anulação de um acto processual (cfr. art. 195.º, n.º 1 do Código de Processo Civil, nos termos do qual quando “um acto tenha de ser anulado, anulam-se também os termos subsequentes que dele dependam...”). Estes os suportes normativos para anular, quer os actos praticados em desconformidade com o regime instituído na sequência da celebração e invocação de convenção de prova, quer aqueles outros, a estes subsequentes e dos mesmos dependentes.

Quando, na sequência da invocação processual da convenção e absorção do seu conteúdo, no processo, como regime neste vigente e vinculativo, o juiz pondere acerca da possibilidade de ordenar, oficiosamente, a produção ou junção de meio de prova, objecto de restrição convencional, depara com a regra constitucional, acima mencionada, nos termos da qual deve obediência à lei. Ante esta, move-se entre dois pólos: o correspondente ao princípio do inquisitório<sup>203</sup> (nos termos do qual dispõe dessa faculdade) e o correspondente à norma constante do art. 345.º do Código Civil; norma a cuja mobilização (pelas partes) subjaz o intuito de prossecução de dados fins (fins mediatos da convenção de prova) e a cuja concepção (pelo legislador) subjaz o intuito de permitir a prossecução desses fins (*mediatos*) visados pelas partes.

Quando a actuação, em conformidade com o primeiro pólo (ordenando a produção ou junção do meio de prova em causa) possa conflitar com o segundo (por fazer perigar os fins, cuja realização a este preside), cumpre estabelecer relação de prioridade entre ambos, sendo que, atenta a sua natureza especial, o segundo prevalecerá sobre o primeiro; preferência conducente a conclusão no sentido da restrição dos poderes de iniciativa probatória do juiz. Esta encontra, assim, fundamento, na normatividade de fonte legal (que não na convenção) e, adentro desta (diferentemente do que sucede no âmbito do primeiro contexto considerado), assenta, de *modo directo*, na norma reguladora das convenções de prova, em ordem a assegurar a realização da teleologia mediata, que a esta preside.

Diversa é, nesta medida, a causa directa geradora da restrição dos poderes de promoção oficiosa da prova e, assim, de conformação restritiva dos poderes do juiz, quando perspectivado sob a feição de actor, em sede de prova. Nesta hipótese, a fonte não é a *obediência* às regras adjectivas substitutivas do regime processual supletivo ou seja, não é (como no enquadramento relevante em 2.a.) a *vinculação* ao regime jurídico regulador da instância (convencionalmente instituído) no que diz respeito aos poderes processuais das partes, relativamente aos meios de prova por estas convocáveis, nem as demais regras em geral (isto é, em todas as circunstâncias, independentemente de haver ou não lugar à celebração de convenção de prova) regentes do agir processual do juiz. Não é, identicamente (como o não é, também, no primeiro contexto), o pacto de prova celebrado, facto jurídico mediante o qual as partes negocialmente conformam os *seus* poderes processuais. Antes a própria norma previsora e reguladora da possibilidade de celebração de convenções de prova, cujo cumprimento teleológico impõe o cumprimento do escopo convencional; escopo cuja realização por sua vez pressupõe a limitação dos poderes do juiz, enquanto promotor da mobilização processual de meios de prova.

A causa *imediata* geradora da restrição, sob este plano, dos poderes do julgador é, em suma, a preservação da efectiva utilidade da previsão normativa reguladora das convenções de prova.<sup>204</sup>

---

<sup>203</sup> Cfr. art. 411.º do Código de Processo Civil.

<sup>204</sup> Preservação que (como *supra* observado no corpo do texto) pressupõe a congruência de conduta do ente concessor da possibilidade de celebração de convenções de prova (o Estado, simultaneamente legislador e resolutor do conflito), o que implica que, na segunda qualidade, não pratique actos susceptíveis de comprometer a relevância prática de garantias por si proporcionadas, na primeira

É a teleologia da norma em causa, o fundamento de tal repercussão, pelo que esta encontra a sua base no próprio sistema jurídico, como forma de garantia da coerência e eficácia deste, que não no acordo de prova. A celebração da convenção (de prova) constitui tão só circunstância que necessariamente antecede tal repercussão, na medida em que é ela a fonte dos efeitos jurídicos, cuja produção é determinada por razões (relativas às partes) cujo cumprimento se pretendeu normativamente tutelar; cumprimento, cuja verificação *pode* implicar a extensão *legal* de tais efeitos restritivos à pessoa do decisor. Sendo esta (repercussão) um imperativo da efectividade de funcionamento do sistema normativo, é dele que flui o *reflexo* do efeito vinculativo das declarações das partes modificadoras do regime processual.

(3) Acordo vinculativo para terceiros ou com efeitos (normativamente) repercutíveis em terceiros?

Na sequência da celebração da convenção nascem, assim, em qualquer um dos contextos,<sup>205</sup> efeitos para sujeitos terceiros, relativamente ao pacto celebrado. Não, porém, porque o juiz (terceiro) esteja envolvido no âmbito subjectivo da convenção de prova. O mesmo é dizer – não tomando por *facto jurídico constitutivo* de tal efeito restritivo o regime de prova convencionalmente construído pelas partes. Este efeito surge por via indirecta, relativamente ao pacto. Quando tal efeito seja explicitado pelas partes no teor convencional, a sua produção, a cumprir-se, não tem por causa a referida menção; a sua não produção não deixa, por outro lado de se verificar, quando não justificada tal restrição, por haver lugar a tal previsão.<sup>206</sup>

---

qualidade. E porque tal comprometimento não se verifica em todas as hipóteses em que haja lugar a celebração de convenção restritiva de meios de prova, a restrição de poderes do hetero-resolutor actor só se verificará, como acima apurado, quando a mobilização oficiosa dos meios de prova, objecto de restrição convencional relativamente às partes se revele incompatível com a possibilidade de realização do fim pactício e, em consequência, do fim normativo. Tal efeito restritivo constitui, assim, *decorrência legal da previsão normativa* da possibilidade da celebração de convenções de prova, *na medida em que* o efeito útil desta normatividade pressuponha que aquela restrição se verifique

<sup>205</sup> Enunciados em (2.a.) e (2.b.) do ponto anterior.

<sup>206</sup> Razão por que, como acima antecipado, mesmo quando a afectação do sujeito jurídico terceiro (juiz), pelos referidos efeitos restritivos, possa coincidir com a vontade das partes e esta se possa manifestar no texto convencional, não encontra nela o seu fundamento; antes na circunstância de, fazendo o decisor parte (como sujeito processual) da unidade jurídica em que o processo se traduz, se encontrar legalmente vinculado à observância das regras norteadoras do funcionamento deste (e essas serão, no âmbito da prova, as definidas pelas partes, mediante válida celebração de convenção de prova, quanto ao tipo de meios de prova por estas releváveis), cumprindo-lhe desenvolver a sua actividade de controlo e de decisão em conformidade com tal padrão regulativo e segundo a teleologia que justifica, tanto este padrão, como a permissão normativa no sentido de que o mesmo possa ser implementado, por via negocial (acordo de prova). O que significa, em suma, que os poderes do juiz *não* se restringem (quando se restringem) porque as partes assim o queiram (e ainda que declarem que assim deve suceder), isto é, em virtude da vontade destas (o mesmo é dizer, tendo esta por fonte de tais efeitos), mas porque tanto é necessário para que o escopo que aquelas prosseguem com a disposição que convencionalmente

Invocação processual da convenção e condicionamento dos poderes do julgador correspondem, assim, a momentos que não se confundem, antes sendo, quanto a tal aspecto, o primeiro sucedido pelo segundo, a significar que a primeira (invocação) não é a causa genética do segundo (condicionamento). O terceiro integrava já o contexto jurídico em que o processo se traduz (bem como a relação jurídica processual, em que as partes se incluem), encontrando-se, por essa razão, por imposição normativa constitucional, vinculado aos critérios jurídicos (legais ou convencionais) que regem tal enquadramento. Não são as partes que convencionalmente o associam à relação jurídica que as une; tal associação pré-existe (relativamente ao momento em que a convenção de prova se torna eficaz, na lide) e encontra-se normativamente regulada.

O objecto da convenção são, pois, os critérios regentes do funcionamento do processo, que diz respeito à possibilidade de mobilização de meios de prova *pelos partes*. É este (o regime a elas relativo, no quadro do processo, enquanto realidade jurídica que, representando mais que uma relação jurídica, constitui contexto jurídico em que se enquadram sujeitos e relações jurídicas diversas e em que há lugar a troca informativa com o exterior – quer através de absorção de informação, observável, designadamente, em sede de produção de prova, quer através da emissão de informação, aquando da prolação de decisões – e que se mantém – mutável, embora, na sua conformação subjectiva, objectiva e regulativa<sup>207</sup> – até prossecução do fim que justifica a sua existência – prolação de decisão final, idealmente extintiva do litígio) o imediato alvo do acordo em causa.

Permitindo, a ordem jurídica, que se altere, por via convencional, o padrão regente dessa realidade uma, reflexamente se atingem (atenta a conexão *normativa* estabelecida, no plano adjectivo, entre os sujeitos, mediante regulação da relação jurídica processual, nos termos da qual às partes cumpre agir segundo dados parâmetros e ao juiz verificar se tal comportamento conforme se verifica, bem como decidir em consonância com o regime que de tais regras resulta e actuar, em termos sistematicamente coerentes) todos os que a integram e cuja actividade, relacionando-se com a dimensão processual objecto do pacto celebrado, implica observância daquele padrão ou importa consequências ao nível da possibilidade de realização da

---

prevêem, e cujo cumprimento a norma legal visa permitir, se possa cumprir. Não tem, assim, tal restrição, a convenção de prova por facto jurídico gerador. A circunscrição não decorre da volição que convencionalmente as partes manifestem, representando, diferentemente, consequência da necessidade de, viabilizando a realização dos fins que presidem à celebração do negócio jurídico, em causa, conferir operatividade à razão de ser da norma que, admitindo a possibilidade de celebração deste tipo de convenções de prova, concede a possibilidade de exercício da autonomia privada, neste domínio. Donde, em simetria, resulta que, caso a realização do objectivo visado pela estipulação das partes, não fosse, em abstracto, ou não se revele, em concreto, susceptível de ser prejudicada pelo exercício dos poderes oficiosos do decisor, não se verificaria, ou não haveria lugar, a compressão dos poderes deste, no plano da iniciativa de prova, ainda que a vontade das partes se revelasse, ou revele, de sentido inverso. O efeito restritivo necessário à congruência do regime jurídico não carece, em tal circunstância, de se verificar.

<sup>207</sup> A celebração da convenção de prova representa fonte de mutação regulativa.

finalidade subjacente à previsão legal de possibilidade de celebração de convenções de prova.<sup>208</sup>

Incluindo-se na categoria geral dos contratos (quando tomado o conceito em sentido amplo) cujos efeitos se repercutem em terceiros, esta modalidade de convenção de prova não se confunde, porém, com figuras igualmente incluíveis nessa classe negocial, designadamente com os contratos a favor de terceiro, com prestação por terceiro, a cargo de terceiro, ou com os contratos para pessoa a nomear.

Se todas têm em comum a circunstância de os efeitos por elas produzidos se virem a repercutir na esfera jurídica de terceiros, distingue, a convenção de prova, das demais, o tipo de estraneidade deste *terceiro*, bem como a *fonte* e a *natureza* dos efeitos repercutidos na esfera deste.

Se na convenção restritiva dos meios de prova, o *terceiro* é estranho, relativamente ao pacto, mas não à realidade jurídica (processo) que por via daquela se regula, nas demais figuras o terceiro em causa é absolutamente alheio ao objecto de regulação, sendo a conexão estabelecida pelo próprio contrato.

A associação do terceiro aos efeitos jurídicos dimanados do pacto celebrado entre as partes decorre, na segunda hipótese, do contrato celebrado<sup>209</sup> e, na primeira hipótese, da lei.<sup>210</sup> Donde a *fonte* de repercussão dos efeitos gerados pelo contrato na esfera jurídica do terceiro radica, na primeira hipótese, na norma e, na segunda hipótese, na autonomia privada exercida convencionalmente.

Os efeitos restritivos, modificadores (relativamente às partes) das regras processuais, ao nível da prova, resultam da convenção de prova, quando o teor desta venha a consubstanciar-se em regime processual uma vez invocada e processualmente reconhecida a validade do pacto em causa. A repercussão desses efeitos ao nível da actividade do juiz (repercussão *necessária*, enquanto terceiro guardião e decisor e *possível*, enquanto sujeito processual actor, em sede de prova) decorre da normatividade (*definidora* das regras em função das quais o terceiro desenvolve a sua função processual e *conformadora* da relação jurídica processual em que este se integra).

---

<sup>208</sup> Os efeitos produzidos na sequência da celebração de convenção restritiva de meios de prova, pelas partes, podem alcançar, não apenas as respectivas esferas jurídicas, como ainda a esfera jurídica de sujeito processual delas distinto. Esta imbricação (verificada na sequência da celebração da convenção de prova) entre poderes processuais das partes e poderes processuais do juiz, tornando notório que a operatividade prática da restrição dos primeiros pode estar dependente da restrição dos segundos, sublinha, simultaneamente, a particularidade da relação processual. Aquela correlação implicativa constitui, na verdade, reflexo da trilateralidade da relação jurídica em causa. A dimensão puramente relacional não condensa a complexidade que o facto jurídico em que o processo se traduz representa. Constituindo, porém, realidade jurídica (também relacional) subjectivamente plural, a alteração das normas (relativas a alguns dos seus sujeitos) que a rejam, pode ter implicações (determinada pelo funcionamento da própria estrutura normativa regente dessa rede relacional) no estatuto (processual) de outros sujeitos jurídicos que dela fazem parte.

<sup>209</sup> Recorde-se a observação de LEITE CAMPOS, acima referida, e para que ora remetemos, porque também aqui relevante, como então havíamos referido.

<sup>210</sup> Pelas diferentes vias *supra* notadas no corpo do texto.

Porque assim, e desde que validamente celebrada a convenção de prova, não releva (para efeito de determinação da repercussão das consequências convencionais, no âmbito da esfera do terceiro – juiz) a *natureza* (ampliativa ou diminutiva) dos efeitos dela decorrentes, ocorrendo (tal repercussão) mesmo se (como no âmbito da convenção, que ora se considera) restritivo o carácter destes (efeitos).<sup>211</sup>

Diferentemente, nas hipóteses em que o terceiro é imediatamente associado, por contrato, aos efeitos do pacto a que é estranho, os efeitos repercutíveis na sua esfera jurídica assumirão natureza ampliadora ou favorável.

Sendo embora negócio jurídico, cujos efeitos se reflectem em terceiro a ele alheio, a convenção de prova constitui o facto jurídico gerador dos *efeitos repercutidos*, mas não da *repercussão dos efeitos*. É produtora de consequências que condicionarão a actividade de terceiros, mas não é a causa jurídica produtora desse condicionamento: integrando o complexo de actos determinantes da mutação do regime processual (celebração da convenção, invocação e aceitação desta em juízo), não é, porém, o facto que determina que essa consequência se reflecta no universo do decisor.

Este é por tal consequência (transformação do regime processual) afectado, na medida em que integra a unidade processual e em que deve desenvolver o seu múnus em consonância com as regras jurídicas àquela aplicáveis.

Em síntese, as convenções de prova representam forma de exercício da autonomia privada, no plano adjectivo, através da qual as partes praticam acto que constitui pressuposto jurídico da alteração do regime processual, quanto à dimensão, do regime da prova, a que respeitam.

Derrogadas, em modo compatível com autorização comunitária, as normas adjectivas a que as partes se encontram supletivamente adstritas, cabe, à mesma comunidade, na pessoa do juiz, actuar e decidir em conformidade com o regime processual instituído, bem como segundo as demais regras em que se analisa o sistema jurídico, cuja normatividade se aplica.

Os contratantes são, pois, autores do *teor* em que se consubstanciará a conformação do *seu* estatuto processual (caso<sup>212</sup> tal conformação venha a ter lugar), não da modificação do regime processual (essa verificada apenas aquando da prolação, pelo juiz, de decisão no sentido da validade e eficácia da convenção de prova previamente invocada, na acção, pelas partes), nem da repercussão das consequências que essa alteração implica no estatuto do sujeito processual (juiz) que assume a qualidade de terceiro, relativamente ao pacto e às partes.

---

<sup>211</sup> Referimo-nos ao carácter restritivo ou ampliador e não à natureza favorável ou desfavorável, dado que, estando em causa terceiro, cuja posição no processo não contende com o domínio pessoal da sua esfera jurídica, mas com a dimensão pública da actividade que exerce, enquanto representante do Estado, no âmbito jurisdicional, a natureza dos efeitos repercutidos não lhe é benéfica ou prejudicial, antes expansiva ou constrictora dos seus poderes processuais.

<sup>212</sup> Se invocada e admitida, a convenção, na instância.

A convenção representa, nesta medida, tão só, forma de as partes determinarem a conformação do seu estatuto processual, não lhes sendo dado interferir, por via negocial, na delimitação do âmbito dos poderes jurisdicionais do juiz, em sede de prova.<sup>213</sup>

A convenção restritiva de meios de prova assumirá, por princípio, atento o exposto, a feição negocial de acordo, enquanto decisão conjunta das partes, no sentido da alteração das regras a que a sua actividade processual se encontra subordinada - as partes emitem declarações de vontade, de comuns conteúdo, sentido e direcção, no sentido da limitação dos meios de prova por si processualmente releváveis; declaração que significa também a instrumental renúncia abdicativa, por cada uma delas, aos direitos em que a possibilidade de recurso àqueles meios de prova se consubstancia e cuja operatividade pode implicar, reflexamente (sem ter, assim, por fonte jurídica o acordo), a limitação, mais ou menos extensa (consoante a necessidade de verificação de tal circunscrição para cumprimento dos fins almejados pelas partes com a celebração da convenção de prova e, assim, também dos fins normativos), dos poderes de promoção probatória do juiz (sujeito alheio ao acordo, mas integrante da realidade jurídico-processual regulada). Terceiro, cuja actividade processual sempre obedecerá, enquanto guardião e decisor, ao teor das regras processuais, cuja conformação foi determinada por convenção das partes.

Em nenhuma das hipóteses consideradas, o referido reflexo na actividade jurisdicional tem por causa genética a convenção de prova, pelo que se justifica a autonomização deste tipo de negócio jurídico, relativamente a categorias contratuais dotadas desse particular poder jurisdicional.

## *b.2. Convenções ampliadoras de meios de prova*

Atentemos, agora, nas convenções com efeito ampliador de meios de prova.

O problema relativo à natureza desta modalidade de convenções de prova (constitutivas) será antecedido pelo tratamento de duas outras questões, que lhe estão associadas: a que se relaciona com o apuramento do sentido a atribuir ao

---

<sup>213</sup> Como decorre do referido em texto, o facto de se concluir que, uma vez celebrada convenção de prova, o juiz pode ver restringidos os seus poderes de iniciativa probatória não equivale a afirmar que aquela represente acordo vinculativo para terceiro, em virtude de não ser a fonte geradora da conexão entre os efeitos jurídicos restritivos, que contempla e o terceiro (juiz) nela não interveniente. Tanto não invalida, porém, que o acordo assumia importância, no contexto de tal repercussão de efeitos: *quer* enquanto fonte de concepção de alguns dos efeitos que se vêm a repercutir, por via normativa, na esfera do terceiro, *quer* enquanto fonte proporcionadora de informação relevante para apuramento do fim mediamente motivador da celebração da convenção (elemento decisivo, como acima observado, aquando da indagação acerca da necessidade de restrição dos poderes do juiz sob as vestes de actor, em sede de prova, como condição necessária à produção dos fins mediatos visados pelas partes, quando optam por exercer, em termos legalmente suportados pela norma previsora das convenções de prova, a faculdade de auto-regulação adjectiva por esta concedida).

carácter ampliador e a que diz respeito às repercussões dos efeitos decorrentes da celebração deste tipo de pacto, no plano da posição processual do decisor.

*b.2.1) Convenções inovadoras e convenções ampliadoras*

Também por intermédio destas convenções de prova (ampliadoras) se cria regime processual de conteúdo diverso do legalmente previsto, gerando regras condicionadoras da intervenção processual das partes em sede de prova.

À semelhança do que se apurou suceder no âmbito das convenções restritivas de meios de prova, as partes alteram, em exercício do poder de auto-regulação adjectiva, que lhes é normativamente concedido, o concreto modelo processual aplicável. Tal condicionamento é, porém, na presente hipótese, na expressão legal, de sentido *ampliador*.

Atendendo ao sentido puramente literal deste segmento da norma, dir-se-ia que, nesta modalidade convencional (e contrariamente ao que acontece na hipótese anteriormente considerada), a manifestação de exercício da autonomia privada, consistente na celebração de convenção, se reflectiria, no plano dos poderes processuais, na expansão do perímetro de liberdade da actividade susceptível de ser desenvolvida pelas partes, em sede de prova. Se, pelas convenções restritivas, se exclui a possibilidade de mobilização de certos meios de prova, eliminando-se o acesso à possibilidade de prática relevante de determinados actos processuais, com as convenções ampliativas criar-se-ia, uma vez exercido o direito potestativo de invocação processual do pacto, a possibilidade de as partes darem continuidade ao exercício da sua autonomia, no campo processual, praticando, na pendência da lide, actos (acrescidos relativamente aos praticáveis, segundo o regime supletivo) de requerimento e produção de meios de prova, cuja admissibilidade é fruto da convenção.

Implicando, a convenção restritiva, um fechamento de oportunidades, a segunda (convenção ampliadora) comportaria a abertura de novas vias de pronúncia justificativa, em acrescida efectivação do poder de autodeterminação processual. Poder a exercer mediante prática de actos processuais tradutores da opção pela execução do convencionalmente tornado possível.

A convenção constituiria, assim, pelo aumento do quadro de *utensilia* disponíveis, via de concessão da possibilidade de *exercício mais amplo*, pelas partes, dos *poderes processuais* que supletivamente *lhes assistem, em sede de prova*.

Importa, porém, reflectir mais detidamente, em ordem a apurar o exacto alcance em que este efeito deve ser compreendido.

Quando textualmente se distinguem, no plano normativo,<sup>214</sup> dois subtipos de convenções relativas a meios de prova<sup>215</sup> entre convenções ampliadoras e convenções restritivas de meios de prova, discerne-se uma área *mais* e uma área *menos*.<sup>216</sup>

Qualificando, transitoriamente, como ampliadoras, as convenções integráveis na área *mais*, indaga-se: terá de crescer, ao efeito convencional *inovador*, um efeito *augmentativo* do número de meios legais de prova de que as partes passam a dispor, para que a convenção se possa integrar na referida área *mais*? Trata-se de aumento ou ampliação relativamente a quê? Qual o centro de referência da qualificação? A equivocidade da expressão torna-se mais clara, quando se procura discernir o critério distintivo a adoptar.

Façamo-lo.

Deverá esse critério ser o *número de meios de prova de que as partes passam a dispor depois de celebrada a convenção*, relativamente àquele de que dispunham em momento anterior a esta?

Quando assim, não seria qualificável como ampliadora a convenção em que, prevendo-se um meio de prova não constante do catálogo legal, simultaneamente se eliminasse um outro (meio de prova) deste constante (mantendo-se o número total de meios disponíveis).

Tal convenção não se enquadraria, então, em nenhum dos domínios classificativos. Mantendo-se a dimensão quantitativa, não representaria convenção ampliadora, nem restritiva. Não se vislumbram, porém, razões para excluir a admissibilidade de válida celebração deste tipo de convenção.

Afigura-se, nos termos que *infra* mais detidamente exporemos, que o preenchimento da condição consubstanciadora deste critério representa pressuposto de verificação suficiente, mas não necessária, para inclusão das convenções de prova na referida área *mais*.

Constituirá, em alternativa, critério adoptável o do *aumento das tipologias probatórias constantes do catálogo legal geral*?

---

<sup>214</sup> Art. 345.º, n.º 2 do Código Civil.

<sup>215</sup> Convenções em que se excluem meios de prova legais e convenções em que se admitem meios de prova diversos dos legais.

<sup>216</sup> Cumpre observar que o que frequentemente se qualifica como novo meio de prova não é senão meio de prova já legalmente previsto, cuja *produção* passa, em virtude do regime convencional, a obedecer a regras diversas, determinadas pelas partes, em derrogação dos critérios legalmente previstos. Trata-se de matéria que *infra* mais pormenorizadamente exporemos, importando, por ora, reter apenas que, quando assim, estará em causa a mera substituição de regime legal a que certo meio de prova obedece (no que concerne à produção de prova) por regime convencional, mediante alteração das normas que regem a actividade de produção de meio de prova típico, que não a previsão de novo meio de prova, pelo que configura hipótese excluída do âmbito das convenções ampliadoras dos meios legais de prova (as partes prevêm regime processual inovador, quanto à forma como a actividade de prova decorre – no âmbito de um particular meio de prova ou dos meios de prova em geral-, não novos meios de prova).

Se adoptado este critério, não representaria convenção ampliadora<sup>217</sup> aquela em que se previsse como processualmente convocável presunção não contemplada na lei. A tipologia das presunções jurídicas integra, na verdade, o elenco legal, sendo que, na convenção de prova que ora se considera, há apenas lugar a previsão de particular concretização daquela categoria tipológica. O pacto em causa não configuraria também, por outro lado, convenção restritiva, por não reduzir a diversidade do elenco legal de bases densas de decisão, pelo que não se incluiria em nenhuma das valências classificativas.

Como adiante explicitaremos, o cumprimento de tal critério é condição suficiente, mas não necessária, para inclusão das convenções de prova na área *mais* a que aludimos.

Excluído também este critério, equaciona-se: constituirá critério o do *aumento do número de meios de prova* (considerados, quer enquanto categoria geral, quer nas suas hipotéticas manifestações concretas) *constantes da lei*?

Ainda este parâmetro não se revela adequado, na medida em que pode estar em causa a previsão de um meio de prova constante da lei, cujo relevo esteja excluído no que diz respeito a determinado tipo de versões factuais. Não se vislumbram, porém, razões válidas para não qualificar incluir na área *mais*, para efeitos legais, a convenção que considere admissível o recurso a tal meio de prova, enquanto suporte de decisão relativamente a esse particular tipo de factos controvertidos.

Por outro lado, e quando assim não se entendesse, tomando, ao invés, por adoptável o critério que vimos de referir, também esta convenção não seria qualificável, como ampliadora, nem como restritiva, deixando de se poder enquadrar no âmbito dos dois pólos (ampliação e restrição) envolvidos na qualificação em apreço.

O preenchimento do pressuposto de qualificação, como ampliadora, da convenção de prova, segundo o critério que se considera, constituirá, nos termos que notaremos, condição também suficiente, mas não necessária, à inclusão de uma convenção de prova, no âmbito da categoria legal das convenções integráveis na área *mais*.

De apurar, ainda, se representa critério adequado aquele nos termos do qual é convenção de prova ampliadora, no contexto legal, que se considera, o pacto de que decorra a possibilidade de *mobilização, quanto a uma determinada versão factual, de um meio de prova que não é, nos termos da lei, susceptível de ser relevado, quanto a tal tipo da factualidade*.

O preenchimento desta condição revela-se de verificação *necessária e suficiente* para que uma dada convenção se enquadre na categoria de convenções de prova legalmente qualificadas, como ampliadoras. É essa nota comum a todas as

---

<sup>217</sup> Quando se tome a ampliação por referência às fontes densas de informação susceptíveis de servir de base à decisão da matéria de facto controvertida, que não apenas aos meios de prova, em sentido próprio, na medida em que, como acima pudemos concluir, o fundamento lógico-indutivo não se inclui no âmbito destes, quando tomados em sentido próprio.

hipóteses que dissemos representarem condição suficiente, mas não necessária àquela classificação.

Tanto significa que a convenção, para se integrar na área *mais*, não tem, afinal, de ampliar sob um ponto de vista quantitativo – de aumentar ou acrescer o número de meios de prova. Não tem, assim, de, designadamente, aumentar o *instrumentarium* de meios de prova efectivamente disponível pelas partes, mediante adição de outros meios de prova àqueles que, nos termos da lei, as partes já poderiam mobilizar, relativamente a determinada versão factual controvertida.

Necessário e suficiente é que *inove*, isto é, que proporcione às partes a possibilidade de recorrerem a meios de prova que não poderiam mobilizar caso tal pacto não tivesse sido celebrado – que lhes conceda o acesso a vias de obtenção de informação de que não poderiam dispor caso não tivesse sido celebrada convenção de prova, independentemente de esta inovação assumir ou não impacto numérico. A ampliação em causa assume, assim, natureza qualitativa, nela se tomando por incluíveis as convenções criadoras da possibilidade de recurso a meio de prova não contemplado na lei quanto a uma dada versão factual, independentemente do efeito ampliador, restritivo ou de manutenção, sob o ponto de vista quantitativo, dos meios de prova que, na sequência da celebração da convenção da prova, se tornem convocáveis, pelas partes, na instância em causa.

Nestes termos, se convenção de prova dotada de efeito ampliador, sob o ponto de vista numérico, é convenção com efeito também ampliador sob o ponto de vista da introdução de inovação (razão por que, no exercício de consideração de critérios hipoteticamente adoptáveis que acabámos de desenvolver, se afiguravam ampliadoras, as convenções de prova que preenchessem os critérios de ampliação testados – todos de índole numérica ou quantitativa), convenção introdutora de inovação (e, assim, ampliadora, sob esse ângulo - qualitativo) no que diz respeito a meios de prova não tem de implicar ampliação quantitativa dos mesmos.

Não constitui, assim, nota característica das convenções qualitativamente ampliadoras que as partes passem a poder dispor de acrescido número de meios de prova (quer a nível global, quer tomando por referência os meios de prova supletivos).<sup>218</sup>

---

<sup>218</sup> Se, para além do efeito *inovador*, a convenção produzir efeito *restritivo* do número de meios de prova *legais*, o número *total* de meios de prova, utilizáveis em juízo pelas partes, manter-se-á, aumentará (em efeito *ampliador* quantitativo – global) ou diminuirá (em efeito *restritivo* – global) consoante o número de meios de prova inovadoramente criados pelas partes seja igual, maior ou menor que o número de meios legais de prova por estas também convencionalmente eliminados. A natureza ampliadora das convenções de prova pode, em suma, ser considerada sob uma dupla perspectiva – quantitativa e qualitativa –, havendo lugar a ampliação, segundo a primeira, quando aumente o número de meios de prova (podendo ser múltiplo o critério quantitativo que se tome por padrão, designadamente o que adopte por referência o número de meios de prova legalmente previsto quanto à generalidade dos factos, o número de meios de prova legalmente previsto quanto ao facto em causa na versão factual controvertida que se considere, bem como o número legal de meios de prova, tomando por critério apenas as categorias típicas ou também as suas manifestações concretas).

Na sequência de convenção previsora de novo meio de prova, aquelas podem, ao invés, ficar mesmo *vinculadas* a não fazer uso de outro meio de prova que não o novo, não havendo lugar a acto complementar de livre selecção, na instância, de outro meio que se lhes afigure mais adequado.<sup>219</sup>

Uma mesma convenção de prova pode, assim, ser classificada como ampliadora sob o ponto de vista qualitativo e restritiva sob o ponto de vista quantitativo, como ampliadora sob ambos os pontos de vista ou como não ampliadora sob ambos os pontos de vista.

Sendo este o critério significativo, a contraposição ampliação/restricção encontrará equivalência na distinção a estabelecer entre convenções inovadoras e não inovadoras de meios de prova.

Se o designativo *ampliador* é compatível com critério qualitativo, bem como com critério quantitativo, o designativo *restritivo* só se adequa a critério quantitativo. Quando, diversamente, seja quantitativo o critério relevante, a essa bipartição (ampliação/restricção) corresponderá a distinção entre convenções aumentativas dos meios de prova.<sup>220</sup>

No contexto do art. 345.º do Código Civil, serão, em síntese, ampliadoras as convenções de prova que contemplem meio de prova não previsto na lei quanto a determinada versão factual restritivas as que excluem algum dos meios de prova normativamente previstos.

Relativamente às convenções qualitativamente ampliadoras, ao efeito *inovador* pode somar-se efeito *ampliador* sob o ponto de vista quantitativo, quando, simultaneamente, se não extinga a possibilidade de mobilização de algum dos meios de prova *supletivamente* previstos, quanto à factualidade controvertida em causa.<sup>221</sup>

---

<sup>219</sup> Nesta hipótese, a convenção terá, sob um ponto de vista qualitativo, carácter ampliador ou inovador (porque fonte constitutiva de novo meio de prova) e absolutamente restritivo (porque elimina todos os meios de prova legalmente previstos). Terá, sob perspectiva quantitativa, natureza restritiva, quer no plano global, quer no plano do elenco legal de meios de prova, ainda que no domínio de nicho circunscrito.

<sup>220</sup> Conquanto seja o primeiro o critério relevante no âmbito do art. 345.º, n.º 2 do Código Civil, o critério quantitativo não deixa de assumir relevo, no plano do regime das convenções de prova, como *infra* se observará.

<sup>221</sup> No que, em particular, ao regime das cláusulas contratuais gerais, diz respeito, prevê-se, na al. g) do art. 21.º do D.L. n.º 446/85, de 25 de Outubro (na redacção introduzida pelo D.L. n.º 220/95, de 31 de Agosto), padecerem de nulidade as convenções restritivas de meios de prova, de onde, *a contrario*, se retira serem admissíveis convenções ampliadoras (“São em absoluto proibidas, designadamente, as cláusulas contratuais que:” (...) g) Modifiquem os critérios de repartição do ónus da prova ou restrinjam a utilização de meios probatórios legalmente admitidos”). Atento o central intuito subjacente à norma (tutela do aderente), terá, neste contexto, o legislador tomado por convenção ampliadora de meios de prova aquela (a que acima se aludiu, no corpo do texto, no início do presente ponto) nos termos da qual nos termos da qual a auto-regulação adjectiva desenvolvida por via convencional abriria possibilidades *acrescidas*, cujo efectivo exercício pressuporia a opção, pelas partes, no sentido da mobilização do meio de prova aditado, na sequência de celebração da convenção, aos meios de prova legais. Porque assim, constituirá requisito de validade do pacto de prova que o mesmo assuma natureza ampliadora, quer sob

b.2.2) *Convenção de prova e conformação dos poderes processuais do juiz*

Cumpra entrar no domínio do segundo núcleo problemático a considerar, quanto a esta modalidade de convenções de prova – o do reflexo ou não do efeito ampliador, no plano dos poderes do juiz.

b.2.2.1. Poderes do juiz, enquanto guardião e decisor

Tratando-se de acordo válido, o decisor verá sempre (à semelhança do que se concluiu suceder quanto às convenções restritivas), enquanto guardião e decisor, diferentemente conformados os seus poderes, cabendo-lhe, quando validamente invocada e aceite, no processo, a convenção, prover pela direcção da instância, no sentido de possibilitar a produção do novo meio de prova em causa, bem como considerar, em sede de decisão da matéria de facto controvertida, a informação por aquele proporcionada (prova na sua terceira dimensão). Incumbir-lhe-á também considerar tão-só essa informação (caso o efeito inovador quanto aos meios de prova

---

o ponto de vista qualitativo (beneficiando de natureza inovadora), quer sob o ponto de vista quantitativo (enquanto produtor de efeito aumentativo do número de meios de prova mobilizáveis, mantendo intocados os meios de prova legais). No sentido da inexistência de uma diferença de princípio, mas tão só de grau, entre o escopo visado pelo direito imperativo impositivo de limitações ao exercício da liberdade contratual e o fim, cuja prossecução se pretende alcançar através das regras jurídicas reguladora das cláusulas contratuais gerais, representando, cada um destes domínios, o recurso a diferentes técnicas normativas, através das quais se almeja um mesmo fito: garantia de condições de real liberdade no exercício da autonomia privada, *vd. WAGNER, Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 73. O autor acentua, no mesmo contexto (exprimindo visão que acompanhamos), que, concedendo, o sistema jurídico, relevo à livre manifestação de vontade das partes, enquanto via de realização prática de um sentido próprio de justiça, incumbe, à mesma ordem jurídica, assegurar, simultaneamente, a possibilidade de que tal direito possa ser exercido de modo efectivamente livre. Que a auto-regulação privada possa gerar soluções justas pressuporá, sublinha, que a liberdade e igualdade dos parceiros contratuais intervenientes num sistema concorrencial funcional (*“funktionierenden Wettbewerbsordnung”*) se encontrem verificados, pelo menos, de forma aproximada, *ob. cit.*, p. 72. Nessa senda de pensamento, identifica, também no âmbito processual, o relevo da distinção entre a *imperatividade* determinada por razões de interesse público directo e a *imperatividade* justificada pela necessidade de *especial* tutela de determinados domínios da esfera jurídica privada ou de determinados sujeitos, esclarecendo que através desta última se visa proteger a parte mais fraca, relativamente a estipulações irreflectidas, sob pena de poder haver lugar a um uso do processo pelos meios de poder políticos, sociais ou individuais. O grau de flexibilidade da norma poderá, nota, atento esse critério, tornar-se subjectivamente relativo, de modo a que a imperatividade se circunscreva ao estritamente necessário à prossecução daquele objectivo. O autor exemplifica com o regime jurídico dos pacto de competência, nos termos do qual, após as alterações de redacção introduzidas, em 1974, ao §38, Abs. 1 da ZPO, se passou a incluir, entre as condições de validade, que as partes contratantes sejam comerciantes, pessoas colectivas de direito público ou patrimónios especiais de direito público. Se, nesta hipótese, só perante determinados sujeitos pode haver lugar a “regulação objectivamente adequada ao caso”, já não assim, explicita, no que concerne às normas relativas à personalidade e à capacidade judiciárias, imperativas que são em quaisquer circunstâncias, *ob. cit.*, pp. 74 e ss.

legalmente disponíveis for acompanhado por efeito restritivo absoluto àquele meio de prova).<sup>222</sup>

Quando, em suma, a convenção, validamente celebrada e invocada, assumo carácter inovador<sup>223</sup>, a produção do escopo imediato pretendido pelas partes conduz a que o regime processual, de desenho convencional, tenha sempre repercussões ao nível da actividade processual do juiz, enquanto *guardião* e decisor, obrigado este, que está, à observância das regras jurídicas que rejam a instância (promanam estas de fonte normativa ou convencional, quando, esta última, como na presente hipótese, admissível).

Repercussão que se verifica pelas mesmas vias a esse propósito enunciadas relativamente às convenções restritivas.

#### b.2.2.2. Poderes do juiz, enquanto promotor oficioso da prova

Resta apurar se tais efeitos se reflectem também na actividade do juiz, enquanto *actor* em sede de prova.

##### b.2.2.2.1. Convenções com efeito exclusivamente inovador

Consideremos, em primeiro lugar, as convenções ampliadoras, dotadas de efeito exclusivamente inovador e, portanto, necessariamente aumentativo sob o ponto de vista quantitativo ou numérico.

Diferentemente do que acontece no âmbito do tipo de convenções (restritivas) relativamente às quais *supra* se ponderou acerca do mesmo problema (convenções restritivas puras, em que a restrição não é acompanhada por qualquer inovação e relativamente às quais se sustentou que a reflexa produção de efeitos se deve verificar, quando tanto se revele necessário ao cumprimento dos interesses mediatos visados pelas partes e, assim, à realização do escopo mediato da norma que as viabiliza), a consequência da celebração da convenção (no plano da esfera do sujeito em quem se reflecte a alteração das regras processuais produzida na sequência da celebração e invocação, no processo, da convenção de prova que ora se considera) é de ordem expansiva no que diz respeito ao grau de autonomia ou de liberdade de actuação. A repercussão que dela dimana não é no sentido da criação de impedimento

---

<sup>222</sup> Ou seja, por efeito totalmente substitutivo (relativamente aos meios de prova supletivamente mobilizáveis pelas partes), impossibilitar neste último caso, a produção ou junção de prova correspondente ao(s) meio(s) de prova extinto(s), bem como desconsiderar a informação por ele(s) proporcionada, se indevidamente houver lugar a tal produção ou (em caso de prova constituída) a junção do(s) meio(s) em causa ao processo.

<sup>223</sup> Ampliador, em sentido qualitativo, independentemente de, sob o ponto de vista quantitativo, provocar, na tríplice distinção, acima notada, efeito aumentativo, restritivo ou manutentor do número global de meios de prova processualmente mobilizáveis pelas partes.

de prática de acto processual; antes da extensão do tipo de actos passíveis de ser eleitos pelo sujeito em causa como objecto da sua acção em juízo.

Porque assim, a circunstância de o juiz não beneficiar de tal possibilidade (não se verificando, quanto a ele, a repercussão desta particular alteração das regras processuais) não colidiria com a produção prática dos efeitos que as partes quanto a si almejam no sentido da ampliação da sua liberdade no que toca aos meios de prova processualmente mobilizáveis.

O cumprimento do escopo, por norma visado pelas partes com a celebração do pacto (aumento do número de meios de prova de que se podem socorrer) contemporizaria, a este nível, com a ausência de reflexo, para o decisor, por via da alteração das regras processuais, do benefício convencionalmente criado. Ainda que ao juiz não fosse dado ordenar a produção dos meios de prova em causa, sempre as partes o poderiam fazer, por essa via se cumprindo os fins convencionais e, em consequência, os fins normativos.

Com tal interpretação (no sentido da ausência de reflexo inovador no plano do decisor) conflituosa, porém, o sistema de “pesos e contrafeitos” no que diz respeito a iniciativa probatória dos sujeitos processuais que preside à estrutura do modelo processual de prova adoptado no sistema jurídico português.

Observou-se, acima, que o caudal de informação probatória que ingressa no processo depende da amplitude de base de conhecimento jurisdicional, sendo esta (amplitude) condicionada por dois factores: pelo número de meios de prova disponíveis e pelo número de sujeitos processuais aptos a fazer uso destes meios.

No que diz respeito a este último factor condicionante, o modelo adoptado pelo legislador corresponde a perfil em que partes e juiz são posicionados no mesmo plano essencial. Aquele dispõe da possibilidade de, a título oficioso (em conformidade com o princípio do inquisitório, em sede de prova), fazer uso dos mesmos meios de prova que o legislador colocou ao alcance das partes.<sup>224</sup>

Partes e juiz são posicionados, a este nível, num plano de equivalência, assegurando-se, ao terceiro decisor, dispor das mesmas vias de acesso à realidade de que as partes dispõem.

Subjacente a este modelo está a concepção do juiz, enquanto sujeito dotado de meios que, em paridade, sob o ponto de vista qualitativo e quantitativo, com aqueles de que as partes dispõem, lhe permitem, em posição *suprapartes*, auscultar a realidade *motu proprio*.<sup>225</sup>

Corresponde, pois, a sistema que adopta como paradigma o equilíbrio de forças entre a posição do juiz e a posição das partes, através do qual se assegura que estas não dispõem do monopólio ou de domínio no que diz respeito aos canais aptos a captar informação que poderá servir de base à decisão da matéria de facto

---

<sup>224</sup> Salvedor-se a marginal excepção, acima referida, relativa ao depoimento de parte de que resulte prestação de declaração de cariz não confessório.

<sup>225</sup> Cfr. art. 411.º do Código de Processo Civil.

controvertida. Preservando-se o equilíbrio, entre os sujeitos processuais, no acesso a elementos de prova, por essa via se faculta ao decisor acrescido instrumento de controlo do grau de imparcialidade objectiva do suporte decisório, assim se promovendo a adequação do conteúdo da decisão a proferir.

Esta gestão entre os poderes dos sujeitos processuais não fica prejudicada quando, em nome da garantia de cumprimento do escopo convencional, o efeito das convenções restritivas da possibilidade de convocação de meios de prova, se estende ao decisor, dado que se mantém a equivalência quanto aos meios de prova a que cada um dos sujeitos processuais tem acesso.<sup>226</sup>

As razões, acima referidas, que ditam que o efeito das convenções restritivas não se pode circunscrever ao juiz, determinam também que o efeito inovador (das convenções ampliadoras que consideramos) não se possa limitar às partes. Na verdade, esta última hipótese (não repercussão) representaria também, na prática, a materialização de efeito restritivo, ao nível dos poderes do juiz.<sup>227</sup>

Tanto contenderia com o equilíbrio de forças intraprocessuais subjacente à estrutura adjectiva tal como se encontra legalmente concebida, no sentido de que os poderes de promoção probatória do juiz não devem ser inferiores aos poderes de promoção probatória das partes.

Ambas as dimensões se impondo – garantia de cumprimento prático do escopo negocial visado com a celebração de válida convenção de provas, por um lado, e preservação do esquema distributivo de poderes entre os sujeitos processuais (a implicar a não suplantação da capacidade probatória das partes, relativamente ao âmbito do poder de promoção oficiosa de prova), por outro – ambas as dimensões, assim, se cumprem.

---

<sup>226</sup> Nem a ausência de equivalência é censurável, quando tal efeito restritivo (por desnecessária, a sua repercussão, para produção dos fins mediatos convencionais e normativos) se circunscreve às partes (desnivelando - em sentido diferente do decorrente do referido paradigma legal de equilíbrio de poderes de promoção de prova- partes e juiz, em privilegiamento da posição deste), na medida em que a circunscrição que se verifica no plano do seu (das partes) estatuto processual decorre de manifestação de vontade destas, nesse sentido, por via das declarações negociais integrantes da convenção de prova.

<sup>227</sup> Efeito restritivo, não relativamente aos poderes de que já dispunha (como sucede quando, celebrada convenção restritiva, também a iniciativa probatória do juiz é objecto de restrição), mas na relação de cotejo com aqueles que passariam a poder ser exercidos no processo, sendo que é este o padrão relevante para aferir da validade do teor convencional, atenta a importância da manutenção da razão constante de distribuição de poderes. Passando aqueles (poderes de iniciativa probatória) a ser mais amplos (na sequência da convenção de prova) e só sendo exercitáveis pelas partes, o juiz veria *comparativamente* restringida a sua capacidade de actuação (não obstante intocados os poderes que, a esse nível, lhe são legalmente reconhecidos).

#### b.2.2.2.2. Convenções com efeito inovador e restritivo dos meios legais de prova

Importa ponderar sobre a repercutibilidade dos efeitos produzidos pelas convenções de prova qualitativamente ampliadoras (na designação legal) quando, nestas, a um efeito inovador se some um efeito restritivo do número de meios legais de prova mobilizáveis (independentemente de tanto implicar manutenção ou redução do número global de meios de prova convocáveis).

Reflectir-se-ão, ambos os efeitos, ao nível da actuação processual do decisor?

Cumpre distinguir entre os efeitos restritivos e os efeitos inovadores.

Quando, além de inovar (criando meios de prova não legalmente previstos), a convenção elimine meios de prova legais, a repercussão de tais efeitos, na sua dimensão *restritiva*, não se verificará (à semelhança do exposto relativamente às convenções restritivas puras), quando se apure que tanto se revela desnecessário ao cumprimento do escopo mediato que determinou as partes a celebrarem o acordo. A possibilidade de produção dos efeitos práticos visados pela norma previsora das convenções de prova, enquanto concessora, às partes, da possibilidade de, por via negocial, criarem regime jurídico conformador das regras relativas à de prova, conduz a que sobre o decisor impenda o dever de não contrariar ou impedir a produção de efeitos, que as partes visaram com a celebração da convenção, sendo que a restrição só se verificará, quando necessária ao cumprimento deste dever.

Das razões que presidem à norma decorre, nesta medida, não estar ao alcance do decisor a inutilização prática, pelo exercício dos poderes que lhe são próprios, dos fins mediatos visados pelas partes com a celebração do pacto e, assim, dos fins mediatos da norma. Incumbir-lhe-á, nessa medida, quando o efeito restritivo (de um ou mais dos meios de prova legais) se cumule com efeito inovador, e se verificada a referida condição, não promover o meio de prova convencionalmente extinto.

#### (1) Repercussão do efeito restritivo

Repercutido o efeito restritivo, repercutir-se-ão igualmente efeitos inovadores que, no equilíbrio da convenção de prova, acompanham (total ou parcialmente) aquela perda.<sup>228</sup> A repercussão deste segundo tipo de efeitos (inovadores) não se deve, porém, a qualquer razão de ordem compensatória *automática*, no sentido de que participando o decisor na restrição, participaria também, por essa razão, na inovação.

---

<sup>228</sup> Em caso de extinção absoluta (quando válida) dos meios de prova legais (em total efeito substitutivo destes por diverso meio de prova), recorrerá antes, caso o entenda necessário e oportuno, ao (novo) meio de prova sucedâneo convencionalmente previsto. Se o efeito restritivo não for absoluto, havendo apenas diminuição do número de meios de prova supletivos, poder-se-á continuar a socorrer dos meios de prova legais não extintos, bem como dos convencionais, fruto da inventividade das partes, que a estes possam crescer.

A repercussão do efeito restritivo (porque necessária ao cumprimento do escopo convencional e, por consequência, da teleologia que preside à norma legal concessora da possibilidade de celebração de convenções de prova) pode enquadrar-se em duas hipóteses.

Em primeiro lugar, a hipótese em que, aquando da celebração da convenção, as partes tenham estabelecido uma relação de substituição directa entre o efeito inovador e o efeito restritivo, concebendo o meio de prova decorrente do primeiro como alternativa (substitutiva) à extinção da possibilidade de mobilização do meio de prova eliminado. Neste caso, às razões (acima enunciadas) em geral justificadoras da repercussão do efeito inovador, no plano da actuação do decisor, soma-se a que decorre da relação conectiva estabelecida convencionalmente entre ambos os efeitos. Preservando-se a manutenção do equilíbrio de poderes entre as partes e o juiz, respeita-se, por outro lado, a ponderação entre efeito inovador e restritivo subjacente ao acordo privado.

Quando, em segunda hipótese, as partes tenham concebido os dois efeitos, em relação aditiva, não perspectivando o novo meio de prova, como sucedâneo do meio de prova eliminado (antes como fonte de informação susceptível de constituir suporte da decisão da matéria de facto controvertida – ou de parte dela – que sempre preveriam, ainda que não associassem à convenção qualquer efeito extintivo), à repercussão, que se verifique, do efeito restritivo soma-se a do efeito inovador. Justificando-se, o reflexo inovador, atentas as gerais razões (acima mencionadas) de tanto determinantes, tal reflexo não contraria também a economia da relação entre os dois efeitos que presidiu à auto-regulação adjectiva das partes.

## (2) Não repercussão do efeito restritivo

Será de concluir no mesmo sentido quando, porque desnecessário ao cumprimento do fim convencional mediato, não se verifique, ante o juiz, o reflexo do efeito restritivo? Também neste caso se verificará a repercussão do efeito inovador na esfera deste sujeito processual?

Importa distinguir, também neste contexto, consoante as partes tenham estabelecido, entre ambos os efeitos, uma relação de substituição ou de adição.

Nesta segunda hipótese (relação de adição), o efeito inovador repercutir-se-á, atentas as enunciadas razões gerais. Apesar de, quando assim, não haver equivalência numérica entre os meios de prova mobilizáveis por partes e decisor, tanto não merece reparo<sup>229</sup>, dado que, verificando-se desequilíbrio – por defeito, no que diz respeito às partes – tanto se deve a negócio jurídico entre estas celebrado, representando decorrência da sua vontade e, portanto, de efeito por estas evitável. Igualmente se não adultera a dimensão inderrogável do paradigma legal relativo à oficiosa possibilidade de promoção de prova pelo decisor, nos termos do qual, em promoção

---

<sup>229</sup> À semelhança do acima referido, quanto aos casos de convenções restritivas com efeito não repercutível no decisor.

da imparcialidade objectiva, as partes não disporão de meios de prova que não sejam igualmente acessíveis ao juiz.

Se as partes estabeleceram, entre ambos os efeitos, relação de carácter substitutivo (concebendo o novo meio de prova, como sucedâneo do meio de prova eliminado) e não se verificando (como não se verifica no grupo de casos que ora consideramos) a repercussão do efeito restritivo [continuando o decisor a beneficiar da possibilidade de fazer uso do meio legal de prova que as partes, quanto a si (partes), eliminaram e substituíram por não estar ao seu alcance a junção ou produção do mesmo], não poderá o juiz promover a prova correspondente ao meio fruto da inovação privada (substitutivo que é do meio de prova objecto de restrição), não se verificando a repercussão do efeito inovador. Ainda que desenvolvida, pelas partes, a actividade processual correspondente ao novo meio de prova, não fica o decisor (cujos poderes assim remanescem intactos) inibido de, caso o entenda útil para a boa decisão da causa, promover a prova correspondente a qualquer dos meios legais (mesmo daquele, cujo acesso as partes, quanto a si – únicas relativamente a quem podem dispor – convencionalmente inviabilizaram).

Uma vez produzida ou obtida, na sequência de promoção do juiz, a prova que havia sido objecto de restrição quanto às partes (promoção que só se pôde verificar, recorde-se, porque no juiz se não repercutiu o efeito restritivo, dado tanto não se revelar contrário ao cumprimento dos fins convencionais), superou-se a desvantagem ou dificuldade que adviria para as partes da mobilização, de tal meio de prova e que constituiu a causa do efeito inovador de índole substitutiva, relativamente ao meio de prova restringido. Feito este valer processualmente (mediante actividade oficiosa do julgador), sem tais inconvenientes, carece de justificação a convocação daquele meio processual (fruto do efeito inovador) que seria seu sucedâneo.

#### b 2.2.2.3. Apreciação conjunta

Se, em suma, o efeito restritivo, afectando as partes, se pode repercutir ou não no plano de actividade processual do juiz (enquanto actor, em sede de prova), o efeito inovador, beneficiando as partes, reflectir-se-á nos poderes de iniciativa probatória officiosamente exercidos pelo juiz, só assim não sucedendo (quanto a este último tipo de efeito – inovador) quando, não se verificando a repercussão do efeito restritivo, este tenha sido associado, em relação de substituição, ao efeito inovador.

O primeiro (efeito restritivo) poderá, em abstracto, respeitar exclusivamente às partes e o segundo (efeito inovador) exclusivamente ao juiz ou, na hipótese acabada de excepcionar, exclusivamente às partes. A alternativa a qualquer uma destas possibilidades é a repercussão na esfera jurídica das partes e nos poderes processuais do juiz dos efeitos produzidos na sequência da celebração da convenção de prova. Quanto às primeiras, por se inserirem no âmbito subjectivo da convenção; quanto ao segundo por, atentas as diversas razões enunciadas, assim o impor o sistema jurídico

(nos múltiplos estratos que o integram)<sup>230</sup>, sendo deste que dimana o efeito repercutido, na esfera do juiz, da alteração das regras processuais, operada na sequência da convenção de prova celebrada e sua invocação na instância por, pelo menos, uma das partes.

### *b.2.3) Natureza da convenção*

Resta ponderar sobre a terceira questão, relativa à natureza deste tipo de convenções de prova, no que diz respeito à sua qualificação, como acordo ou contrato em sentido estrito.

À semelhança do que sucede, quanto às convenções puramente restritivas de meios de prova (e pelas mesmas razões, quanto a estas invocadas), a convenção de prova de que decorra efeito inovador dos meios de prova disponíveis, assumirá a configuração de acordo.

A previsão da possibilidade de mobilização de novos meios de prova resulta da emissão conjunta de declarações com idêntico conteúdo, sentido e direcção. É por essa via que as partes criam novas possibilidades de fundamentação probatória da generalidade das versões factuais ou de alguma ou algumas versões factuais em particular, assim convencionalmente adaptando o modelo processual concreto.

Torna-se, neste caso, mais claro ser esta a estrutura declarativa geradora da alteração inovadora do *instrumentarium* de prova processualmente disponível (por não ficarem as partes adstritas a adoptar uma dada conduta processual para que o seu comportamento se diga conforme com o regime jurídico - não estando vinculadas a mobilizar o novo meio de prova,<sup>231</sup> passam, diferentemente, a beneficiar da possibilidade de dele se socorrerem<sup>232</sup>), emergindo, como linear, o que nas convenções restritivas surge de modo menos evidente: a circunstância de não estar em causa a assunção de qualquer obrigação de *facere* ou *non facere* entre as partes, não se verificando, a mutação das regras processuais, por via de contrato em sentido estrito. Tanto sem embargo de, à semelhança do que naquelas sucede, ser por via da recíproca troca de declarações negociais que surge, na esfera jurídica de cada uma das partes, o direito potestativo a, invocando a convenção em juízo, aí se produzirem (uma vez superado o controlo do decisor, quanto à sua validade) os efeitos para que tende, bem como a sujeição a esta mesma consequência, quando o acto seja praticado pela contraparte.

Diferentemente, porém, do que sucede no âmbito da produção de efeitos restritivos (em que se distingue o momento da celebração da convenção e o momento

---

<sup>230</sup> Estratos de índole normativa, por estar em causa a relação sistémica entre os princípios do dispositivo e do inquisitório (em sede de prova), em conjugação com a articulação estabelecida entre os efeitos.

<sup>231</sup> Diferentemente, no âmbito das convenções restritivas, ficam as partes impedidas de mobilizar o meio de prova, objecto de restrição.

<sup>232</sup> Sem embargo de, como acima salvaguardado, em caso de opção pelo exercício do direito à prova, esse poder ser o único meio de prova mobilizável.

em que os seus efeitos se produzem em juízo), quando o efeito é inovador, a esses momentos sucede um terceiro, em que é dado às partes mobilizarem ou não o novo meio de prova (actuando estas em conformidade com o direito qualquer que seja a sua opção). À fase ante-regulativa, sucede, assim, a fase de transposição dessa regulação para a instância (tornando aquelas regras regime vigente no processo) e, a essa transposição, a fase de exercício ou não do regime fruto da auto-determinação das partes.

A repercussão ou não, dos efeitos produzidos na sequência da celebração de convenção, na esfera do juiz, não depende, também neste tipo de convenções de prova, da vontade das partes. À semelhança do que verificámos acontecer no âmbito das convenções restritivas, não é pelo facto de as partes pretenderem ou determinarem convencionalmente, que o efeito inovador se repercuta na esfera do sujeito processual terceiro ante elas (seja este considerado nas vestes de guardião e decisor ou nas vestes de actor), que assim acontece. O inverso (não repercussão) não se verificará, igualmente, mesmo quando a vontade das partes, expressamente revelada ou interpretativamente discernida, se oriente nesse sentido. A repercussão, quando tenha lugar, não se verifica, porque as partes o queiram e verifica-se ainda que o não o queiram - a necessidade de reflexo, do efeito inovador, na esfera da actividade processual do decisor, funda-se (como acima observado) no sentido unitário do perfil processual da gestão entre os poderes dos sujeitos processuais, que não na autonomia contratual das partes.

A circunstância de os efeitos provenientes do acordo ampliador dos meios de prova se repercutirem na esfera jurídica do juiz não radica, em síntese, na convenção de prova, pelo que, e à semelhança do que sucede, quando o acordo restringe os meios de prova convocáveis pelas partes, também aqui o negócio entre estas celebrado não se insere no âmbito da categoria contratual em que se enquadram os contratos a favor de terceiro ou criadores de prestação a cargo de terceiro.

Acresce que, não obstante a repercussão de tal efeito inovador na esfera do juiz (e ainda que as partes revelem vontade concordante no sentido de que tal reflexo opere), este conserva a liberdade, no sentido de ordenar ou não a produção de meios de prova (liberdade de que sempre beneficia, tenham, os meios de prova, origem em previsão convencional ou não). Não assistirá, pois, às partes maior legitimidade para, nesta hipótese, solicitar o exercício oficioso desse poder ou para impugnar o não exercício, pelo juiz, da actividade probatória que este inquisitoriamente pode promover. Verifica-se, assim, efeito repercutivo inovador, no que diz respeito aos actos processuais, relevantes ao nível da prova, susceptíveis de ser praticados, pelo juiz, enquanto actor, nessa sede, ao abrigo do princípio do inquisitório; mantém-se o geral grau de liberdade desse sujeito, no que diz respeito à opção pelo exercício ou não de tal tipo de actividade processual.

Conclui-se, em suma, no que diz respeito à natureza da convenção de prova, quando considerada sob o ponto de vista do modo como se articulam as declarações de vontade, estar em causa negócio jurídico representativo de instrumento posto, pelo sistema jurídico, ao alcance das partes, no sentido de, em termos juridicamente

condicionados, tornar viável a criação de um concreto modelo processual, diverso do legalmente previsto. Instrumento que, se celebrado extraprocessualmente, representa um *contrato* em sentido estrito (enquanto criador, para cada uma das partes, do direito potestativo à invocação da convenção em juízo) e que, enquanto modelador das regras processuais relativas à prova, assume (intra ou extraprocessualmente celebrado), por princípio, *nesta dimensão*, a feição de acordo. Sendo a convenção, embora, uma modalidade de contrato em sentido amplo, e podendo os contratos, em determinadas hipóteses, constituir fonte de efeitos para terceiros, a convenção de prova gera efeitos susceptíveis de virem a ser repercutidos em terceiros; não sendo, contudo, o facto jurídico gerador de tal repercussão.

## Secção II - Natureza da *convenção de prova*, quanto ao carácter processual (ou não)

Considerada (na secção anterior) a primeira dimensão relativa à natureza das convenções de prova (no âmbito da qual se ponderou acerca do reflexo do modo de articulação das declarações de vontade, ao nível da estrutura interna do pacto celebrado), importa agora atentar numa segunda dimensão divisível, igualmente respeitante à natureza de tal tipo de convenções.

A tónica incide (nos termos em que o problema é, por regra, formulado) sobre o carácter processual ou não das convenções de prova.

A reflexão é, normalmente, desenvolvida mediante formulação de uma única questão.

Afigura-se-nos, porém, que o adequado equacionamento do problema em causa pressuporá que, por um lado, se alterem os termos em que é centralmente enunciado (deixando de se indagar se a convenção tem natureza *processual* ou *não processual*, para se passar a ponderar se a convenção *tem ou não carácter processual*)<sup>233</sup>, bem como que, por outro lado, sob esse mote comum (de formulação do objecto da averiguação), se formulem *três perguntas*, correspondentes a *três ângulos* distintos, sob os quais a mesma questão deve ser considerada.

Ante cada uma das perguntas, a resposta à formulação central do problema poderá ser diversa (de sentido positivo nuns casos e negativo noutros), pelo que o mesmo tipo convencional se poderá dizer processual, a um título, não beneficiando desse qualificativo, a outro título. Pode, por outro lado, em algumas das vertentes sob as quais o problema é susceptível de ser considerado, a resposta não assumir carácter unívoco, por contemporizar com soluções alternativas ou cumulativas.<sup>234</sup>

### **a)- ângulo situacional**

O *primeiro ângulo* sob que o problema comum pode ser perspectivado, focaliza a análise num ponto de vista situacional.

Quando se indaga se a convenção de prova tem ou não cariz processual, torna-se, nesta hipótese, a resposta dependente do contexto em que este negócio jurídico é celebrado. A questão subjacente é: onde?

---

<sup>233</sup> Que o problema se enuncie sob uma ou outra das formulações não é indiferente, dado que, quando não se conclua que a convenção tem natureza processual, a ilação a retirar não é necessariamente a de que assume carácter não processual.

<sup>234</sup> Multiplicidade de perspectivas, associadas ao qualificativo em causa (processual), que se reflecte na dificuldade em delimitar a noção de acto processual e, associadamente, de acto jurisdicional. Propondo, ante tal complexidade, a delimitação da noção de acto jurisdicional, pela negativa (isto é, sob a perspectiva da noção de acto não jurisdicional), WIEDERKEHR e HÉRON manifestam, ainda assim, dificuldade em consumir tal intento, atenta a paralela dificuldade em detectar um padrão comum a todos os actos integráveis nessa categoria, "Justice civile", *Justices, Revue Générale de Droit Processuel*, 1995, 1, Janv.-Juin, Dalloz, p. 248.

O primeiro desdobramento do problema a que este primeiro ângulo de análise conduz, determina que a questão em que o problema globalmente se enuncia – a convenção de prova tem ou não cariz processual – equivalha à questão: a convenção de prova tem natureza *processual* ou *extraprocessual*?<sup>235</sup>

Tanto dependerá do enquadramento de celebração da convenção de prova. Sob esta perspectiva representará convenção processual se celebrada no processo; assumir-se-á natureza extraprocessual se celebrada fora dele.

É este o critério decisivo em SCHÜLLER, para quem só será processual o acto celebrado *no processo*, no quadro das “relações jurídicas processuais” (*Prozeßrechtsverhältnisses*), por estas tomando as “relações das partes perante o tribunal e em cujo âmbito o Estado cumpre o seu dever de tutela jurídica” (...*Verhältnis der Parteien zum Gericht umfaßt ind in dessen Rahmen det Staat die ihm obliegende Verpflichtung zur Rechtspflege erfüllt*). Fora desse perímetro fica, sob a perspectiva do autor, qualquer outro que não reúna tais pressupostos - ainda que celebrado, entre as partes “em frente das barras do tribunal” (*vor den Schranken des Gerichts*) “durante a audiência de debate oral”, este negócio (relativamente ao qual não se preenchem tais pressupostos) “não larga”, defende, “o chão do direito privado” (*Sie verlassen in keiner Weise den Boden des Privatrechts*)<sup>236</sup>, representando, não um contrato processual (*Prozeßvertrag*), mas tão só um contrato celebrado “por ocasião do processo” (*Verträge “gelegentlich des Prozesses”*).<sup>237</sup> Recusa, porque assim, a proposta bipartida de KOHLER, nos termos da qual se admitia a qualificação, como processuais, de actos votados à produção de efeitos no processo, conquanto não beneficiários de *Tatbestand* com essa natureza, contemporizando, esta visão mais abrangente, em suma, com a admissibilidade de actos processuais dentro e fora do processo.<sup>238</sup>

Também se afigura ser este critério (situacional) o que ORIANI toma por base quando procura estabelecer linha delimitadora da noção de acto processual.<sup>239</sup> Critério

---

<sup>235</sup> Esta, assim, uma das hipóteses a que não se adequaria a formulação do problema, em termos de alternatividade entre carácter processual e não processual.

<sup>236</sup> Como as convenções de prova não representam negócio jurídico em que tais condições se reúnam, nunca assumem, estes pactos, na perspectiva de SCHÜLLER, natureza processual. Razão por que conclui que aquelas “não têm espaço no funcionamento do processo” (*Für die Abschließung eines Beweisvertrages wird innerhalb des Prozeßbetriebes auch kaum jemals Raum sein*), *Die Wirksamkeit von Beweisverträgen nach geltendem Prozeßrecht*, Göttingen, 1932, p. 17.

<sup>237</sup> *Die Wirksamkeit von Beweisverträgen nach geltendem Prozeßrecht*, Göttingen, 1932, pp. 18 e 23.

<sup>238</sup> *Die Wirksamkeit von Beweisverträgen nach geltendem Prozeßrecht*, Göttingen, 1932, p. 19. Contratos processuais serão, pois, para SCHÜLLER, tão só os que reúnam essa qualidade, quer quanto ao *Tatbestand*, quer quanto aos *efeitos*. No quadro destes negócios jurídicos, relativos ao litígio, mas insusceptíveis, sob a sua óptica, de ser qualificados como processuais, distingue três tipos: os carecidos de qualquer efeito processual, os dotados de efeito processual indirecto e os produtores de efeitos processuais directos, *Die Wirksamkeit von Beweisverträgen nach geltendem Prozeßrecht*, Göttingen, 1932, pp. 22 e ss.

<sup>239</sup> O autor pressupõe como “alfa e ómega” do universo de vida destes actos os momentos do início e da extinção da instância, quando refere estarem em causa actos regulados pelo Codice di Procedura Civile, bem como (atenta a pluralidade da tutela jurisdicional) por corpos normativos de índole processual, “Atti processuali (diritto processuale civile)”, *Enciclopedia Giuridica*, Roma, Treccani, 1988, Vol. IV, p. 1.

que CARNELUTTI, para esse efeito, exclui<sup>240</sup>, mas que preside à autonomização, por SATTA, da categoria dos acordos “che si stipulano nel processo”.<sup>241</sup>

A resposta à questão acima ora enunciada pode revestir diferente natureza, assumindo, as soluções aplicáveis, carácter alternativo, se consideradas as convenções de prova sob uma perspectiva abstracta (ou seja, enquanto modalidade contratual tipificada), e natureza unívoca, quando se atente na convenção de prova, enquanto pacto efectivamente celebrado numa hipótese concreta. Dir-se-á, na primeira hipótese, que a convenção pode ter natureza processual *ou* extraprocessual. Dir-se-á, na segunda, que o pacto em causa tem natureza processual *ou* que tem natureza extraprocessual.

Embora (como bem sublinha JÄCKEL), na prática, a celebração da convenção de prova corresponda, na generalidade dos casos, a acto celebrado, entre as partes, fora do processo e antes do seu início<sup>242</sup>, a celebração extrajudicial da convenção de prova pode coincidir com período em que a instância se encontre já pendente (conquanto, como DICKHOFF nota, tanto não signifique que, adentro desse período, seja celebrável em qualquer momento)<sup>243</sup>, procedendo, posteriormente, as partes, à junção e

---

<sup>240</sup> Assim quando observa que a natureza processual de um acto não depende de que este “avenga nel processo”, “Preclusionione dell’offerta di riduzione del contratto ad equità”, *Rivista di Diritto Processuale*, Volume VIII, Parte II, 1953, p. 110. Contestando a perspectiva propugnada por MIRABELLI, CARNELUTTI dá como exemplo de contratação de natureza substantiva, não obstante realizada no processo, a modificação contratual a que há lugar quando, na hipótese de rescisão prevista no art. 1450 do Codice Civile, a contraparte propõe modificação do contrato para recondução a equidade, alterando-se, na sequência da decisão jurisdicional, os termos contratuais.

<sup>241</sup> O autor contrapõe esta categoria à dos acordos “com efficacia sul processo”, qualificação que se afigura obedecer a diferente critério, correspondente ao que referiremos em terceiro lugar. É, pois, diversa a perspectiva de análise de que partimos, sob a qual se nos afigura que a convenção de prova é passível de ser qualificada sob diversos prismas. SATTA integra as convenções de prova no âmbito da segunda categoria que discerne, onde igualmente inclui os pactos de jurisdição e de competência, a par da convenção de arbitragem, dos pactos de *non petendum* e de *non exequendo*, bem como das cláusulas limitativas da invocação de excepções. Enuncia, como exemplo da primeira categoria de pactos (dotados de carácter “schiettamente processuale”) o acordo de suspensão do processo. Desta distinção retira consequências, em bipartição reguladora, sustentando que o segundo tipo de pactos não é regulado pelas normas processuais, contrariamente ao que sucede com o segundo, “Accordo (diritto processuale civile)”, *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1958, vol. I, pp. 300 e 301. O problema do tipo de normatividade jurídica a que as convenções de prova obedecem será objecto de consideração ao longo do presente trabalho.

<sup>242</sup> Quer por ser, então, mais provável a existência do consenso que é pressuposto da celebração convencional, quer em virtude de o momento da celebração do contrato, que dá origem à relação jurídica material que se vem a afigurar litigiosa, corresponder ao ensejo em que, tipicamente, as partes acautelam a gestão do risco associado a hipotético conflito processual futuro. Sobre o problema geral da gestão do risco em direito, vide VERDUN, *La gestion des risques juridiques*, Éditions d’Organisation, 2006.

<sup>243</sup> DICKHOFF, em posição de que partilhamos, admite a possibilidade de a celebração de prova ter lugar durante a pendência da acção, em momento anterior a esta e, nesta última hipótese, mesmo antes de se poder sequer antever o efectivo surgimento do conflito („noch nicht schwebt“). Observa, por outro lado, que, quando coincidente, a celebração da convenção de prova, com o período de pendência da acção, o „tempo de nascimento“ se deve situar entre o início da acção e o fim dos debates orais. , *Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeß*, Buchdruckerei Franz Linke, Berlin, 1941, p. 15. Cremos, porém, que, se tanto se afigura plausível quando estejam em causa

invocação processual da mesma, na acção. A convenção celebrada antes do início da instância pode anteceder ou suceder o surgimento do litígio. Nada obsta, porém, a que a convenção seja celebrada mediante termo no processo ou durante audiência de cuja acta o pacto seja feito constar.<sup>244</sup>

A convenção terá, nesta última hipótese, natureza *processual* (enquanto equivalente de intraprocessual), assumindo, na primeira, carácter *extraprocessual*.

O problema formulado centralmente merece, sob este ângulo de tratamento, a seguinte resposta: a convenção de prova *pode*, consoante o contexto situacional da sua celebração, ter natureza *processual* ou natureza *extraprocessual*.<sup>245</sup>

### **b)- ângulo objectivo**

O *segundo* desdobramento do problema nuclear, acima identificado, situa a questão no plano do *objecto* convencional.<sup>246</sup>

---

convenções relativas ao ónus da prova (na medida em que o momento em que estas relevam, de modo decisivo – decisão da matéria de facto controvertida – é posterior ao encerramento do debate), não deverá constituir critério válido de balizamento do período útil de celebração do pacto quando em causa convenções relativas ao meios de prova ou ao regime de produção desta (em virtude de o seu relevo respeitar a momento anterior àquele termo). Como limite temporal à possibilidade de as regras, relativas à prova, poderem ser *alteradas* durante a pendência da acção, DICKHOFF assinala (a propósito da tempestividade de invocação de vícios da vontade em sede de convenções de prova e sem distinguir entre modalidades convencionais) o momento da cessação dos debates orais, invocando ser este o momento „que faz a fronteira“ entre a tempestividade e a extemporaneidade, sendo que, a partir dele, se sobrepõe, àquela possibilidade, o „interesse público na segurança do andamento do processo“, não sendo dado às partes “abrir brechas na matéria de facto“, *Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeß*, Buchdruckerei Franz Linke, Berlin, 1941, p. 75.

<sup>244</sup> JÄCKEL observa que, tomando por critério uma noção estrita de acto processual, em que se considerem actos processuais tão só os celebrados no processo, a convenção de prova não se enquadraria, a mais das vezes em tal conceito, dado que, no figurino prático que mais frequentemente assume, a sua celebração ocorre fora do processo, independentemente do facto de a acção já se encontrar pendente ou não. Raramente, na verdade, as declarações são prestadas ante o tribunal, não estando, por regra, este terceiro sujeito da relação processual, envolvido no momento do surgimento do contrato, representando este negócio, por princípio, um acto extraprocessual. Essa circunstância (relativa ao contexto – não processual) de nascimento do contrato, não retira, porém, a singularidade dos efeitos (processuais) que dele decorrem, dado o seu objecto, de onde extrai o autor a consequência de que a qualificação do contrato como processual ou não, não pode estar dependente do facto de ter sido celebrado antes do processo ou na sua pendência, mas fora dele, entendendo, embora, que tal contexto de nascimento possa ter reflexo, ao nível do regime jurídico aplicável, *Beweisvereinbarungen im Zivilrecht Wirksamkeit und Wirkungen aus materiell-rechtlicher und prozessualer Sicht*, Duisburg, Köln, 2007, pp. 11 a 13.

<sup>245</sup> Nesta última hipótese, pode ter ou não carácter pré-processual.

<sup>246</sup> É neste sentido que DICKHOFF qualifica as convenções de prova como convenções de índole processual, observando que estas produzem efeitos exclusiva e directamente no processo. A adopção deste critério resulta, de modo expresso, da posição que assume quando, pronunciando-se sobre a classificação sistemática desta modalidade de pactos, refere que, sob o ponto de vista *do conteúdo*, beneficiam do referido carácter, em consequência se encontrando subordinadas, no que concerne à “sua admissibilidade, formação e conformação do Tatbestand”, aos princípios do processo civil. Não

O problema subjacente é: sobre o quê?

A resposta seria de sentido positivo<sup>247</sup> caso o objecto negocial tivesse natureza processual e de sentido negativo, quando assim não fosse.

Tendo as convenções de prova por escopo a criação, pelas partes, de regime processual próprio, em sede de prova, está-lhes associada a derrogação de regras legais relativas à prova ou a criação de regras de prova (quando em causa, neste último âmbito, nicho não legalmente regulado).

A resposta à questão formulada, sob este ângulo de análise, implica, assim, a resolução da questão prévia relativa à qualificação das normas relativas à prova, como domínio jurídico enquadrável, no domínio da juridicidade processual. Pressupõe, em síntese, que se cure da classificação de tal normatividade.

O problema global (natureza processual ou não das convenções de prova) é, quando assim considerado, enunciado nos seguintes termos: as convenções de prova representam pactos de natureza jurídica processual ou de natureza jurídica material?

Tanto convoca a clássica distinção entre direito probatório material e direito probatório formal.

Constando o regime jurídico da prova, quer de diplomas de cariz substantivo<sup>248</sup>, quer de diplomas de carácter processual,<sup>249</sup> dir-se-ia, considerando critério de pura localização sistemática, estar em causa objecto pactício material, quando a convenção respeitasse a normas constantes do primeiro tipo de diplomas e objecto processual, quando a convenção derogasse regras previstas no segundo tipo de legislação, o mesmo sucedendo, quando do pacto convencional resultasse, respectivamente, regime jurídico que, conquanto não legalmente previsto, devesse (ante o padrão normativo existente) constar (caso se encontrasse regulado normativamente) do primeiro ou do segundo tipo de complexos normativos.

A convenção representaria negócio processual, na segunda hipótese, assumindo a natureza de pacto material na primeira.

Afigurar-se-á correcta tal qualificação?

Não partilhando integralmente do cepticismo de DENTI e de CAPPELLETTI, relativamente à frutuosidade da distinção entre direito probatório material e direito probatório formal, nem do criticismo de LESSONA, quanto à repartição sistemática do

---

obstante estabelecer esta conexão com o regime processual, ressalva, contudo, que tal associação se verifica, quanto a todos os “*pontos essenciais*”, *Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeß*, Buchdruckerei Franz Linke, Berlin, 1941, p. 67. O nexó assim criado entre o regime jurídico regulador das convenções de prova e o regime jurídico processual não assume, na verdade, carácter exclusivo. As excepções que o autor contempla a esta regra não colidem, porém, como *infra* veremos, com a manutenção da qualificação que adopta, relativamente às convenções em análise, enquanto pactos de índole *exclusivamente* processual.

<sup>247</sup> No sentido da natureza processual.

<sup>248</sup> No âmbito civil, o paradigma deste tipo de sede corresponderá ao Código Civil.

<sup>249</sup> Maxime, na área em que as presentes considerações se movem, o Código de Processo Civil.

tratamento normativo da matéria da prova,<sup>250</sup> afigura-se-nos, contudo, ser de recusar que a essa bipolaridade deva presidir concepção, no sentido de que as normas de prova *constantes* de diploma, onde predomina normatividade de índole *substantiva* partilhem de tal *natureza*.<sup>251</sup> Aproximamo-nos, pois, quanto a este aspecto, da posição

---

<sup>250</sup> LESSONA revela-se crítico relativamente à distribuição da matéria da prova, entre diplomas de índole substantiva e de índole processual, bem como, no que respeita às normas incluídas no primeiro tipo de diplomas, à sua inserção sistemática no âmbito das normas obrigacionais e não na parte geral, *Trattato delle prove in materia civile*, Terza Edizione interamente riveduta, Volume Primo, Torino, UTET, 1927, p. 8, nota 3.

<sup>251</sup> Na análise a que procede sobre a medida em que a distinção entre normas probatórias com carácter substancial e normas probatórias com carácter processual se reflecte, no plano dos efeitos jurídicos, DENTI propende para a irrelevância daquela qualificação. Constituindo os pactos de prova um dos pontos sobre que incide a sua reflexão, conclui, quanto a estes, que a sua validade não está associada à circunstância de terem por objecto matéria regulada por normas enquadráveis num ou noutro dos pólos da distinção. Sustenta, a este propósito, que "...o limite entre validade e invalidade dos pactos relativos à prova é determinado pelo próprio legislador em função de escolhas que não derivam directamente da natureza processual ou substancial das normas probatórias", identificando, diferentemente, como fundamento dos critérios adoptados, razões que se prendem com a "avaliação da *fairness* do julgamento, só possível relativamente a cada caso singular", "La natura giuridica delle norme sulle prove", *Dall'azione al giudicato: temi del processo civile*, Cedam, Padova, 1983, p. 286. Comungamos dessa visão, no que diz respeito à autonomia da validade da convenção relativamente ao tipo de normas que esta derroga. Como acima observado, as condições de validade (relacionadas, designadamente, com a natureza disponível ou indisponível do direito exercido, bem como com o grau de dificuldade de prova gerada pela convenção) relevam quanto a todas as espécies de convenções de prova, cuja celebração é legalmente permitida. De observar, porém, que, se tanto vale quanto à validade das convenções de prova admissíveis, no que diz respeito à selecção ou delimitação legal das tipologias convencionais admitidas, o legislador tende, por regra, a mais facilmente contemporizar com a celebração de pactos que respeitem a normas de cariz não estritamente processual (incluídas no que comumente se designa por direito probatório material) e, dentro desse núcleo, a normas que maior relação mantenham com normas de cariz substantivo. Assim, por exemplo, com as regras relativas à distribuição do ónus da prova, enquanto normas, cujo teor directamente se associa à natureza (constitutiva, impeditiva, modificativa ou extintiva) que a versão factual controvertida assumia no âmbito das normas a que respeitam. Igual tendência se observa, no âmbito do sistema jurídico italiano, onde norma legal imediatamente associável às convenções de prova (art. 2698 Codice Civile) tem por objecto *literal esclusivo* os pactos modificadores ou inversores dos critérios de distribuição do ónus da prova. Não obstante tal tendência se prender com o carácter dispositivo ou imperativo que o legislador imprime às normas que as regulam (que não à circunstância de se situarem num ou noutro pólo da primeira distinção a que se aludiu), a referida distinção poderá, assim, não assumir absoluta irrelevância, no plano da validade, intervindo, ainda, para outros efeitos, como adiante melhor se observará. Em posição a que subjaz recusa a tomar a segunda contraposição (direito material/direito processual, enquanto equivalente de direito substantivo/direito processual), como referência relevante para efeitos de distinção entre direito probatório material e direito probatório formal, CHIOVENDA sustenta que a prova não tem carácter substancial, não obstante normas a ela relativas se encontrarem previstas no Código Civil, referindo que "a natureza processual de uma lei não se deve retirar do lugar onde é inserida, mas do seu objecto", *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Vol. I, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1957, p. 61. Em visão diversa (de sentido unificador), CAPPELLETTI saúda as posições assumidas por CONSO e por DENTI quando, invocando embora critérios diferentes, estes propõem a superação da clássica distinção entre normas processuais e normas substantivas. O autor vê na desconsideração desta distinção a vantagem de, no que diz respeito às normas da prova, por um lado, conduzir ao abandono do que vê como um artificiosismo, dado entender que aquelas normas se relacionam, quer com o direito material, quer com o direito processual e, por outro lado, a virtualidade de permitir que a resolução de problemas que, normalmente, tem lugar, mediante recurso a tal diferenciação, possa ocorrer de forma pontualizada, atendendo às especificidades que cada um assume e não àquela bipartição, "La «natura» delle norme sulle prove", *Rivista di Diritto Processuale*, Volume XXIV, II Serie,

de LASERRA, quando desconsidera o tipo predominante de normatividade de um dado diploma, como critério para classificação de todas as normas nele integradas.<sup>252</sup>

A dificuldade em, sob este plano de análise, atribuir carácter *processual* ou *material* às convenções de prova decorre da diversidade de sentidos que podem ser associados a um e outro qualificativos, designadamente no que diz respeito à sua relação com as noções de normas *substantivas, materiais, formais, adjectivas e processuais*.

### *b.1. primeiro sentido da contraposição material vs. processual*

Creemos que o raciocínio de base deverá (pressupondo a existência de uma abstracta questão jurídica) assentar na bipartição entre normas *respondentes* e normas *tramitantes*, representando as primeiras aquelas que disponibilizam<sup>253</sup> resposta para a questão, em causa, e as segundas as que respeitam à regulação das fases e condições a observar para que seja possível apurar, no caso, a solução proporcionada pelo primeiro tipo de normas.

---

anno1969, Cedam, Padova, pp. 92 a 99. Para uma visão crítica da posição de ALLORIO, LIEBMAN, “Questioni vecchie e nuove tema di qualificazione delle norme sulle prove”, *Rivista di Diritto Processuale*, v. 24, 1969, pp. 354 e ss.

<sup>252</sup> Desvalorizando a circunstância de a regulação da matéria da prova constar também do Codice Civile, refere que o Livro (VI) em que tal regime se encontra previsto assume todo ele cariz processual, *La prova civile*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1957, pp. 32 e 33. Partilhamos desse entendimento, quando ao atributo processual se atribua o sentido que assume na contraposição substantivo/processual. De seguida consideraremos, no corpo do texto, vários contextos significativos em que o qualificativo se pode enquadrar. Diverso entendimento (no que diz respeito à natureza das regras relativas à prova) parece adoptar GENIN-MERIC quando, observando que as normas pertencentes “à categoria das leis de processo são de ordem pública na medida em que respeitando a organização do processo não podem ser modificadas convencionalmente pelas partes” e que, diferentemente, “as ligadas ao direito material são dominadas pelo princípio de liberdade contratual”, salvo em matéria de direitos indisponíveis, refere como admissíveis e vinculativas para o juiz e para as partes, as cláusulas relativas à admissibilidade da prova, ao valor probatório e ao ónus da prova, em *Das Beweisrecht der Europäischen Union*, Kluwer Law International, 2004, pp. 139 e 140. LEBRE DE FREITAS estabelece, a propósito da localização sistemática das regras relativas à prova, distinção entre o critério adoptado nos sistemas jurídicos de tradição francesa e os sistemas jurídicos de inspiração germânica, atento o facto de os primeiros tenderem para a repartição da matéria de prova entre o Código Civil e o Código de Processo Civil, reservando para este as regras relativas à prova, enquanto actividade desenvolvida em tribunal enquanto os segundos propenderam para a concentração do regime da prova no Código de Processo Civil, situando no Código Civil tão só as normas relativas à distribuição do ónus de prova e as presunções legais. Ressalva, porém, no âmbito do primeiro grupo de ordenamentos jurídicos, o espanhol, onde, actualmente, a maioria das normas de prova se concentra na Ley de Enjuiciamiento Civil, com excepção das relativas ao valor probatório dos actos autênticos e dos documentos particulares. O autor dá também conta das fortes reservas manifestadas por largo espectro da doutrina italiana, relativamente à propriedade da divisão das matérias a que, no seu espaço, há lugar, bem como de críticas (de idêntico sentido) que se fazem ouvir por parte de alguns sectores da doutrina de outros países (dada a ausência de critério claro no que diz respeito à diferente localização sistemática das matérias e as dificuldades de coordenação e contradições de regime a que aquela conduz), em *Das Beweisrecht der Europäischen Union*, Kluwer Law International, 2004, pp. 2 e 3.

<sup>253</sup> De modo mais ou menos definido, nos termos que *infra* melhor se explicitará.

No âmbito deste primeiro sentido associável à contraposição associável à contraposição material/processual, as primeiras normas (respondentes) serão normas materiais e as segunda (tramitantes), assumirão natureza processual, porque formais ou instrumentais, relativamente às primeiras.

A inclusão, de cada norma, numa ou noutra das categorias, não assume, porém, carácter absoluto, variando (tal inserção) em função do tipo de questão que (surgindo ao longo do caminho – *pro-cedere* - conducente à prolação de decisão final), se considere.

## *b.2. segundo sentido da contraposição material vs. processual*

No que concerne à *tipologia de questões* susceptíveis de surgir no decurso do processo, distinguimos dois grupos: *por um lado*, as que correspondem ao problema, cuja resolução está implicada na resposta *ao* pedido que integra o objecto da acção (principal ou reconvenção, seja esse pedido – e, portanto, a solicitação, ao tribunal, de resolução dessa questão – formulado a título inicial ou superveniente, principal ou subsidiário, em modo singular ou em relação de cumulação ou alternatividade com outros pedidos da mesma natureza), *ao* pedido que integra o objecto de incidente processual, mas que se revele susceptível de ser formulado, no âmbito de objecto da acção principal ou *ao* pedido que, sendo deduzido na acção, mas não integrando o seu objecto é, em abstracto, passível de ser, nesses termos, formulado em acção judicial;<sup>254</sup> *por outro lado*, todas as demais questões suscetíveis, no âmbito da instância.

A questão de facto constitui uma das questões integráveis no segundo grupo; questão que assume carácter instrumental (por isso, tramitante ou processual no sentido associado à primeira contraposição), relativamente às questões do primeiro grupo e do segundo grupo (que não ela própria). Na medida em que serve a obtenção de resposta (não as dando, contudo) para estas questões, as normas a ela respeitantes têm (na contraposição material/processual, em que material corresponde a respondente e processual a tramitante) natureza processual.

À contraposição normas materiais/normas processuais pode ser atribuído um segundo sentido, no âmbito do qual as primeiras (normas materiais) correspondem a normas substantivas, entendendo-se por estas todas as que proporcionam resposta para o primeiro grupo de questões.<sup>255</sup> Processuais serão, neste sentido, todas as que

---

<sup>254</sup> Assim, por exemplo, com algumas questões de natureza prejudicial.

<sup>255</sup> Cumpre assinalar, porém, que esta regra distintiva não assume carácter absoluto, dado serem concebíveis acções, cujo objecto assumam natureza processual. Nessa hipótese, as normas que permitem dar resposta ao pedido não são substantivas, conquanto respondentes. Pense-se, a título de exemplo, em acção em que o autor formule pedido de declaração de invalidade de convenção de prova (nas raras hipóteses em que tal avaliação seja possível em abstracto) e, assim, de reconhecimento de inexistência de direito a, com base no pacto celebrado, se virem ou não a alterar as regras da prova (substituindo as legais) a observar numa futura acção. Note-se, contudo, que, por princípio, apenas aparentemente esta acção assumirá carácter verdadeiramente autónomo (relativamente a outras instâncias), na medida em

beneficiam dessa qualidade por assumirem carácter instrumental relativamente às normas de direito substantivo. Este o sentido que KOHLER atribui ao qualificativo processual, quando convoca, inovadoramente, a noção de *processrechtliche Verträge*, mobilizando categoria onde envolve negócios jurídicos de natureza heterogénea<sup>256</sup> (diversidade em que BONGIORNO identifica dois essenciais traços comuns: a circunstância de estarem em causa pactos reguladores do desenvolvimento de actividade jurisdicional, que as partes celebram com o intuito de obter vantagens recíprocas).<sup>257</sup> Esse também o sentido que preside à qualificação, por LIEBMAN, das normas da prova como regras de índole processual.<sup>258</sup>

As normas de direito substantivo são, assim, *uma espécie* de normas respondentes (ou materiais, quando tomada, esta última expressão, no primeiro sentido que lhe foi identificado), em virtude de não serem as únicas com aptidão para oferecer resposta a problema juridicamente relevante. Serão, porém, *as* normas materiais quando, associando um segundo sentido a este qualificativo, se lhe atribua um âmbito mais limitado, nele se incluindo apenas as normas materiais substantivas. As normas que se integrem (como tramitantes) na categoria que se contrapõe a estas normas (substantivas) materiais num segundo sentido, di-las-emos processuais, também num segundo sentido.

De acordo com estas premissas, quando considerado apenas o segundo grupo de questões (não respondíveis mediante mobilização de normas de direito substantivo), serão respondentes (ou materiais, no sentido tomado no âmbito da primeira contraposição) as normas que proporcionem solução para a questão em causa e tramitantes (formais, adjectivas ou instrumentais – processuais no primeiro

---

que se considere que o seu efeito útil se observará, nas mais das vezes, no âmbito de outra acção (onde a convenção de prova seja invocada).

<sup>256</sup>“Ueber processrechtliche Verträge und Creationen”, *Gesammelte Beiträge zum Zivilprocess*, Neudruck der Ausgabe, Berlin, 1894, Scientia Verl., 1969 - X, pp. 127 e ss. Adentro desta categoria, o autor inclui (nos cinco pontos do seu trabalho que dedica ao estudo de diferentes tipos de contratos processuais), designadamente, além das convenções de prova (a pp. 154 e ss), os pactos de competência e os pactos de exclusão da aplicação de procedimentos especiais. Distingue, porém, duas subcategorias, no âmbito dos negócios processuais validamente celebráveis: por um lado, aqueles de que decorre a directa transformação da situação processual; de outro lado, os que conferem suporte jurídico a pedido indemnizatório a formular em acção autónoma. Em particular sobre os efeitos civis indirectos dos contratos processuais, *vd.* pp. 184 e ss.

<sup>257</sup>“Accordo processuale”, *Enciclopedia Giuridica*, Roma, Treccani, 2007, Vol. I, p. 1. Conquanto, cremos, possa não existir reciprocidade de vantagens entre os sujeitos, os benefícios alcançados por via do pacto celebrado, serão, por regra, comuns a ambas as partes.

<sup>258</sup> LIEBMAN diverge da opção, realizada pelo legislador, no sentido da separação das regras da prova em dois grupos, localizados em corpos normativos distintos (*Codice Civile* e *Codice di Procedura Civile*). Entendendo que aquelas normas representam uma “unità organica”, sustenta deverem constar de uma só sede legal. É este o mote que, em ordem a “ricostituire l’unità dell’istituto”, o conduz a indagar acerca da natureza das normas sobre a prova, vindo a apurar representarem “norme strumentali-processuali”, em virtude de, “senza riguardare in alcun modo l’esistenza dei fatti giuridici”, se limitarem a “disciplinare i modi e le forme della loro *evidenza* nel processo, cioè le cose e le attività che permettono di pervenire al loro accertamento da parte del giudice”. Conclui, assertivamente, no sentido de que “non si può dunque dubitare della natura processuale di queste norme”, *Manuale di diritto processuale civile*, II, 4ª ed., Giuffrè, Milano, 1992, pp. 73 a 76.

sentido) as que regulam as condições e método, cuja observância é necessária para que aquela resposta possa, mediante convocação da norma respondente, ser obtida.<sup>259</sup> As normas materiais (respondentes) relativas a este tipo de questões dir-se-ão materiais adjectivas e as normas processuais (tramitantes) dir-se-ão processuais adjectivas.<sup>260</sup>

No que, adentro do segundo referido grupo de questões, concerne, em particular, à questão de facto (considerando-se, para este efeito, a factualidade controvertida), serão respondentes (materiais na primeira contraposição) as normas que contêm o critério em função do qual o decisor se pronunciará no sentido da comprovação ou não das versões factuais, objecto de alegação<sup>261</sup> e tramitantes (ou processuais no primeiro sentido), as que se revelem instrumentais<sup>262</sup> (por isso, formais) relativamente à possibilidade de real cumprimento, no caso, das primeiras.

No âmbito da actividade de prova distinguem-se, assim, duas fundamentais linhas de relevo, quando se considere a contraposição material/processual no primeiro sentido: uma, de cariz material, quanto a este tipo de questão, relativa ao sentido da decisão a proferir e outra, de cariz adjectivo, relativo ao procedimento ou iter procedimental de prova.

As primeiras normas representarão, nesta medida, normas probatórias materiais e as segundas normas probatórias formais ou instrumentais. As primeiras constituem o conteúdo fundamental do designado direito probatório material, as segundas o conteúdo tendencial do direito probatório formal. As primeiras, predominantemente constantes do Código Civil e as segundas do Código de Processo Civil.<sup>263</sup> Ambas são convocáveis, no âmbito de questões de direito substantivo

---

<sup>259</sup> Neste sentido, considerar-se-iam também normas adjectivas ou formais as relativas, por exemplo, ao procedimento de decisão acerca da competência absoluta do tribunal (designadamente as respeitantes às fases processuais de conhecimento e à natureza oficiosa ou não deste) e normas materiais as definidoras do conteúdo material da decisão a proferir em caso de procedência da excepção (absolvição do réu da instância). Incontestado, será, porém, o carácter adjectivo de tal normatividade (e, assim, a sua natureza processual, no domínio da segunda contraposição).

<sup>260</sup> Em coerência com os sentidos atribuíveis à expressão material nas duas primeiras contraposições assinaladas, também à expressão “normas processuais” ou “adjectivas” (ou instrumentais), será associado um primeiro e um segundo sentidos. Se a expressão “normas *substantivas*” se associa às normas *materiais* que *respondem* ao problema ou questão subjacente ao pedido que integra o objecto da acção,<sup>260</sup> a expressão que, por regra, se lhe contrapõe é a de normas processuais ou adjectivas, o que perfaz a contraposição enunciada em segundo lugar. No âmbito da primeira contraposição, é, contudo, associável, a esta última expressão, um significado mais amplo, enquanto sinónimo de normas formais ou instrumentais, a abranger todo o tipo de normas tramitantes, independentemente do tipo de questões, cuja resposta sirvam (o mesmo é dizer, independentemente do tipo de normas respondentes – substantivas ou não - de cuja realização sejam instrumento).

<sup>261</sup> Assim, por exemplo, com as normas relativas ao valor probatório especial de certos meios de prova (prova legal).

<sup>262</sup> Assim, por exemplo, com as normas previsoras do tipo de documentos processualmente admissíveis.

<sup>263</sup> Referimos a natureza predominante, dado normas de idêntica natureza previstas numa e noutra sedes. Assim, por exemplo, com as normas (de carácter respondente geral), explicitadoras do princípio geral da livre apreciação da prova, previstas de modo *global*, quanto a todos os meios de prova a que se aplique, no art. 607.º, n.ºs 4 e 5 do Código de Processo Civil e, de modo *pontualizado*, quanto a *cada um*

(primeiro grupo) e de questões do segundo grupo pelo que processuais, no primeiro sentido (enquanto equivalente de tramitantes), quanto a qualquer uma daquelas.<sup>264</sup>

À distinção entre direito probatório material e direito probatório formal presidirá, pois, o sentido em que as expressões são tomadas no âmbito da primeira contraposição (enquanto equivalente de normas respondentes/normas tramitantes), que não da segunda (no âmbito da qual o contraste material/processual encontra equivalência em substantivo/processual).

O critério de distribuição das normas relativas à prova pelas duas sedes legislativas em que se situam, ter-se-á prendido, assim, por um lado, com a tendencial proximidade de natureza (respondente ou tramitante) entre as normas em causa e a normatividade envolvente e, por outro lado, com a circunstância de tais normas dizerem especial respeito ao contexto jurisdicional ou de relevarem na generalidade dos contextos em que o direito da prova é passível de ser convocado.

Assumindo, o direito probatório, sempre carácter processual (no segundo sentido, em que se contrapõe a substantivo), reservaram-se, tendencialmente, para a legislação processual, as normas relativas ao procedimento de prova (normas tramitantes ou processuais no sentido da primeira contraposição material/processual) em contexto jurisdicional, relevantes, portanto, quando esteja em causa enquadramento jurisdicional e no que diz respeito à dimensão procedimental da actividade processual associada à extinção da controvérsia das versões factuais.<sup>265</sup> Situam-se no Código Civil as normas de direito da prova dotadas de potencialidade aplicativa geral (no âmbito procedimental em sentido amplo<sup>266</sup> e não procedimental) e de carácter respondente (material no sentido da primeira contraposição). Assumiu-se, assim, este espaço normativo de regulação como o mais “neutro” para localização de normas susceptíveis de, na ausência de previsão especial, em sentido diverso, serem

---

dos meios de prova e, que releva, nos art.s 358.º, n.º 4, 371.º, n.º2, 376.º, n.º 3, 289.º, 391.º e 396.º do Código Civil. REMÉDIO MARQUES identifica como, por regra, incluídas no direito probatório material, as normas que, atendendo à substância do acto de produção da prova (v. g., a capacidade, a legitimação, a falta de vontade da parte que confessa factos), regulam o *onus da prova*, a *inversão do onus da prova*, a *admissibilidade dos meios de prova* e a *força probatória*. Associa ao direito probatório formal “o conjunto das normas que regulam a *utilização dos meios de prova em juízo*, determinando o modo de requerer as provas (v. g. *quem* pode requerer a sua produção), *o modo de as produzir* (por ex., por videoconferência) e de as assumir ou valorar”, *Acção Declarativa à luz do Código Revisto (pelo Decreto-Lei N.º 303/2007, de 24 de Agosto)*, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2011, p. 389.

<sup>264</sup> De notar, ainda, que, no âmbito das normas respondentes probatórias (*normas materiais*, no sentido da primeira contraposição) se distinguem as que fornecem resposta já construída (assim com as que prevêm presunções legais e com as relativas à distribuição do ónus da prova), das que proporcionam critério genérico de construção da decisão (assim com as normas de que decorra dever o decisor pronunciar-se de acordo com o princípio da livre apreciação da prova). Tanto, à semelhança do que sucede no âmbito das normas substantivas (tipo de normas respondentes e *materiais* no sentido da segunda contraposição), em que, a par das regras que proporcionam solução já construída em abstracto, se distinguem outras em que se faculta ao decisor a possibilidade de, em termos juridicamente conformados, decidir de acordo com critério por si desenhado. Assim, com as normas previsoras da possibilidade de integração de lacunas ou de decisão de acordo com critérios de equidade.

<sup>265</sup> Normas com aptidão para aplicação subsidiária em contexto de decisão procedimental não processual civil, no que concerne ao “*procedere*” de tal actividade.

<sup>266</sup> Processual e não processual, consoante relativo a enquadramento jurisdicional ou não jurisdicional.

aplicadas em qualquer domínio em que a prova releve. Assim, com as normas definidoras dos traços identificadores de cada meio de prova, bem como com as relativas ao valor decisório da informação proporcionado por cada um destes fundamentos decisórios, no que respeita à decisão a proferir com base neles. Também neste quadro se incluem as normas relativas ao ónus da prova. Esta a razão que, cremos, conduz WAGNER a classificar as regras alusivas ao ónus da prova como normas que “pertencem ao direito material, mas contêm regulação de índole processual”.<sup>267</sup> O carácter aparentemente contraditório da afirmação dissipa-se, quando o qualificativo „material“ seja tomado como equivalente de respondente. Será também esse o ponto de vista sob o qual SCHÜLLER, louvando-se em OERTMANN, associa tais normas ao „direito material do processo“

### *b.3. terceiro sentido da contraposição material vs. processual*

As normas relativas à prova são também qualificáveis, como materiais, quando a este atributo se associe um *terceiro sentido* – o de dizerem directamente respeito ao apuramento do *material* (enquanto equivalente de base de trabalho) utilizado pelo tribunal na construção de decisão a proferir no processo (independentemente da natureza – substantiva ou processual - desta).

Representando, factos e direito, os elementos (os materiais) cujas convocação e agregação são necessárias para que seja construída e proferida decisão, as normas relativas à prova constituem regras ligadas à matéria (a um tipo de “*matéria-prima*”) da causa, por fornecerem critérios de definição (de parte ou da totalidade) do que virá a ser a informação (matéria) factual com base na qual o juiz decidirá; informação que tanto pode constituir suporte factual de decisões de natureza substantiva, como de natureza adjectiva. Quando concirna a decisões de índole substantiva, não resulta, da realização de tais normas (probatórias) no caso concreto, o apuramento da resposta para a questão substantiva suscitada por quem formulou o pedido – tão só a definição do alicerce fáctico em que este se suporta, razão por que, ainda aí, como se observou, conservam a sua natureza processual (no sentido da segunda contraposição enunciada).<sup>268</sup> Enquanto conjunto de normas imediatamente vocacionadas para o

---

<sup>267</sup> „Unabhängig von verbleibenden Meinungsverschiedenheiten über die Rechtsnatur der Beweislastnormen kann heute jedenfalls als geklärt gelten, dass sie zwar dem materiellen Recht angehören, jedoch eine ausschliesslich *prozessbezogene* Regelung treffen, nämlich den Richter anweisen, in der Situation des non liquet vom Vorliegen oder Nichtvorliegen des umstrittenen Tatbestandsmerkmals auszugehen“, *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, pp. 653 e 654. Subjacente à asserção estará, sob este ponto de vista, a consideração do qualificativo „material“ no sentido da primeira contraposição (como equivalente de respondente). Dissipa-se, nesta medida, o carácter aparentemente contraditório da afirmação, na medida em que aquele carácter material pode coexistir com o carácter processual, quando tomado no sentido que assume, no âmbito da segunda contraposição.

<sup>268</sup> Conquanto a dúvida recaia, predominantemente, sobre a ocorrência ou não dos factos relevantes para a decisão a proferir, poderá (como acima se referiu) dizer igualmente respeito ao direito, na

esclarecimento da dúvida, quanto à existência dos *materiais* usados na elaboração da decisão, as normas da prova dir-se-ão, em síntese, *materiais* (neste terceiro sentido) qualquer que seja a dimensão (respondente ou tramitante) do direito probatório em que se integrem.

Destinando-se, em síntese, sob o ponto de vista *funcional*, a regular tão só a actividade de esclarecimento da controvérsia factual, a normatividade relativa à prova *carece* de índole *substantiva* em virtude de (em sintonia com o critério que ALLORIO enuncia para efeitos de distinção entre direito substantivo e direito processual) não oferecer solução para a questão da titularidade ou não do direito, cuja invocação tem lugar no âmbito do mérito da acção. A resposta para este problema definir-se-á, por princípio, mediante realização de critérios de direito substantivo na problemática concreta ínsita à factualidade juridicamente conformada e dada por assente.<sup>269</sup> Sendo, em suma, a nota caracterizadora das normas de natureza substantiva, o facto de proporcionarem resposta a um problema com tal natureza (de direito substantivo), mediante previsão, em estatuição, de solução geral e abstractamente apurada na sequência da ponderação e correlativo posicionamento dos interesses envolvidos no âmbito dos factos ou realidade extraprocessual que preenche a hipótese, e correspondendo este (problema), no *âmbito da acção jurisdicional*, no essencial, àquele que subjaz ao objecto da acção (expresso no pedido formulado, no âmbito de tal objecto), as normas relativas à prova não se enquadram em tal categorização. Da aplicação deste tipo de normas não se retira, na verdade, resposta para as questões que o autor ou o réu reconvinte suscitam no sentido da determinação jurisdicional vinculativa, acerca da pretensão<sup>270</sup> formulada, em sede de pedido, não se reunindo,

---

dimensão fáctica que este assume (assim quando surjam dúvidas relativamente à vigência ou não da normatividade em causa), pelo que, em determinadas hipóteses, as normas relativas ao direito à prova são mobilizáveis, no sentido de proporcionar resposta no âmbito do apuramento deste outro tipo de *matéria* envolvida no processo de construção de decisão jurisdicional.

<sup>269</sup> ALLORIO é claríssimo, como é seu timbre, na exposição em que desenvolve a contraposição entre direito substantivo e processual. Sintetiza o seu pensamento referindo serem normas de direito substantivo as que se referem “às situações jurídicas que são idóneas a formar objecto autónomo de “processo autonomo di accertamento”, “ditando” a disciplina destas situações, “constituindo-as, modificando-as ou extinguindo-as”. Entende por normas de direito processual as que regulam, “num dos modos indicados, situações relevantes no curso do processo (declarativo ou executivo) mas que são diversas das normas primeiramente consideradas, das normas que regulam as situações jurídicas idóneas a ser tema de um processo declarativo autónomo e do subsequente julgamento”. Precisa, adiante, o seu raciocínio, explicitando existirem normas decisórias não substantivas. Inclui, entre elas, as normas atributivas de valor legalmente tabelado à prova, bem como as que, de modo imediato, ditam a decisão a proferir quanto ao mérito em função de uma acção ou omissão processuais [assim, por exemplo, quando normativamente se preveja a produção de efeito cominatório pleno (condenação no pedido) como consequência da revelia operante], *Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiziale*, Jus, 1955, pp. 192, 202 e ss. Categoria de normas, esta última, que se assm respeita a regras integráveis no âmbito da normatividade adjectiva respondente, representando, as que concernem ao primeiro exemplo, normas respondentes relativamente à questão de facto e, as concernentes ao segundo exemplo, normas respondentes à questão de direito. Nesta última hipótese, as normas processuais intervêm, em suma, como fonte de resposta para problema que, por norma, é solucionado mediante recurso a normas de direito substantivo.

<sup>270</sup> Em particular sobre a noção de pretensão, *vide* TEIXEIRA DE SOUSA, *O concurso de títulos de aquisição da prestação Estudo sobre a dogmática da pretensão e do concurso de pretensões*, Almedina, Coimbra, 1988.

em consequência, o requisito mínimo para que tal normatividade pudesse integrar o domínio jurídico substantivo.

Serão, pois, sempre normas *processuais* (no sentido da segunda contraposição)<sup>271</sup>, podendo ser *materiais* (no sentido da primeira contraposição), consoante a *questão* a que a análise se reporte e o *tipo de norma probatória* em causa.

Adoptando a *questão* de facto, como centro de referência para este efeito, serão materiais (no sentido da primeira contraposição) as normas (relativas à prova) respondentes a essa questão e processuais (no âmbito da primeira e da segunda contraposições) as normas tramitantes. Tomando por alvo de atenção *questão* relativa ao pedido ou qualquer outra questão, que não a questão de facto, as normas respeitantes à prova serão sempre processuais, quer no sentido da segunda contraposição, porque não respondem à questão de mérito, quer no sentido da primeira contraposição, porque não respondem à questão que se considera.

A variabilidade da qualificação da normatividade probatória, em função dos pontos de vista (ou contraposições) de análise que se consideraram, repercutir-se-á (em função da mesma variável) ao nível da classificação das convenções de prova como processuais ou não, no que concerne ao seu objecto de regulação (por ser este, justamente, normas relativas à prova), pelo que estas assumirão carácter processual ou não, consoante tal natureza seja ou não compartilhável pela normatividade que derrogam. Considerando o objecto da convenção e, em consequência, a normatividade legal supletiva, cujo teor estas alteram, inquirir pela natureza material ou formal das convenções de prova equivale a indagar da natureza material ou formal da normatividade a que estas respeitam.<sup>272</sup>

---

<sup>271</sup> As normas relativas à prova são, assim, normas funcionalmente reguladoras da actividade de esclarecimento da controvérsia factual, pelo que, enquanto relativas ao modo de construção da base factual, cujo apuramento é necessário para prolação de decisão ou definição de solução relativa à questão de mérito ou a questões de índole não substantiva (processuais na segunda contraposição), assumem carácter formal ou processual, necessariamente carecendo, em qualquer circunstância, de natureza substantiva.

<sup>272</sup> Por considerar irrelevante, no âmbito das normas relativas à prova, a distinção entre normas substantivas e normas processuais, DENTI refere que: “Não será portanto motivo de escândalo se uma norma for considerada, pelo mesmo juiz, umas vezes como norma processual e outras como substantiva, conforme se trate de resolver um conflito de leis interno ou internacional, ou um conflito intertemporal, ou de fazer retroagir os efeitos de uma pronúncia de ilegitimidade constitucional, ou ainda de determinar o alcance e a aplicabilidade de um preceito da constituição”, “La natura giuridica delle norme sulle prove”, *Dall'azione al giudicato: temi del processo civile*, Cedam, Padova, 1983, p. 293. A circunstância de uma mesma norma relativa ao regime da prova ser, nuns casos qualificada como *substantiva* e noutros como *processual*, evidencia, cremos, não a indiferença, mas a inadaptabilidade daquela distinção, ao tipo de normas em causa. E se a uniformidade jurisprudencial representa fito inatingível, a mobilização de esforços no sentido da promoção da maior proximidade possível das pronúncias jurisdicionais de diferentes tribunais (relativamente a cada tipologia de casos concretos) constitui dever indeclinável da doutrina, mediante, designadamente, o delinear de contributos classificatórios e fundamentadores susceptíveis de (representando esboço de critérios de decisão, onde a lei falhe ou seja pouco clara) iluminar o modo de exercício da actividade jurisdicional. Não assumindo, *nunca*, as normas relativas à prova, carácter *substantivo*, antes natureza *adjectiva* ou processual (no seu segundo sentido), será adentro desta última categoria que importará estabelecer a distinção (entre normas de aplicação exclusivamente processual e normas de aplicação geral – também não processual),

determinando qual a razão de ser de cada norma e apurando, em congruência, o regime que lhe é mais conforme, sem preocupação de encaixe em categorias pré-estabelecidas não adaptáveis às realidades normativas a classificar, porque de natureza diversa. Como observado, no corpo do texto, a circunstância de estar em causa norma relativa à prova exclui que esta possa assumir carácter substantivo. Se as normas substantivas determinam, quando relevantes em juízo, o conteúdo da decisão a proferir pelo tribunal relativamente ao pedido integrado no objecto da acção ou em incidente nesta deduzido, as normas relativas à prova regulam o *modo* de (o *como*) extinção da controvérsia, quanto aos factos (ou quanto ao direito, quando aplicável), necessária à prolação de decisão, quanto a questão jurídica (na medida em que a esta subjaz um quadro factual), não o *teor* da decisão que àquela (questão de direito, suscitada por aquele pedido) responda. Estas normas revestem, contudo, natureza material, como adiante melhor se explicitará, quando por esta expressão se signifique estar em causa a definição de *matéria* (factos) com que o tribunal lida no âmbito da resolução do litígio, sendo que tanto releva, quer no domínio do mérito (domínio da decisão da pretensão deduzida, aquando da propositura da acção ou, complementar ou incidentalmente, em momento posterior a esse, quando legalmente admissível), quer fora dele. A normatividade adjectiva (que as regras relativas à prova integram) releva, assim, quer no domínio das questões jurídicas substantivas, quer no domínio das questões jurídicas de índole processual. Há, por outro lado, determinadas normas integradas no domínio da prova (em sentido amplíssimo) que beneficiam de traço comum às normas de índole substantiva, na medida em que proporcionam resposta directa para o problema a cuja solução se associam (controvérsia factual). Tal como as normas substantivas contêm a solução (cuja concreta definição pressupõe, porém, particular labor de adaptação do conteúdo normativo às especificidades do caso) que consubstancia a resposta para o problema jurídico subjacente ao pedido, objecto da acção ou seu incidente, também estas normas proporcionam solução directa para a questão da controvérsia factual. Assim, com as normas relativas ao ónus da prova, bem como com aquelas, nos termos das quais se atribua valor legal fixo a informação susceptível de fundar a decisão relativa à matéria de facto controvertida. Normatividade constante, no ordenamento português, de diploma de índole predominantemente substantiva (Código Civil). Se, como observámos, as regras respondentes, relativas à prova, tanto podem releva no âmbito jurisdicional, como fora dele, e se são releváveis, quer no âmbito das questões de facto relativas a factualidade controvertida subsumível em hipóteses de normas *substantivas*, quer no âmbito de factualidade controvertida subsumível em hipóteses de normas de direito *processual*, a sua concepção terá sido desenvolvida, tomando como pólo essencial de referência da controvérsia factual as questões de facto relativas a normas substantivas. Esta razão acrescida para terem sido feitas constar no Código Civil e conducente à necessidade de realização de interpretação adaptativa, designadamente quando estejam em causa problemas relativos ao ónus da prova, em sede de factualidade controvertida processual (tomando esta última expressão, no seu segundo sentido, por contraposição a substantivo. As referidas distinções assumirão importância também no que diz respeito à aplicação das normas da prova no espaço (selecção da lei aplicável – lei do foro ou lei estrangeira – quando a relação jurídica mantenha conexão com mais de uma ordem jurídica). De acordo com este segundo método (o que se nos afigura mais adequado), as normas probatórias tramitantes seguirão o critério observado, relativamente à normatividade processual (no sentido que este qualificativo toma no âmbito da segunda contraposição). Aplicar-se-á, quanto às normas probatórias respondentes (materiais no primeiro sentido), o critério respeitado, quanto às normas de direito substantivo, se estiver em causa factualidade respeitante a este tipo de normatividade e (se diferente) o adoptado relativamente às normas de direito processual (no sentido da segunda contraposição referida) se em dúvida estiver factualidade concernente a este tipo normativo, independentemente da localização sistemática que as normas (relativas à prova) em causa assumam no Estado do foro ou no Estado estrangeiro. Assim, se, por exemplo, estiver em causa dúvida insanável, relativamente a versão factual subsumível em hipótese integrada em norma de direito substantivo, aplicar-se-ão as regras de distribuição do ónus da prova vigentes no âmbito do ordenamento jurídico onde se insere a norma substantiva em causa; tratando-se de versão factual controvertida enquadrável em hipótese de norma processual (por contraposição a substantiva), aplicar-se-ão as regras de distribuição do ónus da prova vigentes no ordenamento jurídico a que aquela norma pertence. De notar, por último, que, no contexto de um mesmo sistema jurídico, o critério de distribuição do ónus da prova vigente, quanto a factualidade de índole substantiva, não tem de ser o mesmo vigente, quanto a factualidade de índole processual. Assim, no âmbito do sistema jurídico português, se, para esclarecimento da factualidade substantiva, relativamente à qual se tenha formado dúvida insanável, vale o critério (subjacente ao art. 342.º do Código Civil) da acção/excepção,

Porque assim, e no que, concerne à classificação das convenções de prova sob o segundo prisma (relativo ao seu objecto), estas assumem natureza processual, quando esta expressão seja tomada, como o faz JÄCKEL, no segundo sentido dividido (no âmbito da contraposição entre carácter substantivo e carácter processual).<sup>273</sup> Revestirão natureza material (não processual) ou natureza processual tomando esta classificação no âmbito da contraposição primeiramente enunciada (entre normas respondentes – materiais – e normas tramitantes – processuais), consoante a auto-regulação adjectiva exercida por intermédio de tais pactos traduza a derrogação de normas probatórias, com um ou outro carácter (respondente ou tramitante, respectivamente), sendo que este depende da concreta norma (relativa à prova) que em particular se considere, bem como da questão que se tome por referência.<sup>274</sup>

### **c)- ângulo prospectivo**

O terceiro desdobramento do problema central situa a questão ao nível dos efeitos e, em particular, no que concerne ao plano em que estes se produzem. A pergunta subjacente é: para onde?<sup>275</sup>

A reflexão sobre a natureza processual ou não das convenções de prova equivale, neste plano, à indagação acerca da natureza, processual ou não, do *contexto* em que se produzem os efeitos que delas promanam.<sup>276</sup>

---

tal parâmetro não é integralmente transponível, para o domínio da factualidade controvertida processual, onde a excepção dilatória nem sempre encerra factualidade, cuja justificação incumba ao réu, por poderem estar em causa pressupostos, cuja reunião caiba ao autor assegurar. Razão por que, uma vez seleccionado o ordenamento jurídico, cujas normas de direito probatório são aplicáveis, importa ainda, no seio daquele, quando em causa haja problema resolúvel, por via da repartição do ónus da prova, apurar qual o critério relevante para esclarecimento da dúvida, cuja extinção processualmente importa assegurar.

<sup>273</sup> JÄCKEL qualifica as convenções de prova como negócios processuais pelo facto de nelas se cumprir a nota essencial deste tipo negocial: determinam de forma directa (em primeira linha) e vinculativa a conformação processual, sendo, sob o ponto de vista que adopta, irrelevante o facto de serem celebrados antes ou depois de proposta a acção ou a circunstância de se destinarem a produzir efeitos num processo concreto ou num número indefinido de processos. A mera circunstância de os efeitos do negócio se produzirem no processo não releva, portanto, sob esta perspectiva, para tal qualificação. Razão por que, sob o ponto de vista do autor, não configurará um negócio processual a transacção judicialmente homologada (§794, Abs. 1, 1 ZPO), *Beweisvereinbarungen im Zivilrecht Wirksamkeit und Wirkungen aus materiell-rechtlicher und prozessualer Sicht*, Duisburg; Köln, 2007, p. 5.

<sup>274</sup> As convenções de prova representam convenções de índole material, quando atenta, esta expressão (material), no terceiro sentido.

<sup>275</sup> No que diz respeito aos vários critérios de qualificação de um contrato como processual ou não, EICKMANN alude aos critérios que atendem ao objecto contratual e ao plano da produção dos efeitos, *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochumer juristische Studien Nr. 57, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1987, p. 14.

Da circunstância de (como se retirou da análise do problema correspondente ao segundo desdobramento) as normas, relativas à prova, terem cariz processual (quando este se considere no seu segundo sentido) e do facto de partilharem, sob essa perspectiva, as convenções de prova, de idêntica natureza, só decorre que os efeitos (de que aquelas convenções são fonte) terão, identicamente, carácter formal ou adjectivo. Tanto nada diz, porém, acerca da natureza processual ou não da *sede* em que tais efeitos se produzem.

À semelhança do que vimos acontecer no âmbito da primeira pergunta (correspondente ao primeiro ângulo de análise considerado), também aqui a referência tem natureza contextual. O contexto, ora relevante, relaciona-se, porém, com o enquadramento de *produção dos efeitos* da convenção, que não (como então) com o contexto da *celebração* desta.<sup>277</sup>

Representando, a prova, fundamento de esclarecimento de matéria factual controvertida, e podendo, a necessidade de apuramento desta, ter lugar (e assim aquela ter relevo) em contexto *jurisdicional* (processual, em sentido estrito - arbitral ou não) ou em contexto *procedimental*, em sentido estrito (não jurisdicional, mas também dotado de estrutura definida, enquanto *iter* ou percurso a observar entre o surgimento da dúvida e o momento do seu esclarecimento), seja de índole administrativa,<sup>278</sup> seja de outra natureza, a prova poderá assumir relevo em qualquer um desses contextos.

Será, assim, este o ângulo de análise adoptado por MANDRIOLI quando atribui, às normas da prova, carácter processual, em virtude de nenhum desse tipo de regras se revelar insusceptível de relevar no processo.<sup>279</sup>

Pode, porém, a importância da prova extravasar esse tipo de enquadramento (processual, em sentido amplo, a envolver o jurisdicional ou processual, em sentido estrito e o procedimental), relevando, designadamente, no domínio de relações

---

<sup>276</sup> Para visão em que expressamente se relaciona, para efeitos de delimitação da noção de acto processual, a processualidade do *acto* com a processualidade dos *efeitos* deste, *vd.* De STEFANO, *Studi sugli accordi processuale*, Milano, Giuffrè, 1959, p. 66.

<sup>277</sup> A circunstância de entender que as convenções de prova se definem “em efeitos processuais”, na medida em que “respeitam ao exercício de acção que é direito subjectivo, constituem actos de exercício ou de não exercício acordado de um poder processual e produzem efeitos só se e quando a acção for exercício e quando o processo surja” (*Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 81), não se revela, sob o ponto de vista de PEZZANI, suficiente para atribuir natureza processual aos pactos de prova, mas tão só para lhes atribuir eficácia processual, como *infra* melhor se explicitará.

<sup>278</sup> Assim, por exemplo, quando a prolação de decisão administrativa dependa da comprovação de que certo pressuposto de facto se verificou (seja no âmbito de relação jurídica trilateral e triangular, em que a administração se situe em posição supra-ordenada, relativamente aos sujeitos que, ante esta, ocupem a posição de partes, seja no âmbito de relação jurídica bilateral, linear-vertical em que à administração incumba proferir decisão condicionadora (com carácter vinculativo ou não) do estatuto jurídico do administrado.

<sup>279</sup> *Diritto processuale civile*, Vol. II, Decima Edizione, G.Giappichelli Editore, Torino, 1995, pp. 139 e ss.

jurídicas em que os sujeitos jurídicos intervenientes se encontram em posição de paridade.<sup>280</sup>

A acima referida abrangência funcional das normas de prova (regulação da actividade de esclarecimento de matéria factual controvertida) torna-as, assim, passíveis de aplicação em diversos contextos: em todos aqueles (de cariz processual, procedimental ou não processual, em sentido amplo) em que se suscitem questões desta natureza.

Porque assim, e sendo, o conteúdo das convenções de prova, regras jurídicas (de fonte privada) relativas à prova e podendo, também, a categoria de negócio jurídico a que o acordo de prova se reconduz, relevar em contexto processual (em sentido amplo) ou não, o âmbito aplicativo deste tipo de pactos beneficia de igual amplitude.

É, pois, concebível a celebração de convenções de prova previsoras de regime jurídico susceptível de aplicação em qualquer um dos referidos enquadramentos.

A determinação do contexto concreto de aplicação de cada convenção de prova dependerá, quando não textualmente explícito, da interpretação da vontade das partes no que a esse particular aspecto diz respeito. Desta hermenêutica poderá, designadamente<sup>281</sup>, resultar conclusão no sentido de que a convenção se destina a ser aplicada caso venha a ser proposta acção judicial, *no* sentido de que produzirá efeitos também em contexto procedimental não processual, *no* sentido de que relevará apenas nas relações não procedimentalmente formais entre as partes, bem como *no* de que será convocável em qualquer contexto de controvérsia relativamente à factualidade relevante no âmbito de uma dada relação jurídica. A convenção terá vocação aplicativa *processual* (em sentido estrito) na primeira hipótese, *extraprocessual* nas segunda e terceira hipóteses e ampla vocação aplicativa (passível de relevar, em qualquer contexto) na quarta hipótese.

O problema, quando formulado globalmente, merece, sob este *ângulo de tratamento*, a seguinte resposta: a convenção de prova pode ter vocação *processual* (de onde não decorre, porém, como DICKHOFF observa, a sua imediata classificação como acto processual)<sup>282</sup>, natureza *extraprocessual* (em sentido amplo, a envolver o procedimental) ou *ambas*.

---

<sup>280</sup> Integra-se, exemplificativamente, no âmbito desta hipótese, a convenção, celebrada entre partes, no sentido de que a responsabilidade civil da parte lesante pressuporá, no âmbito da autoresolução do litígio, que a verificação dos danos sofridos seja demonstrada, pela parte lesada, mediante recurso a certo meio de prova.

<sup>281</sup> Porque são múltiplas as hipóteses concebíveis.

<sup>282</sup> Do facto de as convenções de prova beneficiarem, sob este ponto de vista, de natureza processual, não se retira, na verdade, como decorrência imperiosa, que as mesmas se integrem no âmbito do conceito (“centro do direito processual”, na expressão de SAUER) de acto processual. Tanto dependerá do âmbito que se reconheça a esta noção, sendo que, como o autor nota, a resposta a esta questão não prima, no plano doutrinal, pela homogeneidade. Este autor sustenta a integração dos pactos de prova no domínio de tal conceito, em virtude de tomar por acto processual o acto através do qual as partes ou o juiz conformam a situação jurídica processual, definindo, designadamente as possibilidades processuais, ónus e dispensa de ónus a ela relativos. Expressamente dissentindo, sob este aspecto, de

A qualificação da convenção de prova não assume, pois, na perspectiva que adoptamos (ao invés do que sucede em EICKMANN)<sup>283</sup>, natureza híbrida, nem consubstancia (em visão distinta da proposta por PEZZANI) contrato de direito substantivo com efeitos processuais<sup>284</sup> - variará, diferentemente, a sua classificação, em conformidade com o ângulo problemático sob o qual o problema é formulado.

---

SCHMIDT, SAUERT, SIEGERT E WALSMANN, distancia-se, pois (por a considerar excessivamente restritiva), da doutrina que define acto processual enquanto acto capaz de conformar o processo de forma imediata, na medida em que, no âmbito das convenções de prova, tanto implicaria não considerar actos processuais as convenções celebradas em momento anterior ao processo, assim se criando, como bem observa, injustificada bipartição entre convenções celebradas na pendência do processo e convenções celebradas em momento anterior ao início da causa. Recusa, por outro lado, o critério da regulação normativa do acto em causa como bordão válido para discernimento entre actos processuais e actos privados dessa qualidade. Igualmente se não identifica com a perspectiva doutrinal segundo a qual a qualificação de um acto processual pressupõe que o acto seja, em concreto, praticado com a finalidade de promover o andamento do processo, sob pena de um acto praticado com o intuito de suspender ou extinguir o processo, mas que se vem a revelar estimulante do decurso da instância, se não poder classificar (atenta a ausência daquele elemento subjectivo) como acto processual. Distinguindo, adentro dos actos processuais, entre os *Bewirkungshandlungen* e os *Erwirkungshandlungen*, DICKHOFF enquadra as convenções de prova no âmbito da primeira categoria, em virtude de, contrariamente ao que sucede com os actos inseríveis no âmbito da segunda (em que inclui, designadamente, os actos de produção de alegações e de produção de prova), não terem aquelas, em regra, por escopo, a influência psíquica do juiz no sentido da obtenção de uma decisão com um certo conteúdo. Na verdade, alterando as partes, por via convencional, as regras processuais, não consubstanciam, os pactos de prova, a adução de argumentos tendentes a fundamentar a procedência de pedido formulado. O que não colide com a circunstância de a eficácia processual da convenção depender do controlo de validade que cabe ao juiz efectuar, nem com a circunstância de, em respeito das regras convencionalmente estabelecidas, o juiz vir a proferir decisão cujo teor é diverso daquele que a mesma assumiria caso a convenção não houvesse sido celebrada. DICKHOFF alvitra, porém, que as convenções de prova possam ter o escopo que associa aos *Erwirkungshandlungen*. Não justificando, nem exemplificando a possibilidade que assim abre, observa, contudo, que esta circunstância não altera a inclusão das convenções de prova no domínio dos *Bewirkungshandlungen*, atenta a natureza negocial do acto em causa. Para maior desenvolvimento quanto à posição do autor, vide *Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeß*, Buchdruckerei Franz Linke, Berlin, 1941, sobretudo pps. 67 a 70.

<sup>283</sup> EICKMANN sustenta que os contratos processuais são “contratos jurídico-materiais sobre relações processuais”, *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochumer juristische Studien Nr. 57, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1987, p. 28. Pensamos que, em tal visão, se toma, na referência feita à natureza material do contrato, a sede (diploma relativo a relações jurídicas materiais) em que se regula a técnica de expressão da vontade a que se recorre (contratual), pelo tipo de relações jurídicas (materiais) convencionalmente reguladas. O contrato representa, porém, diferentemente, um meio ou instrumento de expressão jurídica da vontade, susceptível de ser convocado para efeitos de regulação de relações jurídicas materiais ou processuais, conquanto previsto, a título geral, no Código Civil. O tipo de diploma em que o regime geral da figura contratual se encontra previsto não constitui, neste sentido, critério válido para a sua classificação. Os contratos através dos quais se regulem relações jurídicas processuais representam, nesta medida, contratos processuais. Distinto será o problema de saber se o regime geral dos contratos lhes é aplicável e, em caso afirmativo, em que medida o é. Julgamos que é o facto de EICKMANN sustentar uma visão restrita de acto processual que o leva a concluir que as convenções de prova celebradas extraprocessualmente não são actos processuais, assim concedendo ampla margem à possibilidade de aplicação do regime geral dos contratos previstos no Código Civil aos pactos de prova.

<sup>284</sup> *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 81. É diverso o método classificativo que preside ao pensamento de PEZZANI. Ao invés de partir das características da convenção de prova, a autora [adoptando critério relativizador da distinção em função do fim a prosseguir, em

**d)- *Apreciação conjunta***

Atenta a circunstância de, na presente sede, se considerar apenas a prova relevante em juízo, constituirão objecto de análise as convenções de prova que (tomando a *terceira* formulação do problema) tenham vocação processual ou ampla vocação aplicativa, independentemente da circunstância de (sob o *primeiro ângulo*, em que o problema pode ser perspectivado) serem celebradas intra ou extraprocessualmente. A natureza das convenções de prova, objecto de investigação, bem como a de todas as convenções de prova, é (quando adoptada a perspectiva correspondente à *segunda* formulação do problema e se considerada a segunda contraposição conceitual, em que o qualificativo processual pode ser tomado) de índole processual.

---

consonância com a perspectiva exposta por DENTI, quando, após sublinhar a diversidade de critérios (variáveis também em função do contexto histórico) doutrinários – reportando-se sobretudo a CHIOVENDA e ALLORIO -, jurisprudenciais e legais, de classificação das regras da prova como normas de natureza substancial ou processual, nota, este autor, que, em sede qualificativa, importa não descurar os “limites de tal conceptualização e a intrínseca relatividade dos seus resultados”, atenta a circunstância de essa actividade classificativa não representar, pelas suas implicações práticas, “um mero exercício académico”, “Intorno alla relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1964, pp. 64-77] parte das consequências que decorreriam da classificação do pacto como material ou processual, designadamente no que diz respeito ao regime de validade. Porque dá por assente que as normas de validade previstas no Codice Civile se aplicam apenas aos negócios de direito substantivo, entendendo, contudo, ser inaceitável a sua inaplicabilidade às convenções de prova (que, de acordo com a concepção que adopta, são qualificadas como pactos processuais, ficariam exclusivamente subordinadas ao regime de nulidade do Código de Processo Civil), conclui no sentido de que estes pactos assumem natureza material, não obstante produzirem efeitos processuais. Afigura-se-nos, porém, que a circunstância de um determinado facto jurídico ser qualificado como acordo processual, ou mesmo como acto processual (como *infra* melhor se explicitará), não traz consigo a necessária exclusão da aplicação do regime de validade constante de diploma de índole predominantemente substantiva. Sob este ponto de vista, o argumento da sua inaplicabilidade deixaria de constituir fundamento válido para a qualificação das convenções de prova como negócios jurídicos materiais, pp. 62 e ss.

**Parte II – Validade das convenções de prova**

## Capítulo I – Condições específicas de validade das convenções de prova

Porque (à semelhança do que sucede com os demais negócios que se pretendam vinculantes no domínio do Direito) a validade e eficácia das convenções de prova se encontram juridicamente condicionadas o juiz não representa, na expressão de PATTI, mera “*bouche du contrat*”.<sup>285</sup>

No que concerne às razões determinantes da invalidade em *particular* previstas quanto a este tipo de convenção, distinguem-se, a título especial, no plano normativo, três fundamentos - a natureza indisponível do direito, a excessiva dificuldade de exercício do direito e a circunstância de as determinações legais, quanto à prova, terem por fundamento razões de ordem pública, sendo que cada um destes fundamentos beneficia de relevo individual autónomo, enquanto fonte de invalidade<sup>286</sup>.

Do relevo autónomo que cada uma destas causas de *invalidade* assume, retira-se que, nos termos da norma reguladora desta matéria, a *validade* dos acordos de prova pressupõe, a título *cumulativo*, que o regime convencional respeite a acção que constitua via de realização jurisdicional de direito de natureza disponível, que não torne excessivamente difícil o exercício deste direito e que se revele concordante com o teor normativo de preceitos legais relativas à prova, determinados por razões de ordem pública.

### Secção I - Natureza disponível dos direitos

---

<sup>285</sup> “La disponibilità delle prove”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Marzo, 2011, Anno LXV, Supplemento al. N. 1, Numero Speciale, p. 99.

<sup>286</sup> Cfr. art. 345.º do Código Civil. Em conformidade com o exposto na Parte I, reconduzir-se-ão essencialmente a quatro as razões que permitem compreender que a qualificação do tipo de invalidade de que, a título específico, as convenções de prova enfermam, seja regulada, em sede de diploma legal, cuja natureza não assume cariz exclusivamente adjectivo: o seu predominante carácter extraprocessual (quando se considere o critério do lugar da *prática* do acto e se atenda à sede mais frequente dessa prática); o tipo de fundamentos geradores de invalidade – por regra contemporâneos da *prática* do acto (e assim também, por norma, de verificação em contexto extraprocessual); o recurso a via jurídica de expressão da vontade (negócio jurídico) comum a diversos ramos jurídicos e a circunstância de a prova representar instituto jurídico de relevo não exclusivamente processual, em sentido estrito (conquanto sempre instrumental).

Nos termos do previsto no art. 345.º , n.º 1 do Código Civil, é “ nula a convenção que inverta o ónus da prova *quando se trate de direito indisponível*”.<sup>287</sup>

Da integral interpretação dos diversos segmentos que integram o preceito em causa decorre, porém, que a presente condição de validade releva, quer quando esteja em causa convenção de prova relativa ao ónus da prova,<sup>288</sup> (particular tipo de convenção de prova, que constitui subtipo da terceira modalidade de convenções de prova, relativas à decisão da matéria de facto controvertida), quer quando se trate de convenção que, excluindo ou admitindo “meio de prova diverso dos legais”, se enquadra no âmbito da primeira modalidade deste tipo de acordos, como decorre da extensão normativa a esse propósito constante do n.º 2 do art. 345.º do Código Civil.<sup>289</sup>

O estabelecimento deste primeiro limite põe em evidência dois tipos de características marcantes da relação que se estabelece entre direito realizando e direito processual.

Constitui, em *primeiro lugar*, reflexo da relação de *instrumentalidade* existente entre a normatividade adjectiva e a normatividade, cuja realização se pretende alcançar por via processual.<sup>290</sup>

O processo tem por escopo constituir instrumento viabilizador do exercício jurisdicional de direitos subjectivos, o mesmo é dizer, ser meio que garanta a possibilidade de desenvolvimento, adequado e efectivo, da pronúncia em juízo, bem como da actividade jurisdicional (realizadora em concreto, da normatividade subjectivamente firmada, mediante hetero-resolução, onde, na expressão de VIEIRA DE

---

<sup>287</sup> Itálico nosso. Em termos próximos, de acordo com o art. 2698 do *Codice Civile*, “Sono nulli i patti con i quali è invertito ovvero è modificato l'onere della prova, quando si tratta di diritti di cui le parti non possono disporre...”.

<sup>288</sup> Cfr. art. 345.º, n.º 1 do Código Civil.

<sup>289</sup> Cfr. art. 345.º, n.º 2 do Código Civil, em particular a expressão: “Nas mesmas condições”.

<sup>290</sup> MONTERO AROCA, COLOMER, REDONDO e VILAR referem o que designaríamos por “instrumentalidade processual sob o ponto de vista subjectivo”, quando explicitam que o processo é o meio através do qual os órgãos do *Estado*, com poder jurisdicional, cumprem a função de que são constitucionalmente incumbidos e o “meio através do qual os *particulares* podem ver satisfeito o Direito à tutela judicial, que lhes é constitucionalmente reconhecida” (itálico nosso). Tanto reflecte a circunstância de o direito substantivo ser o *critério-norma* relevante para a resolução de litígios assume, assim, importância para os vários sujeitos envolvidos em tal derença, num contexto processual: os litigantes e o decisor. Enquanto via de realização do direito substantivo, o direito processual e o processo respeitam, nessa medida, as duas categorias de sujeitos, *Derecho Jurisdiccional*, I, Parte general, 13ª edición Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 283. Como, porém, TEIXEIRA DE SOUSA precisa, em adopção de posição divergente da assumida por STEIN, a dimensão instrumental que ora se considera, não reconduz o direito processual a mero “Direito técnico”, informado que é, este, por valores, pelo que “as soluções técnicas não são, na sua generalidade, valorativamente neutras”, “Aspectos metodológicos e didácticos do direito processual civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. 35, nº 2, 1994, pp. 344 e 345.

ANDRADE, se exprime a “consciência jurídica da comunidade”).<sup>291</sup> Incumbe-lhe, como nota HÉRON, a qualidade de “metteur en scène du droit substantiel”.<sup>292</sup>

Enquanto elemento das relações jurídicas,<sup>293</sup> a *garantia* dos direitos subjectivos envolve o direito de acção – direito de natureza pública, porque dirigido ao Estado, de fazer agir o tribunal, mediante prolação de decisão (sobre o mérito ou não) que ponha termo à instância. Direito que constitui o correspectivo (da eliminação) do direito a agir pelos próprios meios que assista às partes no contexto de sistema de justiça privada.<sup>294</sup> Representa, pois, a contrapartida da extinção do recurso à autodefesa. Para que a instrumentalidade, que o direito de acção serve, opere, importa, porém, que a titularidade de tal direito seja acompanhada pela titularidade dos demais direitos associados às dimensões de verificação necessária para adequado exercício da actividade jurisdicional e dos direitos integrantes das esferas jurídicas das partes.<sup>295</sup>

---

<sup>291</sup> O autor faz uso da expressão transcrita quando explicita a essência da dimensão funcional da actividade jurisdicional: “O juiz desempenha um papel fundamental na realização do Estado de Direito, mas a “mais valia de juridicidade” que representa dvém-lhe das características que definem a sua magistratura: a imparcialidade, a independência e a objectividade, associadas a uma tradição de pensamento (*judicial mind*) especialmente vocacionada para exprimir a consciência jurídica da comunidade”, *O dever de fundamentação expressa dos actos administrativos*, Almedina, 2003, p. 398.

<sup>292</sup> “L’ordre public dans le procès”, *Association Henri Capitant*, 1998, p. 947.

<sup>293</sup> Apesar de identificar a garantia (a par dos sujeitos, objecto e facto jurídico) como elementos da relação jurídica, MOTA PINTO observa, contudo, que tais elementos “são, de certo modo, quanto à relação, algo de exterior, de periférico ou situado na sua face exterior”, encontrando na “ligação que existe entre os sujeitos” o “centro ou cerne” daquela relação”, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2005, p. 178.

<sup>294</sup> MONTELEONE associa à instrumentalidade do processo, relativamente às “normas primárias” (substantivas ou materiais), um duplo fito: “di reprimere le violazioni delle prime” e “eliminare, nei limiti del possibile, le conseguenze negative da quele derivante”, *Diritto Processuale Civile*, Terza Edizione, Cedam, 2002, p. 5.

<sup>295</sup> Para que meio ou instrumento de realização jurisdicional de direitos subjectivos, o regime processual deve assegurar a possibilidade de alcance do essencial objectivo a prosseguir, através do processo (resolução do litígio mediante aplicação de critérios jurídicos à problematidade do caso), assim garantindo o núcleo daquilo em que se traduz a actividade jurisdicional - dizer o direito, no caso concreto. Desmembrando as subgarantias que a referida natureza instrumental envolve, observa-se que tanto pressupõe que o regime processual viabilize dois vectores essenciais: a consideração processual do caso e a convocação de critérios *jurídicos*. Vectores que proporcionam os dois elementos ou materiais do labor em que a construção da decisão se consubstancia: factos assentes e direito. A consideração processual do caso implica, porém, que se estabeleça afluente entre o plano em que o caso se *considera* – processual – e o plano em que o caso se *situa* – a realidade. A comunicação entre os dois planos deve começar por poder ocorrer (sob a forma de proposta) mediante indicação (por regra da iniciativa das partes e, frequentemente, com carácter não unânime) dos traços factuais identificativos do caso. Indicação correspondente à visão (versão) das partes relativamente ao conflito e, assim, à realidade em que este se enquadra. Na sequência desta liminar comunicação aproximativa, dever-se-á garantir o início de percurso de reconstrução intraprocessual do real, por regra mediante recurso a vias de comunicação efectiva com a realidade verificada. Comunicação que tem lugar, por norma, por via mediata, atenta a impossibilidade de acesso directo à dimensão empírica sobre cuja verificação se indaga. Contacto com a realidade, necessário ao processo reconstrutivo, que ocorre, por intermédio de vias por sua vez reconstitutivas do real. Assim, a reconstituição de circunstâncias constante, a título de exemplo, de teor de depoimento testemunhal, permitirá, no percurso processualmente reconstrutivo da realidade relevante, aferir da valia ou não, na acção, da versão nela oferecida pelas partes. A configuração adjectiva da realidade pode implicar, porém, não operação reconstrutiva da realidade passada, mas actividade antecipadora da realidade futura. Assim, por

exemplo, quando se apurem danos futuros que, com segurança, se possam antecipadamente prever. Em qualquer das hipóteses, a construção processual do caso implica, por norma, acesso indirecto ao real – no primeiro caso, porque já verificado, no segundo caso, porque ainda por verificar a realidade sobre a qual se indaga –, sendo que o caso a considerar para efeitos de aplicação do direito será tão só o que resulte deste processo reconstitutivo, quaisquer que sejam os meios para tanto convocados. Porque o caso processualmente relevante para efeitos de decisão é, assim, aquele cuja construção opera em sede de decisão da matéria de facto, constituirão parte integrante do núcleo de vias de construção processual da realidade, todas as fontes de informação que possam representar fundamento da decisão sobre a matéria de facto controvertida, domínio em que se incluem, designadamente, as bases densas de decisão – fontes de prova, quando tomada esta na terceira dimensão e em sentido amplo. Se o direito de acção comporta o direito de acesso à jurisdição e se, como observado, esta se traduz (em condensação expressiva), na aplicação do direito ao caso, o direito a intervir neste contexto aplicativo incluirá o direito a participar na construção processual do caso. Tanto importará, não só o referido direito (por regra prévio, relativamente ao momento de prolação da decisão) das partes à exposição narrativa do caso, como também a garantia de fundamentação da narrativa sustentada, o que encontra correspondência no direito à alegação de facto e no direito à prova. Porque é este último (direito à prova) que confere utilidade prática ao direito de pronúncia expositiva e porque sem esta se veria coarctada dimensão indispensável ao exercício da jurisdição (e, correspectivamente, o direito à prestação em que aquela se traduz), a pronúncia, em segundo grau, consubstancia garantia indissociável da dimensão instrumental do processo. Essencialidade sublinhada pela integração do direito à prova no domínio dos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente previstos (art. 30.º da Constituição da República Portuguesa). As pronúncias expositiva e justificativa a que nos referimos encontram equivalência nos planos que a doutrina alemã desdobra, quando distingue entre *Behauptungslast* e *Substantiierungslast*. Sobre a relação entre ónus da alegação (*Behauptungslast*) e ónus da prova (*Beweislast*), vide ROSENBERG, *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches und der Zivilprozeßordnung*, 5ª ed., München-Berlin, 1965, pp. 50 e ss., bem como SCHÜLLER, *Die Wirksamkeit von Beweisverträgen nach geltendem Prozeßrecht*, Göttingen, 1932, p. 32. O facto de a pronúncia justificativa ter por objecto o teor fáctico da pronúncia expositiva e a circunstância de esta implicar a invocação clara, certa e determinada de factos, conduzem a que, se a alegação fáctica não reunir tais requisitos (tornando-se, por exemplo, dificilmente perceptível, o sentido de parte dessa invocação), tanto constitua fundamento de recusa de admissibilidade de prova relativamente a essa dimensão da causa de pedir. A prolação de decisão com base neste tipo de fundamento pressuporá, contudo, a violação grave do dever de exposição assertiva e definida. Como nota o *Bundesgerichtshof* (BGH), em acórdão proferido em 12 de Setembro de 2013 (V ZR 291/12), em adopção de posição representativa de critério com cujo teor concordamos, o exagero nas exigências de substantivação da alegação conduz às mesmas consequências graves que decorrem da aplicação das disposições de preclusão (“...die Handhabung der Substantiierungsanforderungen durch das Gericht dieselben einschneidenden Folgen hat wie die Anwendung der Präklusionsvorschriften”). Compreende-se, pois, a reserva que importa conservar, quando se procede à avaliação do cumprimento ou não do exigível grau de concretização factual, devendo entender-se que este não se encontra observado quando, ante a indeterminação da alegação, o tribunal fique impedido de aferir se se encontram ou não verificados os pressupostos legais (constantes da hipótese) de produção das consequências jurídicas (constantes da estatuição) normativamente previstas (“...der Pflicht zur Substantiierung ist erst dann nicht entsprochen, wenn das Gericht anhand der Darstellung nicht beurteilen kann, ob die gesetzlichen Voraussetzungen der an eine Behauptung geknüpften Rechtsfolgen erfüllt sind”). No caso em apreço no referido acórdão, considerou o tribunal ser suficiente a invocação, pela parte, de que, em Julho de 2008, o sujeito H identificou um dano causado por água, na cave de uma moradia; que fez um orçamento relativo à reparação desse dano e que transmitiu esse orçamento às RR., com a indicação de que as medidas dele constantes representavam apenas uma solução parcial para o problema. Inexigível seria já a indicação de mais detalhes, designadamente os relativos à forma (escrita ou oral) de transmissão dessa informação. Não havendo, nesta hipótese, abuso no requerimento de prova testemunhal (“Für einen rechtsmissbräuchlichen Beweisantritt ist hier nichts festgestellt oder ersichtlich”), deveria esta ser admitida, sem embargo de, durante o depoimento, as testemunhas poderem ser inquiridas relativamente a detalhes pertinentes, mas não alegados (“...so muss der Tatrichter in die Beweisaufnahme eintreten, um dort eventuell weitere Einzelheiten zu erfragen”).

Assume, neste contexto, carácter fundamental, a existência de processo, enquanto estrutura sobre que assenta a actividade dos sujeitos processuais e demais intervenientes na instância, durante o período de exercício da jurisdição.<sup>296</sup>

### **Subsecção I – Processo normativo e processo físico**

Processo concebido, quer sob um ponto de vista *intelectivo* ou normativo, quer sob um ponto de vista *material* ou físico.

Importa, sob o primeiro ponto de vista, que o *iter* processual, o estatuto de que beneficia cada um dos sujeitos jurídicos que nele intervêm (a título transitório ou permanente), bem como os pressupostos e efeitos dos actos nele praticados estejam objectivamente previstos em regra jurídica (concepção intelectual ou normativa), dimensão de importância acrescida quando, atento o número tendencialmente indeterminado de sujeitos susceptíveis de aceder ao sistema de justiça, o processo não é singular e arbitrariamente adaptável, em função das particularidades de cada caso ou exigência de cada parte. A estabilidade e previsibilidade, quanto aos termos do decurso de futura instância revela-se, por outro lado, indispensável à adequada adopção, pelas partes, de conduta conforme com o regime a observar, condição que é de garantia de observância do princípio da igualdade e pressuposto de existência de rede normativa que dispensa o esforço de permanente concepção de regras reguladoras de instância, que a ausência de normatividade supletiva imporia.<sup>297</sup>

A previsão destes critérios (processo em sentido intelectual ou normativo) deve, por outro lado, encontrar reflexo na existência de estrutura *material* viabilizadora das dimensões reguladas. Pouco relevante se afiguraria a irrepreensível previsão normativa do modelo processual, se desacompanhada (aquela previsão) do

---

<sup>296</sup> GRASSO dá conta da “ductilidade” que se observa no tratamento da noção de instrumentalidade, marcada pela superação dos termos dicotómicos em que, classicamente, tal qualidade processual era tratada, no âmbito da bipolaridade direito/acção. Nota que, no âmbito desta outra perspectiva, se precariza a ideia de um direito substantivo “realmente existente”, acentuando-se a dependência deste relativamente à existência de estrutura processual de tutela, “La dottrina del processo civile alla fine del secolo”, *Rivista di Diritto Civile*, Anno XLIII, N. 3, Maggio-Giugno, 1997, Cedam, Padova, pp. 389 e 400. De notar que tanto representa visão inversa à que precedeu a autonomização doutrinal e legal do direito adjectivo, nos termos da qual o direito de acção, destituído de autonomia, constituía parte integrante do direito substantivo. Sobre este tema, *vide*, por todos, Antunes VARELA, “O Direito de Acção e a sua Natureza Jurídica”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 125 (pp. 325-331 e 357-361) e 126 (pp. 12-16 e 37-41), Coimbra Editora, 1992.

<sup>297</sup> O relevo da existência de regime regulador da instância processual revela-se, porém, essencial mesmo quando esteja em causa o exercício da jurisdição em contexto arbitral. Embora, atento o diferente tipo de acesso à justiça a que, nessa hipótese, há lugar, não lhe seja co-natural pormenorizada e tendencialmente cristalizada (relativamente às partes) regulação normativa do regime processual a observar, continua a ser essencial que, em momento anterior ao início da actividade jurisdicional, se encontrem perfeitamente definidas e sejam do conhecimento de todos os intervenientes processuais, as regras (definidas pelas partes, pelos árbitros ou constantes de regulamento vigente no âmbito de arbitragem institucionalizada) a que o decurso da instância obedecerá. Em particular sobre a responsabilidade civil do árbitro, *vide* Henrique MESQUITA, “Arbitragem: competência do tribunal arbitral e responsabilidade civil do árbitro”, *Ab uno ad omnes (1920-1995)*, Coimbra Editora, 1998, pp. 1381-1392.

alicerce *físico* que, dando-lhe suporte, a torna possível. Dimensão assim representativa de condição de verificação indispensável para que, nas palavras de COMOGLIO, o *due process of law* não se reconduza a mera “proiezione trascendentale” di un processo *ideale*”.<sup>298</sup>

Estas as dimensões co-envolvidas na consideração do processo, enquanto instrumento, isto é, enquanto malha sequencial que assegura a realização de direitos subjectivos, quando esta não operou (ou não é operável) por consenso privado, mediante auto-resolução (autonomia privada, no nível do exercício).<sup>299</sup>

### **Subsecção II - Neutralidade instrumental**

Em qualquer uma das suas dimensões, porém, o processo deve, enquanto instrumento, revelar-se destituído de qualquer poder adulterador da matéria que constitui seu objecto. Se, como Ramos MÉNDEZ nota,<sup>300</sup> o exercício da actividade jurisdicional se traduz na realização concreta do direito objectivo no caso e se tanto pressupõe a absorção processual dos elementos de construção de decisão (factos e direito), importa que, de um lado, se permita o ingresso processual de tais elementos (viabilizando-se o cumprimento da sua feição *instrumental*) e que, de outro lado, tal passagem se verifique sem ruído, preservando a integridade e natureza dos elementos admitidos, de modo a que, assegurando a imparcialidade objectiva das bases decisórias, se garanta a cabal realização do direito no acervo problemático que o caso representa.

Com o que se recorta a primeira qualidade que o carácter mediador ou instrumental do processo deve revestir – *neutralidade*.

Donde, em reunião das primeira e segunda características, se apura que, além de instrumental, o processo assume natureza neutral ou, sob uma perspectiva dinâmica, que, enquanto *instrumental*, o processo se deve revelar *neutral*.

A condição de validade das convenções de prova que ora se considera – *natureza indisponível* do direito – decorre, pois, da preocupação em garantir que o regime processual (processo em sentido normativo) reúna esta bivalente qualidade: *neutralidade instrumental*.

---

<sup>298</sup> *La Garanzia Costituzionale dell’Azione ed il Processo Civile*, Cedam, Padova, 1970, p. 128.

<sup>299</sup> A normatividade realizanda pode, porém, além de cariz substantivo, assumir carácter adjectivo (sendo, nesta última hipótese, a instrumentalidade processual via de assegurar a efectividade da normatividade material adjectiva, a que *supra* fizemos referência).

<sup>300</sup> Acentuando a essencialidade da actividade jurisdicional, enquanto via de real cumprimento do direito, bem como a importância da concreta actividade decisória do juiz, em tal realização da normatividade, o autor observa que a “actividade jurisdicional reclamada pela acção das partes deve inelutavelmente implicar o exame da norma jurídica...”, bem como que na “tarefa de gestação dos *responsa prudentium* se produz uma evidente tensão entre a generalidade e abstracção da norma e a necessária decisão do caso concreto”, “El Juicio Jurisdiccional como perspectiva de las relaciones entre Derecho y Proceso”, *Studi in memoria di Salvatore Satta*, Volume Secondo, Cedam, Padova, 1982, pp. 1394 e 1395.

Condição correspondente à que, rebatendo a argumentação de CARNELUTTI e REDENTI (particularmente pródigas no que diz respeito à admissibilidade deste tipo convencional), ANDRIOLI invoca enquanto critério de determinação da validade das convenções de prova.<sup>301</sup>

Com o estabelecimento de condição visa-se, nesta medida, impedir que o processo intelectual possa representar fonte de inconsistência entre o *ser* e o *dever ser* da função *instrumental*.<sup>302</sup>

Considerando o plano do *dever ser*, previne-se, por via da preservação desta qualidade, que o exercício de auto-regulação adjectiva transforme o processo em meio de ingerência do poder jurisdicional (enquanto aplicador das regras convencionalmente estabelecidas pelas partes)<sup>303</sup> e da vontade particular, na esfera do poder legislativo.

A concepção da normatividade adjectiva é, assim, a duplamente norteada pelo intento de assegurar a compatibilidade entre o *dever ser* da funcionalidade processual (em modo instrumentalmente neutro) e a realidade funcional do processo.

Como WAGNER adverte, configurando-se, legalmente, em sede de hetero-regulação, determinado direito como indisponível, não deve, esta índole, poder ser objecto de alteração em contexto de exercício jurisdicional do mesmo, sob pena de a

---

<sup>301</sup> O autor nota que a fronteira de delimitação da validade convencional acompanha, em estreita proximidade, a dimensão instrumental da prova, donde recusa que, no processo, se possa sustentar “o reconhecimento de uma esfera de autonomia privada, em tudo similar à coberta pelos negócios jurídicos de direito substantivo”, “Prova in genere (Diritto civile)”, *Nuovo Digesto Italiano*, Torino, 1939, vol. XVII, Torino, UTET, pp. 814 e 825.

<sup>302</sup> Em ordem à preservação da característica da neutralidade do processo, MONTELEONE rejeita “tutte la malsana teoria della loro strumentalità rispetto a un fine esterno, qualunque esso sia”, sob pena de se enveredar por “cammino dall’esito imprevedibile”. Como objecto possível da instrumentalidade processual identifica, tão só, a “reintegrazione della norma giuridica”, enquanto forma de reacção contra a “azione disgregatrice e trasgressiva” através da qual foi “posto em xeque” (“messo in isacco”) o “fisiologico funzionamento” do sistema jurídico, “Alle origini del principio del libero convincimento del giudice”, *Rivista di Diritto Processuale*, Gennaio-Febbraio, 2008, Anno LXIII, Seconda Serie, N.1, Cedam, p. 131. Em texto rico de imagens literárias e referências históricas, CAVALLONE reflecte, adoptando perspectiva crítica, sobre a possibilidade de, ao processo, se associar uma dimensão instrumental de índole pedagógica, “Pinocchio e la funzione educativa del processo”, *Rivista di Diritto Processuale*, Gennaio-Febbraio, 2008, Anno LXIII, Seconda Serie, N.1, Cedam, pp. 133-141.

<sup>303</sup> MONTERO AROCA, COLOMER, REDONDO e VILAR distinguem um duplo sentido constitucional para a expressão “Poder Judicial”, associando ao primeiro um significado que relacionam com o “poder judicial político” (enquanto conjunto de órgãos jurisdicionais) e ao segundo um significado que relacionam com o “poder judicial organização” (enquanto conjunto de concretos juizes e magistrados que exercem o poder jurisdicional), *Derecho Jurisdiccional*, I, Parte general, 13ª edición Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004., pp. 40 - 43. Na presente hipótese, tomamos a expressão no seu primeiro sentido. Adoptando, como perspectiva de análise, a dimensão organizacional do poder jurisdicional, Miguel MESQUITA pronuncia-se relativamente às alterações introduzidas pela Lei n.º 62/2013, de 26 de Agosto e pelo D.L. n.º 49/2014, de 27 de Março, no sistema judiciário português, pronunciando-se, em particular, em sentido crítico, relativamente às implicações da reforma da organização judiciária ao nível da comarca e do tribunal de comarca, *A metamorfose do futuro tribunal de comarca*, Coimbra, Almedina, 2014.

autodeterminação adjectiva e a operatividade do processo (quando a modificação assente no exercício de poderes de adequação formal e de gestão processual pelo juiz) se transmutarem em instrumentos de conversão da indisponibilidade em disponibilidade jurídica, em adulteração da conformação do direito legislado e em transformação, dos sujeitos processuais (designadamente das partes), em agentes, por via mediata (através da modulação do regime processual e em indevida *instrumentalização* – para escopos indevidos- da natureza instrumental do processo) de deformação da natureza do direito, objecto de realização judicativa.<sup>304</sup>

Deslocando, para este contexto, a plástica expressão de EICKMANN, a *indisponibilidade* substantiva encontra elemento complementar e simétrico (“Gegenstück”) na *indisponibilidade* adjectiva.<sup>305</sup>

---

<sup>304</sup> Pronunciando-se sobre os vários sentidos que se podem associar à eficácia da disposição, WAGNER destaca, um primeiro, em que se toma por base a “relação valorativa entre direito privado e direito processual” (*Wertungszusammenhang zwischen Privat- und Zivilprozessrecht*), por referência ao qual, em ordem a evitar o “esvaziamento” (*Aushöhlung*), por via de acordo processual, de “direito jurídico-material imperativo”, se exige, como condição de eficácia deste, “o “poder de disposição” jurídico-material” (*materiell-rechtlichen “Verfügungsmacht”*) das partes negociais; faz ladear, por outro lado, o referido sentido, por um segundo, nos termos do qual o objecto da disposição é referido à norma adjectiva e não ao direito substantivo, exercido na lide, sendo a natureza (disponível ou indisponível) deste indiferente no que concerne à eficácia jurídico-processual específica (*spezifisch verfahrensrechtlicher Wirkungen*) que nesta sede se considera, *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 223. É o primeiro o sentido em causa no contexto a que se alude no corpo do texto a que a presente nota se associa. Da articulação desta “bipolaridade do indisponível” no âmbito da normatividade processual, resulta que as regras adjectivas podem assumir natureza imperativa *per se* ou “por contaminação” da natureza inderrogável (na medida em que o seja) da normatividade substantiva aplicanda.

<sup>305</sup> EICKMANN faz uso da expressão, quando observa conceber o poder de disposição processual (“Dispositionsbefugnis”) como *Gegenstück* do poder de disposição jurídico-material (“materiell-rechtlichen Verfügungsbefugnis”), *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochumer juristische Studien Nr. 57, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1987, p. 57. Raciocínio, assim, desenvolvido no âmbito da disponibilidade jurídica, mas transplantável, com as devidas adaptações, para o quadro jurídico da indisponibilidade. Cremos, porém, ser de moderar a asserção de EICKMANN como pensamento cauteloso que WAGNER exprime, quando observa que o relevo da relação entre o direito material, processualmente realizado e o direito adjectivo que viabiliza tal realização (encontrando aquele reflexo nas máximas processuais que regem o segundo) não deve ser excessivamente valorizada, sublinhando que o princípio do pedido e o princípio do dispositivo não constituem fundamentos válidos para sustentar a genérica existência de normas habilitantes para o afastamento negocial de normas processuais, sob pena de o direito processual se tornar disponível com carácter ilimitado. Ressalta, no mesmo sentido, não poder constituir fundamento, no sentido da supletividade das normas processuais, a circunstância de se encontrarem legalmente previstas normas concretamente habilitadoras (designadamente as previstas nos §§ 38 – pactos de competência, 108, Abs. 1, frase 2 – possibilidade de convenção, em matéria de caução por custas, 224, Abs. 1 – possibilidade de redução convencional de prazos, 404, Abs. 4 – possibilidade de designação de peritos pelas partes, 816, Abs. 1 e 2 – possibilidade de acordo entre as partes, quanto ao momento e lugar de realização da venda judicial e 825, Abs. 2 – possibilidade de designação, pelas partes, da pessoa incumbida da realização da venda) de tal modificação, dado que essa existência tanto pode ser (em abstracto) convocada como argumento no sentido de que de tal concessão se retira a posição geral do legislador no sentido da permissão de modificação das regras processuais, como enquanto argumento (que nos parece de mais provável procedência) no sentido inverso, retirando-se *a contrario* conclusão no sentido da geral inadmissibilidade de válida celebração de convenções processuais. Sustenta, nesta medida, que a conclusão a retirar deverá encontrar conforto nas ilações que resultem da análise do sistema geral da ZPO, bem como das valorações que lhe são inerentes, *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 65.

O exercício do direito de acção, nas várias dimensões que comporta, representaria, em suma, quando não assim, forma de contornar a atribuição, pelo legislador, de carácter imperativo à norma previsora do direito em causa.<sup>306</sup>

Compreende-se, atentas as razões expostas, que este seja um limite à liberdade negocial das partes assinalado pela generalidade da doutrina favorável à admissibilidade de convenções de prova, mesmo quando, no quadro do sistema jurídico, a que cada autor se reporte, não exista norma legal, relativa à validade das convenções de prova, de que expressa e especialmente resulte ser esta uma condição de validade de tais pactos. Assim, por exemplo, com WAGNER<sup>307</sup> e com EICKMANN.<sup>308</sup>

---

Acresce que nos parece ser de notar, mais amplamente, não serem confundíveis, nem necessariamente relacionáveis, em sentido concordante, a supletividade (enquanto qualidade normativa criadora da susceptibilidade de alteração, pelas partes) da normatividade adjectiva com a supletividade do direito material aplicável, bem como com a vigência do princípio do dispositivo (enquanto atribuição às partes da possibilidade de actuarem processualmente, no plano dos factos e da prova). Na verdade, mesmo quando esteja em causa matéria substantiva disponível, podem razões outras (vejam-se, a este propósito, os fundamentos de imperatividade adjectiva *infra* identificados, neste capítulo) determinar a natureza imodificável de normas adjectivas. Por outro lado, também as normas, através das quais se consagre ou em concreto se manifeste o princípio do dispositivo, concedendo-se às partes a possibilidade de intervirem processualmente, se podem revelar total ou parcialmente indisponíveis. Assim, não se afiguraria válida a convenção no sentido da inexistência da possibilidade de absoluta invocação processual de razões de facto ou de indicação de meios de prova pelas partes, na medida em que tal se revelaria incompatível com a garantia do direito à tutela jurisdicional efectiva, por representarem aquelas vias essenciais de exercício deste direito. Tanto sucede, nesta medida, mesmo quando o princípio do dispositivo se afirme, a título exclusivo, retirando-se ao tribunal a possibilidade de concomitante exercício de tais poderes (como tendencialmente sucede, no âmbito do sistema processual português, no domínio dos factos essenciais). A invalidade do segundo tipo de convenção, decorre, por maioria de razão, da condição de validade, constante do art. 345.º do Código Civil, no sentido de que constitui fundamento de nulidade da convenção de prova o facto de o regime nela previsto tornar excessivamente difícil o exercício do direito à prova (*ob. cit.*, p. 62). Por outro lado, se o conhecimento oficioso de uma determinada questão não se verificará, quando esteja em causa normatividade susceptível de modificação, pode recusar-se a possibilidade de conhecimento *ex officio* mesmo em hipóteses em que a normatividade adjectiva violada se revele insusceptível de modificação por via convencional. Assim, quando tenha havido lugar à prática de acto padecente de nulidade, por violação de norma processual insusceptível de ser objecto de alteração por vontade das partes, não enquadrável nas hipóteses previstas no art. 196.º do Código de Processo Civil (pense-se, a título exemplificativo, na hipótese de não ter havido lugar a audiência prévia apesar de, em contraste com o previsto no art. 593.º, n.º 1 do Código de Processo Civil, não se verificar fundamento para a sua dispensa). A impossibilidade de estabelecimento de uma “conexão “cega”” (““blinde” Ankoppelung”) entre a doutrina do negócio processual e a doutrina da apreciação oficiosa é também explicitada por WAGNER, não obstante reconhecer que a existência dessa possibilidade constituirá um dos critérios (não exclusivo, portanto) a ter em consideração, quando se indague da natureza contratualmente modificável ou não de uma determinada norma, tomando-a por indício importante no âmbito do problema relativo ao enquadramento da normatividade no domínio do *ius cogens* (*ob. cit.*, p. 70).

<sup>306</sup> Intuito normativo (de criação de obstáculos à consumação de tal perigo) que constitui razão de ser de outras dimensões do regime processual, designadamente das que contendem com o regime da simulação processual, bem como com a normatividade relativa à litigância de má-fé. Quanto a esta última, *vd.* por todos, em particular no que diz respeito aos pressupostos indemnizatórios, Paula COSTA E SILVA, *A litigância de má-fé*, Coimbra Editora, 2008.

<sup>307</sup> WAGNER oferece como exemplos de normatividade indisponível, atenta a natureza indisponível da relação substantiva realizanda, os §§ 612, Abs.4 (inadmissibilidade de prolação de sentença ante réu revel), 616 (princípio do inquisitório, em matéria de facto e de prova), 617 (restrições aos efeitos de

A preocupação em garantir a neutralidade instrumental reflecte-se de dois modos, no plano da criação (hetero-reguladora) de normatividade processual. O legislador procura, em primeiro lugar, assegurar que o regime adjectivo, por si concebido, observe tal qualidade e, em segundo lugar, que esta não possa ser eliminada pelas partes, pelas duas vias visando obviar ao que Miguel MESQUITA designa por “alienação do direito indisponível”.<sup>309</sup>

Quando, porém, se desse às partes, o poder de, convencional e irrestritamente, criar, em matéria de prova, regras processuais próprias, abrir-se-ia a possibilidade de o regime a observar, na instância, perder o carácter tendencialmente blindado (quanto à viabilidade de, por meio de cariz adjectivo, se introduzirem mutações na natureza indisponível do direito processualmente exercido) de que o regime legamente previsto beneficia, aumentando consideravelmente o potencial risco de uso do processo para fins diferentes daqueles para que foi concebido. A exclusão, com carácter absoluto, da possibilidade de as convenções de prova serem validamente celebráveis, quando respeitem a factualidade reconduzível ao quadro de hipótese normativa de cariz indisponível, representa forma de cortar cerce potencial fonte de mácula da neutralidade instrumental do regime processual, radicalmente obviando a que se adultere (em uso do processo para fins outros que não aqueles para que foi concebido)<sup>310</sup> a natureza que, em sede de exercício da função legislativa, houvera sido atribuída ao direito objecto de apreciação jurisdicional.

Como WAGNER observa, se se convoca a autonomia privada para o universo processo, com ela nele ingressarão também limites que circunscrevem essa liberdade.<sup>311</sup> Limites que, como decorre do que ANDRIOLI sublinha, não se circunscrevem às hipóteses em que os actos processuais directamente dotados de

---

declarações prestadas, em juízo, pelas partes), 621, Abs. 1 (relativo ao tribunal competente, em razão da matéria) da *Zivilprozessordnung* (os dois primeiros reguladores de processos em matéria matrimonial e, o último, de outros processos, em matéria de família), *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 688.

<sup>308</sup> *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochumer juristische Studien Nr. 57, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1987, pp. 86 e ss.

<sup>309</sup> Miguel MESQUITA convoca esta expressão quando se pronuncia relativamente aos motivos justificadores da ineficácia da confissão (quer expressa, quer tácita), no âmbito de direitos indisponíveis. A tanto faz, por outro lado, acrescer a menção de que a razão de ser de tal ineficácia se prende também com a circunstância de o legislador pretender “em certas acções, o apuramento cabal da verdade dos factos, rejeitando ou proibindo a possibilidade do julgamento com base numa verdade ficcionada”, “A revelia no processo ordinário”, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Lebre de Freitas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 1114.

<sup>310</sup> Paula Costa e SILVA identifica, expressivamente, o carácter “não agnóstico” da instrumentalidade processual, notando, designadamente, que “o exercício das situações processuais” “está ordenado à prossecução das finalidades do processo, sendo inadmissível a sua utilização para a lesão de bens jurídicos protegidos”, *A litigância de má fé*, Coimbra Editora, 2008, p. 691.

<sup>311</sup> “Dieses durchaus berechtigte Anliegen wird im Rahmen der hier vertretenen Konzeption dadurch befriedigt, dass sich nicht nur das Prinzip der Privatautonomie selbst, sondern auch die materiell-rechtlichen Sicherungen und Restriktionen der Privatautonomie im Prozess- bzw. Prozessvertragsrecht fortsetzen”, *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 688.

aptidão adúlteradora da natureza indisponível do direito sejam praticados pelas partes.<sup>312</sup>

Garantindo-se que o processo constitui instrumento, e *instrumento tão só (por isso neutro)*, de hetero-resolução jurisdicional de litígios, assegurou-se que o exercício processual dos direitos objecto de invocação, em juízo, tem lugar sem que tanto importe interferência na natureza destes. Por via da *neutralidade instrumental* acautela-se, em síntese, a manutenção *da natureza do direito jurisdicionalmente realizando*.

Dependendo, a validade da convenção de prova (nos termos da condição assim primeiramente enunciada), do tipo de direito subjectivo exercido, a regularidade do pacto assumirá (quando não expressamente adstrito, em termos particularmente densificados, a um definido tipo de objecto processual) natureza relativa, na medida em que só aferível em concreto, em função da natureza do direito exercido na acção em que a invocação da convenção de prova tem lugar. Revelando carácter bifronte, poderá assumir natureza lícita ante certo tipo de acções, mas já não ante outro (consoante o objecto destas, sendo certo que um mesmo tipo de litígio pode assumir dimensões de disponibilidade e de indisponibilidade).

A maleabilidade ou não (mediante celebração de convenção de prova) do regime jurídico da prova, depende, pois, da maleabilidade ou não (também ante o poder de disposição das partes) do direito processualmente realizando. O que, sob ângulo de visão a este contraposto, equivale a observar que, no âmbito de escrutínio da validade convencional, a conclusão, quanto à imperatividade do regime jurídico da prova depende da conclusão (prévia), quanto à imperatividade do regime jurídico a realizar por via processual, com o que se desvela estar em causa hipótese de *imperatividade conexa*.<sup>313</sup>

---

<sup>312</sup> Reflectindo sobre a liberdade que se deve reconhecer às partes de requerer que a decisão seja proferida, pelo *tribunal*, de acordo com critérios de equidade, o autor condiciona, tal possibilidade, a hipóteses em que estejam em causa direitos disponíveis (quer o *tribunal* seja arbitral, quer não), *Appunti di diritto processuale civile : processi di cognizioni e di esecuzioni forzate*, Napoli, Casa Editrice Dott., Eugenio Jovene, 1964, p. 326.

<sup>313</sup> Imperatividade dependente da imperatividade de outro tipo de normatividade. Como fontes de imperatividade do direito processual, tomamos, assim, por um lado, a natureza imperativa do direito material (independentemente das razões que justificam essa imperatividade) de cuja realização aquele é instrumento (tal imperatividade adjectiva destina-se, nesta medida, a salvaguardar a imperatividade substantiva, impedindo que o processo possa constituir uma via de contorno daquela, frustrando a intenção do legislador, pelo que consubstancia uma imperatividade “por osmose” ou conexa), e, por outro lado, a tutela do interesse público, bem como a tutela de interesses privados, publicamente relevantes e de terceiros directamente subjacentes à normatividade adjectiva. Estes últimos fundamentos de imperatividade configuram, assim, hipóteses dotadas de autonomia (“imperatividade autónoma” relativamente ao direito material com o qual se encontra em relação). É a especificidade do direito material a realizar processualmente e as particulares necessidades de restrição da autonomia privada que aquele determina, que, como nota WAGNER, justifica a autonomização de ramos de direito processual especiais, como o direito processual do trabalho, exprimindo-se, na normatividade que o regula, as valorações próprias das normas substantivas em causa. No mesmo sentido, sublinha que é a relação que se estabelece entre direito substantivo e processual que determina que, nos termos do §1030, Abs. 1 ZPO, só possa haver lugar a arbitragem, quando o objecto da acção assumia natureza patrimonial ou respeite a matéria passível de transacção, *Prozeßverträge. Privatautonomie im*

### **Subsecção III – Natureza da indisponibilidade**

Podendo, a natureza indisponível de determinada matéria jurídica,<sup>314</sup> ser considerada sob diferentes *critérios*, importa seleccionar, dentre os mais significativos, o relevante para o presente efeito.

---

*Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, pp. 61 e 62. Desta última circunstância, pretende retirar, por outro lado, argumento, por maioria de razão, no sentido da admissibilidade de convenções processuais: se o legislador permite que, atenta a natureza disponível da matéria, as partes excluam a derrenção do litígio, no âmbito dos tribunais judiciais (mediante a celebração de convenção de arbitragem), também se deverão ter por admissíveis acordos que prevejam uma consequência menos gravosa (não retirando a resolução do litígio do âmbito da jurisdição judicial, mas tão só alterando as regras processuais de acordo com as quais, no domínio dos tribunais judiciais, o conflito será dirimido), *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 63. Quando aduz este raciocínio considera, porém, as consequências relevantes tão só no que diz respeito à manutenção ou não da competência dos tribunais que integram a ordem judicial. Razões de outra natureza podem determinar, contudo, ilações diferentes. Assim, se através da convenção de arbitragem, se retira a litigiosidade em causa do domínio de competência desses tribunais, não implicando quaisquer consequências no que diz respeito aos termos em que a actividade destes é desenvolvida, a introdução (por via de outro tipo de convenções processuais) de alterações de tramitação pode introduzir factores de criação de dificuldades e custos adaptativos, assumindo, sob este ponto de vista, maior gravosidade relativamente ao primeiro negócio processual referido. O primeiro deixa, sob este ponto de vista, de constituir um *minus* relativamente ao segundo, no que diz respeito às consequências processuais que importa. De observar, ainda, no que diz respeito ao “poder” da convenção arbitral, que JÄCKEL destaca como principais efeitos processuais da convenção de arbitragem, enquanto efeito negativo, a exclusão da competência dos tribunais judiciais (§1032, Abs. 1 ZPO) e, enquanto efeito positivo, a força de caso julgado da sentença arbitral (§1055 ZPO), *Beweisvereinbarungen im Zivilrecht Wirksamkeit und Wirkungen aus materiell-rechtlicher und prozessualer Sicht*, Duisburg; Köln, 2007, p. 14. O segundo efeito, porém, decorre do regime legal da arbitragem, por força da equiparação que nele se estabelece entre a força vinculativa das sentenças judiciais e arbitrais, não obstante a produção desse efeito pressupor o funcionamento da instância arbitral e, nessa medida, a prévia celebração de convenção de arbitragem. Acresce, por outro lado que, quando WAGNER adverte que a concepção do processo judicial como contratualmente imodificável geraria a acentuação da diferenciação entre dois campos susceptíveis de selecção pelas partes [distinguindo-se a área da arbitragem (mais aberta à conformação privada) da área judicial (menos permeável à modelação negocial, por força do mais intenso grau de indisponibilidade das regras processuais a que obedece)] e que tanto se revelaria contraproducente, na medida em que não contribuiria para minorar a tendência para a escolha da arbitragem privada, invoca argumento que não se nos afigura plausível para sustentar a existência de “interesse atendível à regulação livre do processo” (“*schützenswerte Interesse nach freier Ausgestaltung des Verfahrens*”) fora do domínio da arbitragem, na medida em que pode constituir escopo (legítimo) da política legislativa a configuração da arbitragem como via para onde desejavelmente seja canalizada a resolução de determinado *tipo* de conflitualidade (compatível com tramitação processual mais maleável) e que podem existir aspectos, caracterizadores da actividade jurisdicional judicial, incompatíveis com tal flexibilização. Evitar a fuga para a arbitragem não representará, cremos, em si, argumento susceptível de justificar a abertura do processo judicial ao processo convencional.

<sup>314</sup> Quanto à distinção entre matéria e direito indisponível, bem como quanto à noção a considerar no presente contexto, *vide infra* as observações a esse propósito tecidas, aquando do tratamento do pressuposto específico de validade enunciado em terceiro lugar e igualmente válidas na presente sede. Para análise centrada sob a segunda perspectiva, Luciano OLIVERO, *L’indisponibilità dei diritti: analisi di una categoria*, G. Giappichelli, Turim, 2008. Em particular sobre o regime jurídico da (in)disponibilidade de direitos subjectivos pessoais, Rabindranath CAPELO DE SOUSA, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, esp. pp. 402 e ss., Diogo Leite de CAMPOS, “Os direitos de personalidade: categoria em reapreciação”, *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 403, 1991 e “Lições de Direitos da Personalidade”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º 67, 1991, pp. 185 e ss; Paulo Mota PINTO, “O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”,

Em comum, têm a circunstância de a vontade das partes se revelar insusceptível de se impor juridicamente, pelo que lhes está sempre associada uma dimensão de imperatividade.<sup>315</sup>

A indisponibilidade pode, em *primeiro lugar*, dizer respeito à imperatividade de início de processo jurisdicional, uma vez conhecida a ocorrência de determinada factualidade<sup>316</sup>; respeitará, em *segundo lugar*, à imperiosidade de recurso a juízo, como condição de obtenção do efeito jurídico pretendido por quem tenha legitimidade para tanto;<sup>317</sup> derivará, em *terceiro lugar*, da impossibilidade de renúncia

---

*Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º 69, 1993, pp. 483 e ss., “A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. II, Coimbra Editora, 2001, pp. 527-558. Sobre a adequação da via jurisdicional voluntária enquanto meio processual de tutela da personalidade, Remédio MARQUES, “Alguns aspectos processuais da tutela da personalidade humana na revisão do processo civil de 2012”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 72, n.ºs 2 e 3, Abril-Setembro, 2012, pp. 653-675. Quanto à natureza e tutela do direito a alimentos, *vd.* o mesmo autor, *Algumas notas sobre alimentos (devidos a menores) “versus” o dever de assistência dos pais para com os filhos (em especial filhos menores)*, Coimbra Editora, 2007. Numa óptica constitucional, Vieira de ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 306 e ss. Para associação entre a dimensão de indisponibilidade do corpo e das pessoas a noção de ordem pública, *vide* BEIGNIER, “L’ordre public et les personnes”, *Annales de l’Université des sciences sociales de Toulouse*, Toulouse, T. 42, 1994, pp.31-47. A indisponibilidade jurídica não se cinge, porém, ao estrito domínio da personalidade, podendo relevar também no âmbito patrimonial, como decorre, designadamente, do previsto no art. 1714.º do Código Civil (imodificabilidade das convenções antenupciais e do regime legal de bens).

<sup>315</sup> Assim o notam Mariana França GOUVEIA e Assunção CRISTAS, “Violação da ordem pública como fundamento de anulação de sentenças arbitrais”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 29, 2010, p. 49. Porque assim, representam hipóteses que, de algum modo se encontram fora do alcance de disponibilidade das partes, como Castro MENDES observa, *Direito Processual Civil*, Vol.I, AAFDL, Lisboa, p. 206.

<sup>316</sup> Representa, esta, uma dimensão de indisponibilidade que, por regra, não se aplica no âmbito do processo civil, atenta a vigência do princípio do pedido, quando considerado sob a dimensão de necessidade de formulação de pedido (*vide* art. 3.º, n.º 1 do Código de Processo Civil). Não assim, contudo, em outras áreas do Direito, designadamente no domínio do processo penal, relativamente a crimes públicos (*vide* arts. 48.º e 242.º do Código de Processo Penal). Em perspectiva próxima, ter-se-á por indisponível o direito que não possa deixar de ser exercido. Esse o sentido a que Mariana França GOUVEIA se reporta em *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2012, p. 147. Esta a primeira hipótese teórica que Montero AROCA identifica como associável à quebra, no âmbito processual civil, do princípio do dispositivo. Distingue, nesse âmbito, a possibilidade de o processo ter início por iniciativa do juiz ou por iniciativa do Ministério Público, considerando, contudo, que apenas a segunda representa uma solução possível, na medida em que a primeira contendia com o princípio da imparcialidade do juiz, dimensão inderrogável, porque indissociável da “configuración del órgano judicial”, *La prueba en el proceso civil*, Segunda edición, Editorial Civitas, Madrid, 1998, p. 278.

<sup>317</sup> Assim sucede, por exemplo, relativamente a um particular tipo de direitos—direitos potestativos, cujo exercício só possa ter lugar mediante recurso a juízo —, como se reflecte na noção que MOTA PINTO dá de direito subjectivo (em sentido amplo), quando o enuncia como “poder jurídico (reconhecido pela ordem jurídica a uma pessoa) de livremente exigir ou pretender de outrem um comportamento positivo (acção) ou negativo (omissão) ou de por um acto livre de vontade, só de per si *ou integrado por um acto de autoridade pública*, produzir efeitos que inelutavelmente se impõem a outra pessoa (contraparte ou adversário”, (itálico nosso), *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2005, pp. 178 e 179 (na medida em que a decisão jurisdicional representa categoria de acto de autoridade pública). Nessa hipótese, vedada fica, à parte, a possibilidade de, unilateralmente, exercer o direito de modo directo (sem recurso a juízo). Noutras hipóteses, tal impossibilidade abrange a própria resolução consensual, só sendo, o efeito jurídico pretendido pelas partes, obténivel no quadro da jurisdição (que não por acordo logrado fora desse contexto). CALAMANDREI enuncia como principal razão para a previsão legal deste

antecipada ao direito a exercer em juízo;<sup>318</sup> dependerá, em *quarto lugar*, do grau de liberdade em conformar processualmente, sob o ponto de vista expositivo, os termos factuais do litígio;<sup>319</sup> relacionar-se-á, em *quinto lugar*, com a capacidade de conformação *jurídica* das matérias relacionadas com a determinação da factualidade controvertida;<sup>320</sup> prender-se-á, em *sexto lugar*, com a impossibilidade de transmitir ou onerar a posição jurídica (activa ou passiva) em causa,<sup>321</sup> associando-se, em *sétimo lugar*, à impossibilidade de alterar, por via negocial, para um caso concreto (em auto-regulação privada), o regime constante de determinada norma jurídica (assim revestida de carácter imperativo), no que diz respeito à relação, que na mesma se estabelece (ou que à mesma subjaz), entre factos e consequências jurídicas (seja no sentido de que, perante determinados factos, legalmente se imponha a verificação de dados efeitos jurídicos; seja no sentido de que certos efeitos jurídicos – constantes da estatuição normativa – só se poderão produzir, quando verificada determinada constelação factual – a constante da hipótese da mesma norma).

De notar que, dentre os vários critérios enunciados, alguns relevam no plano processual<sup>322</sup>, ao passo que outros não estão “aprisionados” a este contexto<sup>323</sup>. É, não obstante, entre eles estabelecível relação de interferência, determinando, um tipo de

---

último tipo de indisponibilidade, (conducente a que, como observa, o princípio do dispositivo deixe - a este nível - “*di aver vigore*”, só podendo, a modificação almejada, verificar-se “*mediante sentenza del giudice*”), a circunstância de estarem, em causa, relações, entre os sujeitos jurídicos, carentes de conflitualidade. Vendo, o autor, como “*giustificazione logica*” do princípio do dispositivo o facto de o conflito de interesses entre as partes tornar cada uma destas agente de controlo “*sull’attività della parte avversaria*”, assim se promovendo “*l’accertamento della verità in giudizio*”, tal princípio “*perdi ogni sicurezza di rendimento*” no âmbito de processos onde, existindo comunhão de interesses entre as partes quanto ao resultado a obter, se gere uma “*alleanza di interessi*”, passível de conduzir à obtenção de um efeito jurídico sem que para tanto se verifiquem os pressupostos legais, “*Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*”, Opere giuridiche, Morano Editore, 1965, vol. I., pp. 151 e 152.

<sup>318</sup> Renúncia de tipo abdicativo. Para distinção entre esta e renúncia atributiva, vide FRANCISCO PEREIRA COELHO, « A renúncia abdicativa no direito civil (algumas notas tendentes à definição do seu regime), *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1995, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 6 e ss.

<sup>319</sup> Disponibilidade condicionável, designadamente, ao nível da possibilidade de as partes chegarem a acordo, quanto aos factos bem como ao nível do maior ou menor grau de intervenção reconhecido ao juiz no âmbito da recolha de matéria factual. Discerne-se, quanto a este último aspecto, indisponibilidade *absoluta* (para as partes) no âmbito do regime geral dos processos de jurisdição voluntária (dada a ampla competência do tribunal em sede de indagação de factos – vide art. 5.º, n.º 2 do Código de Processo Civil) e *relativa* no domínio do processo declarativo comum (ante a competência do tribunal para, em certas hipóteses, oficiosamente conhecer matéria de facto - vide art. 986.º, n.º 2 do Código de Processo Civil).

<sup>320</sup> Não haverá disponibilidade, sob este ponto de vista, relativamente a matérias, cujo conhecimento possa ter lugar, a título oficioso. Assim, por exemplo, com o vício da nulidade (vide art. 286.º do Código Civil).

<sup>321</sup> Este o critério que se afigura mais próximo da noção adoptada por Teixeira de SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª Edição, Lex, Lisboa, 1997, p. 201.

<sup>322</sup> Assim, por exemplo, com o quarto.

<sup>323</sup> Assim, por exemplo, com o sétimo.

indisponibilidade (relativo a dimensão não processual), um outro tipo de indisponibilidade (operante no seio do processo).

Tal relação é observável entre os *quarto* e *sétimo* tipos de indisponibilidade. Quando as partes não possam (em conformidade com o sétimo critério – relevante em sede extraprocessual), por via de acordo, criar regra jurídica própria, com conteúdo diferente do legalmente previsto (na medida em que a dimensão factual da norma se encontre cristalizadamente associada à consequência jurídica nela prevista), não poderão também (como corolário de uma das dimensões integráveis no quarto tipo de indisponibilidade – relevante no plano processual) dispor, em juízo, dos factos, seja por via activa (chegando a acordo quanto aos mesmos), seja por via passiva (em consequência do silêncio ou omissão de pronúncia processual).<sup>324</sup>

E se não podem dispor dos factos por estas vias *directas* (activa ou passiva, por intermédio das quais *imediatamente* estabeleceriam o contorno fáctico da lide), não poderão deles dispor por via *indirecta* (através da modificação do regime da prova, por intermédio da qual *mediatamente* condicionariam, também, o substracto factual da instância). Gera-se, assim, este outro tipo de indisponibilidade, relevante no plano processual – em sede de prova. Indisponibilidade que aflora, justamente, sob o ponto de vista legal, na associação do vício da nulidade às convenções de prova quando esteja em causa matéria indisponível.<sup>325</sup>

---

<sup>324</sup> Considera-se, nesta sede, o tipo de indisponibilidade. Distinto deste plano de análise (no âmbito do qual se afere se se está ante direito indisponível, bem como sobre a feição dessa indisponibilidade), é o que se situa a montante (no domínio do qual se indaga da razão de ser ou fonte da indisponibilidade), bem como o que se situa a jusante (no âmbito do qual se apuram os reflexos jurídicos de tal indisponibilidade). No que diz respeito ao primeiro, NEGRO distingue a indisponibilidade por indissociabilidade subjectiva, por natureza e por determinação legal, *I diritti indisponibili nel sistema dell'ordinamento giuridico, Il foro Italianol*, Vol. 79, Parte V, 1956, pp. 212 e ss. Alberto dos REIS distingue também estas duas últimas fontes de indisponibilidade, *Comentário ao Código de Processo Civil*, Vol. 3<sup>o</sup>, Coimbra Editora, 1946, p. 518. No que diz respeito ao segundo plano, os reflexos assumem natureza diversa, designadamente no que concerne ao regime da caducidade (art. 333.º do Código Civil), à transigibilidade, à desistência, à admissibilidade de confissão (art. 289.º do Código de Processo Civil) e à arbitrabilidade (esta, hoje, legalmente associada à patrimonialidade e à admissibilidade de transacção – art. 1.º, n.ºs 1 e 2 a Lei da Arbitragem Voluntária), bem como (conforme *supra* referido) à operância da revelia (art. 568.º, c) do Código de Processo Civil). Quanto a este segundo plano de análise, *vd.* Vaz SERRA, “Prescrição e Caducidade”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 105, 1961, pp. 56 e ss., Lebre de FREITAS, *A confissão no direito probatório*, Coimbra Editora, 1991, pp. 73 e ss., Teixeira de SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª Edição, Lex, Lisboa, 1997, pp. 201 e ss., Sampaio CARAMELO, “A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio Reflexões de iure condendo”, *Temas de Direito da Arbitragem*, Coimbra Editora, Coimbra, esp. pp. 81 e ss., Jorge CARVALHO, “O critério da disponibilidade na arbitragem, na mediação e noutros negócios jurídicos processuais”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. II, pp. 853 e ss.

<sup>325</sup> Porque assim, e *a contrario*, estará em causa, para o presente efeito, matéria disponível, quando o efeito jurídico pretendido constante da estatuição normativa seja susceptível de ser obtido, no quadro do sistema jurídico em causa, mesmo que a factualidade verificada não seja a normativamente fixada, bem como quando o efeito jurídico constante da norma possa não ter lugar ainda que verificada a factualidade que se subsume na sua hipótese. Já para produção do efeito constitutivo do vínculo de casamento se pressupõe a verificação de circunstâncias de facto bem determinadas, não admitindo, o sistema jurídico, que esse efeito se produza quando não ocorridos esses factos, nem que, uma vez verificados estes, tal efeito jurídico se não produza. Não será, por isso, concebível, a válida conformação, por via negocial, de regra (privada) cuja estatuição consubstancia tal efeito, fazendo-se constar, da hipótese, diferente quadro factual; nem de regra negocial nos termos da qual, uma vez verificados aqueles factos, não se produzirá qualquer consequência jurídica (ou se produzirá consequência jurídica

Inviabilizando-se, com a específica condição de validade que ora se considera,<sup>326</sup> a licitude do pacto de prova, sempre que esseesse pressuposto se não verifique, impede-se, pois, que, em tal circunstância, as partes possam (intencionalmente ou não) influir, por via convencional, na definição da matéria de facto. Com o que se visa evitar que, em colisão com proibição legal, se logre, em contexto processual, a produção de determinados efeitos jurídicos, apesar de, na realidade, não se ter verificado a factualidade cuja ocorrência constitui (sob o ponto de vista normativo) condição indispensável à produção de tais consequências (o que, processualmente, ocorreria em virtude de, como corolário do regime de prova convencional observado, se virem a dar por assentes versões factuais na verdade não verificadas) ou que certos efeitos jurídicos se não produzam, não obstante, na realidade, se terem verificado os factos cuja ocorrência dita, em termos normativamente imperativos, a produção de tais consequências (o que, processualmente, teria lugar em virtude de, como corolário do regime de prova convencional observado, se virem a dar por não provadas, versões factuais na verdade ocorridas).

O critério de disponibilidade relevante para o presente efeito coincide, pois, com o enunciado em sétimo lugar. Tanto equivale a afirmar que (sob o ponto de vista do condicionamento de licitude negocial imposto por este particular pressuposto) estará em causa matéria indisponível, para efeito de convenções de prova, quando às partes seja também negocialmente vedado, em auto-regulação (construindo um regime jurídico próprio, em derrogação do normativamente previsto), alterar, no plano extraprocessual, o enunciado legal, mediante conformação do teor da hipótese normativa, seja retirando, a factualidade que dela consta, enquanto fonte de produção do efeito jurídico (quando os factos normativamente previstos representem fonte necessária de produção dos efeitos jurídicos previstos no mesmo preceito), seja prevendo outras configurações factuais como causa de tais efeitos (quando os factos normativamente previstos assumam natureza exclusiva, enquanto fonte dos efeitos normativamente estatuídos.).

O referido nexos indissociável que, no âmbito de uma dada norma, o legislador crie entre hipótese e estatuição, representará, em síntese, a fonte da indisponibilidade

---

diversa da normativamente prevista). Inviável se afigura, por isso, neste caso, que as partes possam, por via processual, influir, mediante acordo entre si celebrado, na determinação da matéria de facto a dar por assente. Não relevará, assim, o acordo ou o silêncio das partes, para efeito de estabelecimento, processual, dos factos em causa como assentes ou não assentes. De outro modo, a concordância, entre as partes, no sentido da verificação do facto constante da norma, poderia encobrir a real não verificação daquele, produzindo-se, então, o efeito jurídico constante da norma, em hipótese *real*, diferente daquela que o legislador contemplou como a única geradora de tal consequência jurídica. Por outro lado, a concordância, entre as partes, no sentido de que os factos não se verificaram, permitiria encobrir a sua real verificação, não se produzindo, então, o efeito que, sob o ponto de vista da ordem jurídica, se configura como de verificação imperativa uma vez ocorrida a factualidade em causa. E se, a possibilidade de criação, por esta via, de dessintonia entre a previsão legal e a realidade, conduz à inadmissibilidade de a concordância, entre as partes, quanto aos factos, poder servir de base à sua qualificação como processualmente assentes ou não assentes, inadmissível será também outro tipo de concordância, quando potencialmente gerador do mesmo efeito. Por isso será nula, nesse contexto (em conformidade com a condição de validade enunciada, em segundo lugar, no art. 345.º do Código Civil), a convenção de prova. Em particular sobre os reflexos da indisponibilidade no plano do processo executivo, Norberto GOWLAND, "Procédure civile et indisponibilité juridique", *Revue Internationale de Droit Comparé*, Vol. 7, n.º 4, 1955, pp. 772-774.

<sup>326</sup> Natureza disponível do direito.

expressa no sétimo critério, sendo que, as razões que a este presidem, só se cumprirão quando, a esse tipo de indisponibilidade, se cumule a indisponibilidade no plano factual directo (segundo critério de indisponibilidade) e no plano factual indirecto (mediante proibição de celebração de convenção de prova).<sup>327</sup>

## Secção II - Grau de dificuldade de exercício do direito

Identificada (na Secção anterior), a *neutralidade instrumental*, como a essencial razão determinante da previsão da condição de validade enunciada em primeiro lugar, importa, nos mesmos termos, dilucidar o motivo nuclearmente justificador do segundo pressuposto específico de licitude da convenção. Esse o objecto da Subsecção I.

### Subsecção I – Efectividade instrumental

O processo quer-se, contudo, não apenas regulado e exequível (sob ambas as dimensões discernidas - intelectual e material) *em termos* garantidores da sua *neutralidade*, como ainda *em termos compatíveis* com o conteúdo próprio do direito a tutela jurisdicional *efectiva* (*Recht auf einem wirksamen Rechtsbehelf*).<sup>328</sup> Porque se destina a constituir meio de exercício da jurisdição, deve a realidade processual (em plano garantístico de base) beneficiar de todas as dimensões (material e física) necessárias a esse exercício. Constituindo, por outro lado (nos termos do actual modelo de compreensão do processo), o *direito de acção*, apenas uma das garantias necessariamente inseridas no quadro do *direito a tutela jurisdicional efectiva*, o regime processual deve, *acrescidamente*, assegurar que a actividade jurisdicional se desenvolve em conformidade com o grau (mais intenso) de tutela associado a este outro *nível* de protecção adjectiva (de modo a constituir, o processo, contexto, não apenas de *exercício*, mas de *exercício efectivo* de direitos).<sup>329</sup>

---

<sup>327</sup> Rocco revela-se crítico relativamente à formulação do art. 2698 do Codice Civile quando “limita il divieto dei contratti di prova unicamente ai diritti indisponibili”, referindo que tanto representa critério “del tutto errato”, na medida em que existem outras causas (não relacionadas com o carácter indisponível dos direitos) justificadoras da imperatividade normativa e, assim, de impossibilidade de derrogação por via convencional, *Trattato di diritto processuale civile*, Vol. II, Parte Generale, UTET, Torino, 1957, p. 190. Crítica de que o regime português não merece ser objecto, atenta a diversidade de causas que, com de seguida se aprofundará, representam causas de invalidade negocial.

<sup>328</sup> Miguel MESQUITA sublinha o carácter essencial da “*efectividade da justiça cível*”, notando o relevo que os critérios interpretativos e de aplicação do direito jurisprudencialmente mobilizados podem assumir como condições de cumprimento daquela característica processual, “A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno processo civil”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 143, n. 3983, Novembro-Dezembro, 2013, p. 134.

<sup>329</sup> No sentido de que a efectividade processual deve ser objecto de leitura aberta “capace di trasfondere in una sintesi superiore il binómio *substance-procedure*”, a incluir não apenas a efectividade relativa “ai *mezzi processuali* (di azione o difesa)”, como ainda a efectividade respeitante às “*forme di tutela*” de mérito, “L’effettività della tutela giurisdizionale nella carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea”, *La nuova giurisprudenza civile comentata*, Anno XVII, 2001, N.6, Novembre-Dicembre, p. 482.

O processo deverá, em suma, representar *instrumento neutro* (como se apurou no âmbito da secção anterior) e *efectivo* (como decorre da condição considerada na presente secção) de exercício de direitos, sendo que, para garantia destas qualidades, deverá, o sistema jurídico, além de normativa e fisicamente assegurar, em postura *activa*,<sup>330</sup> as referidas dimensões nucleares da jurisdição, prevenir e neutralizar, em postura *reactiva*,<sup>331</sup> fontes possíveis de perigo para a preservação dessas garantias.<sup>332</sup>

Representando, a *prova*, garantia processual essencial enquanto condição da possibilidade de real acesso à jurisdição,<sup>333</sup> o processo só cumprirá a sua missão, enquanto instrumento de realização dos direitos realizando, se aquela dimensão garantística se encontrar devidamente salvaguardada (sob o ponto de vista *activo* – normativo e físico - e de antecipação *reactiva* contra causas de privação de utilidade prática destas dimensões protectoras dessa garantia).<sup>334</sup>

---

<sup>330</sup> No que de si estritamente depende.

<sup>331</sup> Contra condutas que possam colidir com a salvaguarda daquelas dimensões garantísticas.

<sup>332</sup> A plasticidade adaptativa da forma à matéria constitui dimensão importante para (a nível activo) garantir que a primeira constitua via (instrumento) de *efectiva* realização da segunda. Explicitando, a propósito dos entrecruzamentos possíveis entre direito realizando e direito adjectivo, os reflexos processuais da natureza (real ou obrigacional) do direito subjectivo exercido em juízo, no âmbito do sistema processual romano, CONSOLO nota que, no âmbito do “direito romano, entre direito *in rem* e direito *in personam* a diferenciação é realmente evidente, quase plástica na “dimensão processual” e assim na diversa estrutura da fórmula: a *actio in rem* que “ignora” o réu (e é o significado do antigo *meum esse aio*, “digo que a coisa é minha” e digo-o ao mundo – *erga omnes*- como se fosse um grito, observava acutilante Rousseau na abertura do seu *Contrat*), enquanto só a *actio in personam* descreve uma “relação jurídica” intersubjectiva...”, ““Diritto sostanziale e processo” in un ideale dialogo tra Betti e Carnelutti”, *Rivista di Diritto Processuale*, Marzo-Aprile, 2007, Anno 62, Seconda Serie, N.2 , Cedam, pp. 362 e 363.

<sup>333</sup> Henrique MESQUITA evidencia-o em anotação a acórdão proferido no âmbito de processo em que, não obstante o cumprimento do ónus de alegação de factos pelos autores e a circunstância de o tribunal poder “conjecturar que a actuação dos Réus não tenha sido totalmente séria”, a pretensão dos primeiros não veio a obter procedência em virtude da ausência de prova. Ante esta, não pôde “a decisão do pleito, à luz das respostas que o tribunal colectivo deu aos quesitos formulados” ser outra, “Pedido de anulação de um negócio jurídico, com fundamento em causas de pedir incompatíveis, Comentário ao acórdão do S. T. J. de 18-11-97”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, Ano 132º, nº 3900, Julho, 1999, pp. 76-90.

<sup>334</sup> Pela sua importância, o regime da prova representa pedra de toque quando se pretenda perceber o “pulso” de um determinado sistema processual. LA CHINA vê no regime da prova (a par, designadamente, do regime do contraditório) uma dos principais aspectos do regime processual cuja análise permite aferir do carácter urgente de cada processo, “Dal giudice giudicante al giudice pianificante (variazioni minime su un tema scabroso)”, *Rivista di Diritto Processuale*, Luglio-Agosto, 2007, Anno LXII, Seconda Serie, N.4 , Cedam, p. 852. No sentido de que a conformação do regime da prova constitui uma das principais vias de construção de processos especiais, Federico CARPI, “Giusto processo, laboriosa utopia”, *Rivista di Diritto Processuale*, Ottobre-Dicembre, 2005, Anno LX, Seconda Serie, N.4 , Cedam, pp. 1123 e 1124. Mauro CAPPELLETTI vê, por outro lado, no regime da prova, um especial espelho jurídico do contexto social e cultural em que o sistema processual se enquadra, distinguindo as regras, relativas ao valor atribuído aos diversos meios de prova, como uma das dimensões do direito adjectivo que melhor reflecte o contexto ideológico subjacente e “contaminante” da normatividade em causa. Exemplifica com a correspondência existente entre a hierarquia social existente no sistema feudal e o diferente valor atribuído ao depoimento prestado por sujeitos integrados em diferentes ordens sociais: “A ideologia apriorística e formalística, o abstractismo escolástico da época, encontravam no processo medieval, e em especial mas não apenas no seu sistema de provas (legal, numérico, apriorístico, formal), o espelho mais claro”. E concretiza:” O exemplo demonstrativo talvez mais notório, pode extrair-se do estudo dos sistemas feudais, nos quais as instituições de direito *substantivo* reflectiam evidentemente

A *efectividade instrumental* do processo constitui a garantia cuja integridade se pretende salvaguardar com a condição de validade das convenções de prova enunciada em segundo lugar. Se o regime processual se encontra conformado em termos *normativamente* tuteladores do exercício do direito à prova (designadamente prevendo e densificando o regime de diversos meios de prova) e se o sistema jurídico proporciona estruturas *físicas* de exercício desse direito, a inclusão de controlo do grau de dificuldade de exercício de direito à prova gerado pelo regime constante do pacto probatório<sup>335</sup>, entre as condições de validade dessa convenção, representa via *de antecipada* criação de mecanismos de reacção<sup>336</sup> no sentido de assegurar que a auto-regulação adjectiva em sede de prova não implica comprometimento intolerável da tutela proporcionada pelas duas anteriores dimensões e, em consequência, causa de *inefectividade* (ou de intolerável minoração do grau de efectividade) do instrumento de realização de direitos em que o processo se consubstancia.<sup>337</sup>

---

uma concepção ou ideologia diferencial, hierárquica, antiigualitária da sociedade. Esta ideologia antiigualitária penetrava no processo sob várias e múltiplas formas. Basta recordar o sistema de provas judiciais, nas quais aquela concepção ideológica significava, por exemplo, preponderância do testemunho do nobre ante o do não nobre ou do menos nobre, do eclesiástico ante o do leigo, do rico ante o do pobre, do homem ante o da mulher, do velho ante o do jovem, etc....". Associa, por outro lado, o princípio da publicidade da audiência à prevalência de uma ideologia liberal, "Ideologias en el derecho procesal", *La Revista de Derecho, Jurisprudencia e Administración*, tomo 58, n.º 4, Abril, 1962, pp. 86, 87 e 96.

<sup>335</sup> Porque estabelece identidade entre a referência legal (no quadro do art. 2698 do Codice Civile) a "esercizio del diritto" e direito substantivo, Rocco refere ser "tutto impropria" "la dizione" adoptada na referida norma italiana, quando nela se enuncia o limite relativo à excessiva dificuldade de exercício do direito. Observa, o autor, que, ante tal formulação, "il C.C. dimostra di non avere un concetto troppo esatto della prova, che nulla a che vedere com l'esercizio del diritto (sostanziale) ma attiene all'esercizio del diritto di azione ed è diretta a formare, nel processo, la convinzione del giudice", *Trattato di diritto processuale civile*, Vol. II, Parte Generale, UTET, Torino, 1957, p. 191. PATTI, circunscrevendo-se, diferentemente, à apreciação do mérito substancial (não atinente, assim, à formulação literal) da previsão legal do limite em causa, nota as virtualidades que o mesmo encerra, se usado "com sapienza ed equilibrio", enquanto via de obstar ao "abuso della parte più forte", sublinhando a mais valia que a inclusão de segmento normativo equivalente representaria em sede de promoção da qualidade regulativa do regime francês nesta matéria, "La disponibilità delle prove", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Marzo, 2011, Anno LXV, Supplemento al. N. 1, Numero Speciale, p. 100.

<sup>336</sup> Com o que assume uma função também preventiva.

<sup>337</sup> A preocupação em assegurar a efectividade do direito à prova, representa uma constante na jurisprudência do BGH (*Bundesgerichtshof*). Assim, por exemplo, no acórdão de 24 de Fevereiro de 2010 (XII ZB 129/09), pronunciou-se, o tribunal, no sentido de que, ante pedido de restituição do processo a estado anterior (*Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*, regulado nos §§233 e ss. Zivilprozessordnung), em virtude de não observância de prazo processual, por razão não imputável à parte (no caso, devido a mau funcionamento dos serviços de correio), em que a parte requerente juntava, como prova do justo impedimento, uma declaração, prestada sob juramento, de uma funcionária dos serviços postais, não é dado, ao tribunal (recorrido) indeferir, o requerimento formulado, com base em insuficiência da prova apresentada. De acordo com a posição firmada pelo BGH (nesta decisão, conforme com anterior jurisprudência, da mesma instância), em caso de dúvida relativamente à veracidade da declaração produzida sob juramento, deve, o apresentante do pedido de reposição, ser disso informado, pelo tribunal, sendo-lhe dada a possibilidade de apresentar prova testemunhal correspondente, sob pena de violação dos direitos constitucionais a ser ouvido pelo tribunal e ao livre desenvolvimento da personalidade (Arts. 103, 1 e 2, respectivamente, da *Grundgesetz*).

Como PEZZANI recorda, a prova representa um dos múltiplos conteúdos do “complexo” teor do direito a tutela jurisdicional, pelo que os pactos de prova consubstanciam meio de regulação de “fracção” daquele direito, cuja efectividade importa assegurar que não venha a perigar.<sup>338</sup>

Efectividade cumprida apenas quando, como COMOGLIO sublinha, “il diritto di agire e di difendersi” seja garantido “come *possibilità effettiva* (e non meramente teorica) di svolgere nel giudizio un *mínimo legale* di attività processuali, che consenta a tutte le parti coinvolte una concreta e paritaria opportunità di partecipazione al contraddittorio per far valere le rispettive ragioni”.<sup>339</sup>

Esta a essencial razão por que será nula a convenção de prova de cujo teor resulte a inobservância da condição que ora se considera.

### **Subsecção II – Densificação do critério**

Quais, porém, os critérios a considerar para efeito de determinação da preservação ou não, na convenção de prova celebrada, da garantia da efectividade do direito à prova subjacente à condição de validade enunciada em segundo lugar?

Nos termos da expressão normativa, será nula a convenção de prova que torne “excessivamente difícil a uma das partes o exercício do direito”.<sup>340</sup>

Expressão que suscita três reflexões, a considerar nos pontos que sucedem.

#### **a) Modalidades convencionais abrangidas**

A primeira observação concerne às *modalidades* de convenção de prova a que a presente condição específica de validade é associável. Embora a expressão seja literalmente convocada, no n.º 1 do art. 345.º do Código Civil, a propósito das convenções relativas ao ónus da prova (pactos integrados no âmbito da terceira

---

<sup>338</sup> A autora refere-se à complexidade dos direitos “di azione e di difesa” e a “frazione del diritto di azione”, *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pp. 77 e 79. Considerando, porém, o sentido geral do raciocínio que expõe, cremos não deturpar o seu pensamento quando o reportamos ao direito a tutela jurisdicional. Sobre a natureza do direito de acção, *vd.* Antunes VARELA, “O direito de acção e a sua natureza jurídica”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 125, n.º 3824, 1 de Março de 1993, pp. 325-331; ano 125, n.º 3825, 1 de Abril de 1993, pp. 357-361; ano 126, n.º 3826, 1 de Maio de 1993, pp. 12-16; n.º 3827, 1 de Junho de 1993, pp. 37-41; n.º 3828, 1 de Junho de 1993, pp. 70-75; n.ºs 3829-3830, 1 de Agosto – 1 de Setembro de 1993, pp. 103-107 e n.º 3831, 1 de Outubro de 1993, pp. 166-170.

<sup>339</sup> “Il giusto processo » civile nella dimensione comparatistica”, *Rivista di diritto processuale*, Luglio-Settembre, 2002, Anno LVII, Seconda Serie, N.3, Cedam, pp. 720 e 721.

<sup>340</sup> Em proximidade expressiva e de sentido, prevê-se, no art. 2698 do *Codice Civile*, ser nulo o pacto de prova quando dele resulte regime que torne “a una delle parti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto”.

modalidade de convenções de prova), a extensão da sua aplicabilidade às convenções ampliadoras ou restritivas de meios de prova (acordos incluídos na primeira modalidade de convenções de prova) resulta (à semelhança do que acontece com a condição de validade primeiramente enunciada) da expressão que inaugura a norma constante do n.º 2 do mesmo preceito: “É nula, *nas mesmas condições*, a convenção que excluir algum meio legal de prova ou admitir um meio de prova diverso dos legais” (itálico nosso).<sup>341</sup>

#### b) Dimensão subjectivamente unilateral ou bilateral da proibição

A segunda reflexão concerne aos *sujeitos* a quem a previsão da excessiva dificuldade de exercício do direito (conteúdo da condição de validade) diz respeito.

Nos termos da expressão constante do n.º 1 do referido preceito, a convenção de prova é nula quando do seu teor resulte regime que “torne excessivamente difícil a *uma das partes* o exercício do direito” (itálico nosso).

A essencialidade deste direito (sublinhada por SCHÜLLER)<sup>342</sup> determina, pois, nos termos do regime legal, a sua configuração como indisponível, *não só* quando da autodeterminação adjectiva convencional decorra a *impossibilidade: de justificar* as alegações de facto formuladas, *de*, em exercício do contraditório, *justificar* a infirmação das alegações de facto produzidas pela contraparte ou *de justificar* a confirmação ou infirmação da versão correspondente aos factos oficiosamente carreados para o processo, ao abrigo do princípio do inquisitório, pelo decisor, como ainda *quando*, não se tornando absolutamente impossível, por via convencional, o exercício do direito à prova, se crie (também por intermédio do pacto de prova celebrado) grau de *dificuldade excessiva* de exercício do direito, privando, as partes (identicamente ao que sucede quando radicalmente se impossibilite o exercício do direito), o processo, do seu carácter *efectivamente* instrumental.<sup>343</sup>

---

<sup>341</sup> A convenção de prova não contenderá, porém, com esta causa de invalidade, quando se trate de convenção ampliadora e a ampliação assuma carácter qualitativo e quantitativo, importando desenvolver actividade de ponderação concreta quando não assim.

<sup>342</sup> O autor nota a irrelevância que, ante a ausência de prova, processualmente assume a circunstância de a pretensão formulada merecer, em abstracto, tutela jurídica: “Wer einen rechtlich begründeten Anspruch zu haben, wird nur obsiegen, wenn er auch die tatsächlichen Voraussetzungen des Anspruchs beweist”, *Die Wirksamkeit von Beweisverträgen nach geltendem Prozeßrecht*, Göttingen, 1932, p. 7.

<sup>343</sup> Tomando, para este efeito, a expressão de PATTI, inviabiliza-se, por via da previsão deste limite à liberdade negocial das partes, que o regime convencional gere um “processo aparente”, na medida em que apenas exteriormente instrumento de realização da norma no caso, “La disponibilità delle prove”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Marzo, 2011, Anno LXV, Supplemento al. N. 1, Numero Speciale, p. 94.

b.1) Da referida enunciação literal parece, numa primeira análise, resultar que com a razão previsão do limite em causa, se pretende obviar a contexto de acentuado *desnível* em que uma das partes fique, relativamente à outra, no que diz respeito ao exercício processual do direito realizando, em consequência do regime probatório convencionado (em *desnível*, porque assim, no que concerne ao exercício do direito à prova).

Sendo, porém, o motivo justificador do efeito invalidante do pacto de prova, a natureza nuclearmente essencial da garantia processual encerrada no direito à prova, o impedimento, nestas circunstâncias criado, de as partes introduzirem alterações de regime criadoras de contextos de dificuldade, integráveis nos referidos graus de gravidade, deve valer sempre que tal dificuldade se reflecta em qualquer desses sujeitos processuais, individual ou conjuntamente considerados.

Irrelevante será, pois, o carácter subjectivamente unilateral ou bilateral do reflexo da nulidade e, assim, a existência ou não de *desnível* entre as partes no que diz respeito à possibilidade de exercício do direito à prova.

Que o direito à prova possa ser exercido, por cada uma das partes, com grau de facilidade situável aquém do enunciado limite, assume relevo, não apenas para estas (circunstância em que seria hipotizável a sua configuração como abdicável e livremente disponível para as mesmas), como também para a comunidade que exerce a jurisdição, atenta a importância, para o decisor (enquanto ente a quem incumbe dissipar a dúvida relativa à factualidade controvertida), do acesso à ponte de comunicação com a realidade que as partes (dada a especial relação que mantêm com a dimensão empírica do caso) podem viabilizar, através da actividade de produção ou junção de prova. Em virtude deste especial conhecimento das partes, a prova susceptível de ser oficiosamente ordenada pelo juiz (terceiro que é, não presente, por regra, na realidade histórica em que as partes foram protagonistas, impedido, quando não assim, da possibilidade de fazer uso do seu conhecimento privado e não conhecedor, com a mesma extensão, das vias de obtenção de informação susceptível de servir de fundamento à decisão da matéria de facto controvertida), não suprirá, por regra, o manancial de fonte informativa de esclarecimento susceptível de ser proporcionado pela actividade probatória desenvolvida por aquelas.

Que este contributo possa ter lugar, em termos amplos, é essencial para que a base factual de decisão seja o mais coincidente possível com a realidade e, consequentemente, para que o caso, processualmente reconstituído aquando da decisão da matéria de facto controvertida, corresponda à versão mais próxima do caso real.

A possibilidade de exercício do direito à prova por ambas as partes, constitui, por esta razão, condição, por regra, indispensável ao alcance da máxima imparcialidade objectiva da base decisória, o mesmo é dizer, à aproximação tão intensa quanto possível à verdadeira versão dos factos, sendo que esta categoria corresponde ao tipo de suporte almejado pela comunidade decisora como base das decisões a proferir (sobre o mérito ou não), por só este maximizar a possibilidade de a

estatuição normativa se realizar no quadro factual para que foi pensada e, assim, que o processo represente instrumento de concreta e adequada realização do direito.<sup>344</sup>

A este interesse comunitário (decorrente da importância da dimensão probatória para adequado exercício da jurisdição, em termos objectivamente imparciais)<sup>345</sup>, soma-se o relevo que a titularidade daquele direito representa para quem exerça jurisdicionalmente o direito de cuja realização o processo é instrumental (as partes).<sup>346</sup> E se estas poderiam, atenta, em singelo, a dimensão privada do seu interesse, prescindir da titularidade do direito à prova, não abdica a comunidade de que os seus elementos dele sejam titulares, pela essencialidade do mesmo para *aqueles*, protegendo-os contra si próprios. A imperativa integração do direito à prova no estatuto de ambos os sujeitos processuais decorre, em suma, da prevalência de interesses da comunidade, *quer* quando considerada esta em si, quer quando perspectivada enquanto agregado conformador, em termos imodificáveis, da esfera jurídica de cada um dos seus elementos, nas dimensões em que tanto se afigure necessário à preservação, quanto a cada sujeito, do conjunto de valores e garantias que, porque integrantes da essência da axiologia comunitária, concorrem para a sua identidade, não podendo deixar de assistir a todos os que nela se integram. O conteúdo da esfera jurídica de cada sujeito processual assume, assim, também sob este segundo ponto de vista, relevo público.<sup>347</sup>

---

<sup>344</sup> De notar que contraditório e a prova representam, sob o ponto de vista da imparcialidade da matéria factual dada por assente, dois instrumentos tendentes à prossecução do mesmo fim. Como nota BARBOSA MOREIRA, sublinhando esta dimensão de relevo do contraditório, representa “missão do processo conduzir o litígio a uma solução que corresponda, com a maior fidelidade possível, à realização do direito material no caso concreto; por conseguinte, a actividade judicial cognitiva, consciente embora das suas inevitáveis limitações, deve tender à reconstituição verdadeira dos factos, pressuposto de correta utilização das normas jurídicas. Ora, o conhecimento humano da realidade, unilateral e fragmentário por natureza, só pode tornar-se menos imperfeito na medida em que as coisas sejam contempladas por mais de um ângulo e se ponham em confronto às diversas imagens parciais assim colhidas”, “A garantia do contraditório na actividade de instrução”, *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, 2.ª Fase, Ano XX, 1986, N. 46, Rio de Janeiro, p.2.

<sup>345</sup> Interesse que, se sempre sentido, assumirá maior intensidade, como nota CAVALLONE, no âmbito de contextos culturais e jurídicos em que se concede especial preponderância ao “ponto de vista da colectividade”. Assim, por exemplo, no quadro da *Allgemeine Gerichtsordnung* prussiana, bem como da *Civilprozessordnung* que lhe sucedeu, *Il giudice e la prova nel processo civile*, CEDAM, Padova, 1991, esp. pp. 63 e ss.

<sup>346</sup> No sentido de que a injustificada limitação do exercício do direito à prova (enquanto concretização do direito a ser ouvido em juízo), imposta pelo tribunal, pode representar denegação de justiça (“Gehörsverstöße an Rechtsverweigerung grenzen”), *vd.o* acórdão, proferido pelo *Bundesgerichtshof* (BGH), em 6 de Abril de 2009 (II ZR 117/08).

<sup>347</sup> WAGNER prefere uma noção restrita da noção de interesse público, sustentando, porém, que os critérios relevantes para o controlo da possibilidade de derrogação ou não das normas processuais não se reduzem à regra da ponderação entre os interesses privados e interesses públicos, quando desta se pretenda retirar que os limites juridicamente impostos à autonomia privada encontrariam como único fundamento legitimador a invocação do interesse público no sentido circunscrito que define, *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 71. Por forma a evitar o que designa por “inflacionamento” do conceito de interesse público, conducente à perda de valor dogmático desta noção, distingue entre normas que visam “proteger interesses privados de forma

A indisponibilidade, reflectida na segunda condição de validade imposta (determinante, quando ofendida, da nulidade convencional) da garantia de pronúncia em segundo grau<sup>348</sup>, resulta, nesta medida, da não abdicação comunitária (pela duplicidade de razões aduzida - assim representativa de interesse, com relevo público, por via *imediata e mediata*) de que os sujeitos que dela fazem parte vejam tal direito entre os que integram o âmbito do seu estatuto processual, não obstante conservarem, as partes, liberdade no que diz respeito ao seu exercício. Representa, pois, garantia a observar quanto a *ambas* as partes.<sup>349</sup>

A importância colectiva (na dupla perspectiva enunciada) da preservação do direito à prova determina, como corolário, que a sua titularidade e carácter efectivo não deixem de poder assistir aos sujeitos que integram ambos os pólos da relação jurídica processual, inclusivamente nas hipóteses em que estes estipulassem ou condescendessem em sentido diferente. Porque assim, padecerá de nulidade o regime convencionalmente estabelecido, que torne impossível ou excessivamente difícil, o exercício de tal direito, em termos *efectivos*, ainda que tanto não represente a criação de *desnível* entre as partes.<sup>350</sup>

---

absoluta” e normas que têm o seu “fundamento no interesse público”, *ob. cit.*, p. 74. Adiante, porém (p. 80), refere um outro tipo de designação para as mesmas categorias, distinguindo entre interesse público concreto de cariz *individual* (*konkretes öffentliches Einzelinteresse*) e interesse público geral (*allgemeine öffentliche Interesse*) [sublinhado nosso].

<sup>348</sup> Só a concepção do direito à prova como direito a pronúncia processual em segundo grau, permite compreender o enquadramento normativo que o *Bundesgerichtshof* (BGH) faz do exercício daquele direito, quando, no acórdão proferido em 29 de Setembro de 2009 (XI ZR 44/09), sublinha que a circunstância de um tribunal não tomar em consideração os pedidos de prova formulados pelas partes, sem para tanto dispor de fundamento no direito processual, representar violação do art. 103, 1 (onde se consagra o direito a ser ouvido em juízo: “Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör”) da Grundgesetz (GG), em conexão com os princípios da *Zivilprozessordnung* (ZPO). No mesmo sentido se pronunciou, no acórdão de 15 de Junho de 2010 (XI ZR 318/09), onde, em sentido concordante com jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG), explicita que, se o indeferimento de pedido de produção de prova, dotada de carácter decisivo, consubstancia violação da referida norma constitucional, esta não concede, contudo, tutela, contra a possibilidade de a não consideração da prova tomar por base regime substantivo ou processual (todas as decisões, proferidas por este tribunal alemão, citadas ao longo do texto, se encontram disponíveis em [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de)). Sublinhando o relevo da actividade jurisdicional no plano da tutela dos direitos fundamentais, GUINCHARD refere como uma das notas marcantes “de l’avenir du juge” a qualidade de sujeito processual dialogante, a quem incumbe promover “l’attraction de la procédure”, e, assim, da função jurisdicional, “à la sphère des droits fondamentaux”, “L’avenir du juge”, *Études Offertes à Pierre Catala, Le droit privé français à la fin du XXe Siècle*, Litec, 2001, p. 177.

<sup>349</sup> É porque não é indiferente, para o corpo comunitário (pelas duas razões expostas) a possibilidade ou não de exercício, pelas partes, do direito à prova, que aquele não só concede meios de garantia da efectividade do seu exercício, como o estimula, designada e respectivamente, através das consequências que associa à não observância do dever de cooperação e ao funcionamento das regras do ónus da prova. Sobre o sentido da previsão de idêntico requisito, no âmbito do direito italiano, vide PATTI, *Le Prove Parte generale*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, p. 270.

<sup>350</sup> Quando consideramos, pois, nesta sede, o valor da igualdade, tomamos por referência a relação entre as partes na instância. O sentido e o enquadramento do princípio são sublinhados pelo Bundesverfassungsgericht (BVerfG) quando, em acórdão proferido em 27 de Fevereiro de 2008, no Processo 1 BvR 2588/06, observa que a “imperatividade da igualdade de armas e de distribuição uniforme do risco do processo” (“*Erfordernis grundsätzlicher Waffengleichheit und gleichmäßiger Verteilung des Prozessrisikos*”) decorrem do “princípio do estado de direito” (*Rechtsstaatsprinzip*) e do

A razão de ser da proibição de afectação, por via negocial, da garantia (que com a presente condição de validade se visa salvaguardar) em que se consubstancia a *efectividade* do direito à prova radica, em síntese, *não* na violação do *princípio da igualdade*, mas na essencialidade, para a comunidade e para as partes (quando consideradas sob o olhar comunitário), que reveste a titularidade de tal direito por cada um dos sujeitos auto-reguladores do seu estatuto adjectivo em sede de prova. A violação do princípio da igualdade, a verificar-se (fruto de “convenção desequilibrada”, no âmbito da qual se prevêm obrigações desproporcionais”, tornando a inferioridade de um dos contraentes uma “preocupação maior” para o Direito)<sup>351</sup>, representa, assim, neste domínio, fundamento autónomo (acrescido) de invalidade, que sempre relevaria<sup>352</sup>, ainda que, em abstracto, não existisse a condição de validade que se

---

princípio da igualdade” (*Gleichheitssatz*); imperatividade por força da qual nos “litígios do direito civil” [o tribunal reporta-se ao processo civil por contraposição ao processo constitucional] “se deve dar a cada parte espaço razoável” (“*vernünftige Möglichkeit eingeräumt*”) “para apresentar o seu caso” “em condições que não configurem um prejuízo essencial desta parte perante o seu adversário” (“*die für diese Partei keinen wesentlichen Nachteil gegenüber ihrem Gegner darstellen*”), assim sendo ambas posicionadas, processualmente, de forma igual (“...*die einander gegenüberstehenden Parteien verfahrensrechtlich grundsätzlich gleichgestellt werden müssen*”). O inadequado exercício da actividade jurisdicional pode, contudo, implicar violação do princípio da igualdade, sob um outro ponto de vista - tomando, agora, por referência, as partes na acção *ante* os demais sujeitos susceptíveis de figurar como partes em acções de idêntica natureza. Que a realização jurisdicional de justiça tenha lugar mediante aplicação dos critérios normativos previstos, a título geral e abstracto, pelo legislador, que não segundo padrões subjectivos e arbitrários do decisor, representa, sob este ponto de vista, condição de observância do princípio constitucional da igualdade enquanto garantia de que todos os cidadãos são iguais ante a lei. Esta perspectiva é acentuada, de modo especialmente assertivo, pelo *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG), no acórdão proferido no dia 5 de Março de 2015 (1 BvR 3271/14), quando observa, em consonância com jurisprudência constante do tribunal, que do princípio da igualdade (Art. 3, Abs. 1 *Grundgesetz* – “*Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich*”) decorre a proibição de arbitrariedade objectiva (“*Verbot objektiver Willkür*”), sendo que esta se verifica sempre que, em decisão jurisdicional, não se aplique uma norma manifestamente aplicável, quando haja lugar a erro crasso de interpretação normativa, bem como quando a aplicação da norma ocorra de forma totalmente incompreensível. Sublinha, por outro lado, que, nestas hipóteses, a violação do princípio da igualdade se tem por consumada ainda que o decisor actue sem culpa. Assim o explicita: “*Ein Richterspruch verstößt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dann gegen den allgemeinen Gleichheitssatz in seiner Ausprägung als Verbot objektiver Willkür (Art. 3 Abs. 1 GG), wenn er unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass er auf sachfremden Erwägungen beruht. Das ist anhand objektiver Kriterien festzustellen. Schuldhaftes Handeln des Richters ist nicht erforderlich. Fehlerhafte Rechtsanwendung allein macht eine Gerichtsentscheidung nicht objektiv willkürlich. Schlechterdings unhaltbar ist eine fachgerichtliche Entscheidung vielmehr erst dann, wenn eine offensichtlich einschlägige Norm nicht berücksichtigt, der Inhalt einer Norm in krasser Weise missverstanden oder sonst in nicht mehr nachvollziehbarer Weise angewendet wird (vgl. BVerfGE 89, 1 <13 f.>; 96, 189 <203>)*”.

<sup>351</sup> Na expressão de Wester-Ouisse, *Convention et juridiction penale, Convention et juridiction pénale*, Université de Nantes, 1999, p. 59

<sup>352</sup> Do exposto não resulta, porém, que o princípio da igualdade não assumia importância no que diz respeito à validade das convenções de prova. Ambos (direito à prova e princípio da igualdade) condicionam, por diferentes razões, o grau de imparcialidade objectiva da base de decisão, razão por que cada um deles configura fundamento autónomo (conquanto cumulável) de nulidade das convenções de prova. Se o acesso à realidade (ou à visão possível dela), por intermédio do exercício do direito à prova, é indispensável para aferição da correcção das versões factuais alegadas, importa, contudo, *que* esse acesso possa ser proporcionado, ao tribunal, por ambas as partes, *que* autor e réu possam exercer o contraditório relativamente aos elementos de prova por si não carreados e *que*, tanto para um efeito, como para outro, ambas disponham de idênticos meios processuais. A ausência desta

considera.<sup>353</sup> A impossibilidade de criação de excessiva dificuldade no exercício do direito à prova representa, em suma, causa de invalidade da convenção, quer quando afecte apenas uma das partes, quer quando afecte autor e réu.

b.2) Assim sendo, como se compreende, então, a relação, estabelecida no texto legal, entre a dificuldade de exercício do direito e a posição de “uma das partes”?

A razão que mais plausivelmente explica tal associação prende-se, cremos, com o contexto a propósito do qual é estabelecida.

Como resulta da primeira nota<sup>354</sup>, a referência ao excessivo grau de dificuldade de exercício do direito é feita na norma<sup>355</sup> que tem por objecto as convenções reguladoras do regime do ónus da prova.<sup>356</sup>

---

equivalência (quer no que respeita à actividade susceptível de ser desenvolvida por cada parte, quer no que concerne aos meios de que cada uma para tanto dispõe), se não inviabiliza necessariamente a possibilidade de acesso a uma imagem da realidade, condiciona [pela unilateralidade da fonte que a proporciona (uma só das partes), ou pela diferença quanto ao regime a cada uma aplicável], o grau de fidelidade dessa imagem e, por tal via, o grau de imparcialidade objectiva. A perspectiva da realidade, assim proporcionada, tenderá, nessa medida, a ser distorcida e, portanto, não viabilizadora de uma adequada construção processual do caso. O relevo do princípio da igualdade no âmbito das causas de invalidade convencional decorre, porém, não da condição de validade a que ora nos reportamos, mas da geral imperatividade (comum a todos os domínios processuais, inserindo-se no bloco da normatividade processual, pela sua essencialidade; absolutamente imperativa) do princípio da igualdade entre as partes, em associação com a regra geral, relativa à validade negocial, nos termos da qual são nulos os negócios jurídicos contrários a norma jurídica imperativa. Sobre a relação (não coincidente) entre o princípio de igualdade e o princípio do contraditório, pronunciámo-nos em *Processo Cautelar Comum*, Coimbra Editora, 2009, pp. 45 e ss. Sobre o princípio da proibição da indefesa enquanto limite à liberdade de conformação legislativa, vide Mariana França GOUVEIA e João Pinto FERREIRA, “A oposição à execução baseada em requerimento de injunção”, *Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Ano XIII, N.ºs 24/25, 2013, pp. 327 e ss. Referindo as razões de existência de “favor creditoris” no âmbito do processo executivo, com a consequente alteração do “jogo de forças dos interesses antitéticos do credor e do devedor”, Paula Costa e SILVA, *Processo de Execução*, Vol. I, Coimbra Editora, 2006, pp. 7 e 8.

<sup>353</sup> Retirando, ainda que não expressamente, consequências do princípio da igualdade, no que diz respeito à impossibilidade de restrição de produção de prova, o *Bundesgerichtshof* (BGH) pronunciou-se, no acórdão proferido em 18 de Fevereiro de 2015 (XII ZR 85/14), no sentido de que o tribunal recorrido não poderia fundamentar a sua convicção no depoimento prestado por testemunha indicada pela autora, sem cumulativamente atender ao pedido de audição de testemunha formulado pela parte oposta. Observa que a consideração desta prova não é passível de ser considerada prescindível (mesmo quando ambas as partes tenham acordado, em convenção verbal de prova, ser dispensável o interrogatório de duas outras testemunhas indicadas pela autora), em virtude de não ser possível excluir que o tribunal teria chegado a outra conclusão, em sede de decisão da matéria de facto controvertida, caso a testemunha em causa (indicada pela ré) tivesse sido inquirida.

<sup>354</sup> Exposta na anterior a).

<sup>355</sup> Constante do n.º 1 do art. 345.º do Código Civil.

<sup>356</sup> A razão de ser de tal referência tem na sua base a circunstância de a menção a esta condição ter tido como fonte inspiradora o art. 2698 do *Codice Civile*, onde se prevê este limite precisamente em relação a convenções relativas ao ónus da prova. Assim o confirma o redactor do preceito português, no âmbito dos estudos preparatórios, „Provas (direito probatório material)”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 110, p. 107.

Ao contrário do que sucede com a generalidade dos institutos e fases processuais, sempre permeados pelo princípio da *igualdade* (observância de critérios de igualdade material no tratamento processual das partes), o instituto do ónus da prova associa-se a actividade processual por intermédio da qual se visa *desigualar* posições subjectivas que se encontram processualmente niveladas.

Desnivelamento que se revela imprescindível por estar em causa hipótese em que se pretende responder a problema que se traduz na *necessidade* de proferir decisão por via de concessão de posição de *prevalência* a uma das partes, apesar de não existir *base densa* para que assim suceda, na medida em que aquelas se encontram, sob esse ponto de vista (ausência de suporte denso para a versão factual que sustentam), em posição de igualdade.

*Necessidade* de decisão porque, como ANDRIOLI sublinha, o juiz não pode deixar de proferir decisão (atenta a proibição de *non liquet*).<sup>357</sup> Imprescindibilidade de concessão de *prevalência* a uma das partes por se tratar de circunstância em que se revela inviável responder, em termos coincidentes, sobre as diferentes versões cuja confirmação a cada uma delas interessa: a decisão em causa será no sentido da concessão de preferência a uma das versões - não existindo base para decidir mediante critério materialmente fundado, adopta-se critério formal de desempate.

Tanto não se confunde, porém, com o relevo que o regime do ónus da prova pode ter ao nível da maior ou menor dificuldade que cada uma das partes pode ter em ver extinta a controvérsia factual mediante pronúncia de decisão que lhe seja favorável.

Concordando que, na via do dissenso processual, se distinguem dois meios de obtenção de consolidação ou estabilização da matéria factual controvertida, a dúvida a esse nível subsistente pode ser dissipada com base no fruto da convocação de meios de prova (em sentido amplo) ou com base no resultado decorrente do funcionamento das regras distributivas do ónus da prova.<sup>358</sup>

---

<sup>357</sup> ANDRIOLI refere a obrigatoriedade de, em caso de dúvida, o juiz decidir de acordo com os critérios de distribuição do ónus de prova. Fá-lo, invocando, porém, que tanto representa um tipo de limitação ao “princípio della prova libere”. O facto de situarmos o momento em que o tribunal decide a matéria de facto controvertida, com base no bordão do ónus da prova, em fase que o relevo da prova se revelou já esgotado, leva-nos a não estabelecer tal associação, *Commento al Codice di Procedura Civile*, vol. I, Napoli, 1961, p. 337.

<sup>358</sup> Importa, no que a este direito respeita, sublinhar duas precisões. O direito à prova não equivale, por um lado, a direito à obtenção de decisão favorável em sede de extinção da controvérsia factual (razão por que a prova não é, a este nível, considerada na sua quarta dimensão; antes na primeira, conquanto tomando a noção de meio de prova em sentido amplo). Não representa, por outro lado, direito distribuível pelo decisor, nem, por princípio, diferentemente distribuído, pelo legislador, entre ambas as partes. Ao juiz caberá tão só, no exercício dos poderes que lhe são adstritos, assegurar a correspondência entre a distribuição legal da possibilidade de recurso, pelas partes, a meios de prova e a sua efectividade concreta (no plano da acção), mediante remoção dos obstáculos com que cada um dos sujeitos processuais se depare no exercício processual do direito à prova. Diferentemente, a segunda via de dissipação da dúvida factual é distribuível, sendo repartida, de forma necessariamente diversa, entre as partes (por regra, por via legal, salvaguardando-se as hipóteses em que legalmente se concede ao decisor a gestão da distribuição do ónus da prova). Por outro lado, e também em

Representando, a prova e o ónus da prova, as duas vias de extinção da dúvida que o *thema probandum* encerra e sendo, o segundo, susceptível de ser afectado a uma ou a outra das partes, o legislador tenderá a beneficiar, em sede de regime do ónus da prova (fazendo impender o ónus sobre a parte inversa), a parte relativamente à qual se possa antecipar ser a que, na acção, se revelará menos favorecida no âmbito da primeira via (meios de prova mobilizáveis). A associação do ónus da prova a este particular sujeito processual representará, neste contexto, uma forma de compensar a desigualdade existente entre as partes no que diz respeito ao acesso à prova (à possibilidade de exercício do direito à prova), constituindo, a distribuição do ónus da prova, assim definida, a forma de alcance da solução mais equilibrada quando se considere a global repartição das duas vias com base nas quais as partes podem ver a controvérsia factual ser extinta em sentido compatível com a posição que sustentam.<sup>359</sup>

---

contradistinção com a primeira via enunciada, à parte, beneficiada com essa distribuição, assiste o direito a que, quando se cumpram os pressupostos de funcionamento das regras distributivas do ónus da prova (situação de dúvida insanável), seja proferida decisão de teor favorável, mediante pronúncia de decisão excludente da verificação da versão factual oposta.

<sup>359</sup> Assomará ao espírito, neste contexto, dúvida quanto à incoerência que pode representar a circunstância de se visar garantir a *efectividade do direito à prova* mediante condicionamento normativo da regulação pactícia, pelas partes, de regime jurídico relativo a figura (ónus da prova) que releva processualmente justamente quando já *não está em causa a actividade ou análise probatória*, antes circunstância (dúvida insanável em matéria de facto) que impõe a adopção de bordão decisório tornado necessário pela *infrutuosidade ou ausência de prova*. Invocável seria, no sentido da superação desta dificuldade, que o regime jurídico que se adopte, relativamente ao ónus da prova, assume relevo também em momento anterior àquele em que, sob o ponto de vista processual, o problema do ónus da prova se suscita. Ponderar-se-ia, a este propósito, que a inversão do ónus da prova ocorre, por norma, mediante inversão do objecto de prova, bem como que o relevo deste não se circunscreve, com carácter exclusivo, ao momento em que, ante dúvida insanável, incumbe decidir por apelo a fundamento desonerador. Que a versão seleccionada (enquanto objecto de prova) do facto controvertido, seja, não a correspondente à formulação normativa em cuja hipótese se enquadra, mas (na sequência da inversão do ónus da prova) a que se lhe contrapõe, importa, não apenas na hipótese em que, atingindo-se o limiar da dúvida incontornável, se proferirá decisão da matéria de facto controvertida suportada em base branca, mas já na fase (pré-decisória) de preparação e produção de prova. Reflexo, em fase processual anterior, que se diria com impacto na actividade de prova, na medida em que o regime adoptado, quanto ao ónus da prova, condiciona (por tornar mais ou menos fácil) o exercício do direito à prova, pelas partes, nos momentos processuais (de cariz instrutório) em que aquele exercício tem lugar. Que o objecto da actividade probatória seja a versão “x” e não a versão (oposta) “x̄” do aspecto factual controvertido, pode, sob esta perspectiva, assumir relevo decisivo no que diz respeito ao grau de esforço processual de prova implicado na actividade tendente à reunião de informação (probatória) necessária à prolação de decisão no sentido de se dar como processualmente assente a verificação ou não verificação da dimensão factual a que respeita a hipótese da norma de cuja realização se pretende que o processo seja instrumento. A assunção como processualmente relevante, enquanto objecto de prova, da versão factual simétrica condicionar de forma determinante a possibilidade de as partes lograrem fundamentar (em pronúncia de segundo grau ou justificativa) o teor de pronúncia expositiva que tivessem desenvolvido (ou de versão factual oficiosamente relevada, quando admissível). Se, a título exemplificativo, o objecto de prova seleccionado for a titularidade de património pelo sujeito jurídico X, a facilidade em comprovar tal versão (inclusão, na esfera jurídica de X, de direitos de cariz patrimonial) será significativamente superior à facilidade em comprovar a versão inversa (ausência de titularidade de património pelo sujeito jurídico), quando fosse este o objecto de prova. Cremos, porém, ser de distinguir dois aspectos que frequentemente surgem indistintamente envolvidos. De um lado, a maior ou menor dificuldade de prova associável a cada uma das versões factuais; de outro lado, a

relação entre tal dificuldade e o regime do ónus da prova. Não merece contestação, por regra, a maior facilidade em dispor de meios de prova susceptíveis de viabilizar a confirmação da existência de património na esfera jurídica da contraparte que a confirmação da sua inexistência, quer pelo carácter genérico e negativo desta segunda versão, quer pela circunstância de, da verificação da primeira, ser mais provável a reminiscência (espontânea, porque juridicamente imposta, ou provocável pelos sujeitos jurídicos envolvidos) de documento comprovativo da sua ocorrência. A maior ou menor dificuldade em dispor de meios de prova convocáveis por cada uma das partes não varia, porém, em função do regime que se adopte no que diz respeito ao sujeito sobre quem o ónus da prova impende. Quando, nos termos do regime jurídico aplicável, o ónus da prova impenda sobre o sujeito com interesse na confirmação da versão factual correspondente à ausência de património, não passa este, em virtude de tal distribuição, a ficar privado de exercer actividade, em juízo, no sentido da consolidação da controvérsia factual no sentido que propugna, nem a dispor de menos meios de prova (quer quando concebidos estes em sentido estrito, quer em semi-amplo ou próprio, quer em sentido amplo) susceptíveis de, para tanto, por si serem mobilizados em juízo. A mobilidade que o ónus da prova possa sofrer entre os sujeitos processuais não condiciona, assim, a amplitude dos meios de prova cuja produção ou junção cada um daqueles pode requerer no processo, não alterando, em consequência, os expedientes *probatórios* que por sua iniciativa podem mobilizar. Imodificabilidade que se prende com a circunstância de a distribuição do ónus da prova não implicar qualquer alteração no plano da versão factual que a cada uma das partes interessa ver processualmente confirmada, nem da possibilidade de fazer valer, em juízo, os meios de prova de que disponha. Não representa, porque assim, via de limitação do direito à prova em sentido próprio. O reflexo que aquela distribuição assume poderá, contudo, importar relevo *indirecto*, no plano do exercício do direito à prova, por via da actividade processual susceptível de ser desenvolvida, por cada um dos sujeitos. A confirmação processual de uma dada versão factual pode, como antes concluído, ter lugar, quando com suporte em base densa, quer tomando por base a informação probatória retirada dos meios de prova mobilizados pela parte interessada na consolidação daquela versão, quer dos meios de prova juntos ou produzidos por iniciativa oficiosa do tribunal, quer, em virtude do princípio da aquisição processual, da informação proporcionada pelos meios de prova convocados pela parte oposta. A incidência da actividade das partes sobre material probatório pode, assim, ter por objecto matéria de prova própria (por si carregada para a instância) ou matéria de prova proveniente da actividade de sujeito processual diverso. Na primeira hipótese, exerce o direito à prova (pronúncia justificativa) em primeira linha; na segunda hipótese, em segunda linha, porque em exercício do contraditório (vertical, quando o material de prova decorra da actividade do decisor; horizontal, quando o material de prova decorra de actividade da contraparte). Se o ónus da prova for feito impender sobre a parte que tem mais facilidade em exercer o direito à prova, tanto aumentará a probabilidade de processualmente se lograr reunir mais informação, proporcionada por meios de prova (informação assim obtida na sequência do exercício do direito à prova), que aquela que seria obténivel quando o ónus da prova incidisse sobre o sujeito oposto. Tanto, em virtude do estímulo que a repartição desse ónus importa ao nível da intensidade do exercício, por cada uma das partes, do direito à prova. Tenderá a acentuar a intensidade do exercício da actividade de prova a parte que sabe vir a ser prejudicada, no plano da pronúncia quanto à matéria de facto controvertida, quando, por infrutuosidade dos resultados apuráveis da prova, o tribunal venha a decidir com base nos critérios distributivos do ónus da prova. Tenderá a maior esmorecimento, no plano da diligência da actividade de prova, a parte sobre quem não incide o ónus da prova, por beneficiar da margem de conforto em que a pronúncia jurisdicional, em seu favor, em caso de dúvida insanável ao nível da matéria de facto controvertida, se traduz. Que o ónus da prova seja distribuído sobre o sujeito com mais meios de prova ao seu alcance, conduz a que seja acrescidamente estimulado a carrear informação probatória para o processo o sujeito processual com maior capacidade para proporcionar tal informação, o que tenderá a repercutir-se em aumento, na instância, do material de prova disponível, quando comparado com aquele que, por princípio seria reunido se a parte mais intensamente incentivada (por via da distribuição do ónus da prova) a exercer o direito à prova fosse aquela com menos meios ao seu alcance para dar sequência a tal exercício. Se, em caso de dúvida insuperável, a decisão a proferir for, nos termos do regime do ónus da prova, de sentido desfavorável à verificação da versão factual dificilmente demonstrável, gera-se elevada probabilidade de a parte interessada na comprovação desta versão não retirar fruto útil dos meios probatórios que mobilize, bem como de a parte interessada na comprovação da versão oposta não se revelar activa ou tão activa quanto possível no plano da prova (ainda que beneficiária de maior facilidade em alcançá-la) por encontrar conforto na decisão favorável em caso de

subsistência de insanabilidade da dúvida. O potencial probatório destas duas fontes subjectivas de prova sofre, neste enquadramento de regime, significativa redução: quanto à primeira (fonte), por impossibilidade; quanto à segunda (fonte) por inércia normativamente não contrariada. Quando, diferentemente, segundo as regras de distribuição do ónus da prova em caso de dúvida insanável, deva ser proferida decisão de sentido desfavorável à verificação da versão factual mais facilmente demonstrável, promove-se a actividade probatória da parte que tem ao seu alcance meios de prova em concreto mais profícuos, incrementando-se (relativamente à hipótese anterior) a exploração do potencial que a prova encerra. A fonte subjectiva de produção de prova, ali inerte, é aqui estimulada a assumir postura activa, mantendo-se, quanto à outra parte, a situação de difícil capacidade de desenvolvimento de pronúncia justificativa. Da improdutividade de duas fontes probatórias passa-se a contexto maximizador do potencial de uma delas. Mediante previsão, como condição de validade das convenções relativas ao ónus da prova, que do regime auto-regulado não resulte, por inversão do ónus da prova, excessiva dificuldade no que diz respeito ao exercício do direito, logra-se o controlo deste efeito instrutório. O intuito que, sob este ângulo de visão, preside à previsão desta condição de validade é o de, mediante condicionamento da validade do acordo entre as partes quanto ao *ónus da prova*, preservar o núcleo essencial do direito à prova, assim garantindo a possibilidade de a prova produzir, no processo, de modo esgotante, as virtualidades que encerra enquanto fundamento de decisão da matéria de facto controvertida, por este meio se reduzindo a hipótese *tão marginal* quanto possível, a decisão com base nos critérios de distribuição do ónus da prova, com o que se circunscreve a possibilidade de o critério de decisão em que o regime do ónus da prova se consubstancia não constituir critério de mobilização absoluta e efectivamente subsidiária). Mediante regulação da distribuição do ónus da prova, previne-se se, em suma, a necessidade de recurso a tais regras, assegurando-se que estas só sejam mobilizadas quando totalmente esgotada a possibilidade de pronúncia com suporte na prova. O momento processual em que relevam as garantias assim promovidas é, precisamente porque atinentes à prova, anterior sob o ponto de vista da sequência processual àquele em que se decide a controvérsia factual mediante mobilização dos critérios do ónus da prova, correspondendo a todo o segmento em que, definido o objecto da controvérsia, o direito à prova é susceptível de ser processualmente exercido. Tanto, importa consequências a dois níveis. Aumentando a informação, de carácter probatório, disponível, aumenta o manancial de prova explorável, em sede de exercício do direito à prova pelo sujeito com maior dificuldade em convocar meios prova. Às ilações que possa retirar da hipotética informação que logre extrair dos escassos meios de prova por si mobilizáveis, somam-se as conclusões que alcance obter na sequência do exercício do contraditório sobre a massa informativa (assim acrescidamente potenciada) decorrente dos meios de prova cuja junção ou produção decorreu do exercício do direito à prova pela contraparte. Promove-se, por esta via (exercício do direito à prova em segunda linha) o aumento da probabilidade de o sujeito com menos meios de prova ao seu alcance lograr obter decisão em seu favor ainda com suporte em fundamento denso (probatório). Com a operância da presente condição promove-se, assim, a máxima exploração das potencialidades das bases densas, aumentando-se a probabilidade de que não se chegue a verificar o surgimento de situação de insanabilidade da dúvida, tornando-se mais provável que esta não se venha a tornar uma circunstância inevitável. Apenas por via indirecta (exercício do direito à prova em segunda linha, em desenvolvimento de contraditório horizontal no plano da prova), em suma, o regime do ónus da prova se reflecte no âmbito da maior ou menor dificuldade do direito à prova susceptível de ser exercido por cada uma das partes. A distribuição do ónus da prova nos termos que se consideram importa, ainda, consequências a um *segundo nível*. Promovendo-se a probabilidade de aumento da dimensão da informação de cariz empírico e probatório processualmente disponível, identicamente se incrementa a probabilidade de não se tornar necessário o recurso às regras distributivas do ónus da prova enquanto fundamento decisório, com o que, atenta a maior probabilidade de coincidência do teor decisório com a realidade que o suporte denso de decisão propicia (quando cotejado com suporte branco), se potencia a maior solidez da base de decisão, bem como o maior grau de imparcialidade objectiva da pronúncia. Promove-se, assim, o grau de probabilidade de correcção da decisão que seja proferida com base na informação de teor probatório, em virtude da maior diversidade de subsídios informativos, proporcionados pela prova, susceptíveis de ser tidos em consideração pelo decisor em sede de esclarecimento da controvérsia factual. A facilidade de exercício do direito à prova encontra, assim, reflexo (na fase final do processo tendente à extinção do litígio) no que concerne ao *tipo e qualidade da decisão* a proferir, na medida em que, quanto maior aquela (facilidade de prova), maior a probabilidade de ser proferida decisão, suportada em base densa, coincidente com a realidade. O impacto do regime de distribuição do ónus da

Implicando, sempre, nestas circunstâncias, a decisão da matéria de facto controvertida, a selecção de uma das versões factuais, o reconhecimento (com base em fundamento desonerador) de preponderância a uma das partes (em decisão da matéria de facto controvertida assim ancorada em base branca) se possa suportar em razões, de natureza empírica concreta, que permitam concluir ser esse o sujeito processual a quem assiste razão, associa-se-lhe adopção processual de tratamento unilateralmente preferencial, sob o ponto de vista subjectivo. Quando assim, importa assegurar que, quando convencionalmente invertido o ónus da prova, não se torne excessivamente difícil, para o *sujeito onerado*, o exercício do direito. Compreende-se, pois, que, neste contexto, a referência normativa da condição de validade se faça mediante alusão a apenas um dos sujeitos.

A circunstância de, na expressão legal, a referência à impossibilidade de, mediante alteração convencional do regime do ónus da prova, se criar excessiva dificuldade para o exercício do direito, assumir carácter subjectivamente *unilateral* constitui, assim, corolário do contexto de modalidade convencional em que tal alusão tem lugar – convenções relativas ao regime do ónus da prova.

Alargando-se, nos termos do n.º 2, o âmbito aplicativo de tal condição, a outro tipo de convenções de prova, a que já não é co-natural paradigma de unilateralidade, a adaptação interpretativa deste condicionamento deve ser feita atendendo ao novo contexto, em que o princípio da igualdade releva nos termos gerais.

---

prova não se limita, pois, ao plano da gestão das consequências da dúvida insanável em função do grau de diligência probatória exigível, fazendo recair a decisão desfavorável sobre a parte de quem seria expectável maior capacidade de comprovação porque beneficiária de melhores meios de justificar a versão factual correspondente aos seus interesses. Que o ónus impenda sobre aquela das parte que se situe em melhor contexto para lograr exercer, com sucesso, pronúncia justificativa (actividade de prova capaz de fundamentar a veracidade de uma das versões factuais), determina, em síntese, que, no cômputo global, do desempenho dos sujeitos processuais decorra, ainda que por via indirecta, maior exploração das potencialidades que a prova encerra. Aderimos, por isso, à perspectiva de PELLI observa que a celebração de contratos de prova pode contribuir para a promoção da descoberta da verdade, quando, através da celebração de tais pactos, se impeça que determinadas circunstâncias externas representem um obstáculo à prossecução de tal fito. Apresenta como hipóteses exemplificadoras os casos em que a parte sobre quem legalmente impende o ónus da prova não disponha dos conhecimentos técnicos necessários para demonstrar a existência de vícios da coisa ou se encontre em dificuldade de prova por escassez de meios de prova. Neste contexto, tornar-se-á mais provável que a verdade seja susceptível de alcance processual se houver inversão convencional do ónus da prova, *Beweisverträge im Zivilprozess*, Dike Verlag, Zürich, St. Gallen, 2012, p. 47. No que em particular diz respeito à dificuldade de demonstração de factos negativos, Olivia PELLI convoca a distinção entre factos negativos determinados (susceptíveis de demonstração através da prova de factos positivos determinados) e indeterminados (cuja demonstração implicaria a prova de um número infindável de factos positivos (“unendliche Anzahl positiver Tatsachen”), sublinhando ser a estes últimos que a jurisprudência constante do Bundesgerichts suíço associa a existência de fundamento para celebração de convenções inversoras do ónus da prova. Na medida em que, por esta via, se asseguraria que a prova deveria ser realizada por quem dispõe dos melhores meios para tanto, estas convenções de prova representariam uma forma de promoção da justiça material, *ob. cit.*, p. 50. BONNIER distingue entre os factos negativos precisos (que conduzem a afirmação positiva, tratando-se, por isso, de negativa “génératrice”) dos factos negativos indefinidos, de prova difícil, quando não impossível, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, Librairie Plou, Librairie Maresco Aimé, Paris, cinquième édition, 1888, p. 27.

Da leitura, adaptada, do requisito em causa (proibição de que do regime convencional resulte impossibilidade ou excessiva dificuldade de exercício realizando como consequência da impossibilidade ou excessiva dificuldade de exercício do direito à prova), a outras modalidades convencionais decorre que esta limitação releva independentemente de a perda garantística que se pretende evitar se verificar quanto a ambas as partes ou quanto a apenas uma delas.

Para que a convenção seja inválida não é necessário que, circunscrevendo-se a dificuldade de exercício do direito à prova a uma das partes, tanto consubstancie desigual estatuto processual de uma parte ante a outra.

Não se revela essa agravante de verificação necessária – não é imperioso atingir esse nível de ofensividade às garantias processuais essenciais para que a convenção de prova seja declarada nula –, afigurando-se suficiente o apuramento de existência de excessivo grau de dificuldade de exercício do direito que do regime convencional resulte para, pelo menos, uma das partes.

A proibição releva, em síntese, quer a infracção desse limite envolva *também* a acrescida violação processual do princípio da igualdade, quer não.

Embora da norma legal conste apenas referência literal à nulidade decorrente da dificuldade excessiva para uma das partes, o mesmo deve valer, atento o seu espírito, quando convencionalmente se crie dificuldade excessiva para ambas as partes. O critério de controlo relevante prende-se com o grau de dificuldade de exercício do direito, manifeste-se esta dificuldade em contexto de nivelamento entre as partes (quanto a esse grau de dificuldade) ou em contexto de desnível e, nesta última hipótese, esteja em causa domínio em que os termos de aplicação do princípio da igualdade obedecem ao figurino geral ou em que a especificidade do nicho processual em causa determina regime diverso.

O que permite a leitura global de que será inválida a convenção de prova de que decorra regime que torne impossível ou excessivamente difícil, para *qualquer* das partes, o exercício do direito.<sup>360</sup>

b.3) Qual, assim, a relação estabelecível entre a distribuição legal do ónus da prova e a validade das convenções dele inversoras, em virtude da causa de invalidade sobre que ora ponderamos (criação de excessiva dificuldade, a uma das partes, no exercício do direito)?

Quando o grau de acesso a meios de prova (o que corresponde ao grau de acesso ao direito à prova) por cada uma das partes seja equivalente, a convenção inversora do ónus da prova não padecerá de invalidade, no que a esta condição respeita, qualquer que seja o grau de acesso à prova de que cada um dos sujeitos

---

<sup>360</sup> De precisar, porém, que, quando, pela condição de validade que se considera, se pretende obviar a que, por via da celebração de convenção de prova *relativa* ao ónus da prova, o exercício do direito se torne excessivamente difícil, o direito em causa é o direito realizando, que não o direito à prova. Diferentemente, quando esta condição de validade intervém no âmbito das convenções *relativas* aos meios de prova, salvaguarda-se que o direito realizando não se torne excessivamente difícil por via da garantia de que o exercício do direito à prova não atinja também excessivo grau de dificuldade.

beneficie, bem como o sujeito sobre quem, de acordo com o regime legal, impenda o ónus da prova.

Não haverá também lugar a invalidade quando, sendo diferente o grau de acesso à prova, e beneficiando, o regime legal de distribuição do ónus da prova, a parte que menos acesso tem à prova, os meios que lhe são acessíveis permitem o exercício da prova em termos não representativos de excessiva dificuldade.

Não se verificará ainda nulidade quando, segundo o regime legal, o ónus da prova impenda sobre a parte menos favorecida no que diz respeito ao acesso à prova.

As hipóteses de nulidade do pacto de prova circunscrever-se-ão, assim, a circunstância em que, sendo diferente o grau de acesso, por cada uma das partes, a meios de prova, à parte a esse nível menos beneficiada seja, em virtude da escassez de meios de prova de que dispõe, excessivamente difícil o exercício processual do direito e o ónus da prova impenda, segundo o regime legal, sobre a parte com mais meios de prova ao seu alcance.

A nulidade justifica-se, por outro lado, por não conceder, a comunidade, que, a não se revelar frutuoso o recurso à prova (vindo o decisor a restar em situação de dúvida insanável) e só dela tendo beneficiado, em termos razoáveis, uma das partes, sendo esta a única a quem assistiu a *efectiva* possibilidade de exploração dessa via de extinção da dúvida factual, se não promova a posição da outra parte (que não beneficiou, em termos garantisticamente aceitáveis, da possibilidade de exploração da primeira via - via da prova), agora que surge a possibilidade de recurso à segunda via de extinção da dúvida (já não a prova, mas a distribuição do ónus da prova)<sup>361</sup>; esta, via que apenas pode reverter em benefício de uma das partes.

Com o que não se está já a, por via do regime do ónus da prova, promover o grau processual de uso da prova, mas a assegurar a equitativa repartição dos meios de estabilização da matéria factual controvertida.<sup>362</sup> A nulidade convencional constitui,

---

<sup>361</sup> Por outro lado, considerando o plano do relevo dos efeitos indirectos do regime do ónus da prova, atento o relevo, individual e comunitário, que o acesso à prova assume e dada a praticamente inexistente acessibilidade à mesma por uma das partes, denota, a presente condição de validade, não prescindir, a comunidade, da operatividade de uma via (distribuição do ónus da prova nos termos legalmente definidos) de incremento daquele acesso (ainda que por via indirecta) e, assim, de promoção da efectiva instrumentalidade do processo. Não sendo, a escassez de meios de prova autonomamente mobilizáveis pela parte em causa, susceptíveis de beneficiar de aumento, por via legal, mas existindo via, legalmente gerível, de aumentar a possibilidade de exercício do direito à prova, em contexto em que, de outro modo, este seria sofrivelmente exercível (não se assegurando, então, em grau mínimo, a garantia processual de acesso à prova) a comunidade não abdica do recurso àquela via legal, cominando, com o vício da nulidade, o acordo, celebrado entre as partes, de que, se válido e eficaz, decorreria a neutralização daquela via. Impede-se, neste enquadramento, que a distribuição legal do ónus da prova não possa ser usada como expediente para *evitar* a excessiva dificuldade no exercício da prova e, assim, para *evitar* que no processo não se observe o grau de exigência mínimo no que diz respeito às garantias relevantes em sede de *prova*.

<sup>362</sup> Como acima observado, o ónus da prova não representa prova em sentido próprio (sendo que, como supra notámos, esta noção só é passível de uso com propriedade adentro das fronteiras correspondentes ao âmbito amplo do conceito), só como tal sendo tomável quando à expressão se associe âmbito amplíssimo. Só sob este ponto de vista se pode afirmar que com a nulidade do acordo se

neste plano, meio de evitar a neutralização, por pacto celebrado entre as partes, de uma forma de assegurar a equitativa distribuição, entre aquelas, das vias (prova e ónus da prova) susceptíveis de serem usadas como forma de obtenção de decisão favorável em sede de matéria de facto controvertida.

Não permite, pois, a comunidade, que, não se tendo logrado facultar idêntica possibilidade de acesso a uma das vias, assumindo tal desigualdade, para uma das partes, feição extrema de excessiva dificuldade de acesso a essa via (prova), se gira, em prejuízo para esta parte, a distribuição da via alternativa, impondo-se, por via convencional, a partição dos meios de consolidação factual em termos que deixam uma das partes inaceitavelmente desguarnecida no que concerne à efectivamente tuteladora disponibilidade de meios de estabilização, em seu benefício, da factualidade controvertida.<sup>363</sup>

---

assegura que o regime convencional relativo à distribuição do ónus da prova não torna excessivamente difícil o exercício do direito realizando como consequência da excessiva dificuldade gerada no acesso à prova. A circunscrição do recurso à noção de prova em sentido próprio imporá a adopção de diferente formulação, sob a qual se considerará que, com a nulidade da convenção se assegure que o regime negocial relativo à distribuição do ónus da prova não torna excessivamente difícil o exercício do direito realizando como consequência da excessiva dificuldade gerada, por via directa, no acesso aos meios processuais de consolidação da matéria factual controvertida.

<sup>363</sup> No acórdão proferido em 17 de Abril de 2009, o *Bundesgerichtshof* (BGH), VII ZR 164/07, revelou-se sensível à necessidade de adaptar o grau de exigência do esforço processual de alegação e de prova, de cada parte, aos meios de que estas individualmente dispõem para se desincumbirem desses ónus, adoptando solução que, contudo, não pressupõe a inversão do ónus da prova. Estava em causa a apreciação, em recurso, de decisão proferida, no âmbito de acção declarativa de condenação proposta por empreiteiro contra o dono da obra, com fundamento no não pagamento de valor correspondente aos serviços prestados pelo primeiro ao segundo. As obrigações impendentes sobre as partes tinham por fonte jurídica contrato no âmbito do qual aquelas haviam estipulado que o pagamento da prestação a realizar pelo empreiteiro teria por base o número de horas dispendido. O pacto configurava, nesta medida, quanto a essa dimensão do regime contratual, um *Zeithonorarvereinbarung*. O dono da obra exerceu o contraditório invocando que o empreiteiro não havia feito uma adequada gestão do tempo e dos meios, sustentando ter havido lugar a dispêndio excessivo de horas de trabalho. Não pondo em causa a validade do critério de pagamento convencionalmente adoptado (em função do tempo gasto), o tribunal reconhece, porém, o direito do dono da obra a pôr em causa a adequada gestão do tempo pelo empreiteiro. Distingue, neste contexto, a alegação e prova do número de horas dispendido, da alegação e prova de factos consubstanciadores do carácter pouco eficiente de realização da prestação (*Unwirtschaftlichkeit der Leistungsausführung*) e, assim, da natureza excessiva do número de horas gasto. Quanto a este segundo aspecto, observa que nem sempre o dono da obra (sobre quem sustenta impender o ónus de alegação e prova de factos tradutores da ineficiência na execução da obrigação) se encontra em idêntica posição no que diz respeito à capacidade para demonstrar a inadequada gestão do tempo. Em regra, sublinha o tribunal, o cliente (*Besteller*) não dispõe de elementos que lhe permitam, de modo fundado, contestar a necessidade de facturação, pelo empreiteiro (*Unternehmer*) do número de horas imputado (*“Andererseits ist es ihm nach allgemein für eine geordnete Prozessführung geltenden Grundsätzen nicht gestattet, die Erforderlichkeit des vom Unternehmer abgerechneten Zeitaufwands ohne jeden tatsächlichen Anhaltspunkt “ins Blaue hinein” zu bestreiten.”*). Assim, por exemplo, se do contrato de empreitada não resulta a relação de imputação do número de horas aos vários tipos de trabalho a desenvolver na actividade de construção. Porque, sem esses elementos, o cliente não dispõe de base para poder fundamentar a sua crítica à má gestão na execução do contrato (*Unwirtschaftlichkeitsvorwurf*). Impenderá, neste caso, sobre o empreiteiro, não apenas o ónus de alegar e provar o número de horas gasto, como também de, a título secundário (*sekundäre Darlegungslast*), o ónus de discriminar, de forma concreta, o trabalho efectuado. Quando este ónus não seja cumprido, diz o tribunal bastar-se apenas com a invocação, pelo cliente, dos factos de que tem

Permite-se, *a contrario*, a desigual distribuição, entre as partes, das vias de extinção da controvérsia factual apenas quando tanto não implique, para uma delas, a prática inanição no que diz respeito ao acesso aos expedientes usáveis no sentido de, viabilizando a eliminação, em seu favor, da dúvida factual, se dar por processualmente

---

conhecimento ou que sejam cognoscíveis, relativos à ineficiência da actividade do empreiteiro, sem que lhe sejam exigíveis mais detalhes. A pouca densidade da pronúncia processual do réu não poderá conduzir, nesta hipótese, à improcedência da pretensão (absolvição do pedido) formulada pelo réu, resolvendo-se a dúvida, quanto à reduzida rentabilização dos meios disponíveis para execução da empreitada contra o empreiteiro (*“Erst dann kann das Gericht über den Einwand des Bestellers entscheiden und beurteilen, ob und inwieweit eine Beweisaufnahme notwendig ist. Kommt der Unternehmer seiner sekundären Darlegungslast nicht nach, so darf der Einwand der Unwirtschaftlichkeit nicht als un schlüssig behandelt werden. Die prozessualen Nachteile, die sich daraus ergeben, dass der Unternehmer keine ausreichenden Informationen liefert, die den Besteller in die Lage versetzen, den Einwand der Unwirtschaftlichkeit schlüssig zu begründen, treffen den Unternehmer“*). O BGH não esclarece a base jurídico-processual que toma para sustento desta posição. Creemos que, ante uma hipótese desta natureza, e admitindo, como o tribunal o faz, que o ónus da prova da ineficiência impende sobre o réu, poderia, a falta de cooperação do autor, conduzir à inversão judicial do ónus da prova. Tanto pressuporia, porém, no presente caso, associar à violação daquele princípio, também a inversão do ónus de alegação, uma vez que a falta de cooperação do autor gera (o que não é frequente), não só dificuldade de prova, como também dificuldade de alegação, sendo que, na ausência de expressa previsão nesse sentido, a aplicação da solução contemplada para a falta de cooperação em sede de prova (art. 417.º, n.º 2 do Código de Processo Civil), à falta de cooperação ao nível da invocação de factos, parece conforme com o espírito que presidiu à conformação normativa do legislador. Por outro lado, se é permitido ao tribunal inverter o ónus da prova, por maioria de razão lhe será admissível aligeirar o grau de detalhe da actividade processual do réu, diminuindo o nível de exigência que a este é, por regra, oponível. Solução que se revela compatível com a possibilidade (constante do mesmo preceito) de, ante a omissão do dever de cooperação, o “tribunal apreciar livremente o valor da recusa para efeitos probatórios”. Quando se entendesse, porém, que a ineficiência na gestão das horas dispendidas não representa um facto impeditivo do direito do autor (e, na dúvida, presume-se constitutivo – art. 342.º, n.º 3 do Código Civil), porque assim não classificável de acordo com o critério normativo que preside à distribuição do ónus (não se enquadrando em norma jurídica autónoma), o problema seria resolvido por outra via. Incumbiria ao autor alegar e demonstrar actividade eficiente, pelo que, em caso de dúvida, esta se resolveria contra aquele. Tal solução, porém, pode não se revelar completamente tuteladora da posição do réu. A este deve assistir, na verdade, mais que o direito a beneficiar de uma solução favorável, em caso de dúvida, o direito a dispor de meios (se alcançáveis) para comprovar a efectiva verificação da versão que sustenta (a fazer prova do contrário). Porque assim, não dispondo o réu desses meios por razões imputáveis à falta de cooperação do autor, a conduta deste poderá conduzir o tribunal a, quando não ficar numa situação de dúvida insanável, mas, ainda assim, não dispuser de elementos para formar uma convicção suficientemente segura no sentido da ineficiência, decidir ter-se esta efectivamente verificado. Decisão suportada, nos termos da primeira parte do n.º 2 do art. 417.º do Código Civil, em livre apreciação da recusa para efeitos probatórios. De referir, por último, ainda no que diz respeito ao teor do acórdão ora em apreço, que o *Bundesgerichtshof* (BGH) considerou ser, a prova pericial, meio de prova apto a proporcionar informação susceptível de servir de suporte à decisão relativa ao grau de eficiência da actividade do empreiteiro (isto é, a verificação sobre a ultrapassagem ou não, por este, da margem de manobra – *Spielraum* – que lhe é reconhecida em sede de gestão do número de horas de trabalho imputável, como necessário, ao cumprimento da prestação que sobre si impende). Assim o explicita o tribunal: *“Dementsprechend ist nicht je-der Aufwand, den er über die vom Sachverständigen für erforderlich erachteten Arbeitsstunden hinaus betreibt, pflichtwidrig unwirtschaftlich. Wie groß dieser Spielraum ist, inwieweit der Unternehmer also den objektiv erforderlichen Zeit-aufwand beanstandungsfrei überschreiten darf, ist eine vom Gericht unter Hin-zuziehung des Sachverständigen im Einzelfall zu beantwortende Tatfrage“*.

assente a versão factual cuja prevalência, na instância, é pressuposto de realização do direito cuja titularidade invoca.

### c) Natureza do juízo decisório

A *terceira* reflexão respeita à decisão a proferir sobre a validade da convenção de prova quando tome por base esta segunda condição.

Distinguiremos como características essenciais do juízo decisório em causa a sua *natureza e concreta*.

A primeira característica (gradação), prende-se com o facto de estar em causa decisão que implica a mobilização de uma escala gradativa, parametrizadora da intensidade do esforço exigível a cada uma das partes, na actividade processual de exercício do direito, na sequência de celebração da convenção. Decorre, a segunda, da circunstância de tal avaliação graduada operar mediante aferição que a vários títulos se revela de índole *concreta*.

#### c.1. Natureza concreta

Da natureza concreta resulta que o apuramento da validade do acordo não será, por princípio, possível, considerando apenas a convenção de prova (desligada de qualquer relação com uma particular acção), salvo se o teor do regime dela constante for de tal forma limitador do exercício do direito, que o torne impossível ou excessivamente difícil, qualquer que seja o tipo de acção a propor, o objecto ou os sujeitos desta. Nas demais hipóteses, a prolação de decisão implicará a ponderação de dimensões concretas, de carácter *objectivo* e *subjectivo*.

#### c.1.a. Dimensão objectiva

c.1.a.1. No que concerne à *primeira*, importará, por um lado, identificar o *tipo* de acção em que a convenção de prova é invocada.<sup>364</sup> A relatividade contextual da impossibilidade ou excessiva dificuldade assim observada denota que as versões factuais controvertidas, objecto de prova, não são, para este efeito, consideradas de modo isolado, mas no âmbito do enquadramento em que, no caso concreto, se encontram *juridicamente* conformadas. A tanto conduz, designadamente, a

---

<sup>364</sup> A importância deste contexto manifesta-se quando, a título exemplificativo, se atente, que a convenção que dificulte a prova quanto ao facto em que se traduz a *ocupação*, pelo réu, de imóvel de que o autor é proprietário, pode padecer de invalidade no âmbito de acção declarativa, em que se vise a condenação do réu na restituição do bem, mas já não merecer tal qualificação em acção de simples apreciação negativa, em que se pretenda tão só a declaração de que o réu não é titular do direito, não obstante afirmar este, publicamente, o inverso e ter procedido à ocupação do bem. Sendo a demonstração da situação de incerteza objectiva determinante para que se considere existir interesse processual, a conclusão em sentido afirmativo poderá bastar-se, nesta hipótese, com a comprovação da aludida *propalação* do réu quanto à titularidade do direito, que não com a ocupação do prédio.

circunstância de a alusão normativa à excessiva dificuldade ser feita por referência ao *direito* cuja realização se visa mediante exercício do direito à prova, não obstante esta ter por objecto versões factuais.

Implica, *por outro lado*, o conhecimento dos *factos* efectivamente *relevados* e *relevantes* na acção em causa, na medida em que pode, a convenção de prova, respeitar a facto relevante na acção, mas nela não invocado, ou a facto alegado, mas nela não relevante. Ainda que hipoteticamente gerador de impossibilidade ou excessiva dificuldade do exercício do direito à prova do facto em causa, tanto não se repercutirá processualmente, por não estar em causa facticidade que deva ser objecto de apreciação.

Importa *ainda* ponderar a *natureza* que assumem, na concreta *acção*, os *factos* nela relevados.

Assim, a circunstância de o facto (a cujo regime de prova a convenção se reporta), representar, na acção, facto essencial ou de, diferentemente, constituir facto instrumental não será, também, despicienda. Destinando-se, este último tipo de factos, a permitir a fundamentação do juízo decisório relativamente à verificação ou não de um outro facto, poderá concluir-se que este último se revela susceptível de comprovação por intermédio de um outro suporte decisório, não pressupondo a prova do facto instrumental, hipótese em que a impossibilidade ou excessiva dificuldade criada, pelo regime convencional, quanto a este particular facto, não constituirá fundamento de nulidade do pacto.

De considerar, *por outro lado*, a relação que se estabelece entre o meio de prova e o facto cujo esclarecimento se pretende, por intermédio daquele, obter. Parâmetro avaliativo dotado de particular interesse quando o meio de prova excluído se revele dificilmente dispensável para a comprovação de determinado facto, atenta, designadamente, a complexidade da matéria.<sup>365</sup>

O raciocínio operacionalizador do controlo implicará, assim, o relacionamento entre a facticidade controvertida e os meios de prova susceptíveis de ser concretamente requeridos e admitidos, no que diz respeito, designadamente, ao seu *número* e à sua *qualidade* (capacidade comprovativa). A exiguidade do *número* de meios de prova que, atento o teor da convenção, passem a ser mobilizáveis pelas partes, pode determinar, em termos imediatos, o excessivo grau de dificuldade de exercício do direito à prova. De observar, porém, que, ainda que da convenção de

---

<sup>365</sup> Nesse âmbito se enquadra, a título exemplificativo, hipótese em que, estando em causa contrato regulador do fornecimento de petróleo, nos termos do qual o cálculo do preço depende de operações associadas a índices e dados financeiros cujo apuramento e tratamento pressupõem conhecimentos especializados, é o alegado, em juízo, pelo fornecedor, o não cumprimento da obrigação de pagamento do preço. Tendo embora as partes excluído, em convenção de prova, a possibilidade de recurso a prova pericial, o conteúdo altamente estruturado do contrato e o relevo que em concreto assume informação técnica pode tornar especialmente difícil comprovar o teor da obrigação contratual sem recurso a esse meio de prova. Consequência que não se verificará, porém, no âmbito de acção em que a prova pericial assuma relevo marginal ou se revele carecida de qualquer utilidade. Assim se, por hipótese, estiver em causa versão factual controvertida só susceptível de ser processualmente relevada quando a dúvida a ela respeitante seja esclarecida por via de prova documental.

prova resulte a exclusão de apenas um meio de prova, restando admissível o recurso a qualquer outro dos meios de prova constantes do elenco legal (ou fruto da convenção celebrada), e estes em abstracto configurem meios idóneos à comprovação da versão factual em causa, podem as partes (ou uma delas) não ter, ainda assim, a possibilidade de, em concreto e não obstante a amplitude do número de meio de prova remanescentes, se socorrer de tais meios, porque inexistentes ou dificilmente acessíveis. Relevante será, para efeito de aferição da validade da convenção, e ainda sob o ponto de vista quantitativo, não a consideração dos meios de prova que, em conformidade com o convencionado, as partes continuem a poder convocar; antes os meios de prova que, em consonância com esse regime e nas circunstâncias concretas da sua aplicação, as partes possam *efectivamente* mobilizar.

As dimensões quantitativa e qualitativa assumem carácter cumulativo, pelo que, para que válida, sob este ponto de vista, a convenção de prova, devem as partes beneficiar de uma *extensão real* mínima de meios de prova, *qualitativamente* aptos a constituir fontes de extinção das versões factuais objecto da convenção de prova.

c.1.a.2. A relatividade do conteúdo do juízo a formar relativamente à validade da convenção de prova, quando considerada em concreto, pode ainda decorrer do momento em que haja lugar a tal avaliação, pelo que às dimensões quantitativa e qualitativa, acresce uma dimensão temporal.

As causas determinantes da violação da essência do direito a dispor de meios de extinção das versões factuais controvertidas pode emergir em momento posterior à data da celebração da convenção, pelo que, convenção de prova adequadamente qualificada como válida aquando da sua invocação e admissão processuais, pode vir a, em momento posterior, revelar ser fonte (atento o teor do regime nela contido) de excessiva dificuldade relativamente ao exercício do direito à prova, em virtude de circunstâncias supervenientemente ocorridas, quando a superveniência se verifique no período de pendência da instância ou (se anterior)<sup>366</sup> se mantenha durante esta.<sup>367</sup>

---

<sup>366</sup> Mas posterior à celebração da convenção de prova.

<sup>367</sup> Assim se, a título exemplificativo, houver lugar a incumprimento (não coercivamente suprido) do dever de colaboração pela contraparte ou por terceiro (*vide*. art. 417.º, n.º 3 do Código de Processo Civil), tornando-se, por esta razão, inviável a mobilização de prova documental – meio de prova que passara a ser, nos termos do pacto celebrado, o único meio de prova admissível.. A superveniente não cooperação não deixará de representar causa possível de invalidade convencional pelo facto de ter na sua base a invocação de recusa legítima. De notar, no que a este tipo de causas de recusa diz respeito, o entendimento amplo, adoptado pelo *Bundesgerichtshof*, quanto à relação entre a tutela do domicílio e o dever de cooperação. Em acórdão proferido em 16 de Maio de 2013, pronunciou-se, aquele tribunal (VII ZB 61/12), no sentido de que a tutela do direito de propriedade de edifício habitacional representa causa válida de não cooperação em perícia cuja execução implique a realização de aberturas em partes da construção. Incluem-se, assim, no âmbito das causas legítimas de recusa, não apenas as hipóteses em que a realização da diligência de prova contende com a dimensão estritamente pessoal do direito a habitar, como também aquelas em que se reflecte na dimensão patrimonial associada ao prédio votado a fim habitacional, sublinhando que a recusa a colaborar é legítima ainda que as aberturas se realizem apenas no exterior da construção, em compartimentos não directamente afectados a habitação (designadamente em zonas de arrumação e garagens), sendo, por outro lado, indiferente que a sua invocação seja feita por pessoas físicas, colectivas ou entes dotados de personalidade judiciária (assim, por exemplo, com a administração de condomínio, relativamente a partes comuns do prédio). Explicita, ainda, o tribunal, a amplitude da interpretação que adopta quando invoca, como fundamentos

Neste circunstancialismo, a declaração de invalidade da convenção pode ter lugar em momento tardio da acção, não obstante o pacto ter sido considerado válido em fase processual anterior, vindo, a declaração de nulidade, a constituir consequência acrescida, relativamente à inversão oficiosa do ónus da prova ou à livre apreciação do valor da recusa em caso de violação do dever de cooperação pelas partes, bem como à condenação em multa, qualquer que seja o sujeito em causa.<sup>368</sup>

A superveniência do incumprimento do dever de cooperação será igualmente atendível e causa possível de invalidade convencional quando seja invocada recusa legítima.<sup>369</sup>

Constituindo, a razão de ser da nulidade das convenções de prova, com base na condição de validade enunciada em segundo lugar, a preservação da intangibilidade do núcleo do direito exercício jurisdicional do direito realizando (no que respeita à dimensão fáctica de que esta realização é pressuposto), esta (razão de ser) manter-se-á sempre que tal dimensão do direito se revele susceptível de ser afectada, irrelevando o momento processual em que tanto ocorra. O facto de o referente que se quer garantir poder ser atingido aquando da celebração do acordo ou em momento posterior não é, nesta medida, critério a considerar em sede de determinação de produção ou não do efeito invalidante. Definido o objecto de protecção, a multiplicidade temporal das circunstâncias que o podem vulnerabilizar determina também a amplitude temporal em que tais circunstâncias deverão ser processualmente consideradas.

Verificando-se, na pendência da instância, ter havido lugar ao surgimento superveniente de uma causa de invalidade da convenção de prova, que determina que esta se torne supervenientemente nula, tanto enquadra-se, contudo, em contexto diferente relativamente àquele que subjaz ao geral regime civil regulador da alteração anormal das circunstâncias, no âmbito do qual se concede relevo directo (alheio a considerações relacionadas com a verificação de causas de nulidade ou de anulabilidade) à alteração superveniente das circunstâncias no plano da programação contratual.<sup>370</sup> Diferença que se reflecte no que diz respeito aos *pressupostos*, bem como no que diz respeito às *consequências*.

---

normativos da decisão que profere, o §144, 1 da Zivilprozessordnung (ZPO), bem como os arts. 13 (onde se consagra o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio) e 14 (onde se contempla o direito fundamental à propriedade) da Grundgesetz (GG).

<sup>368</sup> Vide arts. 344.º do Código Civil e 417.º, n.º 2 do Código de Processo Civil. A possibilidade de sucessiva declaração de invalidade do regime convencionado entre as partes representará, neste contexto, instrumento suplementarmente promotor (a título preventivo) do cumprimento de deveres processuais pelas partes ou por terceiros com estas conluiados.

<sup>369</sup> Como principais consequências negativas advenientes da omissão de cooperação, Paula Costa e SILVA ressalta a realização de “composição que ou não é justa ou não é tão justa quanto podia sê-lo”, a obtenção de justa composição “com menor grau de eficácia e num espaço de tempo mais alongado”, bem como o desrespeito da “injunção” jurisdicional, *A litigância de má fé*, Coimbra Editora, 2008, p. 409.

<sup>370</sup> Também, porém, no domínio do direito adjectivo o problema, assim perspectivado, pode assumir relevo. Paula Costa e SILVA suscita a questão, sob esse prisma, quer no que diz respeito a actos

No que concerne aos primeiros, constituem, nos termos da norma constante do art. 437.º, n.º 1 do Código Civil, requisitos, cumulativos, da relevância concedida à alteração superveniente das circunstâncias, que esta assuma natureza anormal, que a exigência das obrigações assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e que não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.<sup>371</sup>

Pressupostos que, considerados no seu conjunto, se compreendem em contexto em que a alteração de circunstâncias assuma repercussões em enquadramento alheio ao exercício de actividade jurisdicional, como sucede quando esteja estritamente em causa a manutenção ou não do enquadramento da economia contratual<sup>372</sup> nos termos em que foi gizado pelas partes.<sup>373</sup> Se todos os enunciados

---

praticados no processo, quer no que concerne a actos de índole processual cuja sede genética é alheia à instância, quer ainda relativamente a hipóteses em que ambas as dimensões se conjugam. Enuncia, como exemplo deste último quadro, caso em que as partes hajam celebrado pacto de competência, tendo o tribunal, ante tal acordo, proferido decisão (entretanto transitada) em que se declara competente e verificando-se, em momento posterior, relevante alteração superveniente das circunstâncias, *O Dogma da Irrelevância da Vontade na Interpretação e nos Vícios do Acto Postulativo Acto e Processo*, Coimbra Editora, 2003, pp. 617-634. Considerando o problema segundo esta perspectiva, ele enquadrar-se-ia, quando atinente às convenções de prova, no terceiro contexto, traduzindo-se, essencialmente, em apurar se, uma vez celebrado acordo de prova (e, eventualmente, praticados actos e proferidas decisões, transitadas em julgado, com base nas regras dele constantes), a ocorrência de alteração superveniente de circunstâncias legitimaria a mobilização do regime constante do art. 437.º do Código Civil, requerendo, uma das partes, a extinção ou modificação do acordo validamente celebrado e cuja validade se conserva intacta. A atenta consideração desta questão implicaria, contudo, reflexão cuja profundidade e extensão se não revelam compatíveis com o âmbito do presente estudo. Sobre o relevo constitucional das normas reguladoras da competência enquanto fonte da garantia de que o réu não se veja “trascinato in un processo”, nem constrangido a que a relação jurídica em que é parte seja objecto de análise no quadro de foro “exorbitante ed abusivo”, vide GHIRGA, “Riflessioni Sul Significato di Giudice Naturale nel Processo Civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LVII, (Seconda Serie), N° 3, Luglio-Settembre, 2002, Cedam, pp. 805-843.

<sup>371</sup> Tanto justifica que, como Paula Costa e SILVA nota, a faculdade de desvinculação ou de alteração do teor contratual não colida com o “princípio do contrato”: “O sistema sabe que o sujeito que se vincula o faz atendendo à conjuntura que o rodeia no momento da tomada de decisão. Ele assume uma situação jurídica passiva atendendo ao que espera ser a conjuntura no momento em que aquela se tornará exigível. Por esta razão ele aceita uma vinculação para futuro com determinado conteúdo. Acresce que quando aceita uma vinculação, a parte procura um equilíbrio entre aquilo a que se obriga e os benefícios que legitimamente espera receber. Ora, se a conjuntura que a parte prefigura para o momento do cumprimento muda de modo imprevisível, pode aceitar-se como provável que aquela, caso tivesse previsto tal alteração, jamais se houvesse vinculado nos termos em que o fez. Ao invés, se o desvio no circunstancialismo em que a parte fundou a sua decisão de se autovincular fosse previsível, *sibi imputet*, a parte deveria ter-se representado tal alteração e contado com ela quando se vinculou”. A autora acresce: “Além de imprevisível, a alteração das circunstâncias em que a parte fundou a decisão de se vincular deve ser substancial de modo a romper com o equilíbrio interno da vinculação. Um desvio irrelevante no plano inicial não legitima uma quebra do princípio do contrato”; termos em que “exigir o cumprimento perante o novo circunstancialismo violaria a boa fé”, “Ofertas públicas e alteração das circunstâncias”, *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. IV, Coimbra Editora, 2003, p. 129. Sobre a relação entre a teoria da imprevisão e o regime vigente em sede de alteração superveniente das circunstâncias, vide Luis Carvalho FERNANDES, *A teoria da imprevisão no direito civil português*, Quid Iuris, 2001.

<sup>372</sup> Percrutando o sentido da expressão “economia do contrato” (relevante, pelas razões decorrentes do corpo do texto, na presente sede), SOUSA RIBEIRO sublinha (com a clareza que só a transcrição de alguns dos passos da exposição que desenvolve permite documentar) que o seu relevo se justifica em virtude de o contrato representar “forma jurídica com função instrumental de realização de interesses”,

requisitos respeitam às partes, a dimensão essencialmente privada da tutela concedida evidencia-se, sobretudo, no âmbito do último pressuposto – a circunstância de se exigir que a alteração não esteja abrangida pelos riscos do contrato, sublinha que a gravidade das consequências que a modificação circunstancial superveniente possa importar não releva quando tanto integre a álea convencional, mantendo-se o pacto não obstante aquela alteração.

Quando, porém, as implicações da alteração das circunstâncias contendam com interesses que extravasem os meramente relativos aos sujeitos negociais, repercutindo-se em contexto de exercício, por terceiro, de actividade desenvolvida ao abrigo de *ius imperii*, deixa de se poder compreender como causa de irrelevância da alteração circunstancial superveniente o facto de o risco, quanto à possibilidade de tal modificação ocorrer, ter sido englobado na lógica do contrato. A visada preservação de interesses com relevo *supra partes* impõe que a sua tutela não possa ser gorada por actos ou previsões negociais privados.

Pretendendo-se, com a condição de validade, das convenções de prova, enunciada em segundo lugar, assegurar a intocabilidade da dimensão indisponível do direito à prova, esta deve restar intangível (por não estarem em causa interesses estritamente privados), quaisquer que sejam as previsões pactícias das partes,

---

viabilizador de “relacionamento intersubjectivo” e “mecanismo de estabilização e de realização de expectativas”. Esta última circunstância, nota, conduz a que se torne compreensível a “relativa abertura e adaptabilidade da estrutura normativa do contrato”, sem que tanto acarrete “perdas de certeza e de segurança, nefastas para o bom desempenho do papel certificativo” daquele. Ao invés, observa, na esteira de HUGH COLLINS, “a predicabilidade aumenta e a confiança reforça-se quando está assegurado que todas as expectativas razoáveis, engendradas na relação, e não apenas as que podem ser reconduzidas ao conteúdo das declarações negociais, são atendidas”. A “economia do contrato” contem, nota, a virtualidade de, justamente, permitir, em sede de interpretação e integração contratuais, a “consideração directa da substância e da teleologia intrínseca da relação, sem a mediação discursiva de qualquer *constructum* de outra ordem”, assim se permitindo que “a estrutura real de interesses e a sua conformação de modo consentâneo com a consecução das finalidades visadas pelas partes” ocupe “sem máscaras” o “palco da disciplina contratual”. Viabiliza (a noção de economia contratual), por outro lado, explicita o autor, a compreensão de que as “soluções de resolução ou de modificação do contrato”, relevantes no quadro do tratamento legal da “*onerosidade excessiva*” ou (sob outra designação) “*de alteração anormal das circunstâncias*”, não decorram de “princípio antitético ao da autonomia privada”, representando, diferentemente, formas de “recomposição dos termos contratuais” que impedem “a desvirtuação da correlação prestacional”, “internalizando”, na “disciplina do contrato” as vicissitudes ocorridas, em actividade “*adaptativa*” (que não correctiva), por representar, não o “reescrever o contrato segundo um padrão ideal de uma justa conformação de interesses, mas de actualizar aquilo que foi querido, dando-lhe expressão no novo e imprevisto contexto de execução”, em “fidelidade” não “à palavra dada, mas à proporção dos termos da relação de troca”, “Economia do contrato, autonomia privada e boa fé”, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, esp. pp. 969-978. Também no sentido de que a queda do “dogma da cristalização da vontade no contrato”, atenuando, “no contrato o carácter de exclusiva “*lex privata*” das partes”, se revela compatível com uma “concepção social do direito”, Carlos MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2005, pp. 611 e 612.

<sup>373</sup> Não assim no âmbito das convenções de prova, o que constitui reflexo da especificidade do objecto deste tipo de negócios jurídicos, sendo que aquela (especificidade) foi já, recorde-se, determinante para a classificação deste pacto como acordo *processual* (assim não absolutamente assimilável à figura do negócio jurídico civil) no que diz respeito à matéria que regula.

designadamente no que diz respeito ao âmbito do risco coberto pelo acordo (convenção de prova) que celebram.

Atenta a dimensão indisponível, para as partes, do núcleo do direito à prova (*quer* devido ao facto de, pela sua importância para a efectividade de exercício dos direitos materiais, aquele dever integrar, sob o ponto de vista comunitário, com carácter imperativo, o estatuto processual activo dos seus membros – pelo que se lhe associa interesse público por via mediata, *quer* pela circunstância de a sua garantia se revelar essencial à imparcialidade objectiva que deve caracterizar a base da decisão a proferir pela comunidade, representada no juiz e, portanto, à adequação da actividade jurisdicional a desenvolver – reveladora da existência de interesse público por via imediata)<sup>374</sup>, o facto de as partes terem ou não optado por incluir, no arco do risco contratual as consequências possíveis da alteração superveniente de circunstâncias na afectação desse núcleo, torna-se irrelevante.

E porque, sob esse ponto de vista e por tais razões, destituída de relevo a vontade das partes, tal irrelevância manifesta-se também no que diz respeito às consequências.

Implicando, a superveniente alteração de circunstâncias, a afectação do referente essencial, que se quer ver intocado, as consequências jurídicas desta decorrentes terão lugar ainda que as partes o não queiram ou o não requeiram, ou seja, ainda que não haja manifestação de vontade privada nesse sentido, por estar em causa circunstância geradora da nulidade da convenção. Invalidez cuja produção de efeitos é tornada alheia à vontade das partes (sendo de conhecimento oficioso), em virtude de a selecção legal quanto ao tipo de invalidade aplicável (em caso de violação dos pressupostos específicos de validade das convenções de prova) ter recaído sobre tipologia de invalidade (nulidade) associada a intensa ofensividade dos valores jurídicos.<sup>375</sup>

Diferentemente, na hipótese de alteração superveniente de circunstâncias não geradoras de invalidade, verificados os pressupostos legais constantes do art. 437.º do Código Civil, *poderá* (em função da manifestação ou não de vontade das partes nesse sentido) haver lugar a um de dois tipos de consequências: extinção do contrato, mediante resolução, ou modificação do teor contratual, segundo juízos de equidade (devidos, na classificação de ANDRIOLI, a fenómeno de carácter *transeunte*, mais que *immanente*).<sup>376</sup> Em *alternativa* (caso nenhuma das partes exprima vontade em qualquer dos referidos sentidos), o contrato manter-se-á válido e eficaz em conformidade com o acordado.

---

<sup>374</sup> *Infra* se considerará, mais detidamente, a diferente natureza que pode assumir o interesse público sempre existente ante normatividade imperativa.

<sup>375</sup> Cfr. arts. 345.º e 286.º do Código Civil.

<sup>376</sup> O autor associa a necessidade de recurso à equidade, enquanto critério de decisão, a dois fenómenos: um “immanente” (decorrente do facto de “nem todos os casos práticos serem “reduzíveis a classes” e, nessa medida, reguláveis através de “normas abstractas” dando, como exemplo, a determinação do quantitativo devido a título de alimentos) e outro “transeunte”, assim explicando o relevo deste último: “...a necessidade de abstracção generalizadora, que preside à formação das leis, faz com que o tratamento dos casos marginais [que o autor não confunde com casos duvidosos] se afigure injusto ou iníquo”, *Commento al Codice di Procedura Civile*, vol. I, Napoli, 1961, p. 328.

Não obstante em ambos os regimes estar em causa a manutenção do acordado em virtude da criação de situação de especial inexigibilidade, tratando-se de convenção de prova, cujo regime se revela, em momento posterior à celebração do pacto, gerador de impossível ou excessivamente difícil exercício do direito, em virtude de superveniente alteração das circunstâncias, o acordo *tornar-se-á* (atenta a indisponibilidade dos interesses envolvidos) supervenientemente nulo.<sup>377</sup>

A indisponibilidade da matéria em causa conduz, nesta medida, *não só* a que, à vontade das partes, esteja vedada, a *violação*, por via do teor por si convencionalmente desenhado, do núcleo essencial do direito à prova<sup>378</sup>, *como ainda* a que não se reconheça qualquer efeito convalidante à contemporização, pelas mesmas partes, com a *violação* desse mesmo âmbito (de indisponibilidade) quando esta resulte de alteração superveniente de circunstâncias (seja esta alheia ou não à vontade daquelas). A *possibilidade de não eliminação* das consequências nefastas que a alteração superveniente das circunstâncias provoque no âmbito indisponível fica, pois, subtraído à vontade das partes, sob pena de, a assim não ser, tal matéria se tornar, por essa via, disponível.

Tanto não obsta, contudo, a que a convenção subsista e se torne processualmente relevante, por eliminação da causa de invalidade, mediante intervenção em qualquer das dimensões envolvidas no surgimento desta. Dimensões que se reconduzem a duas – de um lado (a), o regime jurídico constante da convenção de prova; de outro lado (b), as circunstâncias factuais no enquadramento das quais esse regime jurídico releva, sendo que ambas actuam de modo interligado: é o facto de a aplicação daquele regime jurídico (a), naquele particular contexto factual (b), gerar um determinado efeito [(c) impossibilidade ou excessiva dificuldade de exercício do direito], que torna o negócio nulo (c’).

Nos termos desta equação, o resultado (c) da conjugação dos factores (a) e (b), bem como a consequência jurídica que lhe está associada (c’), pressuporão a cumulativa verificação de (a) e (b), pelo que a alteração de (c) e, conseqüente mutação de (c’), poderão decorrer de modificações introduzidas ao nível de (a) ou ao nível de (b).

Não podendo, embora, as partes obstar à produção do efeito jurídico decorrente da combinação de a) e b), podem lograr que este efeito não se verifique actuando (em momento anterior ao da aferição da validade da convenção de prova pelo juiz) ao nível de qualquer um destes: assim quando, *motu proprio*, as partes (intervindo em b)) providenciem no sentido do retorno das circunstâncias à sua conformação inicial ou quando (mantendo-se imodificada a alteração superveniente),

---

<sup>377</sup> Natureza superveniente da nulidade que determina que esta seja causa, não do impedimento de surgimento de direitos (como por regra acontece, dado que a razão determinante da invalidade será normalmente contemporânea ao momento da celebração do contrato), mas da sua extinção (a particular conformação das regras processuais promanada do regime convencional nasceu, mas veio a extinguir-se na sequência da invalidade supervenientemente gerada pela alteração factual das circunstâncias).

<sup>378</sup> No sentido amplíssimo que *supra* se explicitou.

reconstruam, por acordo, o conteúdo contratual (adaptando-o ao novo contexto circunstancial, de molde a não violar a essência do direito em causa),<sup>379</sup> assim eliminando a afectação de matéria indisponível.

Apurámos que o carácter superveniente da causa de nulidade não obsta a que esta se produza.

Concluímos que, estando, na presente hipótese, em causa alteração superveniente das circunstâncias geradora de nulidade, não é aplicável o regime previsto, a título geral, para as hipóteses de alteração superveniente das circunstâncias.

Tanto não oblitera, porém, que tenha havido lugar a alteração superveniente das circunstâncias e que, desta, tenha decorrido, para as partes, a modificação do quadro sobre o qual tinham fundadamente assente a sua programação de conduta processual.

Deverá, esta particularidade, ter alguma consequência no plano do regime jurídico a observar quando, no contexto que se considera, se apure judicialmente haver fundamento de nulidade do negócio processual celebrado entre as partes?

Afigura-se-nos que, havendo embora lugar ao efeito invalidante decorrente do art. 345.º do Código Civil – de onde se retira a nulidade da convenção de prova [produzindo-se, assim, consequência diversa (invalidade e não mera inexigibilidade) relativamente à que se verifica quando em causa enquadramento associado ao art. 437.º do Código Civil] –, a particularidade de a posição das partes, no que diz respeito à expectativa depositada na essencial subsistência das circunstâncias existentes aquando da celebração do contrato, ser comum à que se verifica quando em causa o regime do art. 437.º do Código Civil (também aí a confiança depositada na futura e essencial manutenção de circunstâncias), aconselharia (na ausência de acordo das partes no sentido da reconformação do regime negocial ou de reconstituição das circunstâncias supervenientemente alteradas, a que acima se aludiu) a adopção de solução, inspirada no art. 437.º do Código Civil, destinada a tutelar a previsibilidade do regime jurídico em que a parte contrária àquela que invoca a nulidade (ou que sustenta a produção deste efeito, uma vez oficiosamente conhecida aquela), havia feito assentar o seu planeamento, de modo a que esta não tenha de se confrontar com a completa reposição do regime ampliativo, assim minorando os efeitos para essa parte decorrentes da superveniência. A previsão desta possibilidade revela-se, por outro lado, consonante com o princípio da conservação dos negócios jurídicos.

Solução que se reconduziria à possibilidade de manutenção da convenção, mediante modificação *jurisdicional* do seu conteúdo, em intervenção desenvolvida no plano *supra* assinalado sob a) (em intervenção, do tribunal, semelhante à que é desenvolvida pelas partes, na hipótese acima mencionada em texto (também no âmbito do plano a)).

---

<sup>379</sup> Assim, por exemplo, se as partes alterarem a convenção de prova no sentido de que a impossibilidade de recurso a outra prova que não a documental (cuja mobilização se revelou inviável) se circunscreve a versões factuais para cuja comprovação o recurso a documentos não se revela essencial, que não a toda a factualidade envolvida na acção.

Em que termos haveria lugar a adopção de solução paralela à contida no regime regra a observar em sede de alteração superveniente das circunstâncias?

Segundo este, quando uma das partes dele se pretenda fazer valer, a par da possibilidade de *extinção* do negócio jurídico por via de resolução, é-lhe reservada a possibilidade de assegurar a manutenção do contrato, mediante requerimento de modificação do seu conteúdo, pelo decisor, de acordo com juízos de equidade, sendo que a alteração do conteúdo negocial pode resultar de pedido directamente formulado por um dos contraentes ou de pedido formulado pela contraparte, uma vez requerida a resolução do contrato pela primeira.<sup>380</sup>

Na ausência de normatividade previsora de regime especial aplicável quando a *invalidade* insanável resulte da alteração superveniente de circunstâncias, a similitude ou analogia entre essa hipótese e a que ora consideramos ditaria que, sendo supervenientemente nula a convenção de prova, às partes assistisse também, *de iure constituendo*, devidamente adaptada, a dupla possibilidade reconhecida no âmbito do art. 437.º do Código Civil. Prevendo-se neste a *extinção* do contrato (ante o contexto, supervenientemente, gerado, de inexigibilidade) ou a superação da inexigibilidade (e assim do efeito extintivo) mediante alteração do regime jurídico negocial e consequente manutenção do negócio, a aplicação analógica de tal regulação conduziria, *mutatis mutandis*, em caso de invalidade, à extinção da convenção (dando sequência ao efeito invalidante) ou à eliminação da causa de nulidade, mediante alteração do regime jurídico convencional, mantendo-se, neste último caso, a convenção de prova, porque já não padecente de invalidade.<sup>381</sup>

A proximidade das razões subjacentes ao regime constante do art. 437.º do Código Civil (no que diz respeito à alternativa à extinção do negócio jurídico) conduziria, em síntese, a que, sendo supervenientemente nula a convenção de prova,

---

<sup>380</sup> Cfr. art. 437.º, n.º 2 do Código Civil.

<sup>381</sup> Requerida, por uma das partes, a declaração de nulidade, assistiria à contraparte a possibilidade de requerer a modificação do conteúdo contratual, também pelo decisor, de acordo com critérios de equidade. Quando, porém, a declaração de nulidade promanasse de iniciativa do juiz, o exercício desta faculdade, pelas partes, teria lugar na sequência da observância do dever de audição destas, em conformidade com o previsto no art. 3.º, n.º 3 do Código de Processo Civil, de molde a, cumprindo o contraditório vertical, se obviar a prolação de decisão surpresa. Como COMOGLIO sublinha, a audição das partes (em ordem a evitar “*sentenze a sorpresa*”) representa “un preciso *dovere* del giudice” “de proporcionar “il contraddittorio pieno delle parti su ogni questione, di fatto o di diritto, avente incidenza decisória, che egli ritenga di rilevare d’ufficio, riservandosi poi di porla a Fondamento della successiva sua pronunzia”, “« Terza via » e processo « giusto »”, *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LXI, (Seconda Serie), Nº 2, Aprile-Giugno 2006, p. 758. O recurso a esta alternativa revela-se, contudo, compatível com a existência de consenso entre as partes. Na inexistência de dissenso, ou as partes introduzem as modificações que reputeem mais adequadas, mediante reconformação concordante do teor da convenção (hipótese em que estão de acordo, quer quanto à modificação do conteúdo, quer quanto aos termos em que esta se deve verificar) ou conjuntamente requerem ao tribunal que proceda a tal modificação (hipótese em que estão de acordo quanto à modificação do conteúdo, mas não quanto aos termos em que a reconformação deva ter lugar). Esta última hipótese pode também verificar-se quando, formulado requerimento por uma das partes a outra se pronuncie em sentido consentâneo – assim manifestando o seu acordo –, bem como quando, não se pronunciando, concede a sua anuência por via do silêncio.

as partes pudessem requerer a declaração de invalidade (por nulidade)<sup>382</sup> ou, em alternativa, a sua modificação de acordo com juízos de equidade.<sup>383</sup>

O exercício de opção no sentido da manutenção do contrato não configuraria, porém, excepção à regra da insanabilidade da nulidade mediante confirmação, antes condição de verificação necessária para eliminação, por via jurisdicional (mediante adaptação do conteúdo negocial) da própria causa da invalidade, pelo que a aplicação analógica que se considera não representaria a introdução de aspecto que, aproximando o regime de nulidade daquele que, a este propósito, é próprio da anulabilidade (artigo 288.º do Código Civil), criasse uma hipótese de nulidade atípica.

O que não significa, porém, que, havendo lugar a declaração de nulidade com base na causa que ora consideramos, não represente, este, terreno particularmente propício a manifestações de especialidade de regime – surgindo, a causa de nulidade, em momento posterior ao da celebração do negócio, não terá, a declaração de nulidade, eficácia retroactiva. Tanto não equivale, porém, a sustentar que a nulidade que ora se considera não assuma carácter genético.

Como ensina RUI DE ALARCÃO,<sup>384</sup> a automaticidade da nulidade e a sua natureza genética representam elementos com natureza “indefectível”, por ser “algo que nunca possa faltar”. Integram, assim, a dimensão *essencial* desta categoria jurídica, quer (no plano dos efeitos ou consequencial) a circunstância de a não produção de efeitos

---

<sup>382</sup> Causa de extinção do negócio correspondente, no âmbito do art. 437.º do Código Civil, à resolução do contrato. A possibilidade de conhecimento oficioso da invalidade não envolve, assim, a possibilidade de modificação oficiosa do conteúdo contratual, pelo que esta só deverá poder ter lugar, no contexto da referida solução adaptativa, na sequência de pedido formulado por uma ou ambas as partes. Ao decisor cabe, oficiosamente, controlar a validade do fruto da vontade das partes, verificando se o regime de prova convencionado interfere ou não com o grau de dificuldade que as partes podem negocialmente criar; não já substituir, por sua iniciativa, o conteúdo da volição privada. De observar que, estando em causa convenção que tem por objecto o regime da prova e sendo este legalmente regulado, o conhecimento, pelo decisor, *do* conteúdo a modificar, *das* possibilidades e implicações jurídicas de tal modificação, bem como *da* adequação objectiva concreta a garantir entre meios de prova e factualidade controvertida será, por regra, superior, nesta hipótese (sobretudo quando a parte requerente da reconformação do conteúdo negocial informe o decisor relativamente aos meios de prova efectivamente disponíveis), que naquela em que esteja em causa acordo de índole *substantiva* (a implicar o reajuste de prestações, em juízo envolvente, em maior grau, elementos não estritamente jurídicos, pelo que o decisor se encontrará, no particular pacto que consideramos, em posição especialmente qualificada para o exercício de actividade reconstrutiva do teor negocial.

<sup>383</sup> Tendo, a título exemplificativo, as partes previsto, em convenção de prova, só ser admissível a produção de prova testemunhal e falecendo ou impossibilitando-se a única testemunha presente no local à data dos factos essenciais da causa, a manutenção do regime convencional implicaria que se tornasse impossível ou dificilmente exercível o direito realizando, o que representa causa de nulidade do pacto de prova. A adaptação do regime negocial inicialmente previsto às novas circunstâncias, conduziria a reexpandir o tipo de meios de prova processualmente convocáveis. Ao invés, porém, de tal reexpansão ser absoluta (como sucederia por efeito da invalidade), conformar-se-ia a restrição em termos equitativos e não geradores de nulidade, admitindo como processualmente releváveis tão só os meios de prova estritamente necessários a que o direito realizando pudesse ser exercido fora do “grau de perigo” para o exercício do direito que a impossibilidade ou excessiva dificuldade representam, restringindo-se, por hipótese (atentas as particularidades do caso concreto), os meios de prova convocáveis, aos documentos fotográficos existentes e disponíveis.

<sup>384</sup> Vide “Sobre a invalidade do negócio jurídico”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro, Boletim da Faculdade de Direito*, Número Especial, vol. III, Coimbra, sobretudo pp. 619 a 624.

“directos ou principais” se verificar “*ipso vi legis*”, isto é, “por força directa ou imediata da lei”, quer (no plano causal) a circunstância de estarem em causa negócios jurídicos “*geneticamente* viciados, quer dizer, em que essa desconformidade se verifica na génese do negócio jurídico”.

Essencial já não será, porém (por não constituir condição inexoravelmente associada à segunda condição essencial assinalada), que se trate de “vício de *formação* do negócio”, enquanto “contemporâneo da formação negocial”. A natureza genética do vício conserva-se mesmo quando, como sucede na hipótese que ora consideramos, “tendo lugar depois da celebração do negócio, ocorre, porém, antes do momento *decisivo* para a sua eficácia e, por conseguinte, antes que a regulamentação negocial tenha entrado *verdadeiramente em vigor*”.<sup>385</sup> Momento *decisivo* que, nos pactos em análise, corresponde àquele em que o regime convencional se revela, em cada caso, *efectivamente* relevante no processo.<sup>386</sup>

Se, como explicita o mesmo autor, a retroactividade se revela em “perfeita sincronia” com a natureza genética do vício, não é com este incompatível a não produção de efeitos *ex tunc*.

De observar que, se, a causa de nulidade da convenção de prova pode (no quadro da solução exposta) ser eliminada mediante reconfiguração jurisdicional do conteúdo negocial, tal extinção pode também ter por base, nos termos gerais, o exercício, pelo tribunal, do dever de ordenar (designadamente se requerido) a prática de todos os actos necessários à remoção de obstáculos criados ao normal exercício do direito à prova. Assim sucederá quando, nos termos do art. 519.º do Código de Processo Civil, recorra a meios coercivos destinados a assegurar a cooperação, com o tribunal, de terceiro ou da parte que, recusando injustificadamente depor ou juntar meio de prova, torne o exercício do direito realizando impossível ou excessivamente difícil. Intervenção jurisdicional, promotora e executora da remoção de escolhos ao efectivo exercício do direito à prova que representa intervenção, agora desenvolvida pelo tribunal, ao nível do circunstancialismo factual (nível b).

### *c.1.b. Dimensão subjectiva*

As dimensões da avaliação negocial que se passa a considerar assumem natureza *subjectiva* porque directamente se relacionam com aspectos respeitantes aos sujeitos processuais intervenientes na causa.

Enquadram-se neste âmbito os que concernem à capacidade das partes para obtenção ou produção de determinado meio de prova, bem como para se

---

<sup>385</sup> Itálico nosso.

<sup>386</sup> Assim, por exemplo, estando em causa convenção restritiva de meios de prova, relevante será, para este efeito (quando supervenientemente deixe de se afigurar possível o recurso ao meio de prova remanescentemente mobilizável, segundo o pacto), não o momento em que o acordo é invocado em juízo, mas o momento em que deveria poder haver lugar à produção do único meio de prova admitido no pacto, produzindo este (se válido), *efectivamente*, então, os seus efeitos restritivos.

desincumbirem do regime de ónus da prova convencional, sendo que, quanto menor esta capacidade, maior o grau de dificuldade de exercício do direito realizando.

Capacidade a aferir em concreto e em função de diversos critérios. A referência será, na verdade, quem, na acção, figure como autor ou como réu, durante o período em que assume essa qualidade, que não o padrão de parte média.<sup>387</sup>

### *c.2. Natureza graduada*

Tendo identificado (aquando do início do tratamento da condição de validade de que ora se cura) como primeira característica do apuramento da validade da convenção de prova, o seu carácter concreto, mencionámos, em simultâneo, como segunda característica do juízo decisório em causa, a sua natureza *graduada*. Esta a dimensão em que ora importa atentar.

#### *c.2.a. Apuramento do critério*

A pronúncia quanto à validade da convenção faz-se, neste contexto, por referência a diferentes graus, no que diz respeito à facilidade de exercício jurisdicional do direito realizando.

Partindo (em sede de raciocínio de avaliação) de um grau de facilidade intermédio – correspondente ao que o regime de prova, constante das normas legais, subsidiariamente faculta –, permite-se a alteração (convencional) no sentido do *aumento* desse patamar (de facilidade), sem limite no que diz respeito ao grau, desde

---

<sup>387</sup> Um meio de prova de excessivamente difícil obtenção para um sujeito processual médio, pode não o ser para a concreta parte na acção, bem como o inverso. Sendo, por hipótese, o único meio de prova, convencionalmente admissível, a prova documental e tratando-se de documento de acesso especialmente difícil (atento, por exemplo, o facto de se localizar em Estado de acentuadamente diverso contexto linguístico ou cultural), o grau de dificuldade poderá variar, contudo, em função do sujeito processual concretamente em causa. Para parte que se encontre nesse Estado ou nele disponha de contacto próximo, a obtenção do meio de prova poderá não implicar qualquer acréscimo de dificuldade no que diz respeito ao exercício do direito à prova. Juízo de aferição concreta que deverá ser desenvolvido com base em múltiplos parâmetros, designadamente de índole patrimonial, atinentes a restrições de ordem física (determinadas pela idade, por deficiência ou patologia limitativa da capacidade de acção de que a parte padeça), de ordem psíquica, ou de natureza académica ou cultural, quando se revelem determinantes da acentuadamente reduzida agilidade da parte no exercício do direito realizando, no contexto do novo regime de prova convencional. Da circunstância de, do regime convencional, ter decorrido a impossibilidade de mobilização de determinado meio de prova pode, por exemplo, resultar excessiva dificuldade de prova, em virtude de o recurso ao meio ou meios de prova remanescentes implicarem custos económicos que não estão ao alcance daquelas particulares partes ou a que estas dificilmente conseguirão prover.

que em conformidade com os limites legais impostos pelas demais condições de validade das convenções de prova.<sup>388</sup>

A *diminuição* do grau de facilidade do exercício do direito só será admissível, porém, se não excedido determinado nível. Níveis que importa considerar, na medida em que se faz uso de conceito indeterminado<sup>389</sup> cuja densificação terá lugar, em concreto, por intermédio da actividade jurisdicional desenvolvida em exercício de discricionariedade decisória.<sup>390</sup>

As fronteiras amplas da área de decisão relativa à validade de convenção de prova, encontram-se, assim, balizadas pelos limites impostos pelas noções de aumento da *dificuldade* e de *impossibilidade*.

Decorrendo da presente condição de validade não poder resultar do regime convencional a criação de excessiva dificuldade de exercício do direito, às partes fica por maioria de razão vedado prever regime que *inviabilize* o exercício do direito à prova (limite da *impossibilidade*), beneficiando, contudo, da possibilidade de *aumentar* o grau de dificuldade, desde que não atingido aquele limite (do excesso de dificuldade).

O grau correspondente à *elevada dificuldade* de prova é, nesta medida, identificável com o limiar máximo de aumento convencional do grau de dificuldade, superado o qual se atinge o núcleo essencial, irredutível, do direito em causa. Trata-se, porque assim, do último reduto acessível à autonomia regulativa das partes, cuja ultrapassagem implica invasão (privada) de domínio que a comunidade preserva como intocável.

O raciocínio subjacente à conclusão a apurar far-se-á, num primeiro momento, mediante confronto entre o grau de esforço *natural* ou *não induzido* (aquele que se verificaria se não tivesse sido celebrada convenção – grau de normal dificuldade de prova) e o grau de dificuldade *criado* na sequência do pacto.

Importa, porém, caso se conclua ser o segundo superior ao primeiro e, assim, que, em virtude da celebração do pacto, se dificultou o exercício do direito, desenvolver passo acrescido, no sentido da graduação de tal dificuldade em nível igual ou superior ao de excessiva dificuldade (neste último se incluindo a hipótese de impossibilidade) ou em nível inferior a esse.

---

<sup>388</sup> Não conflitarão com esta condição de validade as convenções ampliadoras de meios de prova, quando a ampliação assumo carácter qualitativo e quantitativo, conservando-se intocada a possibilidade de recurso aos meios de prova legalmente previstos.

<sup>389</sup> “Excessivamente difícil”.

<sup>390</sup> A circunstância, porém, de caber, ao decisor, densificar, em concreto, o conceito indeterminado em que se traduz a *excessiva dificuldade* no exercício do direito e de o fazer em exercício de *discricionariedade* jurisdicional não transforma a decisão proferida em despacho proferido no uso legal de um poder discricionário para efeitos do previsto no art. 630.º, nº 1.º do Código de Processo Civil, por não se cumprirem os pressupostos subjacentes a esta norma. *Si parva licet, vide* considerações que a este propósito tecemos (no âmbito do regime anterior às alterações introduzidas pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho, em *Processo Cautelar Comum Princípio do contraditório e dispensa de audição prévia do requerido*, Coimbra Editora, 2009, pp. 187.

Os graus de *mera dificuldade* de prova e de *elevada dificuldade* de prova representarão graus de criação permitida; o grau de *excessiva dificuldade* de prova constituirá grau insusceptível de criação por via negocial.

A formulação de conclusão quanto ao grau de dificuldade adveniente da convenção de prova pressuporá, contudo, a convocação de critério que permita apurar a mensuração em causa.

O regime legal não fornece, porém, quaisquer critérios que possam constituir bordões de orientação do decisor na actividade de densificação dos conceitos.

Afigura-se-nos próprio aquele nos termos do qual se tenha por *impossibilitado* o exercício do direito quando, *em virtude do regime convencionado*, à parte não seja dado erguer, processualmente, com base na prova (no sentido amplíssimo em que o conceito é tomado para efeitos de convenção de prova)<sup>391</sup> e de modo estruturado, *qualquer versão justificativa* da posição que sustenta quanto à factualidade controvertida.

Atingir-se-á o grau de *excessiva dificuldade* quando, dispondo, embora, a parte, da possibilidade de pronúncia justificativa, a versão justificativa probatória que logre construir, não beneficie, em virtude dos condicionamentos limitadores impostos pelo regime convencionado, do *grau mínimo de nitidez* que lhe permita poder ser utilmente mobilizada em sede de decisão da matéria de facto controvertida.

Em ambas as hipóteses se inviabiliza a tutela jurisdicional efectiva. Em ambas as hipóteses as partes tocam, mediante acto dispositivo negocial, domínio adjectivo indisponível.

### *c.2.b. Iniciativa do conhecimento do excessivo grau de dificuldade*

A natureza concreta e graduada do juízo desenvolvido com base na presente causa de invalidade convida a reflectir sobre um outro problema : a cognoscibilidade ou não, a título oficioso, da existência de excessivo grau de dificuldade, quando este não é invocado pela parte a quem tal dificuldade respeita.

Como acima observámos, uma mesma circunstância pode representar, para uma parte, causa de acentuada dificuldade, não constituindo, porém, fonte de qualquer dificuldade para outra.

Admitindo, porém, que o regime de prova convencionado cria condições de excessiva dificuldade para uma das partes, deverá o tribunal conhecer oficiosamente desta circunstância, ainda que a parte a não invoque por aceitar subordinar-se a esse

---

<sup>391</sup> *Vide supra*, na Parte I, os âmbitos da noção.

grau de exigência?<sup>392</sup> Impor-se-á, nesta hipótese, atento o regime próprio da nulidade<sup>393</sup> e o relevo público dos valores que lhe presidem, a declaração de invalidade do pacto?

Afigura-se-nos útil, num primeiro passo, a distinção entre a questão da nulidade, o regime jurídico que lhe corresponde e os factos que determinam a produção de tal invalidade.

O que, em ordem diversa, corresponde ao discernimento entre *factos*, *questões jurídicas* e *critérios jurídicos aplicáveis*.

Diferentemente do que sucede com os últimos<sup>394</sup>, os primeiros<sup>395</sup> e as segundas<sup>396</sup> não são, por norma, do conhecimento officioso do decisor.

Sendo a matéria de direito cognoscível ao abrigo do princípio do inquisitório, o tribunal não depende das partes no que diz respeito à determinação dos critérios jurídicos aplicáveis em sede de decisão. A *questão* a decidir, porém, pode ser suscetível pelo tribunal e pelas partes ou apenas por estas. Dependerá (no que diz respeito à invalidade) da iniciativa das partes, na hipótese de o vício ser apenas gerador de anulabilidade. Neste caso, deverão aquelas suscitar a *questão* da anulabilidade e, nos termos gerais, invocar a *factualidade* dela consubstanciadora. Apurada a constelação *factual*, a qualificação, como válido ou inválido, do negócio jurídico celebrado, representará *questão* de natureza jurídica, a resolver segundo *critérios* juridicamente determinados.

Na hipótese de nulidade, as partes estão desoneradas de suscitar a *questão*, mantendo-se, contudo, também nesta hipótese, a regra no que diz respeito à limitação do tribunal relativamente ao conhecimento dos factos, sendo excepcionais as hipóteses em que deles pode este conhecer officiosamente. Nestes termos, embora deva officiosamente suscitar a *questão* da nulidade, o decisor só poderá conhecer dela com base em *factos* a que tenha acesso em termos processualmente válidos, sendo esses (factos) os constantes do processo ou nele manifestados – por norma os coincidentes com os invocados pelas partes.

Com a previsão normativa constante do art. 345.º do Código Civil visa-se assegurar a garantia da efectividade do exercício processual do direito *realizando*.

---

<sup>392</sup> Assim, por exemplo, se, estando em causa sujeito de escassos recursos, a obtenção do único meio de prova convencionalmente admitido implicar a contracção de empréstimo bancário e a realização de onerosas deslocações que a parte não se furta a realizar.

<sup>393</sup> Cfr. art. 286.º do Código Civil, nos termos do qual a nulidade “ser declarada officiosamente pelo tribunal”.

<sup>394</sup> Cfr. art. 5.º, n.º 3 do Código de Processo Civil: “O juiz não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito;...”.

<sup>395</sup> Cfr. art. 5.º, n.º 3 do Código de Processo Civil: “O juiz ... só pode servir-se dos factos articulados pelas partes, sem prejuízo do disposto no artigo 264.º”.

<sup>396</sup> Cfr. art. 608.º, n.º 2 do Código de Processo Civil: “O juiz deve resolver todas as questões que as partes tenham submetido à sua apreciação, exceptuadas aquelas cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras. *Não pode ocupar-se senão das questões suscitadas pelas partes, salvo se a lei lhe permitir ou impuser o conhecimento officioso de outras.*” (itálico nosso). Em matéria de excepção, porém, a regra é a do conhecimento officioso da questão jurídica (arts.578.º e 579.º do Código de Processo Civil).

Pretende-se, não impedir, em abstracto, que as partes assumam esforços desmesurados, mas assegurar que essa desmesura se não venha a projectar em prejuízo do grau mínimo de utilidade do exercício dos direitos que lhe assistem. A decisão de assumir o grau de esforço que aceitou por via negocial tem carácter insindicável *quando* traduza forma de autodeterminação individual *contida* no âmbito dos limites legalmente impostos.

Realizando a parte opção no sentido de cumprir o convencionado, o grau de dificuldade que tanto implica deixa de assumir relevo processual se não se vier a repercutir na aptidão do regime processual para ser instrumento efectivo de realização do direito.<sup>397</sup>

Importa, assim, distinguir a excessiva dificuldade na reunião das condições *para* o exercício processual do direito, da excessiva dificuldade *no* exercício processual do direito. Considera-se, num primeiro passo, o carácter excessivo ou não do grau de dificuldade convencionalmente criado, para a parte, no que diz respeito à reunião das condições *para* exercício do direito. Avaliam-se, em segundo passo, os reflexos do referido grau de dificuldade ao nível do grau de dificuldade *no* exercício do direito. A autónoma e intocável valoração da parte releva no que concerne ao primeiro, não quanto ao segundo. A tutela da primeira dimensão constitui, pois, uma prerrogativa para as partes, que não uma imposição.

### ***Subsecção III - Apreciação comparativa***

Cotejando as duas condições de validade vindas de considerar, destacam-se três essenciais traços distintivos.

Verifica-se, por um lado, que se, com a primeira, se almeja garantir a *neutralidade instrumental* do processo, mediante salvaguarda da natureza *indisponível* do direito realizando em causa, com a presente condição de validade pretende-se, em suma, assegurar a *efectividade instrumental* do processo, na sua dimensão de estrutura viabilizadora da possibilidade de justificação das versões de facto alegadas, mediante preservação do núcleo essencial do direito o a usar dos meios mobilizáveis para esse fim. Mediante salvaguarda da reserva *indisponível* do direito à prova (coincidente aquela – reserva – com o núcleo da sua utilidade efectiva do exercício deste – direito), assegura-se a real possibilidade de exercício do direito em juízo – a *efectiva disponibilidade*, para a parte, do exercício do direito de acção (na sua dimensão probatória) e, conseqüentemente, do exercício do direito que, através daquele, se pretende ver realizado.

Por outro lado, se, mediante ambas se pretende assegurar a imparcialidade objectiva da base decisória, tal garantia é preservada por intermédio da primeira condição, por via da absoluta exclusão da validade negocial, procura-se, pela segunda, mediante recurso a juízo de graduação, evitar que seja atingido patamar inferior ao

---

<sup>397</sup> Assim sucede, no exemplo considerado, se a parte lograr suprir o nível de dificuldade em causa, não obstante excessivo, obtendo o único meio de prova convencionalmente admissível.

grau mínimo daquela imparcialidade. Se, pela primeira, o direito à prova é tornado totalmente indisponível por via negocial (sendo a convenção de prova nula em qualquer circunstância), pela segunda é aberta uma via à possibilidade de auto-regulação das partes, admitindo-se a válida celebração de convenção de prova, quando o fruto do regime nesta previsto se situe aquém do limite da impossibilidade ou excessiva dificuldade no exercício do direito ou seja, dentro do quadro da efectividade da pronúncia justificativa.

Acresce que se, no âmbito da primeira condição, a nulidade é ditada por razões de imperatividade *conexa* (associadas ao direito realizando), deve-se, no que diz respeito à segunda condição de validade, a razões relacionadas com a imperatividade *própria* da normatividade adjectiva. Revela, pois, que, a segunda condição de validade, que o regime da prova não é livremente disponível também por razões que contendem com a *particular natureza* deste. É o próprio objecto de convenção (regime jurídico da prova) que comporta autónoma dimensão de indisponibilidade. Indisponibilidade cujo relevo assim se mantém (determinando, se afectada, a invalidade do acordo) mesmo se o direito realizando exercido em juízo for disponível e o regime convencional não contender com o conteúdo de normas legais determinadas por razões de ordem pública.<sup>398</sup> Com o que transparece que a natureza disponível do direito realizando, jurisdicionalmente exercido, não se comunica às regras da prova, não representando razão bastante para que se possa concluir que, nessa hipótese, tais regras se afigurem modificáveis pelas partes.<sup>399</sup> A natureza indisponível do direito à prova assenta em razões em que se incluem motivos que não apenas os que determinam o carácter indisponível do direito de cuja realização processual o regime jurídico da prova é instrumento. Com o que denotado fica que a indisponibilidade do direito a dispor de meios de consolidação processual da factualidade controvertida, não se deve, exclusivamente, a circunstâncias extrínsecas à natureza desse direito. Contende também com dimensão de indisponibilidade que lhe é ínsita.

### Secção III - Ordem Pública

A condição específica de validade enunciada em terceiro lugar encontra-se contemplada na segunda parte do n.º 2 do art. 345.º do Código Civil, nos termos do qual constitui causa de nulidade da convenção de prova a ofensa de normas legais relativas à prova que tenham “por fundamento razões de ordem pública”.

---

<sup>398</sup> Além do processo-procedimento, dos sujeitos e outros intervenientes processuais, da relação processual e das normas jurídicas (legais ou convencionais) que regem todas estas dimensões, releva o fenómeno processual – o processo enquanto realidade que está (instância), que existe, enquanto relógio em contagem decrescente, cujo funcionamento resulta da articulação de todas aquelas rodas dentadas (objecto passível, estas, que são, de modificação) e cuja extinção coincide com o termo daquela contagem (coincidente com a definitiva resolução do litígio).

<sup>399</sup> Em divergência com a linha de raciocínio assumida por quem, como adiante se explicitará, sustenta a admissibilidade de celebração de convenções de prova por associação ao princípio do dispositivo.

### **Subsecção I – Sentido da noção**

Importará, num primeiro momento, apurar em que se traduz o limite à autonomia privada que a causa de invalidade que ora se considera consubstancia.

#### **I.1. Considerações gerais**

A alusão ao conceito de ordem pública é comum a diversos tipos de ramos de Direito, independentemente de a natureza destes assumir pendor predominantemente substantivo<sup>400</sup> ou processual.<sup>401</sup>

Em nenhum dos contextos o significado da expressão se afigura unívoco,<sup>402</sup> representando, na expressão de PLANTEY, conceito *deslizante*.<sup>403</sup>

---

<sup>400</sup> A sua violação constitui, nessa sede, designadamente: fundamento de rejeição da aplicação de lei estrangeira (art. 22.º do Código Civil) mesmo quando devesse ser essa a aplicável por força do regime decorrente das normas de conflitos; fundamento de invalidade da limitação voluntária de direitos de personalidade (art. 81.º, n.º 1 do Código Civil); fundamento da extinção judicial de associações (art. 182.º, n.º 2, d) do Código Civil) e de fundações (art. 192.º, n.º 2, d) do Código Civil); fundamento de nulidade de negócios jurídicos, por referência a condições que lhe sejam apostas (art. 271.º, n.º 1 do Código Civil), ao seu objecto (art. 280.º, n.º 2 do Código Civil) ou ao seu fim (art. 281.º do Código Civil); condição de o gestor se dever conformar com o interesse e a vontade do dono do negócio (art. 465.º, al. a) do Código Civil); limite à exclusão ou limitação convencional da responsabilidade pelos actos praticados pelos representantes legais ou auxiliares (art. 800.º, n.º 2 do Código Civil); causa de invalidade das condições ou encargos impostos em doações (art. 967.º do Código Civil); critério de aferição da admissibilidade de registo de casamento (art. 1651.º, n.º 2 do Código Civil) e de transcrição dos casamentos sujeitos a registo (art. 1668.º, n.º 2 do Código Civil); fundamento de nulidade de disposição testamentária (art. 2186.º do Código Civil), bem como de irrelevância de condição (art. 2230.º, n.º 2 do Código Civil) e encargos constantes de testamento (art. 2245.º do Código Civil). Sobre o relevo de limitações decorrentes de imperativos de ordem pública, no âmbito de negócio jurídico tipificado, no plano de negócio jurídico atípico, “vizinho” do nominado, *vide* GHESTIN e JAMIN, “Le juste et l’utile dans les effets du contrat”, *Contratos: actualidade e evolução*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1997, pp. 136 e ss.

<sup>401</sup> Assim, por exemplo, na al. f) do art. 980.º (enquanto condição de reconhecimento de sentença estrangeira), na al. b) do art. 180.º (enquanto fundamento de não cumprimento de carta rogatória) do Código de Processo Civil e e, como observado, enquanto fundamento de invalidade de convenções de prova (art. 345.º, n.º 2 do Código Civil). De observar que a confluência que, na realidade dinâmica que o processo é, se verifica entre direito material e direito processual, encontra reflexo também no que diz respeito à distinção de categorias internas no âmbito da noção de ordem pública. No contexto de uma mesma acção, podem, sob esta perspectiva, assumir relevo razões de ordem pública processual (relativamente aos aspectivos adjectivos da acção) e de ordem pública material (no contexto da decisão a proferir sobre o mérito da causa). Ambas (ordem pública material e ordem pública processual) sobrelevam, assim, no universo do processo. Esta distinção entre os dois sentidos (um mais abrangente e outro mais restrito) de ordem pública processual não encontra fácil expressão em categorização tipológica. É ela, porém, que se reflecte na diferenciação, no domínio do direito francês, entre *ordre public procesuel* e *ordre public procedural*, sendo que, dotada de uma esfera significativa mais abrangente, a primeira envolve quer a *ordre public substantiel* quer a *ordre public procédural*. Sobre esta distinção, MANGA, Eugène, *L’ordre public en droit judiciaire privé*, Centre de Recherche Juridique de l’Ouest, Rennes, 1998, p. 14. Sobre o relevo da noção de ordem pública, enquanto critério de delimitação do âmbito da arbitrabilidade, Mariana França GOUVEIA (coord.), *Análise de Jurisprudência sobre Arbitragem*, Almedina, 2011, pp. 62 e ss.

Pode, a este propósito, distinguir-se entre um sentido *restrito* e um sentido *amplo* da noção de ordem pública.

Distinção a estabelecer em dois planos – no plano da *autonomia formal* da categoria e no plano da *densidade axiológica* nela envolvida.

### *1.1.a. Plano formal*

No que diz respeito ao primeiro plano (da *autonomia formal*), a ordem pública constituirá, em sentido *restrito*, propugnado por MAYER, *um dos* fundamentos possíveis de imperatividade da normatividade jurídica, o mesmo é dizer, *um dos* fundamentos da natureza indisponível de *determinada* matéria dotada de relevo para o Direito.<sup>404</sup>

---

<sup>402</sup> Como Jean VINCENT nota, há “poucas expressões que surjam tão frequentemente nos textos legislativos e nas decisões judiciais como a de ordem pública. E contudo, apesar de estudos notáveis, a noção conserva o seu mistério; aquele que o aborda experimenta rapidamente uma impressão de desencorajamento. Ela não se deixa, na verdade, sequer circunscrever e vacila-se em segui-la na sua diversidade, na aparente fantasia das suas evoluções”, “La procédure civile et l’ordre public”, *Mélanges Paul Roubier*, Tome II, Dalloz-Sirey, Paris, 1961, p. 303. No quadro da distinção que ENGLISH estabelece entre conceitos normativos e conceitos descritivos, entre conceitos determinados e indeterminados e entre conceitos discricionários e vinculados, a noção de ordem pública representa conceito normativo (porque, além de se integrar em norma jurídica, a aplicação deste conceito pressupõe uma valoração), indeterminado (porque conceito “cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos”) e vinculado (dada a ausência de valor decisivo do “ponto de vista pessoal daquele que faz a apreciação”, pelo que esta é “susceptível de revisão”), *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 3.ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1964, pp. 171 a 181. Sobre a multiplicidade de definições e da aplicação da noção de ordem pública, *vd.* também MALAURIE, *L’ordre public et le contrat (Etude de Droit civil comparé France, Angleterre, U.R.S.S.)*, Tome premier, Éditions Matot – Braine, Reims, 1953, pp. 4 a 9. No sentido de que, atenta a função instrumental do processo, a ordem pública *processual*, reflecte a ordem pública de *fundo*, HERON alude, neste contexto, à metáfora « d’un miroir » que desdobra « l’image de l’ordre public », “L’ordre public dans le procès”, *Association Henri Capitant*, 1998, p. 945.

<sup>403</sup> PLANTEY refere a ordem pública como conceito cujo conteúdo se caracteriza por certo *glissement*, que conduz a que absorva diferentes sentidos, consoante o contexto em que se enquadre. Nota, em perspectiva evolutiva, representar expressão que, se serviu de instrumento à implementação da homogeneidade autoritária napoleónica, adquiriu, no período liberal, contornos mais neutros, enquanto associada às “regras da cidade”, assumindo, hoje, uma dimensão “prospectiva” enquanto via de “preservar o meio e as oportunidades das gerações futuras”, abarcando, entre outros, os domínios da “ecologia, biologia e genética”, “Définition et principes de l’ordre public”, *L’ordre public*, PUF, Paris, 1996, pp. 27, 37 e 39. Concentrando, de modo feliz, as características e importância da noção de ordem pública, MALAURIE refere tratar-se de uma questão *essencial*, de relevo *constante* e de conteúdo *mutável*, “Rapport de Synthèse”, *L’Ordre Public à la fin du XX Siècle*, Dalloz, 1996, pp. 105 e ss. Sobre o sentido, implicações e limites da variabilidade do conceito, *vide* PICARD, “Introduction générale: la fonction de l’ordre public dans l’ordre juridique”, “*L’ordre public: Ordre public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux*”, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 24 e ss. Baptista Machado inclui a noção de ordem pública entre os conceitos “indeterminados”, entendendo por estes conceitos “carecidos de preenchimento valorativo”, cuja indeterminação se justifica como qualidade que permite “a adaptação da norma à complexidade da matéria a regular, às particularidades do caso ou à mudança das situações, ou para facultar uma espécie de osmose entre as máximas ético-sociais e o Direito, ou para permitir levar em conta os usos do tráfico, ou, enfim, para permitir uma “individualização” da solução...”, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1994, pp. 113 e 114.

<sup>404</sup> Divergindo da assimilação doutrinal entre as noções de imperatividade e de ordem pública, mediante recondução da segunda a todas as hipóteses integráveis na primeira, MAYER denuncia o que considera ser uma adulteração (por excessivo alargamento) do significado de ordem pública. Contrapõe, para tanto, o sentido interpretativo que considera adequado (“Segundo os seus termos [o autor refere-se ao art. 6.º do Código Civil francês], ‘não se podem derogar por convenções particulares leis que respeitem

Neste sentido, encontra-se ladeada pela contrariedade à lei e pela ofensa aos bons costumes,<sup>405</sup> enquanto fundamentos de invalidade negocial.<sup>406</sup>

---

à ordem pública e aos bons costumes'. No espírito dos redactores, 'a ordem pública' deve ser tomada em sentido estrito, e *fundamenta* a proibição de derogar a norma: porque a observação da norma é necessária à salvaguarda dos interesses da sociedade, os particulares não a podem derogar nos seus contratos") com o sentido (que considera impreciso) sustentado por alguma doutrina (de que destaca GHESTIN) e pelo próprio legislador: "Hoje entende-se exactamente o inverso: sempre que o legislador proíbe aos contraentes a derrogação de uma norma, ela é, *ipso facto*, de ordem pública. O que não era senão o principal efeito da ordem pública tomou o lugar da própria noção desta: a inderrogabilidade, ou imperatividade, constitui a ordem pública, já não é a sua consequência", "La sentence contraire à l'ordre public au fond", *Revue de l'Arbitrage*, Année 1994, N.º 4, Octobre-Décembre, pp. 618-619. LE BALLE demarca a noção de ordem pública, enquanto tal, de qualquer nota de imperatividade, associando-a às noções de "bem geral" e de "interesse social". Distingue, adentro daquela, a "Ordre Public impératif", *Des conventions sur le procédé de preuve en Droit Civil*, Meulan, Imprimerie Auguste Réty, 1923, p. 12.

<sup>405</sup> Se a fronteira entre os domínios da ordem pública e dos bons costumes nem sempre é de meridiana delimitação, alguns autores superam-na, em interpretação integrativa da primeira. Assim, por exemplo, POLIN, quando, adentro da noção de ordem pública, distingue várias componentes, entre as quais a ordem dos costumes, "L'ordre public", *L'ordre public*, PUF, Paris, 1996, pp. 7, 9 e ss. Situando-se em perspectiva alheia a tal visão integrativa, FENOUILLET explica como os critérios *distintivos* se têm modificado, em consonância com o contexto cultural e político vivido em cada período histórico. Nota, a esse propósito, que se os bons costumes começaram por estar associados "à moral e ao comando religioso", associando-se a ordem pública "às regras emanadas do poder, real e depois estadual", nos tempos subsequentes ao Code Civil a distinção passou a estabelecer-se tomando por base a contraposição entre direito público (ligado à ordem pública) e direito privado (associado aos bons costumes). Observa, não obstante, que a "autonomia do direito privado conduziu naturalmente os privatistas (...) a "privatizar" a noção de ordem pública, enquadrando-a no âmbito das normas de direito privado, sendo que tanto determinou que a doutrina esbatesse o seu relevo ou eliminasse os seus limites conceituais. Divergindo de MALAURIE, FENOUILLET concebe a ordem pública e os bons costumes como noções não "intercambiáveis" (*interchangeables*), sem deixar de reconhecer o efeito erosivo produzido, quanto à segunda categoria, pela afirmação da liberdade, verificada no quadro de uma "grande dinâmica de oposição aos "bons costumes", terminando a "liberdade da vida privada" por remeter "em princípio os costumes ao não direito". O autor explicita que "porque a liberdade da vida privada remete a determinação dos costumes a outras normas que não a jurídica" [o autor refere-se, designadamente, à moral e à religião], os "bons costumes morreram". Tanto não equivale, porém, à defesa de posição no sentido da ausência de quaisquer limites aos costumes privados, como resulta da circunstância de sublinhar ter passado a caber à ordem pública a função de lhes assinalar fronteiras, por seu intermédio se salvaguardando valores como o da dignidade da pessoa humana. A ordem pública assim "vivificada pela dignidade" e, por essa razão, qualificada como "filantrópica", representa, nesta visão, a garantia de uma não diminuição da "protecção da Cidade" bem como "do ser humano", "Les bonnes moeurs sont mortes! Vive l'ordre public philanthropique!", *Études Offertes à Pierre Catala, Le droit privé français à la fin du XXe Siècle*, Litec, 2001, pp. 490 e ss.. Na perspectiva de MALAURIE a ordem pública distingue-se, sob o ponto de vista teórico, dos bons costumes, na medida em que estes são uma realidade experimental, quando a primeira é um "princípio abstracto". Nota, porém, ser bem mais incerta a "demarcação prática". Concebe, por outro lado, os primeiros como uma parte da ordem pública. Quanto a este, nota que não é "nunca uma noção solitária", na medida em que carece de encontrar fundamento externo, tanto na lei, como em "valores absolutos, directamente criadores de direito", *L'ordre public et le contrat (Etude de Droit civil comparé France, Angleterre, U.R.S.S.)*, Tome premier, Éditions Matot – Braine, Reims, 1953, p. 30. Confrontando por outro lado, a ordem pública com o direito natural, concebe este como um "conjunto de regras ideais, dotadas de autoridade própria e não variáveis, nem no tempo, nem no espaço, são universais e absolutas" e a primeira como "uma noção de direito positivo, essencialmente relativa a um país, numa época determinada" e por isso "sempre actual, circunstanciada e concreta", *ob.cit.*, p.34. Quando coteja a ordem pública com o bem comum, identifica aquela como "a configuração do bem comum", tendo a ordem pública uma "muito menor extensão". Não obstante, reconhece a natureza concretizadora da noção de ordem pública ante

Se também estas duas últimas figuras definem espaços de imperatividade (e assim, de indisponibilidade), sendo causas da imposição pública de áreas de imodificabilidade normativa (por isso denotadas como universos cujo relevo, superando o meramente privado, são regidos por critérios tuteladores do interesse público no seu controlo), a ordem pública afirma-se, nesta perspectiva, como fundamento autónomo de imperatividade – à margem das categorias também determinadas por razões dotadas de relevo público, mas beneficiárias de sede e designação próprias.

A noção de ordem pública será, nesta medida, mobilizada em sentido *restrito* e, assim, a título independente, sempre que razões determinantes da imperatividade de dada matéria não tenham já, a outro título, conduzido à sua qualificação *legal* como indisponível ou não sejam susceptíveis de enquadramento no domínio da figura dos *bons costumes*. Releva, em suma, a título subsidiário.

A ordem pública em sentido amplo envolve, neste plano (formal), a noção de ordem pública em sentido estrito e as demais fontes jurídicas de imperatividade (contrariedade à lei e *bons costumes*).

Porque assim, a expressão abrange, quando tomada neste segundo sentido, todos os fundamentos de imperatividade: tanto o fragmento relevante a título subsidiário (em que a ordem *pública* emerge a título autónomo), como as figuras (contrariedade à lei e *bons costumes*) que, inspiradas, embora, por razões de natureza pública, não vêem tal motivação (relevo público) reflectida na *designação* classificativa.<sup>407</sup>

---

o conceito mais amplo de bem comum, antevê o perigo que poderia advir da adopção, como método para indagação da noção de ordem pública, da investigação sobre o conteúdo densificador do bem comum, na medida em que “a teoria do bem comum justifica todas as regras gerais”, quando “nem toda a lei visa a realização da ordem pública”. Esta, conclui MALAURIE, protege “directamente os fundamentos essenciais da sociedade, o que constitui o fundo do seu ser e de que não poderia ser privada sem se aniquilar”. Esta a noção de ordem pública “em sentido restrito”, de que o “jurista faz um uso consciente” e que, por implicar “uma restrição” o autor integra na “missão negativa do Estado” na medida em que “em seu nome, o legislador proíbe os actos jurídicos que julga nefastos, a administração proíbe uma manifestação perturbadora da paz pública, o juiz se despoja da sua função primeira, que é fazer cumprir os contratos”. Diferentemente, discerne, quanto ao bem público, uma “missão” também “positiva”, que conduz, por exemplo, a “condenar as actividades económicas dos indivíduos, a proteger os fracos, a ajudar e assistir ...”. Sintetiza, em congruência, ser o bem público “o conjunto completo de todas as regras, que têm por objecto o bem da colectividade, enquanto a ordem pública é o pequeno feixe dos quadros fundamentais sobre os quais repousa a sociedade...”, *ob.cit.*, pp. 37, 38, 40 e 41.

<sup>406</sup> Tripartição clara nas normas constantes dos arts. 271.º, 280.º, 281.º, 465.º, a), 967.º, 2186.º, 2230.º, n.º 2 e 2245.º do Código Civil.

<sup>407</sup> Se estabelecido paralelo comparativo entre a primeira e as demais fontes de imperatividade, tomando por referência o tipo de actividade desenvolvida quando tais categorias são mobilizadas em juízo, observa-se o relevo de a noção de ordem pública divergir da segunda categoria (contrariedade à lei) e aproximar-se da terceira (ofensa aos *bons costumes*) no que diz respeito ao grau de densidade do critério. Se a conclusão de que determinado teor negocial é inválido, por contrário à lei, se apura pelo cotejo entre o regime convencionado e o regime normativo, a invalidade com base em violação da ordem pública, em sentido estrito, implica labor acrescido de superação da indeterminação desse conceito, de conteúdo mais rarefeito. Indeterminação conceitual de que constitui corolário a atribuição

### *1.1.b. Plano da densidade axiológica*

Considerando o plano da *densidade axiológica*, à distinção entre as noções de ordem pública em sentido amplo e em sentido restrito, associa-se a hierarquia no que respeita aos valores justificadores da imperatividade jurídica que lhes está agregada.

A ordem pública, em sentido restrito, corresponde, nessa ordenação, a critério garantidor dos valores *essenciais* tutelados pela ordem jurídica em questão, destinando-se a assegurar a preservação do *core* da axiologia comunitária,<sup>408</sup> em ordem a preservar a intocabilidade do campo mais fulcral do sentido valorativo e identitário do agregado colectivo.

Este o significado em causa quando se associa, sob o ponto de vista literal, a noção de ordem pública ao conceito de princípios *fundamentais*.<sup>409</sup>

A convocação da noção de ordem pública, em sentido estrito, no plano (de índole axiológica) que ora se considera, tem, nestes termos, lugar, mediante contextualização da noção em visão (como a propugnada por WAGNER, no âmbito da ordem pública processual - “*verfahrensrechtliche ordre public*”)<sup>410</sup>, cuja base assenta

---

de maior discricionariedade decisória ao juiz. Distancia-se do terceiro critério de aferição de validade de actos jurídicos (ofensa aos bons costumes) pela maior conotação ética dos valores que a este são associados. No sentido de que a invalidade negocial, decorrente da violação dos bons costumes, não pressupõe a consciência da imoralidade, nem a intenção de lesar, *vide* o acórdão proferido pelo *Bundesgerichtshof* (BGH) em 22 de Setembro de 2006 (V ZR 239/05), em assunção de posição consonante com jurisprudência constante do mesmo tribunal. No âmbito desse acórdão, explicita-se o relevo que a acentuada disparidade entre prestações, num contrato sinalagmático, pode assumir, em sede de aferição da validade de um negócio jurídico, quando, para este efeito, se tome, por critério avaliativo, o padrão dos bons costumes.

<sup>408</sup> Designadamente do núcleo essencial de valores beneficiário de tutela constitucional. Sublinhando a dimensão constitucional do direito processual e a manifestação que tanto representa da relevante componente axiológica deste ramo normativo, SCHWAB e GOTTWALD notam: “Criar lei constitucional é fazer um esforço para transferir valores profundamente enraizados na humanidade para a lei escrita e, por esta via, gravar ideias absolutas. A lei processual participa neste esforço. Contrariamente à visão por vezes difundida não é uma lei meramente técnica, vazia de quaisquer princípios éticos, antes às suas matérias fundamentais foi reconhecido valor para serem integrados nas constituições dos estados do mundo”, “*Verfassung und Zivilprozess, Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmäßige Ordnung*”, Gieseking-Verlag, Bielefeld, 1985, p. 89. Sobre o sentido da expressão e enquadramento histórico da expressão “*giusnaturalismo processuale*”, *vide* COMOGLIO, “Aspetti problematici del « potere giudiziario » e della giurisprudenza « teorica » e « pratica » nell’Italia d’Oggi”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Settembre, 1991, Anno XLV, Nº 3, p. 678.

<sup>409</sup> Assim, por exemplo, nos arts. 22.º, n.º 1 e 1651.º, n.º 2 do Código Civil, bem como no art. 980.º, f) do Código de Processo Civil (neste último, o substantivo não é qualificado, fazendo-se alusão a princípios, mas não ao seu carácter fundamental).

<sup>410</sup> No sentido da não coincidência entre as noções de imperatividade das normas adjectivas e de ordem pública processual, WAGNER sublinha que este último conceito não se revela apto para proceder à determinação do conjunto de normas imodificáveis por acordo das partes (e, nessa medida, obrigatoriamente observadas no âmbito dos tribunais não arbitrais estaduais internos), não constituindo critério válido para delimitação do perímetro do direito processual dispositivo (no sentido de supletivo). Identifica a ordem pública processual como a manifestação de um nicho normativo

na distinção entre diversos estratos de imperatividade, ordenados em conformidade com graduação dos valores garantidos por cada um daqueles (estratos).<sup>411</sup>

---

adjectivo particularmente valorado, cujo respeito, atenta tal especialmente intensa consideração, se impõe, não apenas no domínio dos tribunais judiciais como no exterior das suas fronteiras, designadamente no âmbito de exercício da jurisdição por tribunais arbitrais, por isso constituindo (nos termos do §1059, Abs. 2, 2, b) da Zivilprozessordnung), a sua observância, requisito de reconhecimento e execução dos laudos por estes emitidos e a sua inobservância fundamento de anulação dos mesmos. Destaca, como dimensões integrantes da ordem pública processual, os princípios do contraditório, da independência e da imparcialidade do tribunal. Idêntica salvaguarda estabelece relativamente à ordem pública internacional alemã, associando-lhe a estrita função de assegurar as garantias cujo cumprimento o legislador desse sistema processual toma por incontornáveis ante o legislador e decisor estrangeiros; garantias cuja inobservância pode determinar, nos termos do previsto no §328, 1), 4 da Zivilprozessordnung, o não reconhecimento de uma sentença estrangeira. O núcleo “de referência” em que a ordem pública se traduz situa-se, portanto, aquém (embora nele integrado) do mais amplo campo da normatividade insusceptível de derrogação no âmbito processual. Não se identificando com o domínio da imperatividade normativa da Zivilprozessordnung, não constitui meio de a impor nos contextos externos (arbitral ou internacional) em que se aplique, *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 65 a 67.

<sup>411</sup> Essa a visão propugnada, designadamente, por Oliveira ASCENSÃO, Carlos MOTA PINTO, Carneiro da FRADA, Mariana França GOUVEIA, Assunção CRISTAS e Jorge Morais CARVALHO, a que António P. PINTO MONTEIRO adere, “Da ordem pública no processo arbitral”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. II, Coimbra Editora, p. 599. Adentro do perímetro da ordem pública em sentido estrito, é possível discernir diferentes graus de tolerância, da ordem jurídica, ante facto jurídico colidente com os valores que aquela encerra, tendendo, essa condescendência, a ser mais intensa, quando o facto se traduza em normatividade de Estado estrangeiro. Tanto, convoca a diferenciação entre as noções de ordem pública interna e ordem pública internacional. Sobre esta última noção, *vd.* Rui Moura RAMOS, “L’ordre public international en droit portugais”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Vol. 74, 1998, pp. 45-62. Quanto à relação entre ambas, expressivamente, Mariana França GOUVEIA e Assunção CRISTAS referem, na esteira de GAILLARD, SAVAGE e Lima PINHEIRO, que “a ordem pública internacional está no coração da ordem pública interna”, “A violação da ordem pública como fundamento de anulação de sentenças arbitrais”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 29, 2010, pp. 52 e 53. Sobre o relevo da ordem pública internacional (no que concerne ao conhecimento da reserva mental) no âmbito das condições de reconhecimento de decisões eclesíásticas em matéria matrimonial, *vide* Paula Costa e SILVA e João de Oliveira GERALDES, “A concordata de 2004 e o novo artigo 1626.º do Código Civil”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. III, Coimbra Editora, 2010, p. 814. Foi a noção de ordem pública, considerada sob o plano da densidade axiológica, em sede processual, a mobilizada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, quando se pronunciou quanto ao sentido da noção de ordem pública no âmbito do art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem no contexto do caso *Dieter Krombach v. André Bamberški* (C-7/98, cuja decisão foi proferida em 28 de Março de 2000, encontrando-se disponível em <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=45196&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=677672>). O caso resume-se, nos seus traços essenciais, ao seguinte: Krombach, médico cardiologista, administrou uma injeção, que se veio a revelar letal, numa cidadã francesa, de catorze anos. Tendo, o processo penal (iniciado na Alemanha) contra Kombrach, culminado com decisão de arquivamento, o pai da vítima deu início a autónomo processo penal em França; instância em que, apesar de para tanto notificado, o arguido não compareceu pessoalmente. O arguido foi declarado contumaz e julgado nessa qualidade, sendo-lhe recusado o direito a fazer-se representar por advogado. em conformidade com o previsto no art. 630.º do Code de Procédure Penal. Tendo sido proferida decisão condenatória, o arguido invocou (na sequência do requerimento, pelo queixoso, da execução da decisão na Alemanha) como fundamento de oposição à execução, a violação da ordem pública por privação do direito de defesa por intermédio de advogado; argumento que o Tribunal de Justiça veio a considerar procedente, em resposta a questão prejudicial suscitada pelo *Bundesgerichtshof*. O Tribunal adoptou, em sede de fundamentação, noção de ordem pública assente no critério do especial relevo dos valores ofendidos, sustentando existir desrespeito da ordem pública

Em sentido amplo, entender-se-á (como o parece fazer VINCENT<sup>412</sup>), neste contexto, por ordem pública, o conjunto de razões determinantes da atribuição, pela comunidade, de natureza inderrogável a um determinado regime jurídico, tendo-se, naquelas, por envolvidos todos os fundamentos de imodificabilidade normativa, independentemente do particular nível ou grau de tutela dos valores por seu intermédio comunitariamente prosseguidos.<sup>413</sup>

Quando tomado com esta amplitude, o conceito envolve as diversas hipóteses em que a intervenção legislativa comunitária (pública) retira relevo à autonomia privada, excluindo a possibilidade de (no âmbito da proibição), por via convencional se criar regime jurídico prevalecente sobre o legalmente previsto ou regime jurídico em domínio não regulado. Irrelevante será, sob esta perspectiva, que a proibição de intervenção auto-reguladora tenha ou não sido guiada por critérios suportados em particular escala valorativa.<sup>414</sup>

---

em caso de “violação manifesta de uma regra de direito considerada essencial no ordenamento jurídico do Estado requerido ou de um direito reconhecido como fundamental no mesmo ordenamento jurídico” (parág. 37, pp. 1968 e 1969), em mobilização do sentido estrito da noção. Para aprofundamento sobre o caso e sobre o relevo do conceito de ordem pública no âmbito da referida convenção, BIAGIONI “L’art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell’uomo e l’ordine publico processuale nel sistema della Convenzione di Bruxelles”, *Rivista di Diritto Internazionale*, 3, 2001, pp. 723-737.

<sup>412</sup> O autor considera que o juiz só pode decidir com base em informação proporcionada por meios de prova previstos na lei, sob pena de violação da ordem pública, “La procédure civile et l’ordre public”, *Mélanges Paul Roubier*, Tome II, Dalloz-Sirey, Paris, 1961, p. 312. Os exemplos de violação da ordem pública a que VINCENT faz referência, nos diversos níveis jurisdicionais que distingue (acção, jurisdição e instância), denotam que associa, a concepção que adopta da noção (de ordem pública), à normatividade dotada de carácter imperativo, em virtude de nela estarem em causa interesses públicos ou certo tipo de interesses privados, não a restringindo a um patamar de imperatividade a que subjazam valores de relevo particularmente intenso. Sobre o teor e limites da ordem pública, no âmbito da jurisdição arbitral (enquanto limite à autonomia privada, cujo relevo assoma ao nível da convenção, processo e decisão arbitrais), MONTEIRO, António Pedro Pinto, “Da ordem pública no processo arbitral”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. II, Coimbra Editora, pp. 589-673.

<sup>413</sup> A este sentido se associa a noção de ordem pública adoptada por FERRER CORREIA, enquanto conjunto de normas com carácter imperativo, *Lições de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 465.

<sup>414</sup> Assimilando a ordem pública, a Janus, enquanto filtro regulador dos movimentos de “entradas e de saídas” do processo, Eugène MANGA vê nos fundamentos de recusa de conhecimento do mérito da causa, nas obrigações de agir processual e nas hipóteses em que se retira ao tribunal o poder de decidir ou em que se lhe impõe tal dever, manifestações da ordem pública processual. Como nota caracterizadora da figura, qualquer que seja o contexto processual em que opere, o autor destaca a dimensão funcional daquela, sustentando que, por seu intermédio, se pretende assegurar o alcance do fundamental objectivo que preside à existência de um processo: a prolação de decisão justa e, por via desta, o alcance da paz social. Considera, nesta medida, a ordem pública em termos monolíticos, sob o ponto de vista de graduação dos interesses imperativamente tutelados, não fazendo corresponder a noção a um núcleo de valores processuais a que se associe relevo particularmente intenso (*L’ordre public en droit judiciaire privé*, Centre de Recherche Juridique de l’Ouest, Rennes, 1998, pp. 27-259 e 617). Afigura-se-nos, porém, que o regime jurídico determinado por razões de ordem pública pode justificar-se por razões outras que não as directamente ligadas à garantia de prolação de decisão justa. Assim, designadamente, com as que se relacionem com a necessidade de garantir o efeito útil da decisão a proferir. Não obstante a dissociação, assim estabelecida pelo autor, entre a figura da ordem pública e a gravidade dos interesses por sua via tutelados, este distingue, adentro da noção de ordem

### 1.1.c. Visão conjunta

Congregados os dois planos (autonomia formal e densidade axiológica) com que vimos operando, a noção de ordem pública abrangerá, quando tomada em sentido amplo, todas as circunstâncias em que, na sequência de ponderação *pública*, o sistema jurídico atribui carácter indisponível a determinada matéria; o mesmo é dizer, todas as hipóteses em que uma matéria é classificada como imperativa pela comunidade, em ordem a tutelar interesses cujo relevo extravasa (em sobreposição) o domínio do meramente privado e, portanto, do disponível. Quando tomada (como o faz LEBRETON<sup>415</sup>, em adopção de concepção diversa da perfilhada por CAMPEIS<sup>416</sup>), com esta amplitude, a noção de ordem pública coincidirá com a de imperatividade.

---

pública, dois patamares, a que faz corresponder dois regimes de conhecimento da violação da ordem pública processual. Opera, neste contexto, a transposição, para o âmbito processual, da distinção entre ordem pública de protecção e ordem pública de direcção, entendendo, pela primeira, “a que visa a garantia da parte” [tendant à *la satisfaction du confort juridique du plaideur*] “sem incidência directa na marcha ou tramitação do processo” e, pela segunda, a que vise assegurar a “*regularidade do processo per se*”, o procedimento enquanto processo orientado para a elaboração da decisão jurisdicional”, esclarecendo que, no que diz respeito à primeira, a violação das normas que a regulam não seria susceptível de conhecimento oficioso (*L’ordre public en droit judiciaire privé*, Centre de Recherche Juridique de l’Ouest, Rennes, 1998, pp. 12 e 13). Julgamos que a tal bipartição preside a diferenciação entre as hipóteses em que a norma processual se justifica por razões eminentemente públicas e aquela em que os interesses que por seu intermédio se pretende proteger, são de índole eminentemente privada. O regime de conhecimento não tem de coincidir, porém, com carácter necessário, com a natureza dos interesses predominantemente protegidos. Assim, por exemplo, a regra, em matéria de nulidades, é a da insusceptibilidade de conhecimento oficioso (art. 196.º do Código de Processo Civil), mesmo se em causa a prática de actos relacionados com a tramitação do processo. Assim também com a generalidade das normas reguladoras da competência territorial, a cuja previsão preside um fito eminentemente tutelador de interesses públicos (relacionado com razões de eficiência da actividade jurisdicional) e cuja violação não releva, por regra, *ipso iure* (arts. 103.º e 104.º, n.º 1 do Código de Processo Civil). Preside, nestas hipóteses, à natureza oficiosa ou não do conhecimento, o grau de gravidade que a ofensa aos valores protegidos assume, independentemente da prevalência pública ou privada da natureza destes. Miguel MESQUITA sublinha a particular razão de ser do último tipo de normas referidas quando nota as implicações que o “*desvirtuamento das regras de competência territorial e dos respectivos critérios*” importa ao nível da “*eficiente administração da justiça*”, *A metamorfose do futuro tribunal de comarca*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 54 e 61 e ss.

<sup>415</sup> O autor concebe a ordem pública enquanto “...conjunto de regras que a consciência colectiva julga indispensáveis ao bom funcionamento da sociedade. É assim indissociável do sistema de valores morais a que adere a maioria dos cidadãos, e cujo respeito espontâneo constitui um contrato social, de natureza política, através do qual o povo manifesta a sua vontade de constituir uma comunidade estadual”. Numa visão integrativa, identifica, como seus elementos constitutivos, a tranquilidade, a segurança, a salubridade e a moral pública. As três primeiras partilham, na visão do autor, um mesmo escopo: a instauração de uma ““ordem material e exterior” sem a qual a paz social não é possível.”. A última tem por fim “assegurar o respeito pelos valores comuns”, notando, embora, LEBRETON, o perigo de a inserção, por esta via e de modo absoluto, de uma versão adulterada dos valores implicar o “risco de opressão das liberdades.”, “*Ordre public et dignité de la personne humaine: un problème de frontière*”, “*L’ordre public: Ordre public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux*”, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 353 e ss.. Na esteira de ARENDT, Jacques BREILLAT associa esta visão da ordem pública à marcada distinção, realizada pelos juristas romanos, entre o espaço privado e o espaço público, entre *Res publica e Res privata*; distinção que pressupõe a “capacidade de conceptualizar a coisa pública e a forjar uma certa permanência do bem comum.”. Neste contexto, no “...interesse de

## I.2. Sentido no âmbito do art. 345.º, n.º 2 do Código Civil

No preceito que ora consideramos (art. 345.º, n.º 2 do Código Civil), o conceito não é tomado em sentido restrito, sob qualquer dos planos (formal e de densidade axiológica) distinguidos.

Visando-se, com o regime normativo nele previsto, explicitar as causas e definir o regime de invalidade das convenções de prova, não se vislumbra fundamento para, no que diz respeito ao *segundo plano*, restringir a consequência prevista – nulidade – *tão só* a hipóteses em que esteja em causa a ofensa de princípios fundamentais da ordem jurídica, não abrangendo já circunstâncias em que se invadam áreas indisponíveis (por isso incluídas no âmbito da imperatividade), mas não associadas a patamares de particularmente acrescida intensidade axiológica.

Interpretação diversa [permitindo-se a possibilidade de derrogação, mediante celebração de acordo de prova, de normatividade jurídica imperativa (conquanto relativa a extracto normativo tutelador de valores não integráveis no topo da escala

---

todos o particular deve ceder ante o geral”, surgindo uma concepção da ordem pública enquanto “espaço de limitação”, *Ordre public, Ordre social, Ordre politique: queles interactions?*”, *L’ordre public: Ordre public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux*”, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 255 e 256. Por assim ser, e como o autor nota, esta noção tem dificuldade em emergir no contexto de sociedades “precárias” enquanto destituídas da estabilidade e permanência permissoras da distinção entre os dois tipos de espaços.

<sup>416</sup> No sentido de que, também no direito processual, a ordem pública não se confunde com a imperatividade, CAMPEIS nota, em comentário a decisão judicial em que, com base no mesmo entendimento, se indeferiu pedido de não reconhecimento de decisão judicial estrangeira formulado com fundamento na circunstância de o juiz estrangeiro ter recusado a produção de *prova testemunhal* através de carta rogatória internacional, bem como a intervenção de um especialista ao abrigo da figura da *consulenza tecnica*, que: “A barreira da ordem pública assume fundamental relevo na medida em que, encontrando-se vedado o reexame do mérito da sentença delibanda, os seus efeitos poderão ser neutralizados só enquanto contrários aos *valores fundamentais* do nosso ordenamento” (itálico nosso), ao que acresce: “(...) Cumpre precisar que as normas imperativas não se ligam *per se* à ordem pública; (...) Se todas as normas de ordem pública são imperativas e inderrogáveis, o contrário não é verdadeiro, na medida em que nem todas as normas imperativas e inderrogáveis pertencem à ordem pública”. Asserções de que decorre tomar o tribunal, em sede de fundamentação da decisão, por ordem pública, patamar axiologicamente diferenciado, que, no que diz respeito aos valores processuais, inclui *tão só*, “o complexo de princípios – em que se integram os retiráveis da Constituição – que formam o coração da estrutura económico-social da comunidade social num determinado momento histórico, conferindo-lhe uma fisionomia bem individualizada e inconfundível, bem como as regras inderrogáveis que tenham carácter fundamental (que as distingue do género mais amplo das normas imperativas) e sejam imanentes aos mais importantes institutos jurídicos...”. Em concordância com tal interpretação, CAMPEIS conclui que, no que diz respeito à prova testemunhal, a recusa de produção deste tipo de meio de prova através de carta rogatória constituiria fundamento válido de recusa de reconhecimento da sentença estrangeira apenas se reunidos três requisitos, cuja verificação impenderia sobre o oponente ao reconhecimento demonstrar: possibilidade de prova do facto em causa através de prova testemunhal, carácter absolutamente exclusivo da carta rogatória enquanto via para produção da prova em causa e esgotamento das vias de recurso, no âmbito do sistema judiciário do Estado onde a sentença foi proferida, contra a decisão de recusa de produção de prova por esse meio. Só a cumulação destas condições configuraria, nesta perspectiva, violação ao direito a um processo equitativo, na dimensão de ofensa do direito à prova, suficientemente grave para poder ser qualificada como contrária à ordem pública, “Comentario a Cass. Civ., I Sez., 13.12.1999, n. 13928 (conferma app. Brescia, 18.8.1998)”, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, Gennaio-Febbraio, N. 1, Anno XVII, 2001, pp. 1-9.

valorativa comunitária)] implicaria conferir, nesta sede, aos celebrantes de convenção de prova, uma margem de autonomia privada superior àquela de que os sujeitos jurídicos em geral beneficiam no conspecto geral da liberdade contratual (onde às partes negociais não é dado violar normatividade imperativa, qualquer que seja o grau de relevo público dos valores tutelados). Tal interpretação (restritiva) representaria, sob este ponto de vista, fonte de entropia no sistema jurídico (que se quer uno e coerente), permitindo a modificação de regimes jurídicos em geral qualificados como imodificáveis (imperativos) por uma particular categoria de sujeitos jurídicos, sem que se vislumbrem razões susceptíveis de justificar a relativização de tal imutabilidade.

Por outro lado, o entendimento no sentido da adopção de sentido restritivo adicionaria incerteza e dificuldade ao juízo (já de difícil apuramento, atenta a noção indeterminada da expressão) a desenvolver no sentido de concluir pela ofensa ou não (pelo regime constante do pacto) dos valores consubstanciadores de ordem pública, pois, ademais de implicar (tal juízo) sempre , determinar o conjunto de matérias incluível no âmbito de noção tomada em sentido amplo, impor-se-ia (quando restritiva a noção adoptada) ainda às partes celebrantes (que sobre tanto ponderam, no sentido de prevenir a nulidade do pacto, adequando-o, aquando da formulação do seu conteúdo, aos condicionamentos legais de validade) e ao juiz (a quem incumba aferir da validade de convenção de prova que tenha sido objecto de invocação e de adopção, no processo, como critério relevante em sede de prova, pelas partes ou por uma delas) determinar o núcleo de valores integrante desse sentido do conceito.

Abona igualmente no sentido interpretativo (amplo) para que se propende, a circunstância de não haver qualquer indício literal de sentido inverso, não se fazendo alusão, no texto legal, à natureza fundamental dos princípios de ordem pública.

Tudo o que subsidia a exclusão, no presente contexto, da noção de ordem pública em sentido estrito, quando tomada no plano da densidade axiológica. Não significando, a referência à ordem pública, a mobilização de tal sentido do conceito, não se verifica, em suma, para efeitos de convenções de prova, a circunscrição dos fundamentos de invalidade a hipóteses em que esteja em causa a violação do núcleo duro da reserva de valores garantidos pela comunidade. Preserva-se, diferentemente, no âmbito do sentido amplo, assim neste contexto prevalecente, todo o espectro de valores imperativamente imposto (sob este ângulo, niveladamente perspectivado), enquanto valores com cuja garantia se visa assegurar a prossecução de interesses da comunidade – públicos (ou, na expressão legal, de ordem pública).<sup>417</sup>

---

<sup>417</sup> Jean VINCENT nota que o facto de, no processo civil, se procurar “conciliar a faculdade reconhecida às partes, na medida em que elas são donas dos seus direitos, de dispor destes e de dirigir a instância, com os imperativos de um serviço público cuja função é pacificar ou resolver os conflitos de direito privado” gera uma “contradição inerente à própria disciplina” que se reflecte no “carácter por vezes indeciso” da ordem pública no âmbito deste ramo de Direito. Sustenta o autor que, no âmbito da *jurisdição*, a ordem pública se impõe com particular força, dado que o “serviço da justiça é um serviço público cujas regras de funcionamento não poderiam estar à mercê da vontade dos litigantes ou do arbítrio do magistrado”, designadamente no que respeita “às condições de constituição, de composição e de competência das jurisdições”. Relevo que entende menor no âmbito da *instância*, onde, desde que não estejam em causa direitos fundamentais da defesa, e atenta a “tradição francesa de neutralidade do juiz”, a ordem pública se “contém num quadro relativamente estreito”, “La procédure civile et l’ordre public”, *Mélanges Paul Roubier*, Tome II, Dalloz-Sirey, Paris, 1961, pp. 305 e 306. Importa, porém, contextualizar o recurso, pelo

Por outro lado, a circunstância de a referência textual não ser feita, de modo directo, à ordem pública, antes às “razões de ordem pública” que sejam fundamento das “determinações legais”, conforta a interpretação no sentido de que, quando se considere o plano da *autonomia formal*, o âmbito da noção se não identifica com as hipóteses em que a esta é feito apelo enquanto categoria autónoma (ordem pública em sentido estrito). Tanto não significa, porém, que seja aí concebida em sentido amplo. Quando tomada a noção de ordem pública sob este primeiro plano verifica-se, de modo distinto, que, na norma que se considera, aquele conceito não é convocado em nenhum dos sentidos (amplo ou restrito) a esse nível distinguíveis, na medida em que, correspondentemente, nela não são consideradas as diversas fontes possíveis de imperatividade, nem se toma por fonte de padrões jurídicos inderrogáveis a ordem pública enquanto categoria de relevo subsidiário. Antes se refere como fonte exclusiva de regulação inderrogável a *lei* e, adentro deste extracto do sistema jurídico, apenas o âmbito normativo legal relativo à prova.

Congregando os dois planos, dir-se-á que a noção de ordem pública, constante da norma em causa, respeita a razões dotadas de relevo público *não exclusivamente circunscrito* a nichos de densidade valorativa particularmente acentuada, determinantes da atribuição de natureza imodificável à conformação *legal* de regime jurídico relativo à prova.

### ***Subsecção II – Modalidades convencionais abrangidas***

Delimitado o âmbito significativo do conceito, cumpre ponderar sobre as modalidades de convenções de prova a que esta condição de validade se aplica.

a) Segundo o previsto no n.º 2 do art. 345.º do Código Civil, padece de nulidade “... nas mesmas condições, a convenção que excluir algum meio legal de prova ou admitir um meio de prova diverso dos legais; mas, se as determinações legais quanto à prova tiverem por fundamento razões de ordem pública, a convenção é nula em quaisquer circunstâncias”.

Atenta a sequência da redacção do texto normativo, esta condição de validade afigura-se relevante quando em causa convenção que exclua meios legais de prova ou que admita novos meios de prova. Não é, porém, claro, sob o ponto de vista literal, se o âmbito aplicativo deste pressuposto de validade extravasa esse tipo convencional,

---

autor, à expressão “neutralidade do juiz”, no contexto normativo liberal (Code de Procedure Civile promulgado em 1806 e vigente a partir de 1807) em que aquele se exprime, sendo que só decorridos dez anos após o momento em que VINCENT tece as observações a que acabámos de fazer referência o art. 10 do décret de 9 de Setembro de 1971 introduziu a possibilidade de o juiz poder ordenar oficiosamente a produção de meios de prova. De observar que a distinção dos referidos graus não representa adopção de posição divergente relativamente à suportada em texto, quer porque o autor não se circunscreve ao âmbito das convenções de prova (antes se reportando ao global domínio do processo civil), quer porque não defende que, no processo civil, apenas releve uma noção mais exigente (sob o ponto de vista valorativo) de ordem pública, antes que *no seio* da ordem pública relevante no processo, se distingue vários graus de intensidade proibitiva.

aplicando-se igualmente à modalidade negocial prevista no n.º 1 do mesmo artigo (convenções relativas à inversão do ónus da prova).

Considerando o enunciado textual, este preceito parece, numa primeira análise, reservado, na sua totalidade, à regulação do regime das convenções ampliadoras ou restritivas dos meios de prova.<sup>418</sup>

Se a expressão, com que a norma tem início<sup>419</sup>, permite absorver, relativamente a esta tipologia de convenções de prova, as condições de validade referidas a propósito da primeira modalidade convencional, o inverso não merece, pois, conforto verbal que se afigure inequívoco.

Visando-se, porém, mediante esta condição, impedir a válida convenção das partes em áreas dominadas pela imodificabilidade normativa imposta por razões de tutela dotadas de relevo público, a razão de ser que lhe preside determina a sua aplicação a qualquer convenção de prova, independentemente da particular tipologia qualificativa a que esta se reconduza.

Não terá sido, assim, intenção do legislador, impedir a mobilização deste critério quando outras modalidades de convenções de prova (que não as ampliadoras ou restritivas de meios de prova), se possam revelar colidentes com interesses prevalentemente tutelados, pela ordem jurídica, relativamente a interesses de natureza estritamente privada e, em consequência, determinantes da natureza imperativa de regime jurídico relativo à prova.

b) Na indagação das razões que terão estado na base do estabelecimento da conexão entre o critério de validade enunciado em terceiro lugar e esta modalidade de convenções de prova, afigura-se-nos como mais provável a circunstância de ser mais facilmente configurável uma hipótese de violação de tal tipo de imperatividade (tuteladora de interesses com relevo *público*) mediante este tipo de convenções de prova, que mediante convenção que inverta o ónus da prova.

A este ónus associa-se, por norma, *apenas* a distribuição, *entre as partes*, do risco processual de não comprovação de qualquer das versões (representativas das posições das *partes*) do facto controvertido. As convenções de prova sobre ele incidentes repercutir-se-iam, em consequência, no domínio do estritamente privado.

É, porém, este salto de raciocínio (da primeira asserção, com que concordamos, para a segunda) que se nos afigura de alcance arriscado.

A circunstância de, através do ónus da prova, se distribuir, entre as partes, o risco de não justificação, devidamente fundada em base densa, pelos litigantes, das

---

<sup>418</sup> Assim o indiciam também (além do facto de não constar de número autónomo ou de número onde houvesse menção às convenções de prova enquanto modalidade convencional conjunta) a circunstância de a separação entre a primeira e a segunda partes do preceito em causa ser feita apenas por ponto e vírgula, bem como o facto de a menção ao tipo contratual a que a condição se refere ser feita no singular e não no plural (*convenção* de prova, que não *convenções* de prova).

<sup>419</sup> “É nula, nas mesmas condições ...”.

versões factuais que estes sustentam, ante o tribunal, não significa que aos critérios de tal distribuição não possam presidir também razões de interesse público determinantes da imperatividade do regime jurídico que o regula.

O relevo, também público, da distribuição do ónus da prova, gerador da imodificabilidade do regime jurídico a que esta (distribuição) obedece, revela-se, designadamente, quando, nos termos do n.º 2 do art. 344.º do Código Civil, se concede ao decisor a possibilidade de proceder à sua inversão.<sup>420</sup> Não poderão, nesta hipótese, as partes alterar, convencionalmente, a distribuição do ónus da prova a que o juiz em concreto procedeu. A imodificabilidade do regime relativo ao ónus da prova manifesta-se, também, quando, nos termos da al. g) do art. 21.º do regime regulador da contratação por adesão<sup>421</sup>, se proíbe esse tipo de pactos quando em causa relação com consumidores finais ou equiparados.<sup>422</sup>

---

<sup>420</sup> Por esta via se promove a observância do dever de cooperação. Promoção que, a lograr-se, representa vantagem, não apenas para a parte que seria prejudicada pelo seu incumprimento, como também para a comunidade decisora, beneficiária que passa a ser da possibilidade de acesso a mais uma via de contacto com a realidade factual, em acrescida probabilidade de efectiva realização do direito no caso concreto e, assim, de adequada execução da função de que se auto-dotou enquanto hetero-resolutora do litígio. Como principais consequências negativas advenientes da omissão de cooperação, Paula Costa e SILVA ressalta a realização de “composição que ou não é justa ou não é tão justa quanto podia sê-lo”, a obtenção de justa composição “com menor grau de eficácia e num espaço de tempo mais alongado”, bem como o desrespeito da “injunção” jurisdicional, *A litigância de má fé*, Coimbra Editora, 2008, p. 409.

<sup>421</sup> D.L. n.º 446/85, de 25 de Outubro, na redacção introduzida pelo D.L. n.º 220/95, de 31 de Agosto. De notar, no que a este regime respeita, um particular aspecto. Atentas as alterações introduzidas, pelo Decreto-lei n.º 249/99, de 7 de Julho, à redacção do art. 9.º do Decreto-lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, o regime jurídico em causa é aplicável sempre que as cláusulas do negócio jurídico não tenham sido objecto de negociação, quer tal imposição unilateral (determinante de mera *adesão* pela contraparte) decorra do recurso a cláusulas contratuais gerais (hipótese prevista, a título exclusivo, na redacção inicial do preceito), quer corresponda a cláusulas individualmente concebidas para aquela relação jurídica. Foi opção do legislador português (diferentemente do que representou a solução adoptada pelo legislador alemão, que alicerçou o regime jurídico da contratação por adesão na distinção entre cláusulas contratuais gerais e cláusulas de mera adesão, concedendo maior tutela ao aderente que se enquadre no primeiro contexto, não obstante atenuar tal diferenciação, reforçando a tutela, quando o aderente seja consumidor) não fazer, por regra, reflectir tal distinção no plano do regime regulador de hipóteses em que haja recurso a técnica de adesão. Dilucidam-se, porém, hipóteses em que tal distinção se impõe. Neste sentido, SOUSA RIBEIRO, sustenta, em posição que seguimos, que o regime constante do art. 1.º, n.º 3 daquele diploma, nos termos do qual “o ónus da prova de que uma cláusula contratual resultou de negociação prévia entre as partes recai sobre quem pretenda prevalecer-se do seu conteúdo”, só tem razão de ser aplicativa quando esteja em causa a *adesão* a cláusulas *contratuais gerais*, que não já a *cláusulas individualizadas* (“O regime dos contratos de adesão: algumas questões decorrentes da transposição da directiva sobre cláusulas abusivas”, *Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Coimbra Editora, 2004, pp. 196 a 199). Nestes termos, a validade de convenção de prova nos termos da qual as partes acordem fazer impender sobre o aderente o ónus de demonstrar o carácter não negociado do teor contratual, dependerá da natureza das cláusulas de adesão em causa – tratando-se de cláusulas de adesão individualizadas, a convenção afigurar-se-á válida, na medida em que a repartição do ónus da prova, efectuada pelas partes no acordo, corresponde à que já supletivamente decorre da lei; diferentemente, se estiverem em causa cláusulas contratuais gerais de adesão, a convenção de prova consubstanciará acordo inválido, na medida em que o seu regime introduz inversão de critério legal de distribuição do ónus da prova que, atentas as especiais razões de tutela (do aderente) que lhe presidem (e, assim, interesses merecedores de especial garantia pública, consubstanciando interesses públicos por via indirecta), assume natureza

Creemos, assim, que da interpretação da lei que reconstrua o espírito do legislador resulta não ter ficado excluída do seu espírito a aplicabilidade da condição de validade que ora se considera a todas as convenções de prova cujo teor possa violar regras jurídicas imperativas relativas à prova. Convenções entre as quais se contam (não constituindo embora, a fonte mais frequente da violação normativa que se considera) também as convenções inversoras do ónus da prova.

Reconstrução permitida nos termos do art. 9.º, n.º 1 do Código Civil, sendo que a observância dos critérios regentes da interpretação (unidade do sistema jurídico, circunstâncias em que a lei foi elaborada e condições específicas do tempo em que é aplicada) corroboram (no que respeita ao primeiro critério) ou não contrariam (no que concerne aos segundo e terceiro critérios) o alcance do resultado interpretativo indicado.

Resultado que, conquanto não expresso de modo perfeito, não deixa se revelar enquadrável no elemento literal adoptado. Creemos, contudo, que o fruto da

---

imperativa. De notar que a nulidade da convenção de prova em causa encontra fundamento na circunstância de violar a condição de validade enunciada em terceiro lugar, no âmbito do art. 345.º do Código Civil, intervindo, esta condição, a título ancilar. A norma legal, relativa à prova, determinada por razões de ordem pública, relativamente à qual a convenção de prova se revela contrária, corresponde ao art. 1.º, n.º 3 do referido diploma. Não se funda, pois, a nulidade do pacto de prova, na convocação al.g) do art. 21.º deste corpo normativo. A aplicação desta norma pressuporia que, previamente, se tivesse concluído estarem em causa cláusulas não negociadas. No momento, porém, em que se considera o problema a que o art. 1.º, n.º 3 respeita, o acordo situa-se ainda, a esse nível, num *limbo classificativo*, na medida em que se cuida, precisamente, de apurar o carácter negociado ou não das cláusulas contratuais. No sentido de que a distinção entre cláusulas, em função da referida natureza, releva também ao nível da delimitação do âmbito aplicativo do regime constante do art. 7.º, *vd.* o mesmo autor e obra, pp. 199 e ss. SOUSA RIBEIRO explicita a necessidade de especial regulação legal em sede de cláusulas contratuais gerais, ante o designado “efeito de Akerlof” (“falha do mercado por força de défices informativos do consumidor”) em “Direito dos contratos e regulação do mercado”, *Direito dos Contratos Estudos*, Coimbra Editora, 2007, pp. 72 e ss. Sobre a natureza diferenciada da tutela processual que a efectiva garantia da posição jurídica do consumidor implica, *vide* COMOGLIO, “Aspetti Processuali della Tutela del consumatore”, *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LXII, Seconda Serie, N. 2, Marzo-Aprile, 2007, pp. 307-324. O mesmo autor pronuncia-se sobre os parâmetros constitucionais de controlo da legitimidade da tutela diferenciada no acesso à justiça civil em “Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, Novembre-Dicembre, 2008, Anno LXIII, Seconda Serie, N.6, Cedam, pp. 1524 e ss. Também sobre a especial tutela a proporcionar a sujeito jurídico consumidor, *vide* PINTO MONTEIRO, “A contratação em massa e a protecção do consumidor numa economia globalizada”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, a. 139, n. 3961, Mar.-Abr., 2012, pp. 221-235.

<sup>422</sup> Ante o regime legal, excluída não fica, em absoluto, a possibilidade de válida celebração de convenções de prova no domínio da contratação por adesão. Este representa, porém, domínio particular, dotado de especificidades teleológicas e, conseqüentemente, de especialidades reguladoras e interpretativas próprias, que extravasam o âmbito da presente investigação. Limitar-nos-emos a referir ter sido essa (admissibilidade de válida celebração de pactos de prova, circunscrita, porém, em determinadas circunstâncias, a especiais modalidades desse tipo convencional e sob condição de verificação de particulares condições) a solução de regime adoptada, fruto da conciliação, encontrada pelo legislador, em sede de ponderação, a que ALPA e RAPISARDA se reportam, entre as vantagens associáveis a esta técnica de contratação, o equilíbrio da relação negocial e a compatibilização da celebração contratual com uma “procedura di legittimazione” juridicamente ditada pelos princípios fundamentais do Direito, “Il controllo dei contratti per adesione”, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, ano 87, n.º 9-12, Settembre-Dicembre 1989, Parte Prima, p. 535.

interpretação desenvolvida encontraria, atentas as observações tecidas, correspondência verbal mais exacta em expressão normativa a que presidisse tratamento unitário das várias modalidades de convenções de prova no que respeita à relação que estas mantêm com os *vários tipos de condições* de validade e que se revelasse, por outro lado, solvente das dúvidas suscitáveis quanto ao sentido a atribuir à noção de ordem pública:

“São nulas as convenções que invertam o ónus da prova, bem como as que excluam algum meio de prova legal ou admitam um meio de prova diverso dos legais, quando se trate de direito indisponível, quando se torne excessivamente difícil o exercício do direito e sempre que contrariarem determinações legais imperativas relativas à prova”.

#### **Secção IV – Relação entre as condições específicas de validade das convenções de prova e os limites gerais à liberdade contratual**

Associando-se, qualquer uma das referidas condições de validade, a razões ligadas à tutela de valores qualificados como imperativos e visando-se, com a imperatividade nelas consubstanciada, a tutela de interesses publicamente relevantes (na dupla modalidade que estes podem assumir)<sup>423</sup>, cumpre indagar da relação

---

<sup>423</sup> Importa notar que o facto de o legislador atribuir carácter imperativo a uma determinada norma jurídica significa que a sua imodificabilidade assume relevo sob o ponto de vista da ponderação realizada pela comunidade. À imperatividade subjazem sempre, neste sentido, razões de interesse ou de ordem pública. Pode, porém, a dimensão pública do interesse, assumir carácter mais ou menos directo, como de seguida se explicitará. Para tanto, cumpre, em ponto prévio, convocar a distinção entre direitos indisponíveis e matéria indisponível. Constitui traço comum às várias condições de validade enunciadas o facto de, mediante a sua previsão, se obstar a que *matéria indisponível* possa ser objecto de convenção entre as partes, sob pena de nulidade. O tipo de matéria imodificável (e assim indisponível) por convenção das partes, tanto se pode integrar no estatuto jurídico activo destas (hipótese em que estarão em causa *direitos próprios indisponíveis*), como no estatuto jurídico de sujeitos terceiros [hipótese em que estará em causa *matéria* que, porque relativa a esfera jurídica alheia, é *indisponível* para os celebrantes da convenção de prova, podendo sê-lo, ou não, para os respectivos titulares (a natureza disponível ou indisponível do direito refere-se, portanto, aqui, às partes e não ao titular do direito. As duas dimensões coincidem, porém, quando estejam em causa, como objecto da convenção, direitos das partes). A convenção de prova porá em causa direitos de terceiro (matéria indisponível para as partes), quando, por exemplo, nela se preveja regime jurídico do qual decorra a impossibilidade de o depoente testemunhal recusar depor com base nos fundamentos legais ou eliminando o direito a compensação por despesas realizadas. A eficácia relativa do caso julgado não constitui, nestas hipóteses, forma de garantir a intocabilidade da posição jurídica de terceiros, pelo que assume redobrado relevo a efectividade do controlo da validade convencional), como ainda não se integrar no estatuto de qualquer sujeito jurídico, referindo-se à colectividade enquanto tal (hipótese em que estará também em causa *matéria* indisponível para os contratantes]. Em diferente entendimento, WAGNER estabelece distinção no que diz respeito aos tipos de causas de imperatividade no âmbito do direito privado material e no âmbito do direito processual, quando explicita que, quanto a este, não se justificaria a imperatividade determinada por razões de tutela de interesses de terceiros, atenta, fundamentalmente, a natureza subjectivamente relativa dos efeitos do caso julgado (§325 ZPO), *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 76. Como vem de se observar, porém, nem só a sentença se revela em tese passível de se repercutir na esfera de sujeitos que não assumam a condição de partes. Existe toda uma dimensão normativa adjectiva relativa ao estatuto processual de terceiros, designadamente em sede de produção de prova. Pense-se, a título de

exemplo, nas normas relativas aos termos de intervenção de testemunhas, bem como de peritos. Importa, nesta medida, avaliar do carácter supletivo ou não destas regras jurídicas, dado que, a serem passíveis de ser objecto de negócio jurídico entre as partes, por essa via poder haver lugar à produção de externalidades processuais, relevantes para terceiros, em sentido diverso do legalmente contemplado. A noção *matéria indisponível* é, na última (terceira) acepção, tomada em sentido *estrito*. Quer esse tipo de matéria, quer os direitos *indisponíveis* constituem, porém, *matéria indisponível*, em sentido *amplo*, para os sujeitos celebrantes do acordo (também em convenções de prova). A expressão *direitos indisponíveis* referir-se-á, em sentido estrito, apenas aos casos em que estejam em causa direitos de que as partes sejam titulares e de que não possam convencionalmente dispor. As razões de tal indisponibilidade podem-se prender, contudo, apenas com a circunstância de a comunidade considerar indispensável que tais direitos integrem o estatuto jurídico activo dos sujeitos em causa enquanto elementos sob a sua soberania— interesses públicos por via *mediata* –, ou relacionar-se com o facto de estarem também em causa interesses directos da comunidade – interesses públicos por via *imediata*). De onde decorre um outro plano (suplementar relativamente aos dois anteriormente distinguidos – formal e de densidade axiológica - no que diz respeito à noção de ordem pública), concernente agora ao tipo de ente (por isso plano *subjectivo*) cujos interesses são objecto de tutela pela imperatividade normativa. Sob esta perspectiva, estar-se-á perante ordem pública em sentido restrito quando, por seu intermédio, se assegure a tutela de interesses públicos por via imediata e ordem pública em sentido amplo, quando se vise garantir a protecção de interesses públicos por via mediata. A distinção em análise assume relevo na presente sede na medida em que encontra reflexo na estrutura da normatividade contida no art. 345.º do Código Civil, conduzindo à agregação da primeira e segunda condições de validade em grupo contraponível à terceira. À concepção da *primeira condição de validade* preside o intuito de preservar a imperatividade normativa tomando por *base* a figura do direito indisponível e, nessa medida, o intuito de garantir a inviolabilidade de interesses públicos mediatos. Centrando-se, a referência normativa, nos direitos realizando por via processual, aqueles serão, na sua maioria, direitos substantivos, sendo que, estando em causa ramo do direito processual *civil* que constitui instrumento de efectivação de direito substantivo *privado*, com a indisponibilidade daqueles direitos se visará, de modo directo, a tutela de interesses dos seus titulares. Subjaz, a esta condição de validade, ponderação entre a prevalência do regime convencional, por um lado, e a prevalência de interesses públicos mediatos justificadores da indisponibilidade do direito, bem como do interesse público imediato em que se traduz o interesse da comunidade em que os meios (processuais) que põe à disposição dos sujeitos jurídicos não sejam utilizados para fins conflitantes com aqueles para que foram concebidos (neutralidade instrumental), por outro. Ponderação em que se privilegiam os interesses públicos envolvidos, cedendo *sempre* o regime convencional, a que se comete o vício de nulidade. No que diz respeito à *segunda condição de validade*, o mote literal de referência é também o direito realizando, embora em estreita conexão com o direito a dispor, de modo efectivo, de expedientes de prova, na medida em que o critério de apuramento da validade da convenção se prende com o reflexo que tal regime (convencional) tem no grau de dificuldade do exercício processual do direito realizando. No âmbito desta condição de validade, a ponderação normativa alicerçante da solução adoptada põe em confronto, de um lado, o regime convencional e, de outro lado, o direito a dispor de meios de fundamentação factual (enquanto direito indisponível a que subjazem interesses públicos mediatos, bem como imediatos, atento o relevo comunitário directo também nele implicado enquanto condição potenciadora de adequado exercício de actividade jurisdicional e assim de paz e estabilidade sociais. Ponderação em que se faz prevalecer o regime convencional, cedendo, nessa medida, os interesses públicos envolvidos, de forma *condicionada* à observância de não superação do limite em que se traduz a excessiva dificuldade de exercício do direito. Diferentemente, no âmbito da terceira condição de validade, prescinde-se de qualquer referência textual ao direito realizando, pelo que dela pode decorrer a nulidade convencional também quanto a hipótese em que não estejam em causa direitos indisponíveis (interesses públicos mediatos), mas tão só matéria indisponível em sentido estrito (interesses públicos imediatos). Se em cada uma das duas primeiras condições de validade da convenção de prova, se desenvolve ponderação de concordância prática entre o regime convencional e os interesses públicos aí concretamente envolvidos [na medida em que estas condições de validade, se justificam, como acima exposto, por razões que se prendem, *não só* com a tutela de interesses particulares, que a comunidade considera serem de titularidade necessária pelos sujeitos jurídicos processuais (como decorre da divisão que preside à organização da norma), *como também* com a tutela de interesses da própria comunidade enquanto ente prestador da actividade jurisdicional] (cedendo

existente entre tais restrições específicas e os limites gerais ao livre exercício da autonomia privada operado sob as vestes de liberdade negocial.

Relação a estabelecer em dois sentidos: no sentido de apurar, por um lado, se se revelam (aquelas condições específicas) em consonância com os limites gerais, destes sendo extraíveis, bem como de aferir, por outro lado, se a enunciação destes limites específicos dispensa a mobilização dos critérios gerais.

O que se reconduz ao problema global da relação entre os limites à liberdade contratual constantes do art. 345.º do Código Civil e os limites a essa liberdade previstos, com carácter geral, no mesmo diploma.

a)-No que concerne ao *primeiro* sentido da relação a estabelecer, verifica-se existir sintonia entre o regime geral e o regime particularmente previsto quanto às convenções de prova.

Decorrendo, das disposições gerais, ser nulo o negócio jurídico contrário à lei, ordem pública e bons costumes, resulta dessa normatividade a nulidade de todo o negócio jurídico que tenha por objecto matéria indisponível ou imperativa.<sup>424</sup> Representando os direitos realizando indisponíveis, o núcleo do direito a dispor de meios processuais de prova (no sentido amplíssimo de prova em que, em matéria de convenções de prova, a expressão é legalmente tomada) e as normas legais (relativas ao direito à prova) determinadas por razões de interesse público, matéria indisponível (tutelada, correspondentemente, pelas condições específicas de validade enunciadas em primeiro, segundo e terceiro lugares), sempre se concluiria ser nula, a convenção de prova, quando conflituante com tais matérias, por convocação dos critérios gerais.

---

aquele, na primeira condição, e cedendo os interesses públicos, de modo condicionado, na segunda), da terceira condição resulta uma ponderação genérica entre o regime convencional e interesses de relevo público, em que se fazem prevalecer, com carácter inelutável, estes últimos, independentemente da natureza imediata ou mediata que assumam. Qualquer um dos padrões de aferição de validade negocial em que, cada uma das três condições, que ora consideramos, se consubstancia, representa, porque assim, um limite (marcado pela nota de *imperatividade*) à autonomia privada adjectiva em matéria de prova, pelo que todas constituem afirmações de inderrogabilidade de valores dotados de relevo público e, assim, de observância necessária de normatividade jurídica. Remete-se, no âmbito desta causa de invalidade, para normatividade alheia à norma em causa, limitando-se o legislador a, nesta, reafirmar ser imodificável por convenção, o regime jurídico naquela previsto. De notar, por outro lado, que, se a referência literal a ordem pública se faz apenas no âmbito da condição de validade enunciada em terceiro lugar e se, no segmento em que lhe é feita alusão (“normas legais relativas à prova *determinadas por razões de ordem pública*”), aquele conceito constitui equivalente de imperatividade, também no domínio das duas condições de validade antes enunciadas é normatividade imperativa aquela que nelas está envolvida, representando, nesta medida, razões de ordem pública as que as determinam. Tem de particular, a referida terceira condição, o facto de nela estarem em causa razões de ordem pública estritamente atinentes a *normas legais relativas à prova*.

<sup>424</sup> A alusão normativa reporta-se, nos termos do art. 280º do Código Civil, quer ao objecto do negócio, quer ao negócio jurídico, sendo que a noção de ordem pública é, no âmbito do n.º 2 deste preceito, tomada em sentido amplo, no que diz respeito ao plano da hierarquia axiológica, e em sentido restrito, no que concerne ao seu relevo enquanto categoria autónoma (plano formal).

Comungamos, pois, da perspectiva que subjaz à posição de DICKHOFF, quando, ante a inexistência, no ordenamento jurídico alemão, de regras em particular condicionadoras das convenções de prova, entendia serem, a estas, aplicáveis, os limites à autonomia negocial em geral impostos pelos bons costumes.<sup>425</sup>

De teor assim compatível com os critérios gerais impositivos do respeito pela imperatividade, a norma reguladora das modalidades e condições de validade das convenções de prova explícita, pois, em moldes *concretizadores*, no âmbito do nicho tipológico que as presentes convenções representam no universo do negócio jurídico, os padrões de validade gerais. Razão que permite compreender que tais limites sejam, de um modo geral, invocados, pela doutrina, como condições de validade das convenções de prova, mesmo no quadro de ordenamentos jurídicos onde não se encontram, enquanto tal (enquanto *especiais* fronteiras à liberdade negocial no âmbito deste particular tipo de pactos), legalmente previstos. Veja-se, a título de exemplo, a construção de PELLÌ<sup>426</sup>, bem como a salvaguarda de EICKMANN<sup>427</sup>, as observações de WAGNER<sup>428</sup> e a explicitação de PEZZANI.<sup>429</sup>

---

<sup>425</sup> Observa, o autor, ser aplicável o §134 BGB (nos termos do qual, salvo convenção em contrário, padece de nulidade o negócio jurídico contrário à lei) às convenções processuais (entre as quais inclui as convenções de prova) que se revelem contrastantes com normatividade jurídica existente, quer tal colisão se apure de modo directo (por se encontrarem, tais acordos, expressamente proibidos por lei), quer por via indirecta (por ausência de expressa previsão legal). Mobilizando os bons costumes como critério de aferição da ilicitude da conduta do sujeito que presta informações e desenvolvendo raciocínio assente na referência a grupos de casos, Sinde MONTEIRO discerne, quanto àquele critério, parâmetros de natureza objectiva e subjectiva, notando que esta última dimensão não se circunscreve ao domínio do dolo e salientando o juízo de „balanceamento“ a realizar entre ambos os vectores (ponderação no quadro da qual, ante especial gravosidade na ofensa de um dos elementos, se possa diminuir o grau de exigência relativamente ao outro), *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra, Almedina, 1989, esp. pp. 550 e ss. Sobre a relação entre os arts. 1469 *bis* e ss., 1342 e 2698 do Codice Civile, enquanto fontes normativas de controlo da validade de convenções inversoras do ónus da prova, com base no parâmetro da excessiva dificuldade gerada por tal inversão, vide Eugenio DALMOTTO, „L'onere della prova e la protezione del consumatore“, *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, Anno XXI, N. 3, Maggio-Giugno, 2005, pp. 412 e ss.

<sup>426</sup> A autora sustenta que, no âmbito do direito processual *probatório* civil suíço existe margem para exercício da autonomia privada das partes (excepcionando de tal círculo de admissibilidade os acordos contententes com a apreciação da prova, bem como os criadores de ficções ou presunções que influam ao nível da apreciação da prova). Reconhecendo, embora, o risco que a celebração deste tipo de negócio jurídico (convenção de prova) pode gerar (na medida, designadamente, em que viabilize a possibilidade de uma das partes criar para si um benefício indevido), salvaguarda que o controlo de tais abusos é possível no quadro dos limites legalmente impostos pelo sistema jurídico. Para tanto, explicita diversos tipos de limites, representativos de garantia de tutela dos interesses públicos, de terceiros e da parte mais fraca: a imperiosidade de respeito pelo teor do art. 27 ZGB (art. 27 Zivilgesetzbuch, restritivo, no seu n.º 2, da possibilidade de eliminação da liberdade das partes ou da sua limitação em grau violador da lei ou dos bons costumes); a necessidade de, no pacto, haver lugar à identificação de uma relação jurídica concreta, bem como de as consequências do acordo serem previsíveis aquando da sua celebração; a impossibilidade de o regime negocial ser fonte de prolongamento excessivo do processo e do aumento de custos e a circunstância de ter de estar em causa relação jurídica livremente disponível, *Beweisverträge im Zivilprozess*, Dike Verlag, Zürich, St. Gallen, 2012, p. 320. Para uma perspectiva geral sobre as posições doutrinárias sustentadas, no âmbito do sistema jurídico suíço, a este propósito (designadamente, numa visão de mais radical inadmissibilidade, as propugnadas por GULDENER, FRANK, STRÄULI e MESSMER, bem como, no sentido da adopção de posição de admissibilidade subordinada à verificação de determinadas condições, as sustentadas por KUMMER, DESCHENAUX, GAUTSCHI, KAUFMANN,

Tanto não significa, porém, que esta previsão específica seja inócua ou destituída de sentido. Ao invés, assume a utilidade de minorar o esforço interpretativo de dilucidação das dimensões relativas ao regime da prova, providas de natureza indisponível, por contraposição às dimensões passíveis de ser objecto de auto-regulação privada.

Importância que se manifesta, sobretudo, a dois níveis. Por *um* lado, por esclarecer que a previsão de novos meios de prova e a exclusão de meios de prova legalmente previstos, bem como a alteração do regime do ónus da prova, não são matérias imodificáveis por via negocial, com o que afasta duas das interpretações possíveis relativamente à natureza das normas reguladoras do regime da prova (aquela com base na qual se sustentasse a sua natureza disponível, bem como a permissora de defesa de posição inversa - no sentido da sua indisponibilidade) mediante adopção de critério intermédio, concessor de natureza supletiva a *apenas algumas* das normas do regime jurídico da prova. A relevância do regime particular que ora se considera, manifesta-se, por *outro* lado, por, *adentro* das matérias passíveis de convenção (que assim a norma esclarece disponíveis) explicitar que o direito à prova continua, ainda aí, relativamente indisponível, clarificando o patamar gradativo<sup>430</sup> além do qual o regime legal se torna convencionalmente inderrogável. A tanto acresce a importância de, com o regime específico em causa, se *sublinhar* a insusceptibilidade de exercício deste tipo de auto-regulação adjectiva no domínio dos direitos

---

SCHLUMPF, SCHWANDER, SCHLAURI, WEBER E HAGENBÜCHLE), *vide* a mesma autora e obra, pp. 83 a 87. LAUKKANEN refere que, no âmbito do direito finlandês, se confere às partes o direito a regular a distribuição do ónus da prova no quadro de relações jurídicas relativamente às quais seja possível a extinção do litígio por acordo, em *Das Beweisrecht der Europäischen Union*, Kluwer Law International, 2004, p.118.

<sup>427</sup> O autor refere que a admissibilidade de válida celebração de convenções restritivas de meios de prova se circunscreveria às hipóteses em que às partes assista o direito a dispor dos factos, *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochumer juristische Studien Nr. 57, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1987, pp. 86 e ss.

<sup>428</sup> WAGNER indica como normatividade aplicável também às convenções de prova, a cláusula de boa fé (*Leistung nach Treu und Glauben*) prevista, no § 242 do BGB (“Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern”) como condição geral de validade dos negócios jurídicos, *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 688.

<sup>429</sup> O entendimento da autora no que diz respeito à relação entre as causas específicas e as causas gerais de validade, transparece do raciocínio que expõe no que concerne aos limites aplicáveis às modalidades de convenções de prova não previstas no art. 2698 do *Codice Civile*. Entendendo não ser este aplicável a outros pactos que não os relativos ao ónus da prova, observa que os limites à liberdade contratual, constantes daquele preceito, se aplicam, às demais convenções de prova, não tomando por base a norma em causa, antes a circunstância de representarem limites gerais à autonomia privada, assim se aplicando também nesta particular área em que tal autonomia se exerce (“...pare possibile tenere fermo il divieto a che i patti probatori riguardino diritti indisponibili, non tanto, appunto, per l’esistenza dell’art. 2698 secondo comma c.c., ma per il più generale principio secondo cui i privati non possono porre in essere negozio giuridici com cui dispongano, directamente o indirettamente, di diritti che l’ordinamento giuridico sottrae all’autonomia privata”, *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 142).

<sup>430</sup> Correspondente ao grau de excessiva dificuldade de exercício do direito.

indisponíveis, o que se afigura de relevo por elidir qualquer sustento a interpretação nos termos da qual a convenção seria válida ainda que o objecto da acção respeitasse a matéria indisponível, na medida em que, através do pacto de prova, não se dispõe do direito realizando, mas tão só das regras da prova (deixando na penumbra da argumentação o risco de disposição do direito, por via indirecta,<sup>431</sup> que as convenções de prova comportam).

Não obstante tal *concordância* entre regimes, tanto não equivale, contudo, a *absorção* do primeiro (regime geral) pelo segundo (regime específico).

b) O que convoca a consideração da *segunda dimensão* do problema enunciado.

A previsão do regime de validade *especificamente* relativo às convenções de prova não torna dispensável a mobilização, para efeitos de apuramento da validade dos pactos de prova, do regime *geral* de limitação da liberdade contratual, dado não esgotar, o primeiro, as hipóteses em que o exercício da autonomia privada (que a celebração de convenções de prova também implica) se pode revelar colidente com matéria indisponível.<sup>432</sup>

Do primeiro tipo de regulação da validade convencional constam, enquanto causas de nulidade do negócio jurídico, sobretudo hipóteses em que as convenções de prova colidem com matéria indisponível *no âmbito do direito da prova*. Tanto manifesta-se, de modo particularmente claro, quando se alude a determinações legais “relativas à prova” (e apenas a estas),<sup>433</sup> bem como na circunstância de a hipótese contemplada na condição de validade enunciada em segundo lugar directamente se relacionar com o regime de prova (excessivo grau de dificuldade do exercício do direito realizando, em consequência do excessivo grau de dificuldade de exercício do direito a prova, resultante do regime convencionado).

As convenções de prova podem contender, por outro lado, com matéria indisponível a outros títulos (também não previstos no art. 345.º do Código Civil),

---

<sup>431</sup> Diferentemente, PEZZANI sustenta que a alteração das regras relativas ao ónus da prova “...incide directamente sul diritto stesso...”, *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 130. Crê-se que a adopção deste entendimento, pela autora, constitui consequência da circunstância de pretender garantir a congruência com o facto de qualificar as convenções relativas ao ónus da prova como pactos de índole substantiva, sendo que (como *infra* se observará de modo mais detido) esta qualificação decorre, por sua vez, do intuito de assegurar determinados resultados no que diz respeito ao regime jurídico aplicável ao pacto. Estes, porém, afiguram-se-nos susceptíveis de ser alcançados sem que para tanto o ónus da prova careça de ser classificado como matéria de direito substantivo.

<sup>432</sup> PATTI admite que o juiz possa tomar em consideração outros limites, que não os expressamente previstos na lei quanto às convenções de prova, mediante convocação do princípio da boa fé, “La disponibilità delle prove”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Marzo, 2011, Anno LXV, Supplemento al. N. 1, Numero Speciale, p. 100. Cremos que os parâmetros em geral previstos como condições limitativas da liberdade negocial das partes são *directamente* convocáveis em sede de convenções de prova, sem embargo de quanto a estas, o princípio da boa fé ser também mobilizável enquanto condição de validade do pacto, nos mesmos termos em que o é quanto aos demais negócios jurídicos.

<sup>433</sup> Na segunda parte do n.º 2 do art. 345.º do Código Civil.

designadamente por conflituarem com regime jurídico, alheio à normatividade reguladora da prova, igualmente destinado a tutelar interesses dotados, para a colectividade, de relevo *prevalecente*; relevo por isso gerador de normatividade igualmente insusceptível de modificação por vontade das partes.<sup>434</sup>

O mesmo vale se o teor da convenção de prova celebrada, não obstante compatível com o regime legal relativo à prova, se revelar em conflito com os bons costumes ou a ordem pública (tomada esta em sentido estrito, no plano da autonomia).<sup>435</sup>

Revela-se, assim, assumirem carácter não esgotante as condições de validade constantes do art. 345.º do Código Civil, mesmo quando consideradas *apenas* as condições de validade directamente relacionadas com a violação dos limites juridicamente impostos ao exercício da liberdade contratual.<sup>436</sup>

Em resposta ao problema enunciado dir-se-á, em suma, no que diz respeito à primeira dimensão distinguida, que, não obstante, os limites à liberdade negocial correspondentes às condições de validade em causa, serem igualmente extraíveis dos critérios gerais de validade negocial, a sua enunciação se revela útil na medida, em virtude, designadamente, de: a) a medida da natureza dispositiva ou imperativa do regime jurídico da prova, não ser, quando não explicitada, evidente, quando da enunciação das referidas condições de validade decorre, *a contrario*, de modo claro, a atribuição de natureza supletiva a particulares domínios do regime de prova, assim tornados passíveis de ser objecto negocial, b) a condição graduada da indisponibilidade do direito à prova não estar definida, nesta sede, ora decorrendo esta, bem como o critério de determinação de tal graduação, da condição de validade enunciada em segundo lugar e de c) a referência à natureza necessariamente disponível do direito realizando clarificar a impossibilidade de (não obstante o pacto de prova não representar forma de disposição directa sobre o objecto do processo) o acordo processual ser causa de transformação do processo em instrumento inactivador (por causa indirecta) da eficácia de fontes jurídicas de imperatividade.

No que diz respeito à segunda dimensão do problema, apura-se, em síntese, que as condições de validade enunciadas, a título especial, quanto às convenções de prova, consubstanciam filtros de controlo não abrangentes de todas as dimensões de avaliação de regularidade do negócio jurídico integradas no domínio dos critérios gerais, pelo que estes se conservam subsidiariamente aplicáveis àquela tipologia convencional.

---

<sup>434</sup> Normatividade imperativa. Admita-se, a título exemplificativo, a celebração de convenção de prova previsora da possibilidade de produção de meio de prova, não contemplado no elenco legal, em moldes ofensivos do direito ao ambiente.

<sup>435</sup> Estes não abrangidos, como acima observado, no âmbito do n.º 2, parte final, do art. 345.º do Código Civil.

<sup>436</sup> Adiante nos pronunciaremos sobre os critérios jurídicos gerais aplicáveis quando se afira da validade da convenção de prova tomando por parâmetro a regularidade de formação e expressão da vontade das partes celebrantes da convenção.

Nesta linha de pensamento se enquadra PEZZANI quando observa que se devem ter por aplicáveis, às convenções de prova, regras jurídicas não previstas no plano normativo em que o legislador regula, com carácter exclusivo, este tipo de pactos.<sup>437</sup>

## Secção V- Relação entre as condições específicas de invalidade

O problema ora vindo de considerar, no que diz respeito às relações a estabelecer entre as condições gerais de validade dos negócios jurídicos e as condições de validade *especificamente* previstas relativamente às convenções de prova, é identicamente formulável (também na dupla dimensão acima divisada) no que concerne às relações intercedentes entre as condições de validade dos pactos de prova enunciadas em primeiro e em segundo lugares (enquanto condições especiais) e a condição de validade, da mesma modalidade convencional, normativamente referida em terceiro lugar (enquanto condição geral).

Não coincide, porém, integralmente, o sentido das respostas obtidas para o problema, considerado sob este ângulo de análise (relação entre as condições específicas de validade), com o que foi apurado sob o ângulo tomado por referência na secção anterior.

a)-Quando considerado o problema, sob o segundo ângulo, na *sua primeira dimensão*, cumpre indagar se as restrições à validade negocial, decorrentes das duas primeiras condições enunciadas, não decorreriam já do âmbito da mencionada em terceiro lugar, desta constituindo mera emanação concretizadora.

Que assim não sucede, retira-se, a título de exemplo, do facto de, estando em causa, no âmbito da condição de validade enunciada em terceiro lugar, a tutela de imperatividade normativa *legal* relativa à *prova*, dela não poderia resultar a primeira condição de validade, no domínio da qual se salvaguardam de forma directa interesses *não* circunscritíveis ao domínio da *prova* e *objecto* de previsão em normatividade imperativa por regra de índole *substantiva*. Na hipótese em que o regime pactício se revela colidente com a condição de validade enunciada em primeiro lugar, a convenção peca, pois, por associar um regime adjectivo (cuja bondade nessa sede se não questiona), fruto da auto-regulação das partes, a direitos *realizando indisponíveis*. Na hipótese de ofensa da condição de validade enunciada em terceiro lugar, a convenção peca por prever *regime adjectivo* merecedor de censura porque colidente com matéria *adjectiva indisponível*. Ou seja, se, no que concerne à causa de invalidade primeiramente enunciada, o que determina a produção do efeito em que a nulidade se traduz, não é o teor do regime jurídico convencional relativo à prova, construído pelas partes, mas a natureza indisponível do direito *realizando*, no que diz respeito à causa

---

<sup>437</sup> *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pp. 92 a 110 e 142. A autora sustenta a aplicabilidade, às convenções de prova, do regime jurídico contemplado nos arts. 1229 (relativo às cláusulas de exoneração da responsabilidade), 1341 (respeitante às “Condizioni generali di contratto”), 1342 (concernente a “Contratto concluso mediante moduli o formulari”) e 1419, 1 (regulador da nulidade parcial) do Codice Civile, bem como no art. 33 (subordinado à epígrafe “Clause vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore”) do Codice del Consumo.

de invalidade enunciada em terceiro lugar, é o teor das regras convencionalmente criadas e concernentes ao regime da prova, que, porque contrário à normatividade *adjectiva* imperativa, determina a invalidade do pacto de prova.

De notar, por outro lado, que o diverso tratamento normativo das condições de validade tem reflexos no âmbito do método jurisdicional de decisão sobre a licitude do pacto de prova, por influir na ordem de conhecimento de cada uma das enunciadas causas de nulidade.

Da expressão legal das várias condições de validade, transparece, na verdade, algum contraste entre a condição de validade enunciada em terceiro lugar e as demais. Após enunciação dos limites relativos à disponibilidade do direito realizando e ao grau de condicionamento do seu exercício, sublinha-se: “mas, se as determinações legais quanto à prova tiverem por fundamento razões de ordem pública, a convenção é nula em *quaisquer circunstâncias*”,<sup>438</sup> em referência textual em que a conjunção adversativa potencia estabelecimento de relação distintiva, bem como de supremacia, entre a ideia após ela expressa e o conteúdo que a antecede.

Desta forma de expressão se depreende, sob este ponto de vista, que, independentemente de se verificarem ou não as causas de nulidade constantes do n.º 1 (indisponibilidade do direito realizando e excessivo grau de dificuldade de exercício do direito à prova), a convenção será nula com base neste terceiro fundamento, atribuindo-se, em acréscimo, carácter prioritário à consideração desta condição de validade, relativamente às restantes.

Importa, pois, num primeiro momento, em mobilização deste último critério, apurar se o regime jurídico, constante da convenção de prova, se revela ou não em conflito com normatividade legal imperativa, relativa à prova.

Quando assim, concluir-se-á, de modo imediato, neste primeiro passo, no sentido da nulidade do acordo de prova.

Se superado este cordão de apuramento liminar da validade do pacto, cumpre indagar se a invasão autoreguladora das partes na matéria da prova, não comporta o compromisso de outros valores (neutralidade instrumental e efectividade), a garantir na actividade de produção de prova e de decisão da matéria de facto controvertida e cujo relevo público determina a imodificabilidade, por via negocial, do regime da prova.

Esta a sede em que, mediante mobilização das condições de validade enunciadas em primeiro e em segundo lugares, se desenvolve o segundo momento da actividade de controlo da validade da convenção de prova, com que, se conducente a conclusão positiva (no sentido da validade), se conclui o escrutínio a que há lugar no âmbito deste estrato normativo.

Na ordem de conhecimento jurisdicional dos vícios da convenção de prova, concede-se, assim, *prioridade* à consideração da condição de validade em que se

---

<sup>438</sup> Itálico nosso.

mobiliza, como critério de aferição, a normatividade legal relativa à prova e determinada por razões de ordem pública - a primeira condição a ser, assim, convocada em sede de apuramento da validade convencional, *só sendo* terceira na ordem de *enunciação* normativa.

Será este, pois, o primeiro filtro a observar no acto de controlo de validade negocial.

Conciliando o resultado, assim apurado, relativamente ao sentido da condição de validade normativamente enunciada em terceiro lugar, com o demais teor do mesmo preceito, é possível extrair conclusão mais lata.

O regime jurídico previsto no art. 345.º do Código Civil (considerado em globo) consubstancia *pronúncia* do legislador relativamente a duas dimensões de validade das convenções de prova: uma, primeira (em que se avalia da licitude primária), respeitante às *modalidades* ou *tipologias* de acordos de prova admissíveis, o mesmo é dizer, aos tipos de normas, relativas à prova, susceptíveis de ser objecto de modificação por via convencional (núcleos temáticos concernentes à prova passíveis de derrogação, porque supletivos); outra, a considerar em momento posterior, relativa aos critérios a que o regime jurídico, construído pelas partes, já no âmbito de modalidades ou tipologias de convenções de prova admissíveis (em pactos assim consentâneos com o requisito imposto pela primeira dimensão) deve suplementarmente obedecer para que, nesta particular sede de indagação acerca da licitude (agora licitude secundária) do acordo de prova, possa este ser qualificado como válido.<sup>439</sup>

A pronúncia em que a primeira dimensão se consubstancia opera por duas vias: por um lado, mediante enunciação legal explicitativa das tipologias de convenções de prova cuja válida celebração admite, (assim quando normativamente se referem as modalidades de convenções relativas aos meios de prova, bem como ao regime do ónus da prova); por outro lado, mediante indicação do critério geral que preside à selecção das *tipologias* ou modalidades de convenções de prova validamente celebráveis (indicação a que normativamente se procede através da condição de validade enunciada em terceiro lugar).

Esta última indicação<sup>440</sup> serve duas funções: permite, de um passo, um afinamento do critério de validade enunciativo (correspondente à referência – enunciação – literal das convenções de prova validamente celebráveis – relativas aos meios de prova e ónus da prova), conduzindo a verificar se, adentro dos tipos de conjuntos normativos (representativos de núcleos de matérias)<sup>441</sup> relativos à prova, cuja supletividade foi enunciativamente afirmada de forma global, existem particulares

---

<sup>439</sup> Como OUSMANOU (no âmbito de sistema jurídico – francês – em que o controlo da validade deste tipo convencional não se encontra legalmente regulado nos termos vigentes na ordem jurídica portuguesa) nota, depois de “fixados os limites “externos”” do poder regulador das partes, importa, adentro do “*parc contractuel*”, apurar os condicionamentos dessa liberdade “*surveillée*”, *Contrat et action en justice*, 2000, p. 231.

<sup>440</sup> Correspondente à condição de validade referida em terceiro lugar.

<sup>441</sup> Tipos de meios de prova e ónus da prova.

espécies normativas dotadas de natureza imperativa, a excluir, em consequência, do genérico juízo de dispositividade que a categoria em que se enquadram legalmente merece; constitui, de outro passo, critério a adoptar como padrão aferidor da possibilidade de celebração de modalidades de convenções de prova diferentes das enunciativamente indicadas como admissíveis. A condição de validade constante, em terceiro lugar, do texto normativo, releva, assim, na primeira linha (relativa à determinação das categorias de convenções de prova admissíveis) de apuramento de validade convencional, a dois títulos: a título *ancilar*, em depuramento do resultado permitido pelo critério enunciativo, e, a título *autónomo*, quanto às matérias, relativas à prova, cuja maleabilidade convencional não tenha sido objecto de individualizada explicitação normativa. Sucede-lhe (no que respeita à sequência de convocações de critérios de avaliação no plano do raciocínio a desenvolver pelo decisor), num segundo momento da cronologia decisória, a mobilização das demais condições de validade.

A norma em causa cumpre, em síntese, dupla função: mediante enunciação das modalidades de convenções de prova celebráveis e indicação do critério (condição enunciada em terceiro lugar) a observar no sentido de apurar se outro tipo de normatividade adjectiva é derogável, define o âmbito de matéria adjectiva, relativa à prova, com cariz supletivo (e, assim, o domínio da licitude primária); pelas condições enunciadas em primeiro e em segundo lugar, define os termos em que, no tipo de matérias supletivas (incluído no domínio da licitude primária), a derrogação do regime supletivo pode ter lugar (assim definindo o domínio da licitude secundária).

Nestes termos, se a convenção de prova, cuja validade se apura, respeitar a meios de prova ou ao regime do ónus da prova, embora se trate, nos termos do art. 345.º do Código Civil, de modalidade de pacto em abstracto susceptível de ser celebrado, importa verificar, em conformidade com a segunda parte do n.º 2 do referido preceito, se, em concreto, naquela hipótese, as normas legais relativas ao meio de prova ou ao regime do ónus da prova em causa, assumem ou não carácter imperativo. Circunstância em que, a concluir-se em sentido afirmativo, não será admissível aquela modalidade de convenção de prova, não obstante em abstracto o ser, de acordo com o critério legal enunciativo. A condição de validade mencionada na parte final do mencionado n.º 2 intervém, neste caso, em apuramento do critério enunciativo (por isso com carácter ancilar). Se da aplicação deste critério não decorrer a impossibilidade de válida celebração desta modalidade de convenção de prova (relativa aos meios de prova ou ao ónus da prova), importa ainda verificar se o regime nela contido se revela ou não compatível com as condições constantes do n.º 1 e da primeira parte do n.º 2 do art. 345.º do Código Civil.

Se a convenção de prova celebrada não disser respeito aos meios de prova ou ao ónus da prova (mas a outros domínios do regime da prova), recorrer-se-á (porque não se pronuncia, o legislador, de modo enunciativo ou explícito, sobre a admissibilidade de celebração dessa modalidade de convenções de prova) ao critério constante da parte final do n.º 2 do art. 345.º do Código Civil, para apurar se está ou não em causa matéria coberta por normatividade legal imperativa, relativa à prova, assim se aferindo se representa tipo ou modalidade de convenção de prova passível de válida celebração. Aquela condição de validade intervém, nesta hipótese, a título autónomo. Só concluindo-se no sentido da admissibilidade dessa tipologia de pacto de

prova se prosseguirá, indagando, à semelhança do que acontece na primeira hipótese, se o regime dele constante se revela compatível com as condições de validade constantes do n.º 1 e da primeira parte do n.º 2 do art. 345.º do Código Civil.

Com o que, em resposta à primeira dimensão do problema se conclui que, apesar de a terceira condição de validade assumir natureza de cláusula geral, as duas primeiras não constituem dela meras emanações concretizadoras, antes ponderações legais especiais, intervenientes em distinto momento do juízo decisório.<sup>442</sup>

b) Resultado (no sentido de que as duas primeiras condições não são meras concretizações da terceira), para a primeira dimensão do problema, que, por implicação, proporciona solução para o mesmo problema, quando tomado na sua *segunda dimensão*: não constituindo as duas primeiras causas de invalidade explicitações particulares do conteúdo da terceira, as fontes de invalidade decorrentes daquelas não esgotam, por natureza, as hipóteses de invalidade integráveis na terceira.

## Capítulo II – Condições gerais de natureza processual

Assumindo, as convenções de prova, a natureza de negócio processual,<sup>443</sup> suscita-se o problema de determinar se a sua validade se encontra dependente da observância de pressupostos processuais.

Também aqui não existe unanimidade doutrinal. Cremos que o tratamento desta questão e o apuramento da resposta que aquela merece não deverão ser realizados em bloco; antes mediante consideração individualizada de cada pressuposto processual, sendo que as dúvidas neste contexto relevantes se suscitam, de modo

---

<sup>442</sup> De observar (a título marginal, atento o âmbito da presente investigação) que as proibições de alteração das regras legais da prova se revelam susceptíveis de impender sobre o próprio *legislador*, sendo que a tais impedimentos podem presidir outras razões que não as ora referidas. Assim o explicita o Tribunal de Justiça da União Europeia (sexta secção), quando, no Processo 317/14-C, em acórdão proferido em 5 de Fevereiro de 2015, no caso Comissão Europeia vs. Reino da Bélgica, em que, avaliando da admissibilidade ou não de restrição *legal* de meios de prova, se pronuncia no sentido de que ao “exigir aos candidatos aos lugares nos serviços locais estabelecidos nas regiões de língua francesa ou de língua alemã, quando não resulte dos diplomas ou dos certificados exigidos que frequentaram o ensino na língua em causa, que façam prova dos seus conhecimentos linguísticos por meio de um único tipo de certificado, exclusivamente emitido por um único organismo oficial belga após um exame organizado por esse organismo no território belga, o Reino da Bélgica não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 45.º TFUE e do Regulamento (UE) n.º 492/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril de 2011, relativo à livre circulação dos trabalhadores no interior da União”.

<sup>443</sup> Nos termos observados na Secção II, do Capítulo II da Parte I.

particular, relativamente aos pressupostos processuais da personalidade e capacidade judiciárias,<sup>444</sup> bem como do patrocínio judiciário.<sup>445</sup>

DICKHOFF sustenta valer, quanto às convenções de prova, o regime da capacidade judiciária (*Prozessfähigkeit*), em toda a sua extensão (quer no que respeita à invalidade do acto praticado sem a sua observância, quer no que respeita à possibilidade e forma do seu suprimento). Posição que defende, independentemente de o pacto em causa ser celebrado dentro ou fora do processo, em virtude de, sublinha, tanto não assumir relevo quando se perscrutem as razões justificativas da previsão e regulação deste pressuposto processual).

Aderimos a esta visão, tanto no que concerne à conclusão extraída, como no que diz respeito à sua fundamentação. Será, pois, inválida a convenção de prova celebrada por sujeito jurídico privado de capacidade judiciária, quando não devidamente suprida tal incapacidade.

Atenta, porém, a circunstância de a falta de capacidade judiciária não assumir carácter necessariamente absoluto (podendo, o sujeito jurídico em causa, beneficiar de capacidade de exercício de direitos para a prática de certos actos, que não para outros e, conseqüentemente, beneficiar de capacidade para estar, por si só, em juízo em determinadas acções, mas não em outras), a aferição da validade convencional, com base neste pressuposto, só pode ter lugar por referência à acção em que a convenção seja feita valer ou por referência a um certo tipo de acções.

DICKHOFF concede, porém, relevo, à circunstância de a convenção de prova ser celebrada dentro ou fora do processo, quando se pronuncia relativamente ao patrocínio judiciário, sustentando que este só será condição de validade da convenção quando o acordo represente acto jurídico de fonte intraprocessual.<sup>446</sup> Cremos ser de ponderar, porém, um pouco mais detidamente, sobre este pressuposto processual, considerando, de modo particular, os motivos que justificam a sua previsão.

Reconduzem-se estes, no essencial, a três razões: evitar que a defesa de interesses próprios, pelas partes, exacerbe as posições que aquelas processualmente assumam, em prejuízo da serenidade e ordem promotoras do normal decurso e decisão da causa; assegurar que os actos processuais possam ser praticados em conformidade com as regras formais legalmente estabelecidas e garantir que as partes actuem processualmente com pleno conhecimento das conseqüências jurídicas associáveis a tal agir.<sup>447</sup> A realização destes dois últimos escopos, em particular, é de

---

<sup>444</sup> Para uma perspectiva evolutiva, sob o ponto de vista histórico, da capacidade jurídica, vide Rui de Figueiredo MARCOS, "A capacidade jurídica em retrospectiva", *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Volume II, Coimbra Editora, pp. 183-197.

<sup>445</sup> Sobre a razão de ser deste pressuposto processual, inclusivo do advogado no âmbito da "comunidade processual típica", vide Paula Costa e Silva, *O Dogma da Irrelevância da Vontade na Interpretação e nos Vícios do Acto Postulativo Acto e Processo*, Coimbra Editora, 2003, pp. 323 e ss.

<sup>446</sup> *Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeß*, Buchdruckerei Franz Linke, Berlin, 1941, p. 72.

<sup>447</sup> Objectivos cuja consecução se assegura, quer mediante previsão da necessidade ou da possibilidade de patrocínio judiciário (consoante, respectivamente, seja ou não, em cada hipótese, normativamente

verificação dificilmente antevizível quando, como sucederá quanto à generalidade das partes, estas não tenham conhecimentos jurídicos específicos.<sup>448</sup>

A primeira razão não assume relevo preponderante, no âmbito das convenções de prova (ainda que celebradas no processo), na medida em que as partes se encontram, quanto ao que a tal negócio jurídico respeita, de acordo. A segunda razão enunciada assume pertinência, pela sua natureza, apenas relativamente às convenções celebradas no processo. Não assim no que diz respeito ao terceiro motivo referido, dado que o risco que as partes correm (sob o ponto de vista do perigo de fragilização da sua posição jurídica), quando celebram uma convenção de prova, é o mesmo, independentemente de tal pacto ser celebrado em contexto intra ou extraprocessual, sendo que, de entre as razões aduzidas, no sentido de que o pressuposto do patrocínio judiciário deve representar condição de validade da convenção de prova, mesmo quando celebrada fora do processo, será esta a que assume maior importância.

Afigura-se-nos própria a identificação deste potencial cenário (comum a ambos os contextos - interior e exterior ao processo - de celebração da convenção de prova), relativo ao perigo que pode decorrer, para o estatuto jurídico das partes, da celebração do negócio jurídico processual que se considera. A forma de prover à minoração desse risco, não terá, contudo, de ser a mesma em ambos os ambientes. Razão por que não será imperioso defender (como forma de salvaguardar, em qualquer um dos contextos, a esfera jurídica das partes) que, também fora do ambiente processual, deve representar condição de validade convencional que o pacto de prova seja materialmente celebrado por profissional do foro, enquanto dotado de poderes representativos das partes.

---

configurado como pressuposto processual), quer mediante garantia da efectividade deste (patrocínio), designadamente através da salvaguarda da estabilidade e tutela de expectativas no exercício da actividade profissional forense que lhe corresponde. Desta última dimensão cuida o *Bundesgerichtshof* (BGH) quando, em acórdão proferido em 3 de Março de 2015 (VI ZB 71/14), se pronunciou no sentido de que, se, durante longo tempo, não foi posta em causa, pelos tribunais em geral, que a rúbrica, adoptada por um advogado, corresponde às exigências, impostas pela jurisprudência [entre as quais se contam que o traço evidencie marcas individuais e características (*“individuelle und charakteristische Merkmale”*) que, afigurando-se como reprodução de um nome, dificultem a imitação e permitam reconhecer a intenção de uma assinatura completa (*“die die Nachahmung erschweren, sich als Wiedergabe eines Names darstellt und die Absicht einer vollen Unterschrift erkennen lässt”*)], não poderá o tribunal, sem mais, deixar de aceitar tal forma de assinatura, antes impondo, o direito constitucional de protecção da confiança (*“verfassungsrechtliche Vertrauensschutz”*) e o respeito por um modelo de processo justo (*“faire Verfahrensgestaltung”*), que tal recusa seja precedida por advertência, ao mandatário, para adopção de diferente forma de representação do nome.

<sup>448</sup> A plena prossecução destes fins implica a preservação das diferentes posições processuais que cada um dos sujeitos em causa (patrono e patrocinado) ocupa na instância, de modo a que, incumbindo, embora, ao primeiro, a defesa do segundo, se não confunda com este, não partilhando, de forma directa, do interesse, da parte, na procedência ou improcedência da pretensão feita valer em juízo (consoante esteja em causa, como parte patrocinada, respectivamente, o autor ou o réu). É o relevo da manutenção desta diferenciação de estatutos, como condição de bom desempenho das funções que impendem sobre o profissional do foro, que subjaz ao teor do acórdão, proferido, pelo *Bundesgerichtshof* (BGH), no dia 23 de Abril de 2009 (IX ZR 167/07), nos termos do qual não assiste, ao advogado do autor, o direito a exigir deste, a título de honorários (ainda que em conformidade com convenção com o mesmo celebrada), montante correspondente a percentagem sobre o valor de negócio jurídico cuja celebração foi juridicamente assistida pela sociedade de advogados em causa. Padecendo, aquela convenção, de nulidade, o direito a honorários subsiste; não terá, porém, por fundamento, aquele contrato.

A não verificação, quanto a este tipo de convenções, da segunda razão enunciada, não impõe, na verdade, que se vá tão longe.

A manutenção, porém, também quanto às convenções de prova extraprocessualmente celebradas, do terceiro motivo enunciado, imporá a previsão de forma de assegurar, no que a ele diz respeito, a tutela das partes. Nem procede, contra tal necessidade, o argumento no sentido de que, estando em causa direitos disponíveis (como necessariamente estarão, para que a convenção de prova seja válida), se às partes é dado, de modo autónomo (não assistido por jurista), dispor extrajudicialmente do direito substantivo feito valer na acção, por maioria de razão hão-de estas poder dispor, também de modo autónomo, de direitos meramente instrumentais (como é o direito à prova) da realização daquele direito material. Não vale, na verdade, neste contexto, o raciocínio *ad maius ad minus*, nem sequer o de equivalência de razões que preside a tal visão. Por duas razões. Por um lado, porque a percepção e previsibilidade das consequências do acto que se pratica são superiores quando directamente se dispõe sobre o direito material, que quando se regula a dimensão processual relativa à prova.<sup>449</sup> Por outro lado, implicando, as convenções de prova, a alteração de regras processuais, coenvolvidos estão, não apenas interesses das partes (como também sucederá quando em causa o primeiro tipo de acordos), como também interesses públicos (o que poderá não se verificar se em causa acordos tão só contendentes com a dimensão substantiva), associados à actividade estadual de administração da justiça.

Razões por que é importante assegurar a prossecução do terceiro escopo, também em contexto extraprocessual. A forma, porém, de o lograr, pode, como observado, ter lugar por via diversa da seleccionada, para o mesmo efeito, no domínio intraprocessual<sup>450</sup> A adaptação, da via de tutela das partes, ao novo contexto, pode ter lugar, designadamente, mediante adopção da normal forma de garantia de interesses superiores das partes ou de interesses públicos quando extraprocessualmente há lugar à celebração de negócios jurídicos – mediante subordinação da validade destes à intervenção de sujeito dotado de fé pública, o que se associa à imposição de adopção de forma escrita. Afigura-se-nos ser este o regime que, porque mais congruente com a

---

<sup>449</sup> A título de exemplo: pode-se antecipar, com exactidão, as consequências que o perdão parcial de dívida (forma de disposição do direito material), pelo credor, implica para esta parte. Admitindo, porém, estar em causa credor que não pretende conceder tal remissão parcial do débito, a circunstância de este celebrar convenção de prova (em que se vede o recurso a certo meio de prova ou se invertam as regras do ónus da prova relativamente ao pagamento), pode vir a repercutir-se em integral perda de causa e, assim, em consequência equivalente à que decorreria de perdão total de dívida. Perdão que (não pretendendo, o sujeito em causa, como observado, remitir a dívida), se como tal lhe tivesse sido proposto, não teria aceite. A controlabilidade dos efeitos decorrentes de cada um dos actos é, assim, diversa, revelando-se menor no âmbito do acto aparentemente (porque incidente sobre o regime processual de realização do direito e não sobre o próprio direito) gerador de menor risco. Em síntese: a gravidade das consequências de acto directamente dispositivo do direito (perdão parcial, conducente a *extinção parcial* da dívida) pode ser inferior às consequências de acto relativo a matéria instrumental (da celebração de convenção de prova pode decorrer a adopção de regime jurídico cuja operatividade, na acção, venha a conduzir à improcedência desta e, conseqüentemente, a produção de efeito equiparável à *extinção total* da dívida).

<sup>450</sup> Imposição, a título obrigatório, da constituição de advogado (ou de outro profissional do foro àquele, para este fim, equiparado), nas acções em que o patrocínio judiciário represente pressuposto processual.

necessidade de cumprimento, dentro ou fora do processo, da terceira razão sublinhada, se imporia adoptar *de iure constituendo* relativamente a convenções de prova extraprocessuais.<sup>451</sup>

### Capítulo III – Pressupostos gerais de validade dos negócios jurídicos

#### Secção I – Regularidade na formação e expressão da vontade

Estando em causa acto jurídico que, para além dos seus directos e exclusivos<sup>452</sup> efeitos processuais, consubstancia um negócio jurídico – negócio jurídico que, como observado, é regulado por normas incluídas em diploma de índole predominantemente substantiva<sup>453</sup> - e celebrado, por princípio, fora do processo, cumpre indagar se lhe são aplicáveis outros fundamentos de invalidade, relevantes quanto à generalidade dos negócios jurídicos, designadamente os que respeitam aos vícios da vontade e à divergência entre a vontade e a declaração.

O regime processual legal não esclarece este aspecto de modo expresso e o problema tem-se suscitado, sob o ponto de vista doutrinal, sobretudo a propósito dos actos processuais praticados *no processo* (actos *processuais* quanto à sua *origem*).

As dúvidas, quanto à aplicação de tais regras a este tipo de actos, prendem-se, de um modo especial, sobretudo, com duas questões: por um lado, com a similitude ou não do *relevo da vontade* nos actos jurídicos em geral e nos actos praticados no processo; por outro lado, com as consequências que a vigência de tal regime implicaria ao nível da adequada tramitação processual.

Estes os aspectos que também tomaremos como pontos de análise a propósito da reflexão, sobre o mesmo problema, relativamente às convenções de prova

---

<sup>451</sup> Cremos, por outro lado, que este regime deveria valer quanto a todas as convenções de prova – mesmo quanto àquelas que criem regime de prova a adoptar em acções em que o patrocínio judiciário não é obrigatório. A probabilidade de a convenção de prova ser celebrada sem que uma ou ambas as partes tenham plena consciência do grau de risco a que se expõem não é, na verdade, assimilável, quando o pacto seja celebrado *no seio do processo* em que o patrocínio judiciário não é obrigatório e quando seja celebrado *fora do processo*, por referência a acção em que também o patrocínio judiciário não represente pressuposto processual. A inexistência, neste segundo contexto, da figura do juiz, capaz de, enquanto terceiro *supra partes*, advertir as partes para os perigos associados à celebração de pacto de prova, esclarecendo-as, por outro lado, relativamente ao significado do regime que desse pacto venha a constar, justifica, pois, que as medidas pensadas para assegurar, em ambiente extraprocessual, as garantias que, em ambiente processual, o patrocínio judiciário ajuda a proporcionar, se apliquem também quanto às convenções de prova cuja eficácia, se celebradas no seio do processo, não pressuporia a intervenção de mandatário judicial (porque não obrigatório, nesse processo, o patrocínio judiciário).

<sup>452</sup> Quando se considerem tão só as únicas convenções de prova objecto do presente estudo – as que sejam ou se destinem a ser invocadas em processo jurisdicional.

<sup>453</sup> Código Civil.

enquanto actos processuais quanto aos efeitos<sup>454</sup> e, por regra, *não processuais* quanto à origem<sup>455</sup>.

### **a) Relevância da vontade**

No que diz respeito ao *relevância da vontade*, a proximidade entre as convenções de prova (celebradas extraprocessualmente) e os negócios jurídicos que tenham por objecto matéria de direito substantivo (sendo que quanto a estes últimos se não suscitam dúvidas quanto à aplicabilidade do regime dos vícios em questão) é mais nítida do que aquela que se antevê quando cotejados estes (negócios jurídicos substantivos) com actos processuais quanto à origem.

As convenções de prova surgem na sequência da exclusiva vontade das partes, consubstanciam-se no entrelaçamento das expressões de tal vontade, são passíveis de extinção (por revogação) quando tal conciliação consensualmente se dissolver e a vontade releva não apenas quanto à prática do acto como ainda quanto aos seus efeitos. A fonte e a razão de subsistência e vigência convencionais alicerçam-se, portanto, na volição das partes contraentes, sendo que tanto se verifica, não apenas em sintonia com o que acontece com os negócios jurídicos, mas *porque* constituem verdadeiros negócios jurídicos.

Se a estes se aplicam as regras consubstanciadoras de normas relativas aos vícios da vontade e à divergência entre a vontade e a declaração, em virtude do relevo que a vontade neles assume (relevo assim justificador da tutela que, nesse âmbito, merecem a correcta formação e expressão da vontade) e se as convenções de prova são negócios jurídicos em que a vontade assume a mesma preponderância, justifica-se, sob esse ponto de vista, a aplicação, também a estas, daquelas normas. Raciocínio (no sentido da aplicabilidade do regime que se considera) identicamente relevável (como o salienta BESSONE) quanto a negócios jurídicos processuais não atinentes ao regime da prova.<sup>456</sup>

Sendo, como nota PAULA COSTA E SILVA, o regime dos vícios da vontade, aplicável mesmo quanto a alguns dos actos processuais quanto à origem (destituídos de carácter negocial), não se vislumbra, pois, a este primeiro nível de ponderação (em

---

<sup>454</sup> Qualidade que se verifica, como acima observado, quanto a todas as convenções de prova.

<sup>455</sup> Qualidade que se verifica quanto à generalidade das convenções de prova, em virtude de, por regra, não serem celebradas no processo.

<sup>456</sup> A propósito da figura dos pactos de competência, BESSONE pronuncia-se no sentido de que, quando esteja em causa um negócio jurídico, este pode ser declarado inválido com base no regime geral dos vícios da vontade, independentemente da qualificação, do pacto em causa, como negócio processual ou substantivo, dado que “a autodeterminação reconhecida às partes não pode deixar de ter uma tutela normativa adequada”. De onde retira que não se trata de “...discutir se os vícios da vontade respeitam ou não a um acto que – como se disse de forma feliz- «deve ser de ordem a não deixar dúvidas quanto à comum intenção das partes» pois é seguro que respeitam. Trata-se antes de procurar compreender como é que tal acontece e com que efeitos”, “Aspetti sostanziali e aspetti processuali dell’accordo di deroga alla competenza”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno XIX, 1965, Giuffrè, pp. 1068 a 1070.

que se considera o relevo da vontade), obstáculo à susceptibilidade de ser arguida a invalidade de verdadeiros negócios jurídicos processuais (convenções de prova) com base em tais fundamentos.<sup>457</sup>

A circunstância de este tipo de pactos assumir natureza processual não representa, pois, como nota DICKHOFF, circunstância obstaculizante a que a tais acordos se apliquem regras jurídicas igualmente aplicáveis a negócios jurídicos de natureza material.<sup>458</sup> Razão por que adoptamos perspectiva diversa da propugnada por PEZANNI quando, observa que tem por incontestável que os pactos de prova se devem considerar de natureza material, sob pena de, a não ser assim, lhes não serem aplicáveis as normas de validade civilmente previstas.<sup>459</sup>

---

<sup>457</sup> Paula COSTA E SILVA sustenta o relevo da falta e vícios da vontade mesmo quanto a actos processuais destituídos de natureza negocial, desde que integráveis na categoria de actos postulativos e, assim, a quebra do dogma da irrelevância da vontade quanto a este tipo de actos. Toma, por estes, aqueles que consubstanciam um pedido, de natureza formal ou material, dirigido ao tribunal. Assim os define: “O acto postulativo é o acto através do qual a parte formula um pedido ao tribunal. Tanto é acto postulativo aquele através do qual a parte requer ao tribunal que conheça de uma questão de fundo, como é acto postulativo aquele em que a parte formula o pedido de conhecimento de uma questão meramente processual”, *O Dogma da Irrelevância da Vontade na Interpretação e nos Vícios do Acto Postulativo Acto e Processo*, Coimbra Editora, 2003, p. 211. Definição de onde retira, a título conclusivo, quanto às características do acto postulativo, que este: “... tem como destinatários o tribunal e a parte contrária, havendo, no entanto, que restringir a necessidade de notificação da parte demandada às situações em que a acção possa repercutir efeitos na sua esfera jurídica”, bem como que “...tanto o tribunal, como a parte contrária são declaratórios do acto postulativo, na medida em que ambos devem ser considerados como os referentes dos efeitos do acto”, *ob. cit.*, p. 234. Na sequência do problema, de que parte, no sentido de saber se “o acto postulativo, é um acto por natureza hostil à relevância da vontade”, (*ob. cit.*, p. 457), a autora toma por critério essencial de investigação, não o da qualificação do acto postulativo como negocial ou como acto simples (dado que a lei processual admite o relevo da falta ou vícios da vontade quanto a actos processuais destituídos de carácter negocial, como a confissão), mas o do interesse ou desinteresse do sistema relativamente ao “modo como a vontade do autor do acto se formou ou exteriorizou” (*ob. cit.*, p. 470). Vindo a concluir em sentido negativo (não desinteresse), procede a uma análise detida das consequências da falta de vontade, das divergências intencionais e não intencionais entre a vontade e a declaração, da alteração das circunstâncias e do erro quanto a este tipo de actos, a pp. 511 a 647 da mesma obra.

<sup>458</sup> Apesar de qualificar as convenções de prova como negócios jurídicos de natureza exclusivamente processual, DICKHOFF observa que tanto não impede que a tais acordos se possam aplicar normas também relevantes quanto a contratos de direito substantivo (designadamente as que concernem à vinculatividade da proposta formulada). Sustenta-o, sem, contudo, cair em contradição com o facto de, simultaneamente, afirmar a regra de que as normas do direito civil relativas aos negócios jurídicos “não são transmissíveis” aos actos processuais. Compatibilidade que alcança em virtude de, em perspectiva com que nos identificamos, conceber as regras, aplicáveis aos negócios jurídicos em geral, como normatividade cuja natureza e âmbito aplicativo supera a natureza e âmbito aplicativo de cada um dos “favos da colmeia jurídica” em que cada ramo de direito se analisa, revelando-se, em maior ou menor medida, de aplicação a eles transversal, *Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeß*, Buchdruckerei Franz Linke, Berlin, 194, pp. 71 e 72.

<sup>459</sup> A autora refere-se a normas de validade que designa de direito substantivo, *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 70. Entendemos, porém, que tais normas, não obstante constarem de diploma com natureza eminentemente substantiva e se revelarem aplicáveis a negócios jurídicos com tal carácter, não assumem tal natureza. Beneficiam, diferentemente, de *neutralidade*, na medida em que em abstracto passíveis de relevar, quer no domínio de negócios jurídicos substantivos,

Tal qualificação (como processual) do pacto, não determina, por outro lado, como PEZZANI sublinha, que deva ser adoptada a concepção, propugnada por BESSONE, quando (pronunciando-se, este, relativamente aos pactos de competência) sustenta a aplicação de particular norma regente da validade de actos processuais.<sup>460</sup>

### **b) Impacto no processo**

Cumprе considerar o segundo ângulo de análise, respeitante aos potenciais efeitos negativos que a possibilidade de invocação processual de tais vícios pode importar ao nível da regular tramitação da instância.<sup>461</sup>

As convenções de prova partilham, sob este aspecto, de característica que é comum aos actos processuais quanto à origem e de que a generalidade dos negócios jurídicos civis ou substantivos, celebrados extraprocessualmente, não partilha – alteram o regime processual aplicável.

Representarão estas repercussões processuais, produzidas por ambos os tipos de actos processuais (com origem no processo ou fora dele), impedimento válido à aplicação daquelas normas?

Afigura-se-nos que o tipo de reflexos processuais que tal invocação produz é diversa consoante o tipo de actos processuais (quanto aos efeitos) que se considere.

b.1. Quando estejam em causa actos processuais quanto aos efeitos e quanto à origem, a circunstância de, uma vez praticado o acto, poder, em momento posterior,

---

quer no âmbito de pactos de índole processual. Questão é que se verifiquem os pressupostos de tal aplicação.

<sup>460</sup> Em causa está o art. 156, 3 do Codice di Procedura Civile, nos termos do qual a nulidade de acto processual não será declarada quando, na sequência da prática deste, se tenha alcançado o fim que por seu intermédio se visava atingir. O autor sustenta, como *supra* referido, que tal norma se aplicaria aos pactos de competência notando, porém, que o escopo, referido pelo preceito em causa, só se alcançaria quando a definição convencional do tribunal competente tivesse tido lugar mediante emissão de declarações válidas no que concerne à dimensão volitiva que àquelas subjaz, “Aspetti sostanziali e aspetti processuali dell’accordo di deroga alla competenza”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile*, 1965, II, pp. 1064 e ss. Afigura-se que este contorno doutrinal não seria, na verdade, necessário, quando se abandonasse o pressuposto de que normas, relativas à validade, constantes do Código Civil, só são aplicáveis relativamente a negócios jurídicos materiais. Porque partidária da natureza substantiva das convenções de prova, outras são, porém, as razões que PEZZANI invoca contra a procedência de tal concepção (quanto a estas, *vd. Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pp. 66 e ss).

<sup>461</sup> A par deste argumento, são também concebíveis, como elemento de ponderação, os efeitos negativos que o relevo de tais fundamentos de invalidade podem ter ao nível da tutela da segurança da posição jurídica da contraparte. Esta é, porém, uma razão destituída de relevo autónomo na presente sede (processual), na medida em que igualmente se suscita quando estejam em causa actos jurídicos destituídos de efeitos processuais. Como nota Paula COSTA E SILVA, “...a existência de um conflito de interesses entre as partes em torno da regularidade de uma declaração adjectiva não é problema especificamente dependente da natureza processual do acto. Este conflito surge sempre que um sujeito pretende libertar-se de uma vinculação, pretendendo a parte que dela beneficia e que por ela se autodeterminou a respectiva manutenção”, *O Dogma da Irrelevância da Vontade na Interpretação e nos Vícios do Acto Postulativo Acto e Processo*, Coimbra Editora, 2003, p. 457.

vir a ser invocada a sua invalidade, com base na divergência entre a vontade e a declaração ou em vício da vontade, comportaria implicações ao nível da tramitação processual, na medida em que poderia determinar a invalidade dos actos subsequentes àquele relativamente ao qual o vício é invocado.

b.2. A afectação de outros actos não se verifica (ou não com a mesma probabilidade) quando a invalidade com base nestes fundamentos respeite a actos de origem extraprocessual e tal invalidade seja, no processo, arguida pelas partes. Invocada, processualmente, a celebração da convenção de prova por uma das partes, incumbe à contraparte, no prazo que legalmente lhe é proporcionado para exercício do contraditório, pronunciar-se quanto a todos os argumentos adutíveis relativamente a tal convenção (designadamente os relativos aos vícios de que esta padeça). Devendo tal arguição verificar-se nesse momento embrionário e respeitando ao regime da prova, o decisor pronunciar-se-á em momento anterior ao início da fase em que se verifica a produção de prova (por regra a fase de julgamento). Por via desse controlo jurisdicional, esclarecer-se-á, previamente (relativamente à produção de prova), o carácter válido ou inválido da convenção, só operando, assim, na instância, o regime constante de tal acordo, caso se tenha concluído no sentido da sua validade. Porque assim, mesmo quando inválida a convenção de prova, tal invalidade tenderá a não se repercutir nos actos processuais subsequentes à invocação de tal pacto na acção.

Tanto não obsta, contudo, a que se possam discernir hipóteses em que tal repercussão se verifique. Assim, por exemplo, se estiver em causa um vício gerador de nulidade, cujo conhecimento pode ter lugar, pelo juiz, em qualquer momento do processo. A verificar-se em momento posterior ao início da produção de prova, tal conhecimento pode implicar a anulação e eventual repetição de actos praticados em conformidade com a convenção, antes da decisão declarativa de nulidade.

Essa circunstância (repercutibilidade da invalidade da convenção em actos a esta subsequentes) não assume, porém, relevo decisivo para determinar a inaplicabilidade de tal regime a estes actos.

Na verdade, e por um lado, essa consequência reflexa da invalidade de um acto processual em outros actos com a mesma natureza, verifica-se noutras hipóteses, designadamente quando estejam em causa nulidades processuais. Por outro lado, a bondade das razões que determinam a consideração processual do vício invocado (tutela da vontade das partes e, conseqüentemente, da possibilidade da sua autodeterminação no exercício da autonomia privada) em muito se sobrepõe, nesses casos, à necessidade de reformulação da tramitação processual anterior que tal consideração possa determinar.

Comunga, portanto, esta hipótese, da razão que está na base da concessão de relevo processual às nulidades de que os actos de origem intraprocessual padeçam – também aí as vantagens que dela decorrem (adequação da decisão a preferir na sequência de um processo regular) se sobrepõem aos incómodo e acréscimo de tempo que o rearranjo processual que tal relevo possa implicar comporta.

Por outro lado, a possibilidade de vir a ser declarada a invalidade de actos processuais com base nos referidos fundamentos gerais resulta, expressamente, do

regime legal, relativamente aos actos de confissão (cuja integração na classe dos actos jurídicos de natureza negocial não é doutrinalmente pacífica, como Paula COSTA E SILVA observa)<sup>462</sup>, desistência e transacção, sendo que tal possibilidade remanesce, mesmo após o trânsito em julgado da decisão que as tenha por objecto.<sup>463</sup>

Esta tríade de actos distingue-se do acto em que a convenção de prova se consubstancia por (nos termos em que, para o presente efeito, são processualmente regulados) serem praticados dentro do processo, por respeitarem ao mérito da causa e por, à excepção da transacção, não assumirem natureza negocial.

Se os vícios da vontade são susceptíveis de relevar quanto a actos dotados de efeitos processuais praticados *no* processo, o valor de eficácia processual (potencialmente minorada quando a invalidade de um acto processual se repercute, com efeitos invalidantes, em actos que lhe são posteriores) deixa, por maioria de razão, de constituir, por si só, fundamento, para a não aplicação daquele regime quanto a actos, dotados de efeitos processuais, celebrados *fora* da instância.

Como apurar o critério relevante para efeito de determinação dos casos em que a falta ou vícios da vontade deve relevar quanto a actos dotados de efeitos processuais, quando o legislador não se tenha pronunciado de modo expresso a esse respeito?

---

<sup>462</sup> Em raciocínio que seguimos, Paula COSTA E SILVA questiona as razões que terão estado na base da previsão desta possibilidade quanto a um acto processual – confissão – cuja qualificação como negocial sublinha não ser evidente (“...dos traços característicos da confissão...nos parece resultar que ela não pode ser inequivocamente reconduzida à categoria do acto negocial”): “Como é possível justificar que a confissão possa ser anulada, mesmo que o seu conteúdo não apresente um desvio relativamente à realidade, com fundamento em vícios da vontade? Como pode um acto, em que não está seguramente presente a vontade de provocação de efeitos, mas simplesmente de emissão de uma declaração, ser invalidado com fundamento em vícios da vontade?”, vindo a concluir: “A resposta, pensamos, só pode ser uma. Quando a lei valora a confissão de determinado modo, fazendo-lhe aderir efeitos que são independentes da finalidade do declarante (este apenas reconhece a verdade de determinados factos), pressupõe que a vontade do confitente seja livre, quanto à emissão da declaração, e esclarecida, quanto à ausência de patologias que o levem a dizer ser verdade aquilo que ele só afirma como tal por estar em erro. Se o declarante tiver uma vontade justificativa do acto que não sofreu qualquer patologia, não poderá pretender a respectiva destruição porque ignorava que a parte contrária pudesse aproveitar-se processualmente da confissão. Para este efeito, a lei desinteressa-se daquilo que o autor da confissão quer ou não. No entanto, este efeito apenas se pode justificar e manter verificando-se que a parte emitiu a declaração confessória de acordo com uma vontade ausente de vícios”, *O Dogma da Irrelevância da Vontade na Interpretação e nos Vícios do Acto Postulativo Acto e Processo*, Coimbra Editora, 2003, pp. 468 e 469. Ressaltando a diferença, relativamente aos actos negociais, do título a que a falta e vícios da vontade relevam quanto à confissão, a mesma autora sublinha, em síntese elucidativa, que faz valer também para o acto de perfilhação: “O que nem o confitente, nem o perfilhante podem fazer é impugnar as respectivas declarações com fundamento em erro quanto aos efeitos dos actos. Porque estes aderem-lhes heteronomamente e quanto a estes a lei desinteressa-se das finalidades do autor do acto. As patologias que se venham a verificar na conformação concreta do acto determinarão uma destruição de efeitos heteronomamente fixados, apesar de a finalidade do autor do acto quanto à respectiva produção ser absolutamente irrelevante”, *ob. cit.*, p. 470. Conclusão em consonância com o pressuposto, de que partia, no sentido de que o sistema não atribui apenas “...relevância a vícios que afectem o processo que se conclui com a prática do acto se esse acto for final. Da circunstância de a lei intervir na fixação dos efeitos do acto não decorre que o sistema desconsidere o modo como o acto, ao qual aderirão efeitos heteronomamente, adquiriu existência”, *ob. cit.*, p. 468.

<sup>463</sup> Cfr. arts. 301.º do Código de Processo Civil e 359.º, n.º 2 do Código Civil.

Tratando-se de actos com repercussões na tramitação da instância, a relevância de tais vícios não será tão ampla quanto a que se verifica relativamente a actos destituídos de efeitos processuais.

O critério dependerá do resultado do balanço que, no plano do regime jurídico, se estabeleça, quanto a cada acto, entre, por um lado, o relevo da vontade no universo de surgimento e subsistência do acto em causa (relevo que, a existir, representa factor tendente à aplicabilidade de tal regim) e, por outro lado, na expressão de Paula COSTA E SILVA, os “interesses da comunidade num decurso não acidentado do processo”<sup>464</sup> (interesses que, se tomados como preponderantes, constituem factor tendente à não aplicabilidade desse regime).

O que, como sublinha a autora, na esteira de DICK, é reflexo da ponderação, omnipresente na normatividade processual, entre os interesses das partes, cuja tutela o processo visa instrumentalmente assegurar, e os interesses da colectividade.<sup>465</sup> Comunidade ora actuante, quer enquanto ente prestador do serviço de administração da justiça, quer enquanto conjunto de sujeitos jurídicos dotados de interesses cuja adequada tutela depende também de comportamentos de terceiros.

A ponderação não consta de norma expressa; manifesta-se em normas concretas, sendo a interpretação do conjunto destas, a via de extracção de um sentido global.

Não cuidando nós, embora, na presente sede, da indagação dos actos processuais que devam ser susceptíveis de ser declarados inválidos com base em tais fundamentos, retira-se, como síntese da sumária análise precedente, que o relevo do tipo de vícios que ora se considera encontra acolhimento quanto a *actos* em que a vontade assume importância, não só para a génese do acto, como para a produção dos seus efeitos (o que engloba os actos negociais e os actos postulativos), bem como quanto a *actos* cuja produção de efeitos não radica na vontade do declarante, mas cujo surgimento tem por base tal vontade e cujas consequências revistam uma particular gravidade, mormente quando de modo especialmente incidente se reflectam no mérito da causa (assim, por exemplo, com o acto de confissão).

Não procederá, pois, sob este ponto de vista, a asserção de BETTI quando sustenta que os actos processuais são regulados, com carácter exclusivo, por normatividade de natureza processual.<sup>466</sup>

---

<sup>464</sup> Paula COSTA E SILVA, *Acto e Processo, O Dogma da Irrelevância da Vontade na Interpretação e nos Vícios do Acto Postulativo Acto e Processo*, Coimbra Editora, 2003, p. 456.

<sup>465</sup> Assim o exprime a autora: “Se a paz social não permite uma demora dos processos, sendo hostil à destruição de actos processuais, a tutela das situações concretas impõe a relevância do erro. Quando assim se não entender tem de admitir-se um desvio entre a situação material tal como representada na decisão e a situação material efectivamente existente”, *O Dogma da Irrelevância da Vontade na Interpretação e nos Vícios do Acto Postulativo Acto e Processo*, Coimbra Editora, 2003, p. 456.

<sup>466</sup> O que fundamenta mediante referência à natureza própria dos actos processuais, manifestada na especificidade dos efeitos que deles decorrem. De salvaguardar, porém, que, após excluir a aplicabilidade de outra normatividade que não a processual, o autor observa que daí retira a inaplicabilidade de normas específicas de direito privado. Não fora a primeira parte da afirmação, a segunda, a primeira seria, em abstracto, compatível com a admissibilidade de a aplicação de normas

Verifica-se, por outro lado, quando se atenta no regime legal, que, a circunstância de o acto poder ser praticado extra ou intraprocessualmente, não determina, neste plano, que, sendo praticado extraprocessualmente, deva obedecer a regime diverso por esse facto. A circunstância de a declaração de invalidade, com fundamento nos vícios que se consideram, decorrer do relevo que a vontade assume em tais actos, conduz à irrelevância do local de expressão da vontade (cujo relevo se tutela) se manifestar no perímetro interno ou externo do processo.

O critério para determinação dos casos em que a invalidade, relativa à falta e vícios da vontade, é invocável e merecível de análise, em processo, assenta, pois, quer na (dupla) importância que a vontade assuma no quadro do acto em causa, quer na gravidade dos efeitos que dele decorram.

Nestas hipóteses será, portanto, indiferente, para o problema da cognoscibilidade da falta ou vícios da vontade, a circunstância de o acto jurídico (negocial ou simples) feito valer no processo ter ou não sido celebrado no seu seio.

Se estas são as coordenadas fundamentais a reter quanto aos actos processuais, em sede geral, quais as inferências que daí se retiram relativamente à aplicabilidade do regime de invalidade que ora se considera, quando o acto jurídico em causa seja uma convenção de prova?

Observámos que os acordos de prova são, por norma, celebrados fora do processo e só nele feitos valer. A eventualidade, porém, de serem celebrados intraprocessualmente não modifica, pelo exposto, as conclusões a retirar: está sempre em causa negócio jurídico e, assim, acto em que, por natureza, a vontade é determinante, não só quanto à génese da conduta jurídica, como também quanto aos efeitos que dela decorrem, pelo que serão, quanto àquelas, sindicáveis as causas de invalidade fundadas na falta ou vícios da vontade (conquanto, como decorre da observação de DICKHOFF, se afigure pouco provável que, quanto a este tipo de convenções, alguns tipos de vícios venham, na prática, a assumir relevo)<sup>467</sup>.

---

que, não sendo de direito processual, não fossem também de aplicação circunscrita ao domínio do direito privad (*Diritto Processuale Civile Italiano*, 2ª ed., Corredatta della recente giurisprudenza, Roma, Foro Italiano, 1936, XXXVI, p. 291).

<sup>467</sup> O autor também conclui no sentido da aplicação do regime dos vícios do consentimento, previsto no BGB, às convenções de prova, salvaguardando, contudo, a não aplicação do regime relativo à simulação e às declarações não sérias por dizer não vislumbrar razões susceptíveis de conduzir as partes a celebrar convenções de prova em tais circunstâncias. Revela-se, na verdade, pouco crível, a celebração deste tipo de negócios jurídicos tomando por base declarações não sérias. Por outro lado, ainda que se possa conceber que, em determinadas circunstâncias, o que aparentemente se apresenta como convenção de prova, o não seja efectivamente, tanto relevará, mais verosimilmente, no âmbito do regime da qualificação negocial (podendo, por exemplo, o que as partes designam por convenção de prova, representar, diferentemente, acordo de reconhecimento de factos) que no domínio do regime da simulação relativa. Assumindo, o teor convencional, natureza conformativa do regime processual, será esta configuração regulativa (quando válida e eficaz) produzida automaticamente e sob escrutínio judicial, não restando, por princípio, margem às partes para (como sucede no âmbito da simulação relativa) transformar o teor convencional em mera capa, não coincidente, na prática, com o declarado e ocultante de outra realidade que as partes fazem relevar apenas no domínio das suas relações privadas ou para (como sucede no âmbito da simulação absoluta) simplesmente produzir declarações destituídas

Estas as razões que, evidenciando a importância da tutela da vontade, justificam, por outro lado, que a realização de controlo jurisdicional da validade, por aplicação de tal regime, poderá ter lugar, quer quando tal controlo seja efectuado antes da invocação processual do negócio (convenção de prova) em causa, quer quando tenha lugar na acção em que este é invocado (à semelhança do que acontece quando se considera, processualmente, negócio jurídico, com objecto material, celebrado extraprocessualmente) e mesmo que o fruto de tal controlo (porque no sentido da invalidade da convenção) possa fazer perigar a manutenção de actos processuais (contaminados pela invalidade do pacto de prova) entretanto praticados. Em sintonia com WAGNER, perfilhamos, pois, entendimento no sentido da aplicabilidade do regime em causa aos negócios jurídicos em que as convenções de prova se consubstanciam.<sup>468</sup>

---

de correspondência, na prática, com a consumação de qualquer negócio jurídico. Tanto não significa, porém, que, por via dos efeitos próprios do negócio jurídico celebrado, as partes não visem alcançar fins (lícitos ou ilícitos) que não declaram. Quando assim e se de natureza ilícita estes últimos, o tribunal disporá dos meios gerais de controlo da regularidade dos actos processuais. A via pela qual DICKHOFF se pronuncia no sentido da aplicabilidade da generalidade do regime relativo aos vícios do consentimento assenta, porém, em pressupostos diversos daqueles de que partimos. DICKHOFF aceita, na verdade, tal aplicação, não porque a convenção de prova represente um acto processual, mas porque, *apesar* de o ser, assume carácter negocial subjectivamente bilateral. É esta última dimensão (atributiva de particulares especificidades a este acto processual) a razão justificadora do relevo que, neste contexto, concede a tal normatividade, *Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeß*, Buchdruckerei Franz Linke, Berlin, 1941, p. 76. Diferentemente, entendemos que a possibilidade de invocar a nulidade do acto em virtude de padecer de vícios do consentimento sempre se aplicaria às convenções de prova enquanto acto postulativo. A natureza convencional, porém, do acto em causa, torna mais clara a defensabilidade desta posição, porque fica naturalmente eliminado o relevo de argumentos no sentido da inaplicabilidade de tal regime aos actos processuais em virtude de estes carecerem de natureza convencional. É essa contraposição (no que diz respeito ao relevo ou não dos vícios da vontade enquanto fundamento de impugnação dos actos jurídicos) que DICKHOFF corrobora e explora quando expõe as razões justificativas da aplicabilidade daquele regime aos negócios jurídicos, mas não aos actos processuais que não revistam aquela natureza. São múltiplas as razões que enuncia a título de justificação de tal diferenciação, vincando, contudo, a circunstância de cada uma das partes na convenção não se poder, por princípio, desvincular unilateralmente do vínculo negocialmente assumido (por contraposição ao que assume como tendência relativamente aos actos unilateralmente praticados no processo). Contra a hipótese (que, como vimos, concebe como excepcional relativamente ao regime aplicável aos demais actos processuais) de impugnação da regularidade do acto processual, em que a convenção de prova se consubstancia, com base na existência de vícios da vontade, não deve valer, observa DICKHOFF, a invocação de que existe de interesse público na execução da convenção de prova. Que este não existe, conclui, retira-se da possibilidade de serem celebradas convenções de prova em momento anterior ao início do processo (assim passíveis de não virem a ser executadas). Concordamos com o autor quando a argumentação que aduz se interprete no sentido (ligeiramente diferente e mais amplo que aquele que literalmente enuncia) de que, podendo, embora, existir interesse da comunidade na efectiva aplicação do regime convencional [o facto de o regime convencional em causa – tendo, como tem, por fonte a congregação de vontades entre dois sujeitos, que não a imposição unilateral da vontade de uma das partes- frequentemente promover a efectividade da tramitação processual, é, de resto, como *supra* observado, uma das razões que estimula o legislador a conceder a possibilidade de válida celebração destes pactos], aquela prescinde da sua efectiva prossecução, em nome do respeito pela livre autonomia das partes, como se retira da circunstância de não se impor, nem se estimular que uma convenção de prova celebrada (antes da proposição da acção ou na sua pendência) seja feita valer na lide, uma vez iniciada esta.

<sup>468</sup> WAGNER contesta a perspectiva, sustentada por HÄSEMAYER, no sentido de que a imperatividade do direito processual se impõe atenta a circunstância de o processo consubstanciar um perigo especial para

A circunstância, porém, de as convenções de prova, estarem, enquanto negócios jurídicos que são, subordinadas, como JÄCKEL expressamente nota, a algumas das normas jurídicas que constam do Código Civil, não as converte em contratos de direito material.<sup>469</sup> Tal aplicação deve-se à circunstância de aquela normatividade se revelar aplicável ao instrumento ou veículo de expressão da vontade privada em causa (pacto), independentemente do objecto (material ou processual) de tal meio de manifestação volitiva. Não se nos afigura, assim, que os acordos subsumíveis nesta modalidade convencional se possam designar por contratos jusmateriais acerca de relações processuais, como o faz aquele autor (JÄCKEL) na esteira de EICKMANN e da jurisprudência do *Reichsgericht*, nem como contratos com “natureza dupla” ou “híbrida”, ou, na metáfora de EHRENZWEIG, recordada e sancionada por JÄCKEL, como “culturas que, no que diz respeito às suas raízes, pertencem ao direito material, mas que, considerando os seus frutos, pertencem ao direito processual”.<sup>470</sup>

## Secção II – Regime da forma negocial

a)- No que diz respeito à natureza consensual ou não (sob o ponto de vista da forma) das convenções de prova, cremos que o problema deve ser considerado sob duas perspectivas: de acordo com o direito constituído e no quadro de direito a constituir.

---

a liberdade do indivíduo, observando (o segundo autor) que a dinâmica do processo limitaria fortemente a apreciação compreensiva dos vícios da vontade e de outras causas de invalidade e que o caso julgado material petrificaria, após a conclusão do processo, a decisão sobre o objecto. A esta perspectiva, WAGNER contrapõe que o direito processual contratual não é menos proteccionista que o direito material, no que diz respeito à existência de mecanismos de tutela da autonomia privada, sendo que esta tem lugar, designadamente, mediante impugnação de *convenções processuais com base em vícios da vontade* e, em particular, mediante garantias específicas como aquelas em que se traduzem o patrocínio judiciário obrigatório para litígios que excedam um determinado patamar de relevância, bem como os deveres de esclarecimento e de formulação de questões que, nos termos do §139 ZPO, impendem sobre o tribunal. Tais mecanismos deveriam representar os primeiros níveis de garantia da efectividade da autonomia privada, sendo que a proibição ou restrição da disponibilidade processual se situaria em plano de intervenção de último recurso, *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 62.

<sup>469</sup> JÄCKEL sublinha que o contrato representa um conceito geral de direito, relevante ao nível dos seus diversos ramos, pelo que, e salvo expressa previsão em sentido diverso, se lhe aplicam as normas, constantes do Código Civil, designadamente as que impõem a boa fé e a ordem pública como limites da liberdade contratual (§§ 138 e 242 BGB), bem como as relativas aos vícios da vontade (§§104 e ss. BGB). O autor entende ser de estabelecer separação clara entre o surgimento válido do contrato, por um lado, e a sua admissibilidade e efeito, por outro, *Beweisvereinbarungen im Zivilrecht Wirksamkeit und Wirkungen aus materiell-rechtlicher und prozessualer Sicht*, Duisburg; Köln, 2007, pp. 9 e 10. Diríamos que, no contexto a que o autor se reporta, a fronteira a estabelecer seria entre as condições de validade susceptíveis de aplicação geral e aquelas que, com carácter especial, emanam da normatividade adjectiva, dado que desta podem resultar condicionamentos relevantes também no momento do nascimento do contrato.

<sup>470</sup> *Beweisvereinbarungen im Zivilrecht Wirksamkeit und Wirkungen aus materiell-rechtlicher und prozessualer Sicht*, Duisburg; Köln, 2007, p. 14.

No âmbito do direito constituído, importa notar que, apesar de, no Código de Processo Civil, se prever a necessidade de observância de forma quanto às convenções processuais em que se traduzem os pactos de jurisdição e os pactos de competência<sup>471</sup> e de, na Lei da Arbitragem Voluntária, se impor a necessidade de redução da convenção de arbitragem a escrito,<sup>472</sup> o primeiro é omissivo quanto aos requisitos de validade formal das convenções de prova, nele se não consagrando também qualquer norma relativa ao critério a adoptar no que diz respeito às condições de validade formal no âmbito dos negócios processuais em geral. Também na norma que, no Código Civil, respeita às convenções de prova, se não contempla qualquer traço de regime relativo à validade deste tipo de acordos, no que concerne à forma a observar.

De retirar será, por isso, no âmbito do sistema jurídico português, a ilação que, ante quadro normativo similar, DICKHOFF extrai no âmbito do regime jurídico alemão<sup>473</sup>, concluindo-se vigorar, neste domínio, o princípio da consensualidade ou liberdade de forma.<sup>474</sup>

Não cremos, contudo, ser essa a melhor solução de regime. Situando-nos, pois, agora, no plano do direito a constituir, observa-se que, as mesmas razões que justificam a necessidade, legalmente imposta, de observância de forma no âmbito de outros negócios jurídicos processuais<sup>475</sup>, ditariam que, também no que concerne às convenções de prova, e em conformidade com o que acima observámos,<sup>476</sup> estas deveriam representar acordos cuja validade dependesse do respeito por requisitos relativos à forma negocial.<sup>477</sup>

---

<sup>471</sup> Cfr. arts. 94.º e 95.º, respectivamente, do Código de Processo Civil.

<sup>472</sup> Cfr. art. 2.º da Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro.

<sup>473</sup> *Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeß*, Buchdruckerei Franz Linke, Berlin, 1941, p. 72.

<sup>474</sup> DICKHOFF pronuncia-se, “sem hesitações”, no sentido de que, quanto às convenções de prova (à semelhança do que sustenta para a generalidade das convenções processuais), vale o princípio da liberdade de forma. Extrai tal conclusão do facto de o legislador processual não ter previsto qualquer norma em sentido diverso; da circunstância de ser essa a regra quanto aos negócios jurídicos em geral e da observação de que aquele legislador não exige o cumprimento de tal pressuposto quanto à maioria dos negócios processuais, representando o inverso (que exemplifica com a menção da convenção de arbitragem) uma situação excepcional, *Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeß*, Buchdruckerei Franz Linke, Berlin, 1941, p. 72. Uma das normas (§38 ZPO) que refere, a título exemplificativo de regra jurídica especial previsor da possibilidade de celebração de convenção processual sem observância de forma, deixou, entretanto, de poder ser convocada para tal efeito, na medida em que, nos termos do Abs. 3 de tal §, na sua actual redacção, se impõe, quanto aos pactos de jurisdição, a observância de forma escrita.

<sup>475</sup> Os supra aludidos pactos de jurisdição, pactos de competência e convenções de arbitragem. No sentido de que a jurisdição e a competência representam conceitos que se integram no âmbito da teoria geral da legitimação, por se integrarem no conjunto de “requisitos subjectivos e objectivos necessários para a emanação de “provvedimenti validi ed efficaci da parte del giudice”, vide PISANI, “Appunti sulla Giurisdizione”, *Il Foro Italiano*, Anno CXIX, N. 1, Gennaio, 1994, p. 14.

<sup>476</sup> Então no contexto das observações tecidas quanto ao pressuposto processual do patrocínio judiciário.

<sup>477</sup> Similitude de regime que aconselharia a adopção, também quanto às convenções de prova, do critério flexível adoptado, quanto aos demais negócios processuais, no que diz respeito ao tipo de forma a observar, admitindo-se o requisito cumprido não apenas quando o acordo conste, por escrito, de suporte de papel único, mas também em todas as hipóteses previstas nos n.ºs 3 e 4 do art. 2.º da Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro. Note-se, a este propósito, o maior grau de elasticidade que a noção de

b)- Não confundível com o problema<sup>478</sup> estritamente atinente à necessidade ou não de observância da forma escrita, mas de relevo contemporâneo a este, sob o ponto de vista do momento da sua consideração, pelo tribunal,<sup>479</sup> é a questão que se relaciona com a necessidade de concretização ou não, no pacto de prova,<sup>480</sup> das relações jurídicas ou das acções a que o acordo respeita.

Também quanto a esta questão se afigura pertinente a distinção de planos, acima discernida, entre as considerações a desenvolver *de iure constituto* e as que se revelam possíveis *de iure constituendo*.

No que diz respeito ao *primeiro* plano, observa-se não resultar, do direito vigente, qualquer necessidade de especificação negocial, pelas partes, da acção cujo regime processual a convenção de prova conforma. Tanto, em dissonância com o que sucede com as imposições concretizadoras, expressamente previstas, pelo legislador, quanto aos pactos de jurisdição e de competência, bem como quanto às convenções de arbitragem.<sup>481</sup>

Na medida, porém, em que, se cotejado, o grau de risco que deflui, para as posições das partes, dos referidos acordos definidores do órgão jurisdicionalmente competente, com o potencial de perigo que, para os mesmos sujeitos processuais, decorre das convenções de prova, estas últimas se revelam aptas, a mais intensamente, comprometer as garantias das partes, por maioria de razão se imporá, *de iure constituendo*, quanto a este último tipo de negócios processuais, a adopção de regime jurídico, nos termos do qual, a precisa menção, no pacto celebrado, da acção ou tipo de acções onde este pode ser invocado, constitua requisito de validade de tal convenção.<sup>482</sup>

---

forma escrita assume, no âmbito destes preceitos, relativamente à que se verifica no domínio do regime dos pactos de jurisdição e de competência (arts. 94.º, n.º 4 e 95.º, n.º 2 do Código de Processo Civil). Tal plasticidade assume, no que diz respeito, à convenção de arbitragem, grau máximo, quando o legislador ficciona a observância de forma escrita, tendo-se esta por cumprida, “quando exista troca de uma petição e uma contestação em processo arbitral, em que a existência de tal convenção seja alegada por uma parte e não seja negada por outra”, (art. 2.º, n.º 5 da Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro). Se a adopção deste critério se justifica como via de potenciar a preservação da competência do tribunal e dos actos processuais entretanto praticados, representaria, cremos, previsão excessiva no âmbito do regime das convenções de prova, na medida em que, por um lado, atento o teor destas, não está em causa a definição (e, portanto, possibilidade de salvaguarda) do órgão jurisdicional competente, não constituindo, por outro lado, tal hipótese de regime, forma de salvaguardar a validade de actos praticados, na medida em que a invocação da convenção de prova só assumirá relevo (tornando-se, as regras dela constantes, eficazes na instância), em momento, posterior, não só a essa invocação, como ainda ao momento em que se verifica o controlo jurisdicional de validade a que o pacto é processualmente subordinado.

<sup>478</sup> Tratado na alínea anterior.

<sup>479</sup> Correspondente àquele em que afere da validade da convenção de prova.

<sup>480</sup> E assim na forma observada, quando a esta tenha havido lugar.

<sup>481</sup> Cfr. os arts. 94.º, n.º 1 e 95.º, n.ºs 2 e 4 do Código de Processo Civil, bem como o art. 2.º, n.º 6 da Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro, respectivamente.

<sup>482</sup> Idêntica exigência de concretização deverá valer no que diz respeito à necessidade de expressão, no texto da convenção, do *exacto* regime de prova a observar. Pressuposto não cumprido no âmbito de negócio jurídico em que se inclua a previsão de que “Todas as informações e provas requeridas pela

De observar, por último, que acompanhamos DICKHOFF quando admite a possibilidade de as convenções de prova serem subordináveis a condição e a termo, não obstante se nos afigurar importante salvaguardar o relevo que pode assumir a adaptação do regime em geral aplicável nesta matéria, às especificidades do contexto concreto em que, atenta a sua natureza processual, os pactos de prova se situam.<sup>483</sup>

Consideradas diversas causas de invalidade das convenções de prova, cumpre, em síntese, observar que o regime a observar deixa transparecer a já acima identificada dupla natureza – *processual* e *negocial*-, que as convenções de prova reúnem. Embora os fundamentos de invalidade em particular relativos a este negócio

---

sociedade serão exibidas...e devem ser apresentadas na forma e modo indicados pela sociedade”, como sucede no contrato de seguro (referido por PEZZANI) celebrado entre a ACE Insurance SA – N.V. e a Clarima s.p.a.. A autora associa, a tal acordo, o vício da nulidade, com base no art. 1355 do Codice Civile, nos termos do qual “È nulla l’alienazione di un diritto o l’assunzione di un obbligo subordinata a una condizione sospensiva che la faccia dipendere dalla mera volontà dell’alienante o, rispettivamente, da quella del debitore” (*Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pp. 211 e 212). Independentemente do resultado obtido por mobilização de tal norma, a circunstância de, por via da previsão negocial em causa, se depositar, inteiramente, na vontade de uma das partes, a determinação do regime da prova, cria a possibilidade (que a autora refere) de tal parte vir a definir critério que inviabilize o exercício do direito substantivo de que a contraparte seja titular (assim, por exemplo, se vier a determinar que só a prova documental é admissível, quando não exista qualquer registo documental da factualidade relevante). Nesta hipótese, sempre a convenção padecerá de nulidade, em virtude de o regime dela constante impossibilitar ou tornar excessivamente difícil o exercício do direito, na medida em que é, esta, (como acima observado) uma das condições de validade expressamente previstas, no âmbito do sistema jurídico português, relativamente ao tipo de negócios jurídicos em causa [limite que também a autora reconhece, em diversos pontos do texto, dever circunscrever a liberdade contratual das partes em sede de convenções de prova). PEZZANI associa este tipo de cláusulas a pactos restritivos de meios legais de prova. Atenta, porém, a natureza indeterminada que, nesta hipótese, o regime convencional assume, é, porém, concebível que o acordo de prova possa vir a integrar-se em qualquer uma das modalidades de convenções de prova referidas.

<sup>483</sup> Apesar de entender que as convenções de prova são actos processuais e de que a estes não são, por regra, aponíveis condições, DICKHOFF concebe, para este efeito, as convenções de prova como um tipo especial de actos processuais, admitindo, quanto a elas, a possibilidade de adição de condições e de fixação de prazos, *Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeß*, Buchdruckerei Franz Linke, Berlin, 1941, p. 78. Invoca, em sustento da impossibilidade referida em primeiro lugar, não ser congruente com a dinâmica processual que o desenvolvimento da instância seja tornado dependente de eventos futuros e incertos. Com o que concordamos. Cumpre assegurar, porém, que com a aposição de condições a convenções de prova não se produza também essa consequência. Admita-se, a título de exemplo, que as partes subordinam o início de produção de efeitos da convenção (restritiva de meios de prova) à verificação de um facto futuro – certo ou incerto. Alcançada a fase de produção ou junção de meios de prova sem que tal evento se tenha verificado, não será a convenção eficazmente invocável em juízo (porque não cumprido um dos pressupostos do início da sua produção de efeitos), de onde se extrairá a consequência de que relevarão, como imediatamente aplicáveis, as normas legais relativas aos meios de prova processualmente invocáveis. Interpretação diferente (no sentido de que o processo se deveria suspender até verificação da condição - ou do termo, se for esse o caso - de modo a tornar efectiva a autónoma regulação negocial privada das partes) conduziria ao efeito que se pretende evitar quando em geral se proíbe o condicionamento de actos processuais. Idêntica razão conduzirá a que, se, entretanto, a condição ou termo se consumarem, tanto não se repercutirá retroactivamente no processo, em prejuízo dos actos de prova entretanto produzidos.

jurídico se encontrem previstos no Código Civil, comportam (porque em causa matéria de índole instrumental), no regime que consubstanciam, a convocação de critérios adjectivos (promotores, como concluído, das neutralidade e efectividade instrumentais do regime processual), o que faz jus ao facto de se tratar de convenção cujos efeitos se produzirão no *processo*. Tal índole (adjectiva) revela-se também na circunstância de constituírem pressupostos de validade negocial condições que, no seio da instância, representam pressupostos *processuais*. Quanto aos aspectos a este propósito (validade da convenção de prova) não especificamente atinentes, valem, no que com aqueles critérios (de índole processual) não conflitue, as regras gerais de validade dos *negócios* jurídicos.

## Capítulo IV – Corolários da inobservância das condições de validade das convenções de prova

### Secção I - Tipo de invalidade do acto

Após a consideração individualizada de diversos fundamentos de invalidade, atentemos no tipo de invalidade do negócio jurídico em causa.

Este varia consoante a categoria de fundamento de invalidade que se considere. As causas de invalidade, normativamente previstas, de modo expresso e *específico*, relativamente às convenções de prova, representam fonte de nulidade, sendo que tal qualificação assume natureza uniforme, independentemente da modalidade de convenção de prova que esteja em causa, bem como da concreta condição de validade objecto de ofensa.<sup>484</sup>

As fontes de invalidade decorrentes da violação de regras que se revelam aplicáveis aos pactos de prova, não a título específico, mas em virtude de estes se subsumirem na categoria do negócio jurídico, constituem causa do tipo de invalidade enunciado nas normas (aplicáveis à generalidade dos negócios jurídicos) previsoras de tais requisitos. Assim, a título de exemplo, a celebração do contrato sob erro, dolo, coacção moral ou incapacidade acidental representará fonte de anulabilidade da convenção;<sup>485</sup> a emissão de declaração de vontade sob coacção física constituirá causa de nulidade do acordo;<sup>486</sup> a falta de vontade de acção constituirá facto gerador de inexistência da declaração.<sup>487</sup>

A invalidade decorrente da não observância de requisitos que, sob o ponto de vista intraprocessual, podem ser qualificados como pressupostos processuais relativos às partes (e, quando assim, objecto possível, nesse contexto interno, de excepção dilatória) determina a nulidade da convenção. Este corolário extrai-se da relação que, a

---

<sup>484</sup> Cfr. art. 345.º, n.ºs 1 e 2 do Código Civil.

<sup>485</sup> Vide arts. 247.º, 250.º e 251.º a 257.º do Código Civil.

<sup>486</sup> Vide art. 246.º do Código Civil.

<sup>487</sup> Neste sentido, Carlos Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2005, p. 491.

este nível, importa estabelecer entre o regime processual e o regime negocial. Quando, assumindo, tais requisitos, no seio da instância, natureza obrigatória (e, assim, a qualidade de pressupostos processuais), se apure, no âmbito de uma concreta acção, não se encontrarem os mesmos verificados, tanto determinará (se não suprida essa ausência)<sup>488</sup>, por princípio, a *carência de efeitos* dos actos processuais praticados sob tal circunstancialismo. Para tutela dos interesses que se pretende proteger, por via de tais pressupostos, há, por regra, lugar à absolvição do réu da instância.<sup>489</sup>

A aplicabilidade de tais requisitos (que se apurou dever verificar-se), também em contexto extraprocessual, justifica-se, como se concluiu, pela necessidade de salvaguarda dos mesmos interesses; em congruência, igualmente as consequências decorrentes do não preenchimento, fora do processo, dos pressupostos em causa, deverão ser de ordem a proporcionar o mesmo grau de tutela. Se, no seio da lide, o acto processual, praticado sem observância de tais condições, não vincula a parte, tal consequência dever-se-á verificar também, quando, fora do processo, a mesma condição não se afigure cumprida.<sup>490</sup> A equiparação de efeitos operará mediante a

---

<sup>488</sup> Quando suprível.

<sup>489</sup> A ineficácia de actos praticados e a absolvição do réu da instância correspondem às consequências típicas decorrentes da não observância de pressupostos processuais relativos às partes (aqueles que ora consideramos). Identificam-se, porém, excepções a esta consequência regra. Assim, por exemplo, no que concerne ao patrocínio judiciário: da não constituição (quando obrigatória), em acção declarativa, de mandatário judicial pelo réu, resulta tão só a ineficácia da defesa (*vide* art. 41.º, parte final do Código de Processo Civil). Não haverá, também, *absolvição do réu da instância*, nem *ineficácia* do acto, quando, subsistindo, embora, excepções dilatórias, destinadas a “tutelar o interesse de uma das partes, nenhum outro motivo obste, no momento da apreciação da excepção, a que se conheça do mérito da causa e a decisão deva ser integralmente favorável a essa parte” (*vide* art. 278.º, n.º 3 do Código de Processo Civil). Numa terceira hipótese, pode, *havendo*, embora, lugar a *absolvição do réu da instância*, esta não determinar (salvaguardado o que respeita à prescrição e caducidade de direitos) a *ineficácia* dos actos de propositura da acção e de citação do réu, quando, no prazo de trinta dias a contar do trânsito em julgado da decisão de absolvição do réu da instância, seja proposta nova acção ou nesta realizada a citação (*vide* art. 279.º, n.º 2 do Código de Processo Civil).

<sup>490</sup> Não relevarão, a este nível, as excepções (assinaladas na nota anterior) à verificação da consequência da absolvição do réu da instância. A primeira excepção destina-se a evitar que o réu pudesse fazer uso abusivo do regime legal, impedindo a continuidade da instância (e, consequentemente, o conhecimento do mérito da causa) mediante propositada não constituição de mandatário judicial. Visa-se, por seu intermédio, obstar ao impedimento de exercício de um direito processual do autor (direito ao conhecimento, pelo tribunal, do objecto da acção, quando verificadas as condições para tanto – dimensão integrante do direito de acção). Entendendo-se que o patrocínio judiciário deve constituir pressuposto de validade da convenção (ou, como propomos, que se deve construir um regime transpositivo, das razões que presidem a esse pressuposto, para o contexto negocial em causa), não se verificando esse pressuposto deve assegurar-se, no plano da realidade negocial, a produção de efeitos equiparáveis aos que se produzem no plano processual. Neste plano, há lugar à ineficácia do acto (não carente de invocação pela parte); efeito que, comutado para o plano da invalidade negocial, equivalerá à nulidade do acordo. Já não encontra correspondência, no plano da validade negocial, o facto de, neste caso, não haver lugar, em sede processual, a absolvição do réu da instância. As circunstâncias não são, a este nível, equiparáveis. Se a omissão de absolvição do réu da instância se destina a evitar que, pela sua conduta (não constituição de mandatário judicial), o réu obste a que o autor eficazmente exerça um direito que lhe assiste, não se vive, no plano da celebração extraprocessual do acordo, contexto similar. Estando em causa a celebração de uma convenção, ao abrigo do princípio da autonomia privada, em termos que *pressupõem* a reunião consensual das vontades das partes, não inviabiliza o réu, com a sua conduta, o unilateral exercício de um direito [da parte que figura (ou poderá vir a figurar) como autora na acção] que àquela singularmente assista e se afigure autonomamente determinante da produção de efeitos. Sendo, o réu, livre de não se vincular mediante celebração de pacto de prova, tanto não o

associação do vício da nulidade à convenção de prova. Consequência normativamente suportável no art. 280.º, n.º 1 do Código Civil. Visa-se, por intermédio desta norma, cominar, com o vício da nulidade, o negócio jurídico cujo objecto se revele contrário à lei<sup>491</sup>, assim destituindo de efeitos tal acto jurídico, não obstante material e juridicamente existente este.<sup>492</sup>

Atenta a teleologia das normas impositivas da verificação dos referidos requisitos, relativos às partes, concluiu-se que o cumprimento da razão de ser que as informa determina que a sua imperatividade alcança a hipótese a que se reconduz o acto de celebração de convenção de prova, mesmo quando esta tenha lugar extraprocessualmente. Beneficiando, assim, tais normas, dessa imperativa extensão aplicativa, revelar-se-á contrário à lei o negócio jurídico, consubstanciador de convenção de prova, relativamente ao qual tais requisitos não se afiguram reunidos. Justificando-se, em qualquer das hipóteses (dentro do processo e fora dele), ante a mesma circunstância (não observância de requisitos qualificáveis como pressupostos processuais), a verificação do mesmo efeito (não vinculação da parte tutelada ao acto praticado e preservação do interesse público envolvido no exercício da actividade

---

desonera, porém, de eventual obrigação indemnizatória, ante a contraparte, designadamente quando, na sequência de conduta sua, culposa, incorra em responsabilidade pré-contratual. Também as duas últimas referidas excepções não encontram apoio aplicativo no contexto convencional que consideramos. Visa-se, por intermédio da segunda, salvaguardar a eficácia dos actos de propositura da acção e de citação, o que não está em causa quando se afere da validade da convenção de prova. Pretende-se, por via da terceira, não obstar ao conhecimento do mérito, quando, fundadamente, possa, o juiz, antecipar, vir este (conhecimento) a ser favorável à parte cuja tutela se pretendia assegurar por via do inobservado requisito; contexto em que, a hipótese que consideramos, igualmente se não enquadra. Quando o tribunal afere da validade da convenção de prova, encontra-se em momento em que não dispõe ainda de convicção firmada no que diz respeito ao sentido da decisão relativa ao mérito da causa. Essa a razão por que não pôs termo à acção em momento anterior, prescindindo da produção de prova. Prepara-se a actividade probatória justamente porque existem dúvidas que se impõe dissipar para que o decisor possa, a final, exprimir decisão quanto à procedência ou improcedência do pedido que integra o objecto da acção. O não preenchimento dos identificados requisitos, relativos às partes, no âmbito da celebração de convenções de prova, conduzirá, porque assim, sem excepções, à invalidade (por nulidade) do acto processual (convenção de prova) praticado, independentemente de a celebração deste negócio jurídico se verificar dentro ou fora do processo.

<sup>491</sup> Entender-se-á esta (lei), em sentido amplo, a compreender, não apenas as normas *legais* inderrogáveis, como também as normas, com a mesma natureza, extraíveis do sistema jurídico no seu conjunto. Esse o sentido que se afigura propugnado por Inocêncio GALVÃO TELLES, quando associa a ilicitude do objecto negocial a “infracção de um preceito ou princípio legal”, *Direito das Obrigações*, 7.ª Edição, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, p. 46. Também nesse sentido, MENEZES CORDEIRO quando observa ser ilícito o negócio jurídico “que implique, para as partes, o desenvolvimento de actuações contrárias a normas jurídicas imperativas”. O autor distingue, porém, sob outro ângulo, entre acepção ampla de acepção restrita de licitude negocial, tomando, na primeira acepção, por negócio lícito, aquele que “tenha surgido no espaço deixado pelo Direito à autonomia privada”. Sob esta perspectiva, a licitude tende “a absorver todos os demais requisitos negociais”, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo I, 3.ª Edição, Almedina, 2011, p. 689. O objecto convencional revela-se contrário à lei não quando isoladamente considerado, mas enquanto objecto de conformação por ente jurídico, relativamente ao qual se não reúnem certas qualidades inderrogavelmente impostas por lei.

<sup>492</sup> Inocêncio GALVÃO TELLES distingue, no âmbito da categoria geral da invalidade do contrato, o “*defeito ou vício de formação que o priva de eficácia*”, daquele que “*torna precária essa eficácia*”, associando a primeira hipótese à nulidade e a segunda à anulabilidade, *Manual dos contratos em geral*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2002, pp. 357 e 358.

jurisdicional<sup>493</sup> - privando-se o acto dos efeitos para cuja produção, se cumpridas tais condições, se revelaria apto), tal fim é alcançado, quando celebrada a convenção em sede intraprocessual, por via das consequências que legalmente se associam ao conhecimento e declaração de procedência da correspondente excepção dilatária (por exemplo, falta de patrocínio judiciário, manifestado na prática de um acto, no processo, pela parte, sem para tanto se encontrar representada por mandatário judicial) e, quando celebrada a convenção em sede extraprocessual, por via das consequências legalmente associadas ao regime da nulidade. De outro modo, o negócio jurídico representaria via de, em fraude à lei, se lograr que a parte beneficiasse da possibilidade de autónoma e eficazmente praticar actos processuais no âmbito de acções em que tal faculdade lhe está vedada, porque não cumpridos aqueles pressupostos.

Tipo de invalidade (nulidade), cujo regime se revela o mais consentâneo com o que se observa quando o não preenchimento dos pressupostos processuais em causa ocorre no interior do processo. Sintonia que não se verificaria caso o tipo de invalidade negocial correspondesse, na presente hipótese, à anulabilidade. Esta permitiria a válida subsistência do contrato caso as partes não suscitassem o fundamento de invalidade em causa, em contraste com o que acontece quando o mesmo vício respeita a acto praticado no interior do processo, na medida em que, nesta última hipótese, a não observância do pressuposto processual relativo às partes, constitui fundamento de excepção dilatária, objecto de conhecimento officioso<sup>494</sup> e conducente à ineficácia dos actos praticados sob sua inobservância. A propriedade applicativa do regime da nulidade revela-se também na circunstância de, na presente hipótese, estar em causa, de forma imediata, interesse público (tipo de interesse cuja tutela é tipicamente assegurada pelo regime da nulidade).<sup>495</sup>

Inócuo não é também que a causa de invalidade negocial seja, quanto ao aspecto que ora consideramos, a inobservância dos requisitos processualmente previstos no Código de Processo Civil, que não das condições em relação às quais é susceptível de ser discernido algum paralelismo no âmbito do regime geral de invalidade dos negócios jurídicos. Assim, e quanto ao que para a presente observação importa, a causa de invalidade sobre que se pondera é a incapacidade judiciária, que

---

<sup>493</sup> Designadamente o que respeita à adequada administração da justiça, escopo só cabalmente alcançado quando as partes em juízo beneficiem das condições necessárias à proficiente defesa da sua posição na lide.

<sup>494</sup> Desta regra salvaguardam-se tão só as três hipóteses previstas na segunda parte do art. 578.º do Código de Processo Civil, inapplicáveis no presente caso.

<sup>495</sup> Carlos MOTA PINTO sublinha o relevo do tipo de interesses defendidos no âmbito de cada uma das referidas espécies de invalidade, quando observa que “o regime e os efeitos mais severos da nulidade encontram o seu fundamento teleológico em motivos de interesse público predominante”, fundando-se, as anulabilidades “na infracção de requisitos dirigidos à tutela de interesses predominantemente particulares”, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2005, p. 620. Na hipótese que se considera, a ponderação de relevo dos interesses privados e públicos em causa conduzirá, tendencialmente, à equiparação, em termos de grau de importância, de cada um dos tipos de interesse em presença. A intensidade do interesse público (imediato e mediato) em causa, justifica que, conquanto não exclusivo, nem, eventualmente, predominante, esse interesse, seja aquela (nulidade) a consequência normativamente seleccionada.

não a incapacidade de exercício de direitos; a falta de personalidade judiciária,<sup>496</sup> que não a falta de capacidade de gozo de direitos ou personalidade jurídica. Diferenciação que se impõe, *não apenas* porque, não sendo, os referidos pares conceituais, sobreponíveis, quanto ao seu significado,<sup>497</sup> nem quanto à sua medida,<sup>498</sup> tanto se reflecte no plano da validade ou invalidade da convenção de prova,<sup>499</sup> *como ainda* porque, mesmo quando a convocação de um ou de outro dos conceitos conduza à mesma conclusão (no sentido da invalidade do pacto), diferentes são os corolários dela extraíveis.<sup>500</sup>

---

<sup>496</sup> Em trabalho incidente sobre este pressuposto processual, Paula COSTA E SILVA desvela o “manto diáfano da personalidade judiciária”, em enunciação de uma multiplicidade de problemas que sob aquela se ocultam. Reflectindo sobre a coerência da “imputação de situações jurídicas materiais e/ou processuais a quem não tem personalidade jurídica”, questiona, designadamente, a quem devem ser “imputados os efeitos da decisão” proferida em acção em que tenha figurado, como parte passiva, ente dotado de personalidade judiciária, mas destituído de personalidade jurídica. Adensando, em grau de pormenor, a análise, focaliza a atenção no caso especial das sucursais, agências, filiais, delegações e representações, propugnando diversas precisões interpretativas quanto ao regime concessor de personalidade judiciária a esses entes, bem como quanto ao regime regulador da sanção da falta de personalidade judiciária (a variar, este último tipo de regulação, em função do lado processual – activo ou passivo – que estes ocupem), “Sob o manto diáfano da personalidade judiciária”, *O Direito*, Ano 140.º, 2008, III, Almedina, pp. 575-602. Debruçando-se sobre o pressuposto processual da personalidade judiciária e, em particular, sobre as especificidades problemáticas associáveis à personalidade judiciária do condomínio, Miguel MESQUITA trata, em particular, da possibilidade de este ser parte passiva em acções que tenham por objecto a impugnação de deliberações da assembleia de condóminos ou em procedimento cautelar de suspensão de deliberações sociais. Considerando que o condomínio representa a ““capa” processual dos condóminos” e não se resignando a que o elemento literal possa ser “tudo para o intérprete preocupado em encontrar a melhor solução para um problema jurídico”, adopta solução que, sob o ponto de vista metodológico, faz assentar em interpretação actualista do regime contido no art. 1433.º, n.º 6 do Código Civil, vindo a responder em sentido afirmativo ao problema em causa, “A personalidade judiciária do condomínio nas acções de impugnação de deliberações da assembleia de condóminos, Anotação ao Acórdão da Relação de Lisboa, de 25/06/2009”, *Cadernos de Direito Privado*, Braga, Julho-Setembro, 2011, pp. 41-56.

<sup>497</sup> Vide arts. 67.º do Código Civil e 11.º, n.º 1 do Código de Processo Civil, relativamente à contraposição personalidade jurídica/personalidade judiciária e os arts. 122.º a 156.º do Código Civil e 15.º do Código de Processo Civil quanto à contraposição capacidade de exercício de direitos/capacidade judiciária.

<sup>498</sup> Não obstante quem beneficia de personalidade jurídica, beneficiar também de personalidade judiciária (art. 11.º, n.º 2 do Código de Processo Civil), a inversa não se revela verdadeira (como decorre do art. 12.º do Código de Processo Civil), representando, a segunda, conceito dotado de mais amplo âmbito.

<sup>499</sup> Não beneficiando um certo ente de personalidade jurídica, padecerá, por princípio, de nulidade o negócio jurídico por aquele celebrado. Tratando-se, porém, de ente destituído de personalidade jurídica, a quem, nos termos da extensão prevista no art. 12.º do Código de Processo Civil, seja, no entanto, reconhecida personalidade judiciária, não padecerá, a convenção de prova (acordo processual) que celebre, de invalidade com fundamento na carência de personalidade jurídica.

<sup>500</sup> Assim, se o negócio jurídico sempre padeceria de invalidade por, a título de exemplo, não reunir, uma das partes, o requisito da capacidade de exercício de direitos (atenta a circunstância de a capacidade de exercício de direitos constituir o critério de aferição da existência de capacidade judiciária, a ausência da primeira implica a ausência da segunda – vide art. 15.º, n.º 2 do Código de Processo Civil), tal ilicitude reconduzir-se-ia à categoria da anulabilidade (com a possibilidade de preservação do negócio jurídico, acima referida, por não invocação do vício pelas partes), quando da ausência de capacidade judiciária se retira a nulidade do pacto.

## Secção II - Regime processual da invalidade

Tratando-se, a convenção de prova, de acto que, se bem que extra-processual quanto ao local da sua prática (e aí feito conter na estrutura instrumental da génese de regime jurídico auto-regulado que é o negócio jurídico) é *processual* quanto ao local de produção dos seus efeitos, como relacionar o regime da invalidade negocial regulado, a título geral, no Código Civil, com o regime da invalidade processual?

Cumpra, neste domínio, distinguir dois planos. *Por um lado*, o que directamente se relaciona com a convenção de prova enquanto acto jurídico individual e autonomamente considerado. *Por outro lado*, o que contende com os actos jurídicos praticados, na instância processual, na sequência da convenção de prova celebrada.<sup>501</sup>

### Subsecção I – Invalidade da convenção de prova

Representando, a convenção de prova, acto jurídico com directos reflexos *processuais*, mas, por regra, celebrado *extraprocessualmente*, o regime da sua validade obedece a regras cuja vigência supera, como se apurou, o domínio do processo (designadamente as que respeitam à regulação do veículo geral de manifestação da vontade em que o negócio jurídico se traduz).

Esta “ubiquidade” da convenção de prova repercute-se, não apenas (como observado na secção anterior) na definição do tipo (e, conseqüentemente, no regime) de invalidade a que o negócio jurídico em causa obedece, como ainda nos termos em que tal invalidade pode ser feita valer no processo (aspecto a considerar na presente secção).

Quando em causa convenção de prova a invocar em instância jurisdicional, importa, pois, estabelecer a ponte entre a invalidade do negócio jurídico e o tratamento que, sob o ponto de vista processual, tal invalidade merece.

Porque assim, concluindo-se que uma convenção de prova é inválida (qualquer que seja, ante a múltipla natureza da normatividade a esse propósito aplicável, a causa e o tipo de invalidade que se considere), importa, em passo posterior, atentar no regime a que deve obedecer a invocação processual desta invalidade. Reflexão que se impõe na medida em que, estando, embora, em causa, um acto processual<sup>502</sup>, e existindo um regime legal próprio relativo ao tratamento processual de actos

---

<sup>501</sup> Aspecto a que já acima sumariamente se aludiu, quando referidas as conseqüências processuais da invocação de convenção validamente celebrada. Sobre o regime das invalidades processuais, *vide* designadamente, Antunes VARELA, Miguel BEZERRA e Sampaio e NORA, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, Reimpressão, 2006, pp. 387 e ss., LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais, à Luz do Código Revisto*, Coimbra Editora, 1996, pp. 15 e ss. e COMOGLIO, TARUFFO e FERRI, *Lezioni sul processo civile, I, Il processo ordinario di cognizione*, 4ª ed., il Mulino, Bologna, 2011, pp. 365 e ss.

<sup>502</sup> *Vide, supra*, na Parte I, os sentidos distinguidos quanto a este qualificativo, bem como a forma como este se associa à convenção de prova.

processuais inválidos, esse regime toma por referência actos praticados no seio do processo, hipótese em que, por regra, a convenção de prova não se integra, dado ser, predominantemente, celebrada em contexto extraprocessual.

Tanto remete, em suma, para o problema da determinação dos *termos* em que, apurando-se inválida uma convenção de prova, tal invalidade pode ser feita relevar processualmente, bem como das *consequências* que tanto, a esse nível (processual), importa.

Este o objecto de ponderação sobre que ora nos passaremos a centrar, sendo que a primeira dimensão do problema será considerada nos subseqüentes pontos 1 e 2 e, a segunda dimensão, nos pontos 3 e 4.

### 1. Meio processual de invocação

Admita-se, em primeiro lugar, que a convenção de prova é invocada, por uma das partes, em juízo, com o intuito de que o regime dela constante vigore na instância em que é parte.

Pode, nesta hipótese, haver lugar a arguição, pela contraparte, da invalidade do acordo processual em causa, pretendendo esta, por essa via, que o regime de prova vigente na acção seja o legal e não o convencionado. Quando assim, como qualificar a via processual de arguição do vício?

Não existindo norma processual que *especificamente* a designe, perscrutemos o sistema jurídico processual sob um ponto de vista *macro*.

No que diz respeito aos comportamentos (activos ou omissivos) passíveis de (sob o ponto de vista do regime jurídico instrumental) relevar no processo, poder-se-ão distinguir, no essencial, três tipos de actos ou omissões cuja verificação (porque conflituante com a lei adjectiva) representa irregularidade: actos consubstanciadores de excepções dilatórias; acções ou omissões, consubstanciadoras de nulidade processual por constituírem desvios às prescrições legais relativas ao formalismo ou tramitação processual<sup>503</sup> e, em categoria residual, os demais actos irregulares (conflituantes com o regime legal, mas não enquadráveis nas categorias anteriormente referidas), praticados pelos sujeitos processuais

Todos estes actos (ou omissões de conduta) têm em comum a circunstância de assumirem natureza processual no que respeita à sede em que se produzem os efeitos que deles decorrem.

É diverso, contudo, o regime relativo às consequências que se associam a cada uma destas categorias. Se a primeira conduz ao impedimento de conhecimento do

---

<sup>503</sup> Vide arts. 195.º e ss. do Código de Processo Civil. Exceptuam-se as nulidades correspondentes à falta de citação, erro na forma de processo e falta de vista ou exame ao Ministério Público quando intervenha como parte acessória, especialmente reguladas pelas normas constantes dos arts. 188.º a 192.º, 193.º e 194.º do Código de Processo Civil, respectivamente.

mérito da causa,<sup>504</sup> a segunda obedece ao regime geral das nulidades processuais<sup>505</sup> e à terceira associar-se-ão as consequências quanto a ela especificamente previstas.<sup>506</sup>

Como enquadrar a invalidade da convenção de prova no âmbito desta tríade?

Não representa vício invocável mediante recurso à via processual de arguição de nulidade, prevista nos arts. 200.º e ss. do Código de Processo Civil, dado que aquela diz respeito a actos praticados no processo, sendo este pressuposto (prática do acto no processo) subjacente a todo o regime aí previsto, designadamente no que diz respeito à repercussão da invalidade de um acto naqueles que lhe são subsequentes. Não respeita, ademais, em consonância com o ensinamento de TEIXEIRA DE SOUSA, ao tipo de vício (relativo à tramitação processual) que, no âmbito de tais normas, se pretende regular<sup>507</sup>.

Não configura, por outro lado, excepção dilatória.

Embora partilhe, com esta, a circunstância de contender com uma dimensão de carácter formal (respeita a factos integráveis em normas de carácter adjectivo, porque relativas à prova), distancia-se dela pela circunstância de não se relacionar, por qualquer via (negativa ou positiva), com o objecto da causa. Na verdade, embora por via das excepções dilatórias se invoquem factos de natureza processual, mantêm aquelas conexão com o objecto da causa por via negativa, na medida em que conduzem a que se obste ao conhecimento do mérito. Efeito que não coincide com o decorrente da invocação da invalidade da convenção de prova. Não determina, esta, a absolvição do réu da instância, nem a remessa do processo para outro tribunal. Conduz apenas à não consideração processual do regime jurídico que é fruto da auto-

---

<sup>504</sup> Cfr. art. 576.º, n.º 2 do Código de Processo Civil.

<sup>505</sup> Vide arts. 186.º e ss. do Código de Processo Civil.

<sup>506</sup> A título exemplificativo, cfr. art. 94.º, n.º 3 do Código de Processo Civil, relativo às condições de validade de pacto de jurisdição.

<sup>507</sup> Em sede de anotação a acordão do Tribunal Constitucional (Ac. 678/98) que julga inconstitucional a norma então constante do art. 196.º do Código de Processo Civil, “quando interpretada no sentido de se considerar sanada a falta de citação do réu que contestou e interveio no processo e ao qual foi entregue duplicado da petição inicial desconforme com o original constante dos autos”, TEIXEIRA DE SOUSA esclarece, nas considerações que precedem a defesa de interpretação restritiva do art. 161.º, n.º 6 do Código de Processo Civil, que: “Todo o processo comporta uma sucessão de actos das partes e do tribunal, que, salvo quando a lei admita a sua conformação pelas partes, são definidos pelas normas que regulam a tramitação processual. Qualquer desvio a esse formalismo legal ou convencional – seja porque se pratica um acto que não está previsto, seja porque se omite um acto que é imposto – é susceptível de provocar uma nulidade processual: isso sucede tanto quando a lei qualifica expressamente a irregularidade como uma nulidade processual, como quando, num plano mais genérico, a irregularidade cometida é susceptível de influir no exame ou decisão da causa (cfr. art. 201.º, n.º 1, do Código de Processo Civil). As nulidades processuais resultam de meros desvios ao formalismo processual, não devendo ser confundidas com a falta de pressupostos de validade ou de eficácia dos actos das partes ou do tribunal. Assim, por exemplo, a invalidade de uma transacção que incide sobre direitos indisponíveis (cfr. Art. 1249.º do Código Civil; art. 299.º, n.º 1, do Código de Processo Civil) não constitui qualquer nulidade processual”, “Arguição de nulidades processuais e diligência das partes Anotação ao Acórdão n.º 678/98 do Tribunal Constitucional”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 61, n.º 3, Dezembro, 2001, pp. 1472 e 1473.

regulação das partes e que representa o conteúdo da convenção de prova, atenta a invalidade desta.<sup>508</sup>

Não produz, por outro lado, a arguição que ora se considera, o efeito dilatatório normalmente associado àquelas excepções. Se procedente, a invocação da invalidade da convenção de prova conduz à *inobservância*, naquela acção, do regime de prova convencionalmente fixado pelas partes (não se limitando a dilatar ou protrair no tempo o conhecimento da questão jurídica em causa).

Se a arguição da invalidade não mantém, como acabamos de verificar, relação com o objecto da causa por via negativa, essa conexão não se estabelece também por via positiva. Não determina, portanto, que, conhecendo-se do mérito, o decisor se pronuncie no sentido da improcedência do pedido, por verificação de facto impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Não consubstancia, por esta razão, excepção peremptória relativamente ao mérito da acção, não obstante partilhar, com aquela, a circunstância (característica da generalidade<sup>509</sup> destas excepções peremptórias)<sup>510</sup> de o efeito jurídico pretendido não assumir natureza meramente dilatatória.<sup>511</sup>

---

<sup>508</sup> Esta observação vale também para as hipóteses em que a invalidade da convenção decorra, por exemplo, da ausência de capacidade judiciária ou, mais amplamente, para hipóteses de não verificação de condições qualificáveis como pressupostos processuais. A circunstância de um determinado tipo de circunstancialismo fáctico representar, no processo, pressuposto processual, não significa que só sob essa categorização possa assumir relevo na instância. Este pode revelar-se a outro título, designadamente (como no caso presente), relativamente a actos, directamente atinentes ao regime processual, praticados fora do processo, gerando outro efeito que não o de impedimento de conhecimento do mérito da causa. De resto, a inexistência de tal exclusividade de pertinência classificativa verifica-se no seio do próprio processo. Pense-se, a título de exemplo, no patrocínio judiciário (pressuposto processual no âmbito dos processos em que este é obrigatório; objecto de constituição facultativa nas demais hipóteses).

<sup>509</sup> Dizemos a generalidade, dado o facto de se poderem distinguir excepções peremptórias com carácter meramente dilatatório (excepções materiais dilatatórias). Assim, por exemplo, com a invocação de concessão de moratória. Sobre esta noção, VARELA, João de Matos Antunes, BEZERRA, Miguel, NORA, Sampaio e, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, Reimpressão, 2006, p. 298, que assim se lhes referem. Por outro lado, é possível discernir excepções dilatatórias que, porque insanáveis, impedem, com carácter definitivo, o conhecimento do mérito. Assim com a excepção de caso julgado. O efeito dilatatório não constitui, assim, critério distintivo válido entre as excepções designadas como dilatatórias e peremptórias. Também as segundas podem ter tal efeito.

<sup>510</sup> Não assume natureza doutrinariamente indiscutível que as excepções peremptórias representem, em conjunto com a reconvenção, as únicas vias que ao réu assistem de, invocando nova factualidade, se pronunciar quanto ao mérito da causa, pugnano pela decisão da causa em termos diversos dos formulados pelo autor. Miguel MESQUITA distingue, a par da reconvenção e das excepções peremptórias, a figura da excepção reconvenicional, como *tertium genus*, sustentando [distanciando-se – em graus diferentes, embora, quanto a cada uma das teorias – das teses da compensação-excepção, da compensação-reconvenção (pura e híbrida) e da ambivalência processual da compensação] que a compensação de créditos se reconduz a tal categoria, bem como que, apesar de esta causa de extinção das obrigações ser tratada, *de iure constituto*, como excepção peremptória, deveria, *de iure constituendo* e à semelhança do que sucede no Código de Processo Civil espanhol (art. 408 da Ley de Enjuiciamiento Civil), vir a ser legalmente qualificada como excepção reconvenicional. A adopção de tal qualificação assume consequências processuais de relevo, designadamente no plano do caso julgado, dado que, como explicita, o enquadramento da figura naquela categoria conduz à extensão “dos limites

Implicando, por outro lado, a invocação de nova factualidade jurídica, não constitui também uma forma de impugnação.

A arguição da invalidade da convenção de prova manifesta, assim, neste contexto, características híbridas: representa a invocação (desenvolvida em contexto de exercício do contraditório) de novo e normativamente enquadrado argumento factual (por isso *excepção*), normativamente previsto, de cariz *adjectivo*, conhecido a título de questão incidental<sup>512</sup>, que, quando procedente, conduz à *perempção*, no contexto do concreto processo, do direito (direito à alteração, na acção e em conformidade com o convencionado, do regime supletivo vigente em matéria de prova) que nele uma das partes (autor ou réu) pretendia fazer valer mediante invocação do acordo processual em causa (convenção de prova).

A dissonância que a convenção de prova inválida mantém com o regime legal aplicável a esse acto (convenção reguladora da processo em matéria de prova) é,

---

objectivos do caso julgado à decisão da questão prejudicial relativa à referida excepção” e, portanto, a que “uma vez decidida a excepção da compensação, a existência ou a inexistência do direito do réu jamais pode vir a ser reapreciada noutro processo, pois o caso julgado *neutraliza o risco* do posterior exercício judicial do contracrédito. Este fica *definitivamente julgado*”, observa, dispensando-se o réu do ónus de deduzir reconvenção para obtenção daquele efeito e obstando-se ao risco, que explicita com louvor em SCHREIBER, de que “o contracrédito seja *novamente* exercido após a extinção do processo”. A defesa de tal qualificação reporta-se, quer às hipóteses em que a compensação assume carácter controvertido, quer àquelas em que aquela não tem natureza litigiosa. O autor salvaguarda, porém, que o conhecimento da excepção reconvenção em termos conducentes à extensão do caso julgado implica que o tribunal beneficie de competência absoluta para conhecimento da excepção e que, se tal competência faltar, deve haver remessa do processo para o tribunal competente, para que este se pronuncie quanto ao contracrédito em questão, *Reconvenção e Excepção no Processo Civil, O dilema da escolha entre a Reconvenção e a Excepção e o Problema da Falta de Exercício do Direito de Reconvir no Processo Civil*, Coimbra, Almedina, 2009 e, em especial, quanto aos aspectos salientados, pp. 296 a 398. Também nesta figura se não enquadra a hipótese que ora consideramos, por não haver lugar a formulação, pelo réu, de pedido *autónomo*, em contraposição ao pedido deduzido pelo autor em sede de petição inicial. A invocação da invalidade pode, de resto, ser desenvolvida por qualquer uma das partes (e, assim, também pelo autor).

<sup>511</sup> No que em particular respeita às causas (de invalidade das convenções de prova) reconduzíveis a vícios passíveis de relevar quanto à generalidade dos negócios jurídicos, comungam aquelas, ainda, com as excepções peremptórias, a circunstância de representarem factualidade fundamentadora também deste tipo de excepções. De resto, no âmbito de acções em que se afigure admissível a formulação de pedido de apreciação de validade de convenção de prova em termos abstractos (em contexto de independência relativamente a uma concreta acção em que a convenção tenha sido invocada), todas as causas de invalidade enunciadas (inclusivamente as relativas a factos que, no seio do processo, representam pressupostos processuais, bem como as especificamente atinentes às convenções de prova e directamente relacionadas com a regulação processual) constituirão fundamento de excepção peremptória, porque tendentes à decisão no sentido da improcedência do pedido (integrante do objecto da acção) formulado pelo autor.

<sup>512</sup> Conquanto não configure questão a conhecer no âmbito de normativamente individualizado incidente da instância (*vd.* arts. 292.º e ss. do Código de Processo Civil). Se a questão fosse decidida no âmbito de incidente, os factos consubstanciadores dos referidos argumentos, adutíveis como causas de invalidade convencional, representariam elementos da causa de pedir do incidente. Sobre a noção, delimitação e relevo da causa de pedir, no âmbito do processo de cognição declarativa, *vide* Mariana França GOUVEIA, *A causa de pedir na acção declarativa*, Almedina, Coimbra, 2004.

assim, invocável pela via enunciada e representa irregularidade que se enquadra no âmbito do terceiro braço da tríade inicialmente distinguida.<sup>513</sup>

## 2. Iniciativa do conhecimento

Estando em causa a apreciação de validade negocial e sendo esta, na hipótese que consideramos, objecto de regulação (designadamente no que respeita à iniciativa jurisdicional de conhecimento do vício) no âmbito da normatividade relativa às categorias gerais do negócio jurídico,<sup>514</sup> será esse (porque não conflituante com as regras estritamente processuais) o complexo de normas aplicável para efeitos de determinação dos sujeitos processuais beneficiários da faculdade de suscitar o conhecimento do vício negocial.

Distinguindo-se, em abstracto, no âmbito do regime processual civil, as questões (de índole processual) cujo conhecimento pressupõe alegação das partes, das questões oficiosamente cognoscíveis, as questões suscitáveis no que diz respeito à licitude das convenções de prova podem (atenta, como acima apurado, a dupla natureza da invalidade verificável – nulidade ou anulabilidade) reconduzir-se a uma ou a outra hipótese.

Constituindo, a nulidade, a consequência da verificação dos fundamentos, aí (normatividade constante do art. 345.º do Código Civil) *especificamente* enunciados, vale, neste domínio, o regime da nulidade civilmente previsto, pelo que se trata, nos termos gerais, de vício de conhecimento oficioso, insanável por confirmação e cognoscível a todo o tempo.<sup>515</sup> O mesmo se verifica, pelas razões acima aduzidas, quando a invalidade decorra da não observância dos referidos requisitos de índole processual, bem como quando as consequências associadas a irregularidade na formação da vontade sejam as da nulidade ou da inexistência. Em todas estas hipóteses, a inobservância de condições de validade do pacto de prova representará, conseqüentemente, nos termos legais, fundamento de excepção imprópria.

Não assim, porém, com as causas de invalidade das convenções de prova reconduzíveis ao vício da anulabilidade (assim, por exemplo, com a generalidade das decorrentes de irregularidade na formação ou expressão da vontade). Insusceptíveis que são de controlo oficioso pelo decisor, constituirão fundamento de excepção em sentido próprio.

O regime de conhecimento *da convenção*<sup>516</sup> não se confunde, assim, com o regime de conhecimento *da invalidade da mesma convenção*: o primeiro tipo de conhecimento (da convenção) pressupõe sempre invocação do pacto por uma ou

---

<sup>513</sup> A via de invocação seria, contudo, qualificável como excepção peremptória caso por esta se entendesse, não, como na sua acepção estrita, o novo facto impeditivo, modificativo ou extintivo

<sup>514</sup> Arts. 285.º e ss. do Código Civil.

<sup>515</sup> Cfr. art. 286.º do Código Civil.

<sup>516</sup> Tratado *supra*, na Parte I, no contexto da reflexão a propósito da natureza da convenção de prova.

ambas as partes, bem como a prova da sua celebração; o segundo tipo de conhecimento (da invalidade da convenção)<sup>517</sup> pressuporá ou não invocação das partes consoante o tipo de invalidade em causa e, assim, consoante o carácter officioso ou não desse conhecimento. Em síntese, o relevo processual da convenção de prova celebrada (enquanto fonte substitutiva das regras legais, relativas à prova, supletivamente aplicáveis na instância, por regime próprio criado pelas partes) pressupõe sempre que haja iniciativa das partes nesse sentido. A importância da vontade e iniciativa das partes no que concerne à qualificação processual, como válido ou inválido, do pacto de prova, variará em função do tipo de pacto em apreço.

Quando esteja em causa matéria de conhecimento officioso, a excepção processual (consustanciada na nulidade da convenção) poderá ser objecto de decisão pelo juiz independentemente da sua arguição pelas partes. A circunstância de o vício ser autonomamente cognoscível pelo tribunal não retira, porém, que as partes o possam identicamente arguir.

Importa, quando assim, enquadrar devidamente, relativamente às partes, a dimensão temporal (não sujeita a prazo) de conhecimento do vício.

Do facto de, nos termos civilmente previstos, a produção dos efeitos próprios da nulidade não estar subordinada a qualquer prazo, resulta que os efeitos do negócio jurídico não se consolidam em virtude da não invocação do vício dentro de um horizonte temporal determinado, considerando o período decorrido entre o momento da celebração do contrato e o momento em que se pretenda fazer valer a invalidade.

Tanto não significa, porém, que o vício seja processualmente invocável pelas partes sem que a tanto obstem quaisquer limites temporais. Tratando-se de uma causa de invalidade relativa a uma convenção de prova processualmente invocada, deve aquela (invalidade) ser arguida (à semelhança do que sucede com o vício de nulidade de que padeçam os demais negócios jurídicos invocáveis em juízo, bem como do que sucede com as demais causas de invalidade) adentro das balizas temporais intraprocessuais gerais (definidas em função do momento processual em que a invocação da convenção tenha lugar), sob pena de preclusão.

Atendendo ao facto de o sentido do regime processual, no que diz respeito ao momento da junção dos requerimentos de prova,<sup>518</sup> tender para a antecipação da fase processual em que aquela junção tem lugar, também a junção da prova relativa à celebração da convenção (de prova) acompanhará tal tendência.

Se o autor deve juntar o seu requerimento de prova aquando da petição inicial, também nesse momento deve requerer que o regime da prova a observar na instância corresponda ao regime convencionado. Idêntica observação vale para o réu em sede de contestação.

---

<sup>517</sup> Cujá celebração tenha sido alegada e provada em juízo.

<sup>518</sup> De acordo com o actual regime, autor e réu devem apresentar o rol de testemunhas e requerer outros meios de prova na petição inicial e na contestação, respectivamente (arts. 552.º, n.º 2 e 572.º, d) do Código de Processo Civil). Que tanto ocorra nesse momento, deixou de ser mera faculdade que assista às partes, como sucedia no âmbito do regime anterior, onde os requerimentos probatórios eram, por regra, apresentados na fase de saneamento.

A contraparte deve pronunciar-se, quanto à convenção de prova (arguindo, se for caso disso, a invalidade deste negócio jurídico), no momento em que, em exercício do contraditório, se pronuncie quanto ao conteúdo da peça processual em que tal convenção é invocada, à semelhança do que acontece relativamente ao demais teor do articulado em questão.<sup>519</sup>

A invocação processual da nulidade obedecerá, assim (não obstante a normatividade inibidora de fronteiras temporais para invocação do vício), às regras próprias da tramitação adjectiva, sendo que esta se rege por princípios particulares, que (em ordem, designadamente, a assegurar o regular andamento da instância) subordinam os sujeitos processuais, a prazos peremptórios para a prática de actos na lide. A invocabilidade, a todo o tempo, da nulidade, reporta-se, pois, à possibilidade de o vício ser invocado em juízo, não ao momento em que, uma vez nele (em juízo), tal invocação deve ter lugar..

A possibilidade de a nulidade produzir processualmente os seus efeitos, na sequência de arguição das partes, dependerá, assim, da observância dos requisitos relativos à forma e tempo, legalmente previstos, de aquela poder ser feita valer na instância.

### 3. Decorrências do conhecimento

Identificámos, acima,<sup>520</sup> três tipos de irregularidades processuais .

Embora todas tenham por causa o conflito com normatividade de teor adjectivo, é diverso, contudo, o regime relativo às consequências que se associam a

---

<sup>519</sup> Tanto não invalida, porém, que, decorrido o período regular de invocação da excepção, não possam, as partes, quando em causa vício de nulidade ou de inexistência, apelar para o conhecimento oficioso do mesmo pelo juiz, designadamente no momento prévio à prolação de decisão final, em sede de alegações. A possibilidade deste conhecimento pressuporá, contudo, além da ausência de trânsito em julgado da decisão relativa à validade da convenção de prova, a existência, nos autos, da factualidade consubstanciadora do vício. E se tal dimensão fáctica poderá resultar naturalmente da informação presente na lide quando estejam em causa condições de validade de índole processual, dificilmente assim sucederá no âmbito da segunda causa específica de invalidade, bem como no domínio das relativas aos vícios na formação e expressão da vontade, se antes não tiverem as partes assumido a diligência de transpor para o interior da lide tais elementos. De observar, por outro lado, que se as normas adjectivas visam, no seu conjunto, assegurar a realização, por via jurisdicional, de direitos subjectivos realizando, tal normatividade engloba, *quer* normas que, directamente, regulam os termos de efectivação processual daqueles direitos, *quer* normas que particularmente regulam as condições de validade e pressupostos de alguns dos actos implicados ou relacionados com aquela efectivação. Assim, por exemplo, quanto às primeiras, as regras relativas à tramitação do processo declarativo e, quanto às segundas, as normas que regulam as condições de validade de convenções processuais, como os pactos de competência, os pactos de jurisdição, as convenções de arbitragem ou as convenções de prova. No que particularmente diz respeito às convenções de prova, a arguição da intempestividade da sua invocação representará, sob este ponto de vista, excepção processual enquadrável no primeiro tipo normativo e a violação de uma das condições legais de validade do pacto consubstanciará excepção processual enquadrável no segundo tipo de norma enunciada.

<sup>520</sup> No ponto 1 da presente subsecção.

cada uma destas categorias. Se a primeira conduz ao impedimento de conhecimento do mérito da causa (por norma, à absolvição do réu da instância<sup>521</sup>), a segunda obedece ao regime geral das nulidades processuais (arts. 195.º e ss. do Código de Processo Civil)<sup>522</sup> e à terceira associar-se-ão as consequências quanto a ela especificamente previstas ou aplicáveis.<sup>523</sup>

Integrando-se, a invalidade de convenção de prova, no âmbito da terceira hipótese, cumpre indagar das consequências (no plano do negócio jurídico em causa e da sua valência no processo) decorrentes de decisão no sentido da invalidade convencional. Com o que ora se congregam conclusões que se têm vindo a progressivamente apurar, de modo parcial, no contexto das observações antecedentes.

Se procedente a arguição (ou conhecimento oficioso, quando admissível) do vício, é jurisdicionalmente retirada ao acordo a virtualidade de produzir efeitos na lide, pelo que não constituirão, as regras dele constantes, padrão orientador da actividade processual a desenvolver, em sede de prova, no âmbito da instância.

Porque a convenção tem, neste caso, por objecto matéria de índole adjectiva, o caso julgado da decisão relativa à sua licitude assume natureza formal, pelo que a imodificabilidade que produz se circunscreve às fronteiras da instância em causa.

A circunstância de o decisor se ter pronunciado no sentido de que a convenção de prova é válida ou inválida vê, assim, os seus efeitos limitados à acção em que tal decisão é proferida.

Nada obsta, nesta medida, a que, em acção posterior em que tal convenção seja invocável enquanto fonte de regime jurídico regulador da prova, ou em acção, também posterior, em que (quando tanto se afigure admissível) exclusivamente se decida da validade da convenção em causa, venha a haver pronúncia em sentido diverso. Na segunda destas duas últimas hipóteses, porém, representando a pronúncia quanto à validade da convenção, decisão do mérito da causa, o teor da sentença será imodificável intra e extraprocessualmente, revestindo-se da força própria do caso julgado material.<sup>524</sup>

---

<sup>521</sup> Cfr. art. 576.º, n.º 2 do Código de Processo Civil.

<sup>522</sup> Exceptuam-se as nulidades correspondentes à falta de citação, erro na forma de processo e falta de vista ou exame ao Ministério Público quando intervenha como parte acessória, especialmente reguladas pelas normas constantes dos arts. 188.º a 192.º, 193.º e 194.º do Código de Processo Civil, respectivamente.

<sup>523</sup> A título exemplificativo, *vide.*, quanto às desistência, confissão e transacção, o art. 291.º do Código de Processo Civil.

<sup>524</sup> Para reflexão sobre a possibilidade de mais ampla revisão de decisões transitadas em julgado (em quadro de *Rechtskraftdurchbrechung*), bem como sobre o impacto de tal alteração na autoridade própria do caso julgado e compatibilidade dessa alteração com o regime constitucional, *vide* Paula Costa e SILVA, *A litigância de má fé*, Coimbra Editora, 2008, pp. 647 e ss. É também essa a matéria sobre que, em continuidade de pensamento, a processualista faz incidir a análise, ponderando (em sentido de tendência argumentativamente positiva) da admissibilidade de procedência de pretensão indemnizatória conflituante com decisão transitada em julgado, em “Injustiça intolerável e ruptura do caso julgado”, *Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, Vol. II, Coimbra Editora,

#### 4. Modificabilidade da decisão relativa à validade

Pretende-se, neste ponto, indagar do momento de esgotamento do poder jurisdicional do juiz que profere decisão quanto à validade da convenção de prova, no processo em que se peticione que esta seja considerada como parâmetro de regulação do regime da prova.

Uma vez invocada, processualmente, convenção de prova e proferida decisão quanto à sua validade, beneficiará o decisor da possibilidade de alterar, em momento posterior do mesmo processo e na mesma instância, a decisão proferida, nos mesmos termos em que o pode fazer quanto às excepções dilatórias e nulidades processuais?

Salvaguardados os casos em que, invocada a convenção, seja possível proferir decisão, definitiva e fundamentada, relativamente à validade daquela, por tal juízo ser aferível *em abstracto* [ou seja, sem necessidade de considerar o contexto representado pela concreta acção em que o pacto é invocado) – hipótese em que de imediato se formará caso julgado (formal, atento o seu objecto adjectivo)], tornando-se prescindível apreciação concreta, a decisão, relativa à validade ou invalidade, assumirá (nas demais hipóteses e dadas as razões enunciadas – a necessidade de, para proferir decisão, considerar aspectos concretos da acção, sendo que estes se vão revelando ao longo do processo), teor cujo acerto tem, por natureza, carácter puramente aproximativo, pelo que se afiguraria próprio que beneficiasse, esta decisão, durante determinado período, de natureza intraprocessualmente transitória.

A previsão, constante dos art. 595.º, n.ºs 3, 1.ª parte<sup>525</sup> e 1, a)<sup>526</sup> do Código de Processo Civil, no sentido de que a pronúncia formal, quando não concretamente fundamentada, poderá vir a ser modificada, no decurso do processo, prende-se com a circunstância de a apreciação (a ter lugar no início da instância) relativamente a esses aspectos, poder não ser suficiente (dado o momento embrionário em que ocorre) para compreender todos os contornos e problemas envolvidos no objecto da decisão em causa.

Idênticas razões se verificando quanto às convenções de prova (não disponibilidade no início da acção, de todos os elementos necessários a definitiva prolação de decisão quanto à sua validade), idêntico regime lhes deve ser aplicado.

---

pp.741-781. Em particular sobre a alterabilidade de decisão arbitral transitada em julgado e sobre o meio processual de operar tal modificação, Paula Costa e SILVA e Nuno Trigo dos REIS pronunciam-se no sentido de que o recurso à arbitragem não implica renúncia à pretensão de modificação e de que a acção de anulação não foi pensada como via de obtenção do tipo de alteração em causa, “Acção modificativa do caso julgado arbitral: um meio de impugnação esquecido”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 74, Abril-Junho, 2014, pp. 425-441.

<sup>525</sup> “No caso previsto na alínea a) do n.º 1, o despacho constitui, logo que transite, caso julgado formal quanto às questões concretamente apreciadas;...”

<sup>526</sup> “O despacho saneador destina-se a: a) Conhecer das excepções dilatórias e nulidades processuais que hajam sido suscitadas pelas partes, ou que, face aos elementos constantes dos autos, deva apreciar officiosamente.”

O critério de distinção entre as duas alíneas [a) e b)] do n.º 1 do art. 595.º do Código de Processo Civil prende-se com o tipo de matérias a que cada uma delas respeita: a temas relacionados com o conhecimento do mérito, no que diz respeito à al. b) e a temas concernentes a matéria de natureza processual, no que concerne à al. a).

Atenta a referida bipartição, retira-se terem-se querido abranger, na al. a), todas as questões de natureza processual passíveis de conhecimento nesse momento.

Quando considerada a via processual convocada para sua invocação, estas questões reconduzem-se, em abstracto, a duas categorizações principais – excepções dilatórias e nulidades processuais; razão por que foram estas as referências normativamente convocadas.

Representando nulidade processual, a prática de acto que a lei não admita ou a omissão de acto ou formalidade que a lei prescreva,<sup>527</sup> os termos da formulação legal denotam que a construção normativa da figura da nulidade assenta no confronto entre os actos e omissões praticados no processo, por um lado, e o regime adjectivo, por outro. Não se enquadrando as questões relativas ao teor das convenções no âmbito das nulidades processuais (compreendidas neste sentido estrito), nem configurando excepções dilatórias (dado não conduzirem à absolvição do réu da instância), consubstanciam, não obstante, questões processuais. Constituindo também a matéria, objecto da convenção, matéria processual, as questões com ela relacionadas partilham dessa natureza, determinando prolação de decisão quanto a questão respeitante à conformidade do teor convencional com o regime adjectivo aplicável. Trata-se de avaliar se a convenção constitui ou não a prática de acto inválido, nos termos legais.

O tribunal pronunciar-se-á quanto aos requerimentos probatórios anteriormente formulados,<sup>528</sup> bem como quanto às alterações a estes entretanto introduzidas (art. 598.º, n.ºs 1 e 2 do Código de Processo Civil), no âmbito do despacho destinado a “identificar o objecto do litígio e a enunciar os temas da prova”.<sup>529</sup> Tais decisões são, assim, proferidas em despacho que sucede ao despacho saneador, no seio ou não (em caso de dispensa) da audiência prévia. A avaliação da regularidade de convenção de prova antes celebrada e processualmente invocada, representará uma questão prévia relativamente à que, no contexto desse despacho, se decide quando o tribunal se pronuncia relativamente aos requerimentos probatórios. Só depois de definido o padrão regulativo vigente, na instância, em sede de prova, se dispõe de

---

<sup>527</sup> Cfr. art. 195.º, n.º1 do Código de Processo Civil.

<sup>528</sup> Embora da actual redacção do art. 591.º, n.º 1, g) do Código de Processo Civil resulte constituir fim complementar da audiência prévia “programar, após audição dos mandatários, os atos a realizar na audiência final, estabelecer o número de sessões e a sua provável duração e designar as respectivas datas”, quando do art. 508.º-A, n.º 2, a) do Código de Processo Civil na redacção anterior à Lei n.º 41/2013, de 26 de junho constava ser fim complementar da audiência preliminar “Indicar os meios de prova e decidir sobre a admissão e a preparação das diligências probatórias, requeridas pelas partes ou oficiosamente determinadas”, a não menção à prova (na redacção vigente) julgar-se-ia devida ao facto de tal requerimento ter actualmente lugar em momento anterior (aquando dos articulados), englobando-se a pronúncia quanto a tais requerimentos no âmbito da programação dos actos a realizar na audiência final. Precluída não poderá ficar, neste contexto, a pronúncia quanto a acto (convenção de prova) cuja prática não tenha lugar em audiência, mas de que dependem os actos a praticar nesta.

<sup>529</sup> Art. 596.º do Código de Processo Civil.

parâmetro que permite prolação de decisão relativamente à conformidade ou não do requerido com o critério regente. Representando, a convenção de prova, um padrão de regulação, importa, pois, aferir da sua validade, o mesmo é dizer da sua aptidão para constituir *regula* de decisão.

Considerada a bipartição material das alíneas referidas, não se terão querido excluir do da al. a) as circunstâncias de natureza adjectiva, a conhecer neste período processual intermédio (entre a fase dos articulados e a fase da audiência) não reconduzíveis a hipóteses em que cumpra conhecer de excepção dilatória ou de nulidade processual, entretanto praticada, pelo que também a matéria relacionada com a validade das convenções de prova se enquadraria no espírito normativo. E tanto não deixa de ter arrimo possível na letra da lei, quando se tenha por abrangidas no âmbito da pronúncia, não apenas as nulidades já praticadas, como também aquelas cuja prática com essa pronúncia se evita.<sup>530</sup>

Com esta pronúncia se pretende assegurar, pois, a *eliminação* dos efeitos negativos de nulidades processuais praticadas, bem como a *prevenção* da prática de actos nulos.<sup>531</sup>

Cabendo, no âmbito da al. a), as decisões relativas à apreciação da validade das convenções de prova, beneficiariam estas, assim, directamente, da mutabilidade permitida pela primeira parte do n.º 3, por aplicação de tal norma, se fosse essa (despacho saneador) a sede de pronúncia quanto à validade de tais convenções.

Incluindo-se esta hipótese na intenção regulativa, não deverá tal solução deixar de se aplicar pela mera circunstância de a decisão em causa ser proferida, não no despacho saneador, mas no despacho que, na mesma fase processual, imediatamente o sucede, integrando-se ambos os despachos, as mais das vezes, na mesma peça documental. Atento o espírito fundante da norma, dela se retira, assim, princípio aplicável a circunstâncias que se subsumam no mesmo quadro teleológico.

Tanto, além de se manifestar congruente com a motivação inspiradora da norma em causa, revela-se necessário em ordem a (no âmbito das causas de nulidade especificamente previstas quanto às convenções de prova) dar *adequado*

---

<sup>530</sup> Na hipótese, as nulidades processuais decorrentes da prática de actos concretizadores, na instância, de regime de convenção de prova inválida e, assim, colidentes com o regime processual legal aplicável. Interpretação que não conflitua, assim, com a circunstância de entendermos só haver lugar a nulidade processual relativamente a actos praticados no processo (ou a omissões que neste se verifiquem).

<sup>531</sup> Prática a que haveria lugar se, não se apurando da validade da convenção de prova, e sendo esta nula, viesse a ser desenvolvida actividade processual conforme com o regime dela constante. Produzindo, a nulidade, efeitos *ope legis*, a convenção de prova nula nunca teria gerado a modificação das regras vigentes no processo, pelo que os actos com ela consentâneos se revelariam em dessintonia com o regime aplicável (supletivo), representando a prática de actos que a lei não admite e, consequentemente (se cumpridos os pressupostos do previsto no n.º 1 do art. 195.º do Código de Processo Civil), a comissão de nulidades processuais. Sobre a razão de ser do momento saneador, *vide* designadamente, Antunes VARELA, Miguel BEZERRA e Sampaio e NORA, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, Reimpressão, 1985, pp. 382 e ss. TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª Edição, Lex, Lisboa, 1997, pp. 381 e ss. e REMÉDIO MARQUES, *Acção Declarativa à luz do Código Revisto (pelo Decreto-Lei N.º 303/2007, de 24 de Agosto)*, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2011, pp. 540 e ss.

cumprimento ao controlo de validade que norma de direito probatório (a que o art. 345.º do Código Civil se reconduz) prevê (pelo que, se solução normativa não existisse, sempre se imporá uma adaptação conformativa das regras do processo em ordem a permitir a adequada execução do escrutínio judicial de licitude do negócio jurídico que tal preceito contempla)<sup>532</sup>, bem como condizente com a circunstância de, no que se refere aos fundamentos de nulidade convencional decorrentes da não verificação de condições que, a nível processual interno, configuram pressupostos processuais, estarem em causa requisitos cuja inobservância, em diverso contexto processual (relativamente a actos praticados no seio da instância), é objecto de invocação por via de excepção dilatória, beneficiando, assim, da aplicação de tal solução normativa.

Da ponderação das razões de ser que a esta presidem se extrai, assim, a sua aplicabilidade quando esteja em causa o controlo de actos processualmente relevados (praticados no processo ou fora dele<sup>533</sup>), relativamente aos quais deva haver pronúncia na fase de saneamento (em sentido amplo), no sentido de apurar se aqueles se revelam conformes ao regime adjectivo.<sup>534</sup>

Quando para tanto (apreciação da validade de convenção de prova) não disponha (como na generalidade das hipóteses sucederá) de fundamentação dotada de carácter definitivo, o decisor pronunciar-se-á, quanto à validade do pacto, sem invocação do suporte de decisão (dada a carência de solidez e, nesta medida, de relevo jurídico vinculativo, dos elementos de que então dispõe), assim se reservando a possibilidade de pronúncia diversa em momento posterior da instância, caso os elementos de que, então, passe a dispor, assim o determinem.<sup>535</sup>

---

<sup>532</sup> O interesse em reservar para depois a prolação de decisão definitiva relevará, sobretudo, para apreciação da validade da convenção quando se tome por base a condição específica de validade enunciada em segundo lugar (excessivo grau de dificuldade de exercício do direito). Nessa hipótese, imprescindível será, na generalidade dos casos, que haja lugar a efectiva produção de prova para fundamentamente se poder avaliar se o regime convencional importa ou não excessivo grau de dificuldade para exercício do direito. Relevante poderá ser, a título de exemplo, conhecer da real capacidade de exposição e efectivo conhecimento das testemunhas, relativamente à matéria factual controvertida, quando a este meio de prova (testemunhal) se tenha reduzido os meios de prova admissíveis. O mesmo valerá (a título igualmente exemplificativo) para efeito de apuramento do grau de indispensabilidade (para adequada possibilidade jurisdicional de exercício do direito realizando) de realização de perícia de cuja produção as partes haviam prescindido. Só nesta fase (de audiência final) se reúnem, pois, nas mais das vezes, os elementos necessários para prolação da decisão que se considera.

<sup>533</sup> Como sucede com a convenção de prova celebrada extraprocessualmente.

<sup>534</sup> Conste este do Código de Processo Civil ou não (como sucede quanto às condições de validade das convenções de prova constantes do art. 345.º do Código Civil) e represente dimensão normativa aplicável exclusivamente no âmbito processual ou de aplicação comum a outros domínios (como se verifica quanto às condições de validade relativas aos negócios jurídicos em geral).

<sup>535</sup> Se o conhecimento da invalidade é possível quando se verificarem os pressupostos (acima indicados) para tanto, em acção própria, exclusivamente destinada a conhecer dessa questão, ou na acção em que se pretenda que os efeitos decorrentes do acto se produzam, e se é de admitir a revisibilidade (nos termos indicados) da decisão proferida (pelo ente que a proferiu), importa ponderar da possibilidade de conhecimento de tais vícios em momento posterior à extinção da instância, em ordem a ter reflexos nesta. A possibilidade de assim acontecer está expressamente prevista quanto aos actos de confissão (do pedido), desistência e transacção (vd. art. 291.º, n.º 2 do Código de Processo Civil). Será idêntico regime justificável quanto às convenções de prova? Não se nos afigura existir entre cada uma das categorias de actos em cotejo similitude de razões justificadora de aplicação da mesma solução, ainda

### ***Subsecção II – Invalidade dos actos processuais subsequentes a convenção de prova***

Diferente do problema da validade das convenções de prova é, como acima observado, o problema da validade dos actos processuais praticados nas fases a ela – prova – relativas, na sequência de convenção (de prova) feita valer no processo por uma ou ambas as partes.

Estando em causa convenção de prova inválida e como tal declarada processualmente, o problema não se suscita com autonomia, dado valer o regime legal supletivo. Não relevando, tal negócio jurídico enquanto parâmetro de aferição de validade dos actos a praticar processualmente, inócuo se afigurará que algum acto relativo à prova se revele em colisão com a regulação constante daquele acordo.

Quando assim não seja, porém, qual o regime a observar se os actos processuais praticados se revelarem em desconformidade, por acção ou por omissão, com o convencionado? Sendo a convenção de prova válida e eficaz, o regime dela constante assume vinculatividade idêntica àquele que substitui (regime legal supletivo). Idênticas deverão ser, em congruência, as consequências decorrentes da sua inobservância. Razão por que, se praticado acto em desconformidade com o previsto na convenção de prova, ou se omitido acto cuja prática a convenção de prova,

---

que um deles (transacção) assuma, à semelhança das convenções de prova, também natureza negocial. A confissão, desistência e transacção têm em comum o facto de contenderem com o mérito da causa, o facto de porem termo à discordância entre as partes e a circunstância de a actividade desenvolvida pelo decisor não corresponder a actividade de autónoma construção (por este) de uma solução para a causa. Embora o caso julgado tenha, nestas hipóteses, natureza material, a circunstância de estar em causa uma solução da lide e (solução) da autoria das partes, a que o decisor se limita a atribuir força vinculativa, permite compreender a flexibilização criada quando se admite o controlo da validade do acto mesmo após o trânsito em julgado da decisão que o recobre com o manto da imodificabilidade (aqui tendencial). Para compreensão das razões de tal admissibilidade releva também o facto de se tratar de acto que põe termo à instância, que determinará o sentido das relações entre as partes após tal extinção, pelo que, dotado de vida própria, está em causa acto jurídico cuja declaração de invalidade não contenderá, por princípio, com a tramitação processual que o antecede. Ao que acresce a circunstância de as partes não terem disposto da possibilidade de invocar tais causas de invalidade em momento anterior. Não assim, porém, quando estejam em causa convenções de prova. Não obstante o seu carácter negocial, têm por objecto matéria adjectiva relevante para os termos em que a instância decorrerá. Não contendem com o mérito da causa. A circunstância de as partes poderem vir a, uma vez formado caso julgado, arguir a invalidade da convenção de prova, implicaria (se procedente tal arguição) a reformulação (em maior ou menor extensão) do processado, com as consequências de instabilidade e insegurança que tanto implicaria para tutela da posição jurídica de cada uma delas (quanto à confrontada com a invocação) e para o comércio jurídico em geral, sem que, em simultâneo, esteja em causa hipótese dotada da extrema gravidade comum aos fundamentos de recurso de revisão. A tanto soma-se, com particular relevo, o facto de as partes terem já beneficiado dessa possibilidade no decurso da instância, pelo que se verificou a preclusão quanto ao exercício desse direito. Justifica-se, nesta medida, que o legislador não preveja, nesta hipótese, qualquer específica concessão maleabilizadora à força própria do caso julgado.

anteriormente admitida, impõe, há lugar a nulidade, cuja arguição, conhecimento e decisão obedecerá ao regime geral das nulidades dos actos processuais.

## Capítulo V - Risco processual e (in)validade convencional

Cumpra, no presente momento, estabelecer a ponte entre a Parte II (ora finda) e a Parte III.

Não obstante constituir, a actividade jurisdicional, meio de resolução de conflitos, a conclusão (apurada ante o exposto nos capítulos anteriores) no sentido de que as convenções de prova representam negócio jurídico passível de ser validamente celebrado, confere consistência actual à expressão de Loïc CADIET, quando (em entendimento diverso do sustentado por LE BALLE<sup>536</sup>) observa que incompatibilidade entre acordo e processo representa, “se não uma ilusão óptica, pelo menos um erro de perspectiva”.<sup>537</sup> Assim o pronunciava KOHLER quando observava o relevo que as

---

<sup>536</sup> Contrapondo as concepções estadual e contratual de justiça, o autor manifestava, no primeiro quartel do século passado, preferência pela primeira, referindo a “organização da prova no direito francês como uma *construção de conjunto* na qual não se pode tocar sem atingir ao mesmo tempo os próprios fundamentos da Justiça Estadual”, *Des conventions sur le procédé de preuve en Droit Civil*, Meulan, Imprimerie Auguste Réty, 1923, pp. 30. Posição que afirma em contraposição à previamente sustentada por SESCIOREANO. COCURAL vem a, examinando a posição de LE BALLE, propender para a admissibilidade das convenções de prova, sob condição de que tanto não contenda com a ordem pública, *Étude théorique et jurisprudentielle des conventions des parties en matière de preuves en droit civil français*, impr. de H. Basuyau, Toulouse, 1933.

<sup>537</sup> Em alusão ao facto de o teor de regime jurídico processual representar reflexo do contexto social envolvente, CADIET estabelece relação entre o aprofundamento da contratualização do processo e a geral acentuação da “emergência de uma ordem jurídica negociada entre os actores sociais”, própria de um período histórico em que se verifica o recuo do poder centralizado do Estado”, evidenciada, no século XX, sobretudo a partir da década de 60, “Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Settembre 2008, Anno LXII, suplemento al n.3, Milano, pp. 8 e 9. No que diz respeito à permeabilidade do regime processual à repercussão da moldura histórica em que aquele se enquadra, CAPPELLETTI nota que a influência de circunstâncias externas à realidade processual ao nível do teor do seu regime opera por duas vias distintas. Por um lado, atenta a natureza instrumental deste tipo de normatividade, por intermédio dos sentidos do direito substantivo de cuja realização aquele é instrumento. Refere, a este propósito, que o direito processual não é “um fim em si mesmo, porém instrumento voltado ao objectivo da tutela do direito *substancial*, público ou privado, este está na verdade e por assim dizer *ao serviço* do direito material, do qual tende a garantir a efectividade, ou melhor, a observância” e, para o caso de inobservância, a reintegração”, razão por que esta será a “primeira “porta”” através da qual “as ideologias penetram no processo”, *Processo, Ideologias e Sociedade*, vol. II p. 32. Apoiando-se na perspectiva de CALAMANDREI, refere que “a natureza da relação ou do *status* substancial deduzido em juízo, e particularmente a natureza *disponível* ou *indisponível* de tal relação ou *status*, influi profundamente nas regras técnicas processuais”, designadamente no que, exemplifica, respeita à conciliação das partes, reconhecimento do pedido a renúncia à acção, *Processo, ideologias e sociedade*, Vol. II, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2010, p. 37. Identifica, por outro lado, a possibilidade de o teor da normatividade objectiva ser directamente determinada “por razões ideológicas, prescindindo da mediação do direito substancial”. Domínio em que discerne o que designa por “*autonomia* do direito processual”, por nele serem “identificáveis certas normas ou mesmo certos institutos que podem valer *qualquer que seja a natureza* do direito substancial”, não obstante notar o cuidado que deve existir no que diz respeito ao grau de tal autonomização sob pena de o direito processual se tornar “excessivamente “abstracto” com relação ao seu *humus* substancial”. Conquanto autónomo, sob o ponto de vista da influência no que respeita ao teor do seu regime, ante o direito substantivo, o direito processual não se conserva, nota, imune relativamente a “fundamentos extra

dimensões contratual e criativa assumem no processo (“Die obigen Ausführungen zeigen, wie die Rechtskategorien von Vertrag und Creationen auch im Prozesse ihre Rolle spielen”), sustentando, em visão profundamente crente nas virtualidades contratuais, que o direito processual só poderia ser construído de forma adequada com o auxílio proporcionado pela convocação da figura negocial (“das Processrecht, ist nur mit ihrer Hülfe in ausreichender Weise zu construieren”).<sup>538</sup>

A par do que sucede quando as partes logrem concordância quanto aos termos materiais de resolução do litígio, bem como quanto à subordinação ou não da extinção do conflito a decisão judicial, é, por via das convenções de prova, dada aos litigantes, a possibilidade de conferirem relevo a acordo entre si obtido relativamente ao próprio regime jurídico processual a observar durante a pendência da instância, em reconhecimento da possibilidade de existência de verdadeiro *processo convencional* (*Konventionalprozess*).<sup>539</sup>

O regime regulador das convenções de prova representa, porque assim, via de atribuição de poder jurisdicção às partes, traduzido na concessão (também no domínio adjectivo e, em particular, no âmbito da prova) da faculdade de criação de regime jurídico processual próprio, construído (em *Kautelarpraxis*, na expressão de WAGNER<sup>540</sup>) tomando em consideração as especificidades próprias do seu particular contexto, por esta via lhes sendo dado, conquanto em termos limitados, o poder de *gestão do risco processual*, por via da obtenção, nsa expressão de SCHÜLLER, de um certo grau de

---

jurídicos, extra processuais, culturais, políticos, económicos, ideológicos”. Refere, a título exemplificativo, terem sido razões dessa natureza as justificativas da adopção generalizada (de forma mais marcada, após a Revolução Francesa) do princípio da publicidade, enquanto consagração do “ideal liberal de subtrair o indivíduo aos arbítrios dos segredos, das torturas, aos arbítrios das inquisições, da “*collone infami*” ao permitir que o processo se desenvolva “à luz do sol, em pública audiência, fora das *murate...*”, *ob.cit.*, pp. 51 e 52. Também a generalizada adopção do princípio do *livre convencimento judicial*, observa, não é “senão o reflexo, na esfera do direito processual, do triunfo geral daquelas concepções culturais e ideológicas”, tal como aquela em que se traduz o “triunfo” do “método de observação directa dos dados concretos da realidade sobre o antigo método do apriorismo abstracto, mecânico, formal, privilegiando-se a máxima “*adquantio intellectus ad rem*”, em detrimento do princípio *adaequatio rei ad intellectum*”, *ob.cit.*, pp. 35 e 36. Porque assim, e na medida em que a “cultura humana, em quaisquer países, é hoje interdependente” e a “osmose, entre os vários movimentos culturais é da mesma forma rápida e plena”, torna-se possível a constituição de um magma cultural em muitos aspectos comuns a diversos Estados, proporcionador da construção de regimes processuais entre os quais se podem identificar pontos cada vez mais intensos de proximidade, *Processo, ideologias e sociedade*, Vol. II, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2010, p. 56.

<sup>538</sup> “*Ueber processrechtliche Verträge und Creationen*”, *Gesammelte Beiträge zum Zivilprocess*, Neudruck der Ausgabe, Berlin, 1894, Scientia Verl., 1969 - X, p. 248.

<sup>539</sup> Sobre o sentido da expressão, WAGNER, *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 58. CADDET discerne a expressão “contratualização da justiça” da expressão “contratualização do processo”, associando a primeira, de modo estrito, à contratualização no âmbito da administração da justiça, tomada em sentido orgânico. As convenções de prova inserir-se-ão, no quadro desta distinção, no âmbito do segundo tipo de contratualização. Estas, parafraseando CADDET, enquanto meio de “exercício de sabedoria contratual” representam, não formas de “evitar o processo judiciário”, mas via de “conformar a solução judiciária da sua eventual querela”, “Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Settembre 2008, Anno LXII, supplemento al n.3, Milano, pp. 10 e 11.

<sup>540</sup> *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 710.

segurança quanto à prova (“eine bestimmte Sicherung des Beweises zu treffen”<sup>541</sup>). Risco que, porque relativo à prova, se afigura reflectível, em primeiro lugar, no domínio da decisão da matéria de facto controvertida.<sup>542</sup>

Se o processo assume, na sua essência, natureza instrumental, por constituir via de realização de direitos, a possibilidade de efectivo cumprimento destes, por via jurisdicional, depende de condicionantes várias, designadamente das relacionadas com a estrutura instrumental e com a dimensão de álea associada ao seu funcionamento, sobretudo no que em particular respeita à capacidade de proporcionar condições de segura reconstituição, na instância, da dimensão da realidade relevante para efeitos de resolução do conflito mediante realização da norma no caso.

---

<sup>541</sup> *Die Wirksamkeit von Beweisverträgen nach geltendem Prozeßrecht*, Göttingen, 1932, p. 7.

<sup>542</sup> PATTI alude às convenções de prova enquanto meios de obtenção de “certezza giuridica”, por via da limitação do “rischio di prova”, “La disponibilità delle prove”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Marzo, 2011, Anno LXV, Supplemento al. N. 1, Numero Speciale, p. 95. Representa, pois, esta, uma via de gestão do risco processual *intramuros* de uma determinada sede jurisdicional. Diferentemente, o recurso a meios alternativos de resolução de litígios constitui uma forma de gestão do risco *extramuros*. Considerando algumas particularidades desse meio de gestão do risco, aliado ao processo, no âmbito do direito do consumo, Maria José CAPELO, “A lei de arbitragem voluntária e os centros de arbitragem de conflitos de consumo”, *Revista Portuguesa de Direito de Consumo*, nº 20, 1999, pp. 30-43; no domínio de relações multipartes, Mariana França GOUVEIA e Jorge Morais CARVALHO, “Arbitragens complexas: questões materiais e processuais”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 4, 2011, pp. 111-161; no âmbito do contencioso societário, Paula Costa e SILVA, “Arbitrabilidade e tutela colectiva no contencioso das deliberações sociais”, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Volume IV, pp.357-391. Para referência estatística em sede de particular experiência no quadro da mediação do consumo, vide Mariana França GOUVEIA e Jorge Morais CARVALHO, “A experiência da UMAC na mediação de conflitos de consumo”, *Conflitos de consumo*, pp. 23-51. Sob uma perspectiva global, Paula Costa e SILVA, *A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, Almedina, 2009. Em particular, sobre a relação (de integração – em concepção de *multidoor court* - ou não) dos vários meios de resolução de conflitos, vide a mesma autora, em “De minimis non curat praetor”, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Vol. III, Almedina, 2010, pp. 288-301. No sentido da natureza não concorrencial entre o sistema judicial e os sistemas alternativos, Mariana França GOUVEIA, “Meios de resolução alternativa de litígios: negociação, mediação e julgados de paz”, *Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Vol. II, pp. 729 e ss. LAMOUREUX reflecte a circunstância de estar em causa a gestão do risco no quadro da jurisdição quando inclui as convenções de prova na categoria de pactos reguladores do modo de solução jurisdicional do conflito, que não na tipologia de acordos destinados a evitar a intervenção do juiz. Expõe, com minúcia, múltiplas hipóteses de regime convencional, reportando-se a previsões pactícias de natureza diversa, mas, na prática, de dificuldade distintiva por vezes tangencial. Assim, por exemplo, com as cláusulas de interpretação negocial, relativamente às cláusulas concernentes à prova, *L’aménagement des pouvoirs du juge par les contractants Recherche sur un possible imperium des contractants*, Aix-en Provence, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 2006. Incluem-se, no âmbito do segundo tipo de convenções, os pactos previsores de cláusulas penais ou de limitação e exclusão da responsabilidade civil. Quanto a este tipo de negócios jurídicos, vide, por todos, PINTO MONTEIRO, em *Cláusula Penal e indemnização*, Coimbra, Almedina, 1990, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Almedina, 1985 (reimpressão em 2003) e “As cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade sob o olhar da jurisprudência portuguesa recente”, *Direito e Justiça*, Volume especial, n. 1, 2011, pp. 273-309. Em particular sobre a sanção pecuniária compulsória, vide CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, 4ª ed., Almedina, 2002.

Como DICKHOFF observa, a titularidade do direito realizando, não constitui, nesta medida, garantia absoluta de que aquela venha a ser jurisdicionalmente reconhecida, bem como de que de tal reconhecimento venham a surtir efeitos práticos, remanescendo importante dimensão de risco, potencialmente limitadora da efectividade instrumental do processo. Da possibilidade de lograr a prova depende, assim, “na maior parte dos casos, o desfecho favorável ou desfavorável” (*günstige oder ungünstige Ausgang*) “do litígio”.<sup>543</sup>

E se a tendência da evolução do regime adjectivo tem sido no sentido de, progressivamente, se esbater o relevo ou supremacia da forma sobre a matéria, em ordem a evitar a prolação de decisões fortemente determinadas por razão de índole eminentemente formal, sempre subsistirá, mesmo quando observado o escrupuloso cumprimento das normas processuais relativas à prova, o perigo de disparidade entre a decisão de facto e a realidade (e, em consequência, entre o conteúdo da decisão proferida e o conteúdo da decisão – representativa da verdade – que seria proferida caso fosse possível eliminar tal margem de erro). Este (a prova) um particular domínio, assim, de manifestação do *risco processual* de não coincidência entre o real e a decisão a este relativa.

Atenta a referida contingência (relativa ao plano da prova) e as suas repercussões na decisão da matéria de facto controvertida, o teor da decisão de mérito (assente que está na decisão de facto) pode, por esta via, ser condicionado, de modo premente, pelo funcionamento do regime processual, podendo deste decorrer o não reconhecimento ou o reconhecimento, jurisdicional, de direitos que, na verdade, respectivamente assistem ou não assistem às partes.

Acresce que, em sede de prova, ao risco processual relativo ao *conteúdo* decisório, se somam, para as partes, riscos de índole económica (atentos os custos associados às diligências, intra ou extraprocessuais, de prova)<sup>544</sup>, de quebra da privacidade (quando as razões motivadoras da preservação desta não constituam fundamento válido de não observância do dever de cooperação) e de afectação de terceiros (quando a produção de prova implique a convocação de sujeitos que as

---

<sup>543</sup> *Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeß*, Buchdruckerei Franz Linke, Berlin, 1941, p. 1.

<sup>544</sup> Respondendo à demanda de estabilidade e certeza necessárias ao desenvolvimento das relações negociais e da rede económica, as convenções de prova representam uma manifestação do fenómeno de “colonisation” e “pollinisation” entre os campos do direito e da economia, a que GUINCHARD e CADIET aludem, CADIET, Loïc, GUINCHARD, Serge, “Les jeux de la justice et de l’économie”, *Justices, Revue Générale de Droit Processuel*, 1995, 1, Janv.-Juin, Dalloz, p. 5. Sobre os limites da expansão contratual em processo, vide JARROSSON, , “La contractualisation de la justice: jusqu’où aller?: introduction”, *Réformes de la justice, réforme de l’État*, PUF, 2003, pp. 185-191. Rui de Alarcão retrata a crescente frequência de uso do contrato no âmbito do direito público, referindo-se, expressivamente, ao fenómeno da « floração contratual », *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1983, p. 104. Denotando as especificidades do direito processual associado à litigiosidade de índole eminentemente económica, FRISON-ROCHE sublinha o « éparpillement » próprio desta secção do direito adjectivo, FRISON-ROCHE, Marie-Anne, “Vers le droit processuel économique”, *Justices, Revue Générale de Droit Processuel*, 1995, 1, Janv.-Juin, Dalloz, pp. 93 e ss.

partes não querem que sejam objecto de incómodo atenta a particular situação, designadamente de idade ou saúde, em que se encontram).<sup>545</sup>

A previsão normativa da possibilidade de gestão do risco processual, por via da celebração de convenções de prova, é, por outro lado, favorecida pela circunstância de, como EICKMANN e PELLI assinalam, tais convenções gerarem, frequentemente, pelo regime processual de que são fonte, maior facilidade no que diz respeito ao exercício da actividade jurisdicional (em benefício também da comunidade administradora de justiça), poupando a prática de actos processuais e, assim, promovendo, pela maior celeridade processual que permitem, a efectividade da actividade jurisdicional.<sup>546</sup> A tais benefícios, identificáveis como efeitos passíveis de decorrer das convenções de prova, a título geral, podem, sublinha PELLI, somar-se vantagens associáveis, com carácter especial, a particulares tipos de pactos de prova.<sup>547</sup>

Razões que permitem compreender a circunstância, notada por PEZZANI, de este tipo de negócio jurídico não representar mera *ipotesi di scuola*, antes modalidade contratual dotada de importante relevo prático,<sup>548</sup> quer no actual quadro jurídico, quer

---

<sup>545</sup> Enquanto instrumentos jurídicos de gestão do risco, as convenções de prova representam uma das formas por intermédio das quais o direito serve a função de estabilização e redução da imprevisibilidade das relações sociais, a que FERRARI alude, em sintonia com a concepção de Luhmann, no que diz respeito à função do jurídico, « Le parti e il rischio del processo », *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Settembre, 2008, anno LVII, supplemento al N. 3, Milano, Giuffrè, pp. 40 e ss.

<sup>546</sup> EICKMANN associa aos acordos com relevo em sede de prova, a virtualidade de deles poderem resultar, não só vantagens para as partes (na medida em que lhes permitem controlar os riscos próprios da fase em que “se prepara o desfecho do processo” (“Die Beweisaufnahme ist einer der zentralen Punkte des zivilprozesses; in ihr werden die Weichen für den Ausgang des Verfahrens gestellt”), como também para o tribunal, na medida em que contribuam para a redução do período de duração do processo, *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochumer juristische Studien, Nr. 57, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1987, p. 1. Olívia PELLI sublinha também o relevo das vantagens que as convenções de prova comportam, quando sejam factor de promoção da celeridade processual, observando que as desvantagens que a morosidade do procedimento jurisdicional importa se repercutem, quer na esfera jurídica dos particulares, quer no plano dos interesses públicos. No que concerne aos primeiros, nota, de modo particular, que, ante a lentidão processual, as partes serem conduzidas a celebrar transacções (assim renunciando ao exercício de direitos substantivos que lhes assistem e que, de outro modo, não deixariam de fazer valer) ou mesmo a não recorrerem a tribunal, em virtude de, considerando o valor do litígio, não se revelar compensador o início de um processo longo e dispendioso, *Beweisverträge im Zivilprozess*, Dike Verlag, Zürich, St. Gallen, 2012, p. 49.

<sup>547</sup> A autora assinala como uma das vantagens de celebração de convenções relativas ao ónus da prova a circunstância de evitarem a situação de incerteza em que, na prática, frequentemente se incorre quando se trata de proceder à sua distribuição de acordo com os critérios legalmente previstos. Associando, as partes, o ónus de demonstração de certa factualidade a uma parte expressa e claramente determinada, obstar-se-ia à dúvida que pode decorrer da ausência de tal explicitação, contribuindo para a promoção da segurança jurídica, *Beweisverträge im Zivilprozess*, Dike Verlag, Zürich, St. Gallen, 2012, p. 50. Reconhecendo, assim, nas convenções de prova a potencialidade de gerar efeito corrector de situações injustas, sopesa, contudo, a circunstância de, frequentemente, contribuírem para a insegurança jurídica, atenta a natureza indeterminada dos conceitos nelas utilizados”, *ob. cit.*, p. 52.

<sup>548</sup> CAMON dá conta do relevo que, no âmbito do direito italiano, a disposição processual das partes, por via convencional (designadamente em sede de prova – “patteggiamento sulla prova”), assume, também no âmbito do processo penal. Vendo, embora, em tal tendência, um “fenómeno impetuoso, dificilmente arrestabile”, observa ser “crucial” discernir, “limites intransponíveis” (“limiti invalicabili”) ao que designa por “specie di trapianto” (espécie de transplante) “dello *ius privatorum*” para o âmbito da

em períodos históricos antecedentes<sup>549</sup>, não obstante a circunstância de, como observa PELLI, nem sempre as partes devidamente qualificarem o negócio jurídico que celebram.<sup>550</sup>

---

“architettura del processo penale”, “Accordi processual e giustizia penale: la prova patteggiata”, *Rivista di Diritto Processuale*, Gennaio-Febbraio, 2008, Anno LXIII, Seconda Serie, N.1, Cedam, p. 57.

<sup>549</sup> *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 1. Importância prática que contrasta com o relativamente parco tratamento na doutrina e jurisprudência *alemãs* do tema, no período correspondente à transição entre os sécs. XIX e XX. No universo desta escassa reflexão sobre as convenções de prova, PEZZANI detecta, contudo, uma tripla tendência: por *um lado*, no sentido de a atenção incidir, então, maioritariamente, sobre os pactos relativos à actividade decisória (que não aos relativos aos meios de prova); por *outro lado*, no sentido de frequentemente se conceberem, em termos confluentes, o pacto de reconhecimento de factos e a confissão extrajudicial; *finalmente*, no sentido de ambos (acordo de reconhecimento de factos e confissão extrajudicial) serem integrados no domínio dos pactos de prova. A autora explica a *segunda* tendência recordando a inexistência, então, de regulação legal, nessa ordem jurídica, da confissão extrajudicial (contrariamente ao que sucedia em sistemas jurídicos coevos, designadamente em Parma, em França e na Áustria. Era, contudo, diverso, o critério adoptado no que diz respeito à eficácia probatória reconhecida a essa declaração. Se, no art. 2291 do Codice Civile Parmense (1820), expressamente se lhe atribuía força plena, o art. 1354 do Codice Civil Napoleónico (1804) era omissivo a esse respeito, prevendo-se, no §266, 3 da Zivilprozessordnung austríaca (1895), que o tribunal apreciaria o teor de confissão extrajudicial ao abrigo do princípio da livre apreciação da prova). Tanto fomentou o labor da doutrina no sentido de discernir uma figura negocial susceptível de ser fonte dos efeitos por regra associados à confissão extrajudicial. Foi o intento de encontrar uma forma jurídica, oponível ao tribunal, de *accertamento* convencional definitivo, o *Leit-Motiv* de BÄHR quando, na obra que subordinou ao título *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*, distingue a confissão extrajudicial probatória da confissão extrajudicial obrigacional, associando o pacto de reconhecimento (*Anerkennung*) a esta última. Este representaria, assim, forma pactícia de *confessio in iure*. A visão de BÄHR veio a encontrar acolhimento legal, aquando previsão da figura do reconhecimento de obrigação (*Schuldanerkenntnis*), no §781 BGB (cujo teor consta, integralmente, da actual versão desta norma. Ao texto inicial foi apenas agregada a referência ao documento electrónico, tendo-se, sob o ponto de vista formal, eliminado a divisão em parágrafos). A visão do autor repercutiu-se, também, de modo intenso, na doutrina (sobretudo germânica e austríaca) de então, tendo, posteriores estudos sobre o tema, ampliado as fronteiras do contrato de reconhecimento ao domínio dos factos (retratando os termos da reconstrução realizada a partir do pensamento de BÄHR, FURNO *in Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, G.C. Sansoni Editore, 1948). Foi, por esta via, exponenciado o âmbito do contrato de reconhecimento, no sentido de, por intermédio desta figura negocial, se lograr, não só (como em BÄHR), a produção dos efeitos que se associam à confissão obrigacional, mas também os que são próprios da confissão probatória (na lógica classificativa do autor) judicial. Ficam, então, criadas as condições para concessão de relevo ao negócio jurídico de reconhecimento no âmbito da decisão da matéria de facto, bem como para que o tratamento científico da figura se faça em estreita aproximação com a figura da confissão. Como causa justificativa da terceira tendência (inclusão no âmbito das convenções de prova), a autora indica a circunstância de, em ambas as hipóteses (confissão e negócio de reconhecimento), o acto jurídico privado conduzir a que se prescindia da prova (sobre as razões que nos levam a, com base no mesmo argumento sustentar o inverso, *vd.* o que dissemos *supra* – Parte I, Cap. I, Secção II, Subsecção I, b)). No que respeita à primeira tendência, indica o “*humus* cultural, jurídico e político” da época, caracterizado pela limitação da autonomia privada e reforço do poder estadual. Contexto reflectido, processualmente (no âmbito do regime constante da Zivilprozessordnung de 1877), em limitação da liberdade das partes (mediante reforço dos poderes do juiz ante estas, limitando o âmbito da sua *soberania* na instância), bem como em acentuada limitação dos próprios poderes do juiz ao nível da concreta conformação do processo (mediante adopção do paradigma da *Verfahrensstreng*), *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 32. De observar, porém, a nota de prudência que, como a autora salvaguarda, CAVALLONE sublinha, quando relativiza a pureza da visão, amplamente difundida, valorizadora, em excesso, do princípio do inquisitório no âmbito do processo prussiano, “*Il giudice e la prova nel processo civile*”, CEDAM, Padova, 1991, esp. pp. 8-17. Para referências jurisprudenciais alemãs, sobre

A estas vantagens, potencialmente advenientes da celebração de convenções de prova, contrapõem-se, porém, implicações negativas que delas podem igualmente decorrer. Assim quando o regime de prova convencional conduza ao acentuar da dessintonia entre a realidade e a imagem dela processualmente prevalecente (ao nível da decisão da matéria de facto controvertida), quando gere morosidade ou ineficiência processuais ou quando importe prejuízo para a posição de terceiros. Razão por que, de forma específica, se circunscrevem, a título específico, em triplo anel condicionador, as condições de válida celebração dos negócios jurídicos em análise.

Em síntese, concedendo-se a possibilidade de celebração de convenções de prova, permite-se que as partes giram (em auto-regulação) o *risco processual* (risco decorrente, para as partes, do funcionamento do processo segundo o regime normativo previsto) associado à actividade de prova; pela forma controlada como, mediante previsão de específicas e gerais condições de validade, se prevê tal possibilidade, gera-se, por outro lado, o *risco* (risco para o adequado cumprimento da função que ao processo se associa, enquanto via de constituir efectivo instrumento de realização de direitos)<sup>551</sup> associado à celebração de tais convenções.

Depois de incidente (durante a Parte II), a atenção, sobre o segundo aspecto (condições de válida celebração de convenção de prova, enquanto via de gestão, pelo legislador, do risco associado a este tipo de negócios jurídicos processuais), passamos a centrar o olhar sobre o primeiro aspecto (tipos de convenções que as partes mais frequentemente celebram, em gestão do risco associado à actividade processual de prova).

---

esta matéria, no período em causa, *vd.* EICKMANN, *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochumer juristische Studien Nr. 57, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1987.

<sup>550</sup> A autora nota que as “cláusulas de prova são muitas vezes celebradas entre comerciantes sem que as partes ou os seus representantes legais estejam conscientes da sua qualificação”. Prevê, por outro lado, que “no futuro tendo em vista a liberdade cada vez mais ampla das partes no direito processual civil – o significado prático dos contratos de prova vai ainda aumentar”, *Beweisverträge im Zivilprozess*, Dike Verlag, Zürich, St. Gallen, 2012, p. 46.

<sup>551</sup> Tomando (como refere), no essencial, a concepção de WACH, CHIOVENDA associa, ao processo civil, o fim de assegurar a “actuação da lei (relativamente a um bem que se quer garantido por ela no caso concreto) através dos órgãos de jurisdição ordinária”. Na sequência dessa explicitação, refere (a tanto dedicando as páginas seguintes do §2 (da Parte I) de *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1913) outras visões da mesma ideia de base (*realização* da lei). Visões que contrapõe a perspectivas que associam ao processo civil a função de *produção* de direito, explicitando, o autor, o risco de, quando se adopte esta segunda via, se transformar o juiz em “vice-legislador”, “fonte de direito em estado *inorgânico*”.

**Parte III - Modalidades de Convenções de Prova**

## Capítulo I – Convenções relativas aos meios de prova (*Beweismittelverträge*)

Como primeira modalidade de pactos incluíveis no que DICKHOFF designa por “ampla área conceitual” (*Oberbegriff*) das convenções de prova,<sup>552</sup> considerar-se-ão, no presente capítulo, as convenções relativas à primeira dimensão de prova que identificámos (enquanto meio de prova).<sup>553</sup>

Esta modalidade de convenções relaciona-se, de forma mais directa, com o primeiro momento relevante das fases processuais relativas à prova – aquele em que é requerida a produção ou junção<sup>554</sup> de prova; acto processual na sequência do qual se avalia da admissibilidade ou não do requerido.

Com a celebração desta modalidade de convenções de prova, pretendem as partes alterar o universo dos meios de prova, processualmente disponíveis. Alteração passível de produzir efeito restritivo ou ampliador do espectro de meios de prova<sup>555</sup> legalmente disponíveis. Porque assim, comungamos da perspectiva de WAGNER, quando atribui natureza processual a este tipo de pactos. Em causa está, na verdade, negócio jurídico por via do qual as partes dispõem quanto a poderes processuais (“*Disposition über eine prozessuale Befugnis*”).<sup>556</sup>

---

<sup>552</sup> *Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeß*, Buchdruckerei Franz Linke, Berlin, 1941, p. 17.

<sup>553</sup> Dimensão que, como indicado no corpo do texto, é aqui considerada em sentido próprio (em que apenas se incluem os fundamentos decisórios densos declarativo e demonstrativo).

<sup>554</sup> Consoante se trate, respectivamente, de prova constituenda ou constituída.

<sup>555</sup> Aqui perspectivada em sentido amplo. Tomando a prova neste sentido, Antunes VARELA, Miguel BEZERRA e Sampaio e NORA distinguem os diferentes tipos de prova por referência aos meios de prova (assim também concebidos em sentido amplo. Por meio de prova entendem, neste contexto, o “elemento (...) utilizado para que o julgador possa *apreender* (captar por simples *percepção* ou mediante *raciocínio lógico*) ou *intuir* a realidade do facto”, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, Reimpressão, 1985, p. 441. É adoptando perspectiva mais circunscrita dos meios de prova, que JAUERNIG associa os meios de prova legalmente previstos na *Zivilprozessordnung* ao que designa por prova formal (*förmlichen Beweisverfahren* ou *Strengbeweis*), aí incluindo, com carácter exclusivo, a prova testemunhal, a inspecção, a perícia, a prova documental e as declarações de parte, *Zivilprozessrecht*, 29. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2007, p. 159.

<sup>556</sup> Quando adensa a análise classificativa deste tipo de acordos, WAGNER manifesta-se em divergência, quer com a tendência jurisprudencial para “reconstruir” as convenções em causa mediante enquadramento destas no âmbito dos negócios jurídicos materiais (*materiell-rechtlichen Vertrag*) através dos quais uma parte se obrigaria a determinado comportamento processual, quer com a visão sustentada por SCHIEDERMAIR no sentido da classificação do pacto enquanto negócio processual conformativo (*Verfügungsgeschäft*). Sublinha (a nosso ver de forma exacta) a inexistência de necessária interligação entre os pares conceituais (*Begriffspaare*) *materielles Recht/Verpflichtungsvertrag* e *Prozessrecht/Verfügung*. De tanto retira que o negócio jurídico em causa consubstancia negócio jurídico processual obrigacional (*prozessualer Verpflichtungsvertrag*) e que, se requerida actividade instrutória em termos conflituantes com o pacto, deve o tribunal indeferir (*zurückzuweisen*) o requerimento oferecido, *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 685. Em conformidade com o que acima tivemos oportunidade de expor, cremos, igualmente, ser essa a consequência que com mais propriedade, por regra, se deve associar ao pedido formulado. Afigura-se-nos, contudo (como também *supra* referimos e pelas razões então aduzidas), que, na generalidade das hipóteses, estará em causa, mais que um pacto obrigacional, acordo conformativo dos poderes

As consequências redutoras ou dilatadoras dos tipos de meios de prova podem ser concebidas em *abstracto* ou em *concreto*. Tais efeitos serão considerados sob ponto de vista *abstracto*, quando as convenções (relativas aos meios de prova) circunscrevam ou amplifiquem as espécies de prova admissíveis, quanto à generalidade das versões factuais controvertidas relevantes no processo. Perspectivar-se-ão sob ângulo *concreto*, quando respeitem a uma ou mais versões factuais discriminadas, assim subordinadas, pelas partes, no que diz respeito ao número de meios de prova convocáveis, a regime diverso daquele que valerá para as demais versões factuais carecidas de esclarecimento no contexto do mesmo processo.<sup>557</sup>

## Secção I – Convenções constitutivas de novos meios de prova

### Subsecção I – Considerações prévias

De sublinhar, em antecâmara, duas especificidades relativas à sistematização das áreas de reflexão relevantes, quanto a esta modalidade de convenções de prova.

A *primeira* prende-se com a conciliação a estabelecer entre os efeitos restritivo e ampliador de meios de prova convencionalmente criados pelas partes e o efeito restritivo de meios de prova de fonte legal (determinado pelo legislador).

A *segunda* respeita a uma particular hipótese, marcada pela especialidade de as partes criarem, por via convencional, novo meio de prova (quando este conceito – meio de prova- se tome em sentido amplo), sem que tanto implique alargamento do leque tipológico de meios de prova legalmente previstos.

#### a) Convenções de prova quanto a factos com admissibilidade de prova especialmente regulada

No que diz respeito à *primeira* especificidade, importa notar que, quando, mediante celebração de convenção de prova, se ampliam ou restringem, em abstracto

---

processuais - não se limitando, as partes, a assumir obrigação relativamente aos meios de prova, alteram, diferentemente, por via convencional (com efeitos circunscritos à instância em que sejam partes) as regras relativas ao leque de meios de prova mobilizáveis em juízo.

<sup>557</sup> Não obstante representar, esta modalidade de convenções de prova, um dos tipos de pactos (de prova) cuja validade é mais amplamente aceite pela doutrina, renitente se revela, quanto à sua admissibilidade, BÜLOW, cuja postura, fortemente restritiva relativamente à conformação, por via negocial, do regime da prova, pelas partes, conduziu DICKHOFF a referir-se-lhe como “o combatente mais veemente” (*der heftigste Bekämpfer*) “da teoria das convenções de prova”, *Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeß*, Buchdruckerei Franz Linke, Berlin, 1941, p. 9. No âmbito de tal visão limitativa, BÜLOW exclui da área da validade negocial, tanto os negócios jurídicos por via dos quais se excluam certos tipos de meios de prova, como aqueles de que decorra a limitação da prova de uma determinada versão factual a um certo tipo de meios de prova, (“Dispositives Zivilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung”, *Archiv für die zivilistische Praxis*, 64, 1881, p. 63).

ou em concreto (relativamente à generalidade dos factos ou quanto a determinados factos em particular), os meios de prova, os factos abrangidos pelo âmbito convencional poderão coincidir, ou não, com factos relativamente aos quais o legislador tenha criado um efeito restritivo<sup>558</sup> no que diz respeito ao meio de prova susceptível de ser convocado para a extinção da controvérsia a eles relativa. O que permite distinguir as *convenções respeitantes a factos de admissibilidade de prova especialmente regulada pelo legislador* das *convenções respeitantes a factos de admissibilidade de prova não especialmente regulada pelo legislador*.

Caso se trate de hipótese de *convenção relativa a factos de admissibilidade de prova especialmente regulada*, o regime convencional pode conflitar ou não com o regime legal, consoante colida ou não com o efeito restritivo de fonte normativa. Distinguem-se, assim, dentro da hipótese que se considera, as *convenções de prova conflituantes* das *convenções de prova não conflituantes*.

Porque os pactos em epígrafe suscitam problemas especiais relativamente aos que se associam às convenções de prova que, ampliando ou restringindo os meios de prova convocáveis, não abrangem factos objecto desse tipo de regulação legal, estas convenções merecerão observação particular, ainda no âmbito deste capítulo, depois de, sob o ponto de vista geral, se ter tratado da figura das convenções criadoras e excludentes de meios de prova.

#### b) Convenções ampliadoras de manifestações legais de meios de prova

A *segunda* especificidade prende-se com a circunstância de o efeito convencional ampliador das *bases* de decisão da matéria de facto se poder verificar sem que tanto implique o aumento ou ampliação dos *tipos* legais de prova. Para distinguir estas convenções de prova das demais convenções em que, para além de ampliação das *bases* de decisão, há lugar a ampliação da *tipologia* legalmente definida, designá-las-emos por *convenções de prova ampliadoras das manifestações legais de meio de prova*.

Esta a hipótese que se verifica quando as partes criem convencionalmente presunção destinada a ser convocada pelo juiz no âmbito do julgamento da matéria de facto controvertida. Estando em causa uma espécie tipológica de meio de prova (em sentido amplo) legalmente previsto, constitui-se, porém, por via convencional, uma nova presunção. Há verdadeira inovação, na medida em que emerge um outro fundamento que, se válida<sup>559</sup> a convenção, passaria a ser susceptível de ser convocado, em sede de decisão da controvérsia relativa às versões factuais; fundamento não mobilizável no âmbito do elenco de meios de prova legalmente contemplado.

---

<sup>558</sup> Restrição legal que se pode verificar, seja *impondo* o recurso a determinado meio de prova como única via possível de comprovação processual de certa versão factual (restrição *afirmativa*), seja *proibindo* que a pronúncia do juiz quanto a um facto possa ter por fundamento a informação obtida através de um particular meio de prova (restrição *negativa*).

<sup>559</sup> Sobre este aspecto nos pronunciaremos *infra*, na secção III.

Tal particularidade (relativa ao tipo de ampliação – de inovadora manifestação pontual no quadro de um tipo de meio de prova, que não de inovadora previsão de tipo de meio de prova – a que há lugar) não justificaria, por si só, o tratamento autónomo (fora da presente sede) deste tipo de convenção. O facto, porém, de a tanto acrescer estar em causa fundamento da decisão da matéria de facto controvertida (fundamento lógico-indutivo) que partilha pontos de intersecção com a matéria relativa ao ónus da prova (fundamento desonerador), bem como o facto de o confronto entre ambos (presunção jurídica e ónus da prova) ser relevante para as ilações a retirar, quanto à validade das convenções de prova que os tenham por objecto, determina que tratemos este singular tipo de convenção ampliadora no capítulo em que reflectimos sobre as convenções que introduzem alteração ao nível do regime do ónus da prova, que não no presente momento.

O facto de, por outro lado, a admissibilidade ou não destas *convenções de prova modificadoras das manifestações legais de meio de prova* suscitar a ponderação de razões que extravasam as que concernem ao momento de requerimento de prova, relacionando-se de forma nuclear (à semelhança do que sucede no âmbito do fundamento desonerador) com aspectos que dizem respeito ao momento da pronúncia, quanto à matéria de facto controvertida, corrobora a opção no sentido de nos referirmos a este tipo de convenções de prova a propósito das convenções, cujo relevo sobreleva no segundo momento processual referido (decisão quanto à matéria de facto controvertida), assim autonomizando, à semelhança do que sucede em KNECHT (embora em termos diversos daqueles que propõe), o tratamento deste tipo de pactos de prova, relativamente ao dos acordos relativos aos meios de prova.<sup>560</sup>

Neste momento consideraremos, em síntese, apenas as convenções que, em abstracto ou em concreto, restrinjam ou ampliem os meios de prova legalmente previstos, sem que tanto se reconduza a mera previsão (constitutiva ou extintiva) de uma especial manifestação de meio de prova já legalmente contemplado enquanto categoria tipológica.

### c) Perspectiva de análise

No que diz respeito às convenções introdutoras de inovação, quanto aos meios de prova legalmente previstos, o relevo do direito à prova é ora analisado, sob o ponto de vista das partes, considerando a sua posição activa; com o que se adopta perspectiva diversa da que se considerou (aquando da análise dos limites de validade das convenções de prova) no âmbito da condição de validade relativa ao grau de dificuldade de exercício do direito à prova. Sob tal ângulo de análise, atendeu-se a ponto de vista essencialmente centrado no interesse (por via imediata e por via

---

<sup>560</sup> KNECHT exclui do âmbito das convenções relativas a meios de prova os pactos relativos a presunções, situando, ambos os tipos de negócios jurídicos, a par dos *Geständnisverträge* e dos *Beweislastverträge*, *Die Beweisverträge im Zivilprozeß*, Freiburg im Breisgau, Buchdruckerei Rudolf Rosswog, 1937, p. 40. Difere, porém, a visão que adopta, daquele para que nos parece ser de propender, na medida em que inclui o terceiro tipo de pacto ainda no âmbito das convenções de prova (enquanto modalidades desta).

mediata) da comunidade (representada pelo tribunal, em sede de exercício da actividade jurisdicional), perspectivando-se a preservação das garantias proporcionadas pelo regime de prova como dimensão que, além de assistir às partes, se lhes impõe. Era, então, a comunidade que intervinha, impedindo a limitação convencional do direito à prova. Surgem-nos, agora, diferentemente, as partes (quando consideradas sob este estrito ângulo), como agentes promotores do direito à prova, por via de celebração de negócio jurídico cuja validade pretendem ver comunitariamente reconhecida.

Pretendendo aquelas, através da presente modalidade de convenções (introdutoras de conformação ao nível do regime de prova – *Regelung des Beweises*<sup>561</sup>), criar a possibilidade de mobilização de meios de prova não legalmente previstos, preside ao exercício da autonomia privada o objectivo de exponenciar o relevo do direito à prova robustecendo o seu potencial, mediante ampliação das formas através das quais este pode ser jurisdicionalmente exercido.<sup>562</sup>

Tanto convoca a referência à expressão *prova atípica* e a necessidade de precisar o seu significado. Esse o perímetro do próximo ponto de análise.

### **Subsecção II – Prova atípica, diversa e convencional**

As grandes áreas do regime jurídico da prova respeitam, no fundamental, a três aspectos: definição da tipologia dos meios de prova, regulação do procedimento de prova (onde se incluem os aspectos directamente relacionados com a tramitação e demais dimensões formais a esse propósito relevantes) e previsão das regras a observar no âmbito da decisão da matéria de facto controvertida.<sup>563 564</sup>

Núcleos normativos que encontram correspondência nas diferentes dimensões de prova a que fizemos referência no início da presente investigação, bem como nas diversas modalidades de convenções de prova que discernimos: o primeiro núcleo relaciona-se com a primeira modalidade de convenção de prova, onde está em causa a dimensão da *prova* enquanto fonte de obtenção de informação;<sup>565</sup> o segundo núcleo

---

<sup>561</sup> Na expressão de JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, 29. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2007, p. 158.

<sup>562</sup> Consideramos, assim, as convenções de prova não apenas inovadoras, como também qualitativa e quantitativamente ampliadoras, porque hipóteses há, como *supra* sublinhado, em que o efeito inovador coabita com o efeito qualitativamente restritivo dos meios de prova processualmente mobilizáveis, a que se pode somar ou não alteração (ampliadora ou restritiva), sob o ponto de vista quantitativo.

<sup>563</sup> É por alusão a este último domínio que PATTI se refere à prova quando observa que “Provare significa formulare un giudizio sulla esistenza o sul modo di essere di un fatto”, *Le Prove Parte generale*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, p. 1.

<sup>564</sup> Fora desta referência, porque não relevante, fica a noção de prova enquanto matéria (informação) proporcionada por cada meio de prova, dimensão (terceira) da prova insusceptível de ser objecto de convenção de prova, nos termos acima observados (aquando da dilucidação das dimensões em que a prova se analisa).

<sup>565</sup> Prova na sua primeira dimensão. Essa a dimensão a que COMOGLIO, FERRI e TARUFFO associam a noção de prova quando referem: “Con il termine “prova” si indicano solitamente tutti i mezzi di conoscenza che vengono impiegati nel processo al fine di formulare una decisione intorno alla veridicità o falsità di enunciati relativi ai fatti rilevanti della controversia”. Os autores observam que essa corresponde, quer à

associa-se à segunda modalidade convencional, onde a prova releva, enquanto actividade (de produção de prova)<sup>566</sup> e o terceiro núcleo mantém, sob este ponto de vista, relação com a terceira modalidade de convenções de prova, onde esta (prova) sobressai, enquanto resultado decisório obtido na sequência da actividade decisória precedente.<sup>567</sup>

A definição do âmbito significativo da noção de prova atípica depende do âmbito significativo que se adopte da noção de prova, no que diz respeito às dimensões em que esta é susceptível de ser considerada.<sup>568</sup>

Adoptar-se-á noção ampla de prova atípica quando, para esse efeito, no âmbito da expressão se inclua qualquer uma das dimensões possíveis da noção de prova para efeitos convencionais, pelo que, sob esta visão, sempre que convencionalmente se altere qualquer aspecto do regime legal da prova, se estará perante hipótese de prova atípica.<sup>569</sup>

Todas as convenções de prova (quando não previsoras de regime neutro, por traduzir mera consagração convencional do regime legal), constituem, quando assim, fonte de regime de prova atípico.

Nessa visão alargada da atipicidade enquadra-se, em síntese, na noção de prova atípica, toda a que decorra de regime, relativo à prova, diverso do previsto na lei. Constituirão, em consequência, as convenções de prova, sempre formas de criação de prova atípica, admitindo que a elas recorrem as partes como forma de realização da razão justificadora da mobilização desta espécie convencional: precisamente, como sublinha PEZZANI, a criação de regime de prova distinto do legalmente contemplado.<sup>570</sup>

---

noção da linguagem comum, quer à noção por regra adoptada pelos diversos ordenamentos processuais. Laborando, depois, sobre o sentido de tal noção, fazem recair sobre ela a sua análise, centrando-se esta na parte do conceito em que se alude à função da prova, *Lezioni sul processo civile, I, Il processo ordinario di cognizione*, 4ª ed., il Mulino, Bologna, 2011, pp. 456 e ss.

<sup>566</sup> Em que se considera a prova na sua segunda dimensão.

<sup>567</sup> Tomando-se a prova, nas suas terceira e quarta dimensões.

<sup>568</sup> MAERO associa a CAPPELLETTI o mérito de ter sido a fonte da difusão, em Itália, da expressão “prova atípica”, sendo que, até então, era preferencialmente utilizada (ainda que com o mesmo sentido) a expressão “prova inominada”, *Le prove atipiche nel processo civile*, Cedam, 2001, p 6. Aquela expressão foi, na sequência de CAPPELLETTI, adoptada por TARUFFO, passando a ser a, por regra, acolhida, pela generalidade da doutrina subsequente.

<sup>569</sup> Embora ALBERTO DOS REIS não inclua, entre os exemplos que enuncia, a título de concretização da figura das convenções de prova, qualquer hipótese representativa de pacto constitutivo de novo meio de prova, não se afigura que exclua esta particular modalidade de acordos de prova do âmbito daquela categoria convencional, como decorre da noção que desta dá enquanto “contratos ou acordos relativos à prova”. Pronunciando-se à luz do regime jurídico então vigente e a este contexto circunscrevendo tal pronúncia, o autor manifesta propender para entendimento no sentido da inadmissibilidade dos pactos em causa no seu conjunto: “Afigura-se-nos que a validade das convenções probatórias é contrária ao nosso sistema legal”, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. III, 3ª Edição, Reimpressão, Coimbra Editora, 1950, pp. 250 e 251.

<sup>570</sup> A autora sublinha como um dos traços identificadores da convenção de prova, a circunstância de representar negócio jurídico previsor de “regime probatorio in qualche modo diverso da quello previsto *ex lege*”, *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 1.

A prova típica corresponderá, neste sentido amplo, a todas as demais hipóteses, ou seja, e por exclusão, à prova condizente com o regime constante da lei (prova legal),<sup>571</sup> representando, por outro lado, a prova atípica (quando tenha por fonte acordo entre as partes) expressão, cujo âmbito coincide com o de prova convencional.

Afigura-se-nos revestir maior propriedade a atribuição à expressão prova *atípica*, de âmbito mais contido, que tome por base a noção de prova apenas na sua primeira dimensão (enquanto meio de prova). É no domínio desta dimensão que se discernem os diversos *tipos* legais de prova, razão por que, em conformidade com a delimitação de RICCI, só quando a convenção de prova crie novas categorias tipológicas de prova (novos meios de prova) se enquadrará na área da atipicidade, constituindo fonte de *atipicidade*.<sup>572</sup>

Prova atípica corresponderá, em síntese, em sentido estrito, a meio de prova não constante do catálogo legal (por isso não enquadrável nos tipos existentes).<sup>573</sup> Não se incluindo, no âmbito desta noção de atipicidade, aquela que se associe a qualquer outra divergência entre o regime legal e o regime convencional, que não a enunciada, só uma das modalidades de convenções de prova poderá representar fonte de prova atípica: a que, respeitando à primeira dimensão da prova, introduza regime jurídico que se reflecta, inovadoramente, no plano dos tipos ou meios de prova (mantendo ou não intocado o leque de meios de prova legalmente previstos, bem como o número global de meios de prova processualmente disponíveis pelas partes, ou seja, assumindo ou não carácter efectivamente ampliador). Essa a modalidade de convenções de prova que MARINONI<sup>574</sup> e DE STEFANO<sup>575</sup> incluem no âmbito das cláusulas “*che allargano le prove*”.

---

<sup>571</sup> Expressão ora adoptada com sentido diverso daqueloutro que lhe é atribuível, enquanto equivalente a regime de prova (dotado de especial relevo no momento da decisão da matéria de facto), nos termos do qual o legislador estabelece limites ao princípio da livre apreciação da prova. Restrições que podem ter lugar por várias vias, como teremos oportunidade de explicitar, no capítulo relativo às convenções de prova que têm por objecto essa fase processual. Prova legal equivalerá, neste sentido, a prova tarifada, tabelada ou de valor probatório legalmente pré-definido. Na contraposição que estabelecem entre “princípio da valoração legal” e “princípio da livre valoração”, MONTERO AROCA, COLOMER, REDONDO e VILAR associam, sob o ponto de vista histórico, o primeiro aos sistemas germânicos (enquanto primitivamente regidos por critérios de índole religiosa e, num segundo momento, por máximas da experiência) e o segundo pelo sistema romano clássico, fundamentalmente orientado por critérios lógicos racionais, *Derecho Jurisdiccional*, I, Parte general, 13ª edición Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p.

<sup>572</sup> Partilhamos da posição de Gian Franco RICCI, quando advoga que a atipicidade respeita apenas às hipóteses em que as partes prevejam novos meios de prova, não se enquadrando no âmbito de tal expressão os casos em que esteja em causa um diferente modo de produção de prova, *Principi di diritto processuale generale*, 3. Ed., Torino, Giappichelli, 2001, p. 379.

<sup>573</sup> Em sentido diferente, GRAZIOSI, “Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno LXV, N.º 3, 2011, Milano, Dott. A. - Giuffrè Editore, pp. 706 e ss.

<sup>574</sup> A autora nota, contudo, que esta expressão pode ser compreendida em sentido estrito e em sentido amplo. No âmbito do primeiro sentido, enquadra apenas as convenções previsoras de “nuovi tipi di prova sconosciuti alla legge”, incluindo, no âmbito do segundo sentido, todas as convenções por via das quais se vise “togliere un limite alla possibilità di prova”, dando como exemplo de pactos enquadráveis apenas neste segundo sentido aqueles em que se preveja a possibilidade de recurso a prova

Se, como explicita TARUFFO, o sentido amplo da expressão (prova atípica) se distingue do sentido estrito, por abranger, aquele, *qualquer* alteração do regime legal de prova, atendo-se, o segundo sentido, às hipóteses em que há lugar a previsão de novo meio de prova,<sup>576</sup> e se é este segundo o que adoptamos, tanto não significa, contudo, que as hipóteses neste não enquadráveis se revelem alheias a qualquer categoria a este propósito relevante: o que, no âmbito do primeiro, se designa por prova *atípica*, não se afigurando, porém, integrável no âmbito do segundo, representa *prova diversa*.<sup>577 578</sup>

---

testemunhal em hipóteses em que a lei impede a mobilização desse meio de prova, “Clausole probatorie nella pratica commerciale e civile”, *Rivista di Diritto Processuale civile*, 1938, I, p. 25. À distinção de âmbitos a que, assim, procede, subjaz a diferenciação (que *supra* referimos) entre os campos em que a admissibilidade de prova não se encontra especialmente regulada e aqueles em que existe regime legal especial, quanto a esse aspecto.

<sup>575</sup> *Studi sugli accordi processuale*, Milano, Giuffrè, 1959, p. 24.

<sup>576</sup> TARUFFO distingue, no âmbito do conceito de atipicidade, a (atipicidade) que se refere “à fonte de convencimento de que o juiz se socorre” (primeiro tipo de prova diversa, que identificamos com prova atípica), da (atipicidade) que concerne ao “modo como tal fonte se forma e adquire em juízo” (segundo tipo de prova diversa), “Prove atipiche e convincimento del giudice”, *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. XXVIII, II Serie, Anno 1973, p. 394.

<sup>577</sup> De observar que as quatro dimensões da prova que distinguimos relevam independentemente da natureza (legal ou diversa) que a prova assuma. Dentre as referidas dimensões, é possível distinguir dois grupos: *um*, respeitante à dimensão da prova, enquanto resultado e *outro*, relativo às dimensões da prova que antecedem ou logicamente se situam a montante da obtenção deste (resultado). Inclui-se, no primeiro grupo, a prova enquanto informação obtida na sequência da actividade de produção ou recolha de prova (assim, por exemplo, com os depoimentos testemunhais, pareceres periciais ou teor documental) e enquanto fruto da actividade de decisão da matéria de facto controvertida e, no segundo, a prova enquanto meio e enquanto actividade (de produção de prova ou de decisão da factualidade controvertida). O problema que, por regra, doutrinalmente se associa à expressão prova ilícita prende-se com a valia processual da prova, enquanto resultado da actividade de produção ou de recolha de prova, quando esta tenha sido proporcionada por meio de prova ou actividade probatória ilícitos. Trata-se de matéria que extravasa o âmbito da prova diversa, superando também, consequentemente, o domínio da prova convencional, bem como o da prova atípica. A ilicitude sobre que incide a nossa reflexão refere-se às dimensões da prova englobadas no segundo grupo, quando estas sejam objecto de convenção pelas partes. Ilicitude, cujo tratamento envolve a consideração das duas espécies de ilicitude a que *infra* nos referiremos (relativa, a primeira, à circunstância de estar em causa dimensão da prova insusceptível de ser objecto de convenção – ilicitude primária – e, a segunda, ao facto de, estando em causa, embora, dimensão da prova passível de ser convencionalizada, não terem sido respeitadas as condições de validade de tal acordo privado – ilicitude secundária).

<sup>578</sup> Adoptando diferente critério classificativo, MAERO distingue, *adentro* da prova atípica, a atipicidade quanto às fontes e a atipicidade quanto ao procedimento, *Le prove atipiche nel processo civile*, Cedam, 2001, p. 4. Sobre a evolução do pensamento de CARNELUTTI no que diz respeito à noção de prova inominada (contrariamente ao que sustentou num primeiro momento, CARNELUTTI veio a excluir desse universo as hipóteses de prova típica produzidas de acordo com regras diferentes das legalmente previstas, reconduzindo-as ao domínio das provas típicas ilicitamente obtidas. Para tanto, não terá sido indiferente o teor da sentença da Corte di Cassazione civile, I Sezione, 9 settembre, 1959, n. 2573, nos termos da qual um tribunal civil podia considerar, para efeitos de decisão da matéria de facto, a título de “prova inominada”, informação obtida em instrução penal, sem observância do contraditório – informação que seria subordinada à livre apreciação do decisor e que poderia justificar o indeferimento do requerimento de produção de prova testemunhal. A gravidade desta interpretação conduziu a que dois processualistas – LASERRA e CARNELUTTI – , defensores de visões diversas relativamente à admissibilidade de recurso a prova inominada, se pronunciassem, num mesmo sentido – crítico –, ante a referida decisão, em que tal noção é mobilizada), vd. o mesmo autor e *ob. cit.*, pp. 15 e ss.

Designamos *prova diversa* toda aquela que obedeça a regime diferente (diverso) do legalmente previsto.<sup>579</sup> Sendo o regime normativo (imperativo e supletivo) o parâmetro a partir do qual se afere da existência ou não de diversidade, contrapõe-se à noção de prova diversa, como pólo contrastante, a de prova legal<sup>580</sup>.

Distintos se afiguram, assim, os conceitos de prova atípica, prova diversa e prova convencional.

No que concerne ao *facto jurídico*, que está na sua génese, a prova diversa (e, assim, também a prova atípica, enquanto sub-tipo que é de prova diversa) pode ter fonte *unilateral* (podendo, em abstracto, conceber-se, a sua invocação processual por apenas uma das partes sem suporte em qualquer acordo previamente celebrado ou, como notam Barbosa MOREIRA e LESSONA, pelo próprio juiz<sup>581</sup>) ou *convencional*. Atento o objecto do presente estudo, nele, contemplamos apenas a prova diversa de fonte convencional.<sup>582</sup>

---

<sup>579</sup> Representa, nesta medida, noção de perímetro significativo equivalente ao de prova atípica em sentido amplo. Barbosa MOREIRA reconduz, diferentemente, a atipicidade das provas às hipóteses em que se observa um critério diferente do legalmente previsto, no que diz respeito à forma de “contacto entre o juiz e a fonte de informação”, designando por prova atípica “a prova em que a informação chega ao juiz de uma forma distinta da contemplada na lei para a prova “típica” correspondente”, “Observaciones sobre las llamadas pruebas atípicas”, *Revista de Derecho Procesal*, n.º 3, 1999, p. 545. O autor sustenta não existirem outras fontes de prova que não as legalmente tipificadas. O enquadramento desta posição no âmbito da distinção entre prova atípica e prova diversa, a que se alude no corpo do texto, conduziria a afirmar só ser, na prática, divisível prova diversa, que não prova atípica (e não a defender que a produção de meio de prova legal de acordo com procedimento diverso do normativamente previsto consubstancia prova atípica).

<sup>580</sup> Tomada esta expressão no sentido particular acima relevado, enquanto sinónimo de regime de prova legalmente previsto.

<sup>581</sup> Como Barbosa MOREIRA observa, é, frequentemente, o juiz quem se socorre de prova produzida em termos diversos dos legalmente previstos quando solicita a “...escolas, hotéis, hospitais e outros estabelecimentos congéneres informações sobre a situação de menores” ou sobre “a presença de certas pessoas em determinada data”, “Observaciones sobre las llamadas pruebas atípicas”, *Revista de Derecho Procesal*, n.º 3, 1999, p. 547. LESSONA sustenta que o princípio da taxatividade dos meios de prova vincula igualmente as partes e o juiz, pelo que recusa que este possa criar novos meios de prova (aptidão que reconhece unicamente ao legislador), associando-lhe uma actividade tão só de controlo do comportamento processual das partes nesta matéria, mediante prolação de decisão de indeferimento de requerimentos que tenham por objecto pedidos de admissão processual de meios de prova não legalmente previstos, *Trattato delle prove in materia civile*, Terza Edizione interamente riveduta, Volume Primo, Torino, UTET, 1927, p. 58. A inadmissibilidade de consideração de meios de prova não previstos na lei, estende-se, na perspectiva do autor, ao árbitro “amichevole compositore”, invocando que a ninguém é permitido julgar de acordo com critérios ilegais e arbitrários. Refere, observa porém, que a adopção de conduta contrária, não tenha implicado, na prática, quaisquer consequências sancionatórias, dada a inimpugnabilidade da decisão arbitral, ressalvando, por outro lado, o recurso a tal prerrogativa não ter conduzido, na jurisprudência que considera, as decisões que ferissem demasiado o sentido do justo”, *ob. cit.*, pp. 58 e 59.

<sup>582</sup> Ou seja, a que tem por facto jurídico gerador convenções de prova. Perímetro no essencial condizente com o que Manuel de ANDRADE delinea quando explicita a noção que adopta de contratos probatórios: “...estipulações relativas às provas: autorizando ou interdizendo certos meios de prova (incluídas as presunções), taxando-lhes o valor, alterando o formalismo processual aplicável, invertendo

No que diz respeito ao seu *objecto*, a natureza diversa pode ou não decorrer da circunstância de a prova em causa corresponder a prova atípica, na medida em que a diversidade do regime observado pode, em abstracto, incidir sobre outras dimensões do regime da prova, que não as concernentes às categorias tipológicas admissíveis.<sup>583</sup>

Em síntese, se nem toda a prova diversa é atípica, toda a prova atípica é diversa, não existindo, por outro lado, relação de equivalência necessária, entre prova convencional e prova atípica.

Integrando-se, embora, ambas (prova atípica e prova convencionalmente regulada) no domínio da prova diversa, a referida ausência de relação imperativa verifica-se, pois, qualquer que seja o pólo conceitual de que se parta, podendo haver prova atípica não convencional (quando em causa meio de prova que se pretende fazer valer processualmente, mas não constante do elenco legal e não previsto em acordo celebrado entre as partes), bem como prova convencional não atípica (quando a diversidade do regime contratualmente previsto não se traduza em inovação no que diz respeito aos tipos de meios de prova processualmente convocáveis segundo o regime legal).

A aparente limpidez da delimitação conceitual, assim efectuada (em que a expressão prova atípica representa sinónimo de meios de prova legalmente não previstos), pode, porém, ser perturbada, na sua aplicação prática, por alguma complexidade na medida em que, para que adequadamente actuante, pressupõe que haja lugar a definição clara da área significativa da expressão “tipos de meios de prova”.

Importa, nesta medida, estabelecer, ainda, precisão no que a esta respeita, dado que frequentemente se designa, por meio de prova atípico, hipótese que representa apenas diferente modo de produção de prova, relativo a meio de prova já constante do catálogo legal (meio de prova típico). Toma-se, quando assim, indevidamente, por prova convencional atípica, o que, na realidade, representa regime convencional relativo à tramitação (prova convencional diversa).<sup>584</sup>

---

ou atenuando o ónus probatório”, *Noções elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, Nova Edição, revista e actualizada, 1979, p. 212.

<sup>583</sup> Assim, a título de exemplo e independentemente da validade ou não das convenções a elas respeitantes (aspecto sobre que *infra* nos pronunciaremos), com as que se relacionam com o procedimento, bem como com as atinentes à particular fase da decisão da matéria de facto controvertida). Assim também com a “*inversione pattizia*” do ónus da prova, a que PATTI alude por referência aos acordos modificadores deste regime legal, *Le Prove Parte generale*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, p. 255.

<sup>584</sup> CAVALLONE considera que, quando esteja em causa a redução a escrito (em suporte documental) de informação probatória que, de acordo com o regime legal, deve ser prestada em depoimento oral, não se pode dizer estar em causa atipicidade no modo de produção de prova, não reconhecendo justeza à expressão “modo de aquisição atípica”: “porque a produção em causa não constitui, no que respeita às regras processuais em que se realiza, um procedimento probatório anómalo; e por consequência o *modus procedendi* seguido para a formação da prova, na presente sede, não pode ser qualificado nem como atípico nem como típico, sendo simplesmente um evento externo a este processo e estranho à sua disciplina”, “*Critica della teoria delle prove atipiche*”, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Cedam,

Podendo, as alterações, relativas à actividade de produção de prova, assumir maior ou menor relevo, assim maior ou menor será o impacto do regime convencional no que diz respeito ao distanciamento das regras que, por sua via, as partes introduzem, ante o parâmetro (regime legal), pelo que variável se revela o grau de intensidade da *diversidade*. Quanto maior este último, maior a propensão para a indevida identificação entre os dois distintos tipos de prova convencional (atípica e diversa). A diferença será mínima (conquanto não necessariamente admissível) se estiver em causa, por exemplo, o aumento ou redução de prazos, pelo que, por regra, o problema da adequação classificativa assume aí menor relevo. Não assim, porém, em hipóteses em que a alteração assume maior significado, importando alterações de relevo no modo de produção de prova, aí se manifestando, com maior evidência, a tendência de alguma doutrina para desconsiderar o nível (não correspondente ao da tipificação da prova) em que efectivamente se repercutem as alterações introduzidas pelo regime convencional, sustentando estar em causa novo meio de prova e, portanto, prova atípica.

A adopção deste sentido, a nosso ver impreciso, de prova atípica conduz, em síntese, a qualificar como novos meios de prova hipóteses que a tanto não correspondem, determinando a inclusão, na fronteira desta noção, de hipóteses que não configuram novos canais de obtenção de informação, mas tão só diferente forma de obtenção de informação no âmbito de tipo de meio de prova já legalmente previsto.

A convocação da noção de meio de prova revela-se, assim, imprescindível à delimitação entre o âmbito da prova atípica e o âmbito da prova diversa, na área em que esta não é reconduzível à primeira. Donde o acrescido relevo da preservação da exactidão delimitação daquela noção (de meios de prova) como condição para adequadamente posicionar, em distinto plano classificativo, as alterações relativas ao modo de produção de prova. Conquanto possam, estas, ser de monta, não se situam no nível (relativo à tipicidade) em que se considera a identidade do meio de prova. Tanto não obsta a que, quando especialmente importantes, tais mutações possam implicar a adopção, no âmbito do regime adjectivo regulador da instância a que a convenção de prova se refere, de modelo processual de índole radicalmente diversa no que diz respeito ao modo de produção de prova em causa.<sup>585</sup> Tratar-se-ão sempre,

---

Padova, 1991, p. 355. Diferenciando a prova documental de realidades a ela não reconduzíveis, CONTE esclarece (assim referido aspecto cuja não clara distinção frequentemente conduz a que se tome por prova atípica o que representa tão só prova diversa) que “la prova documentale non si esaurisce nel materiale (lo “scritto” od altro) che la contiene, essendo bem evidente che un documento può essere qualificato come prova documentale soltanto in ragione del rapporto di rappresentatività esistente tra di esso ed i fatti da accertare”, *Le prove civili*, 2. ed., aggiornata alla legge di riforma del processo civile 18 giugno 2009, n. 69, Milano: Giuffrè, 2009, p. 115. Na verdade, o meio de prova documental e o procedimento de produção de prova, por escrito, encontram-se legalmente previstos, conquanto não associados ao meio de prova em causa. Razão por que consideramos estar em causa prova diversa (porque não prevista para aquele caso), mas não atípica. Fora do âmbito da prova atípica e da prova diversa se encontram as particularidades de regime a que certas dimensões, legalmente reguladas, de certo meio de prova, se encontram subordinadas. Assim, por exemplo, com o que COMOGLIO designa por “figure particolare di prova documentale”, onde, entre outras hipóteses, inclui o telegrama, a documentação comercial e as reproduções mecânicas, *Le prove civili*, terza edizione, UTET, 2010, p. 483.

<sup>585</sup> Assim, por exemplo, se se abandonar o paradigma da oralidade, preferindo ou permitindo, o regime constante da convenção de prova, a adopção de modelo em que se torne possível que prova cuja

contudo, de convenções introdutoras de novos modos de produção de prova, por isso fonte de regime de prova convencional diversa, que não de meios de prova atípicos.

Porque assim, e considerando o percurso de raciocínio até agora exposto, tomaremos a noção de meios de prova em sentido próprio, como base de delimitação da noção de prova atípica, assim reservada também a sentido restrito.

Delimitado o âmbito significativo da expressão “prova atípica” e justificado o carácter cardinal da noção de meio de prova, para esse efeito, importa, como anunciado, apurar o que se entende por este, em ordem a dispor de base argumentativa susceptível de representar fundamentação adequada relativamente à conclusão que, ante cada hipótese concreta, cumpra exprimir, no sentido de estar ou não em causa novo meio de prova e, assim, prova atípica.

Esse o próximo tema de reflexão.

### **Subsecção III – Meios de prova típicos**

#### III.1. Fontes densas de informação

A decisão da matéria de facto controvertida implica sempre o estabelecimento de relação entre a realidade extraprocessual e a visão da realidade processualmente aceite. Ligação que (não obstante o rigor depositado na definição dos critérios que subjazem à distribuição do ónus da prova, a cuja adopção preside o intuito de minoração de risco de dessintonia) assume carácter potencialmente menos fiel, quando o fundamento seja desonerador, em virtude de a decisão não assentar em qualquer base de realidade que tenha sido processualmente absorvida (por isso, representando base *branca* de decisão). Quando não assim (isto é, quando o processo decisório da matéria de facto controvertida assente em base factual carregada para o processo – base *densa*),<sup>586</sup> a decisão a proferir beneficiará, por princípio (dada essa adesão a dimensão empírica), de maior grau de probabilidade de coincidência com a realidade extraprocessual sobre cuja verificação se indaga.<sup>587</sup>

---

constituição, de acordo com a previsão legal, tem lugar em juízo, possa ser produzida fora dele e junta ao processo em suporte escrito. Previsão convencional que representa derrogação convencional, não apenas do princípio da oralidade, como também do princípio da imediação. No sentido de que o primeiro princípio assume carácter instrumental relativamente ao segundo, Manuel de ANDRADE, *Noções elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, Nova Edição, revista e actualizada, 1979, p. 386. Sobre as modalidades e virtualidades da inquirição (oral) dos depoentes na qualidade de testemunhas, TARUFFO, *Uma simples verdade O juiz e a construção dos factos*, Marcial Pons, 2012, pp. 69 e ss. Para uma reflexão sobre o sentido histórico do princípio da oralidade, a “ideia símbolo da oralidade” na actualidade e a “reconstrução” do seu sentido, Montero AROCA, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Los poderes del juez y la oralidad*, Tirant lo Blanch alternativa, Valencia, 2001, pp. 149 e ss.

<sup>586</sup> O que sucede, quando o fundamento seja declarativo, demonstrativo ou lógico-indutivo.

<sup>587</sup> Grau variável, ainda assim, consoante o tipo de fundamento em causa.

Enquanto fundamento da decisão da matéria de facto controvertida, todos os meios de prova partilham da característica de constituírem fontes de informação, sendo, nessa medida, fornecedores de dados decisórios. Aproxima-os, mais do que isso (e tanto os distingue do fundamento desonerador, porque assim excluído desse âmbito – dos *meios* de prova –, conquanto incluível, como observado na Parte I, em noção amplíssima de *prova*), a circunstância de estarem associados a um elemento de realidade obtido por via do ponto de conexão, que o meio de prova em causa representa, entre esta (realidade) e o processo, por isso constituindo aqueles, com propriedade, *meios* que permitem a aquisição de material informativo com base no qual haverá lugar a pronúncia sobre a controvérsia factual.

Distingue-os, porém, internamente, o tipo de relação que tais pólos de transmissão de informação mantêm com o real.

Distinguímos, sob este nível de análise, três tipos de meios de prova: os que, colhendo informação da realidade, constituem veículo da sua transmissão para o processo (meios de prova *colectores*);<sup>588</sup> os que, suportando-se em elementos da realidade (não necessariamente captados por si), actuam sobre eles, representando, a informação, que fornecem ao processo, o fruto desse labor (meios de prova *construtores*) e aqueles que constituem, em si, fragmentos da realidade (meios de prova *directa*).

### III.2. Fontes de transmissão estruturalmente sequenciada de informação

A comunicação informativa que os meios de prova permitem, entre a realidade e o processo, verifica-se através de processo de conexão entre esses dois pólos. Processo em que se distingue um ponto de partida (realidade) e um ponto de chegada de informação (processo) e que, enquanto conjunto de actos que é, representa percurso pensado para consecução de um particular objectivo – extinção, pelo esclarecimento proporcionado pela base densa (elementos empíricos), da dúvida relativamente à matéria de facto controvertida.<sup>589</sup>

Caminho conectivo em que relevam *três* aspectos essenciais (a fonte da informação captada, o canal de transmissão da informação para o processo e a informação proporcionada ao processo).

Destacaremos *seis elos* sequenciais do referido percurso.

---

<sup>588</sup> Porque coligem informação.

<sup>589</sup> LIEBMAN retrata a essencialidade do estabelecimento de correcta ponte entre a realidade e o processo, quando refere que, nada sabendo, o juiz, “della verità o falsità” das versões factuais alegadas, se torna indispensável a “verificazione della esattezza” de tais afirmações, por via da prova, como condição para, com a maior segurança possível, reproduzir, na instância, o conjunto de factos que forma “la fattispecie reale della singola causa”, *Manuale di diritto processuale civile*, II, 5ª ed., Giuffrè, Milano, 1984, pp. 70 e 71. Este processo reconstitutivo, operado com base na prova, assoma de modo incisivo em JEULAND quando, a propósito da “phase d’instruction”, este refere que se pode ver “le lien d’instance comme le lien substantiel en cours de (re) construction”, *Droit processuel général*, 2e édition, Montchrestien, Paris, 2012, p. 472.

O *primeiro elo*, porque correspondente ao ponto de partida, diz respeito à fonte da informação – a realidade (extraprocessual).

A informação transmitida por esta fonte é, num *segundo elo*, captada pelo canal *conector*. Canal que corresponde ao concreto *meio de prova (Beweismittel)*<sup>590</sup> em causa, pelo que este, enquanto ponto de *conexão* entre os dois mundos, absorve e transmite informação. Absorção e transmissão que ocorrerão de certo modo. A absorção, enquanto acto de captação, ocorrerá pelas vias normais de aquisição cognitiva.

A *transmissão* – a verificar-se num *terceiro elo* – implicará a prática de um conjunto mais ou menos complexo de actos, a ter lugar em sede de produção de prova,<sup>591</sup> variando, tal grau de complexidade, em função, designadamente, da natureza constituída ou constituenda da prova em causa.<sup>592</sup>

As referidas manifestações significativas (mediante contacto directo ou não do sujeito que se expressa com o tribunal, quando esteja em causa informação de fonte humana), podem assumir carácter verbal ou não verbal, no que diz respeito ao modo de transmissão. As primeiras (verbais) poderão corresponder a declarações ou a inscrições, desdobrando-se as segundas (não verbais) em múltiplos tipos de manifestações (visuais, sonoras ou outras).

O *quarto elo* do processo corresponde ao tipo de suporte da informação transmitida. Pode, neste particular, a prova (ora considerada na sua terceira dimensão) não se encontrar ou não ser registada em qualquer suporte físico ou, ao invés, dispor de substrato material.

Num *quinto elo*, situa-se o destinatário da prova – o tribunal. A percepção, por este, da informação transmitida pode ter lugar de forma passiva ou em interacção com o canal (meio) de prova, sendo que, nesta última hipótese, pode ou não haver lugar a regulação legal dos actos necessários à adequada assimilação da informação em causa, em ordem a, na clareza da imagem convocada por DEMOGUE, “dar aos olhos do juiz, uma existência subjectiva a uma coisa existente já objectivamente.”<sup>593</sup>

---

<sup>590</sup> Elo apenas aplicável aos meios de prova susceptíveis de ser tomados como meios de prova canal - a testemunha indicada (“der benannte Zeuge”), o documento apresentado (“die vorgelegte Urkunde”), como exemplifica JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, 29. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2007, p. 160.

<sup>591</sup> Donde este elo contende, de modo especial, com a segunda dimensão da prova. ALBERTO DOS REIS refere-se aos procedimentos probatórios enquanto “actos que as partes e o juiz têm de praticar para que determinado meio de prova fique a fazer parte integrante do processo”. Referindo a distinção que, adentro dos procedimentos probatórios, Manuel de ANDRADE estabelece entre *proposição de prova, admissão da prova, produção da prova e assunção da prova*, refere que apenas os primeiros se verificam em qualquer circunstância, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. III, 3ª Edição, Reimpressão, Coimbra Editora, 1950, p. 239.

<sup>592</sup> Tenderá a ser maior se se tratar de prova constituenda e menor se se tratar de prova constituída, quando considerado o processo, onde a prova é feita valer.

<sup>593</sup> DEMOGUE, René, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, Paris, 1911, p. 242. A expressividade da noção reside, sobretudo, na relação que estabelece, para efeitos de prova, entre a dimensão objectiva e a dimensão subjectiva. Notamos, contudo, que, não obstante a referência a “coisa

Cumprido este momento, encontra-se concluída a ligação entre a realidade e o processo e, com ela, o momento pré-decisório.

Quando frutuoso o recurso à prova, alcança-se, no *último elo*, o objectivo cuja prossecução esteve na base do início de todo o processo: esclarecimento da questão de facto, a verificar-se no momento decisório, com a prolação da decisão, quanto à matéria factual controvertida (onde, após apreciação da base informativa empírica recolhida, se apura a quarta dimensão da noção de prova), consumando-se a recriação da realidade na instância, em construção que corresponderá, com maior ou menor rigor (consoante a qualidade *da* capacidade transmissora de informação, entre os vários elos considerados, *do* fluxo informativo entre eles verificado e *da* análise jurisdicional) ao facto ocorrido, de que se pretende processualmente erguer uma visão ou imagem.<sup>594</sup>

O objectivo terá sido plenamente atingido, quando a primeira reconstrução (processual da realidade- “wirklichkeitsgerechter Sachverhaltsrekonstruktion”, na expressão de WAGNER<sup>595</sup>) retrate fielmente a segunda (realidade extraprocessual). Frustrar-se-á, quando assim não aconteça ou quando a informação absorvida não se revele sequer apta a constituir base de qualquer imagem reprodutiva do real. Nesta última hipótese, recorrer-se-á à fonte subsidiária de suporte de decisão: infrutífera, a mobilização de bases densas (meios de prova), há lugar a convocação dos critérios de distribuição do ónus da prova (base branca).

### III.3. Fontes de informação tipologicamente reguladas

No sentido de potenciar a fidelidade da *correspondência* entre o objecto a reproduzir e a imagem que o reflecte na acção (assim evitando, na expressão de KOHLER, a indicação, ao tribunal, de imagem incompleta e distorcida - “mangelhaftes, verzeichnetes Bild”- da realidade)<sup>596</sup>, foi *críteriosa* a selecção legal dos tipos de meios de prova mobilizáveis para obtenção de informação susceptível de servir de suporte à

---

existente já objectivamente”, a primeira dimensão (objectiva) pode assumir existência passada, presente ou futura.

<sup>594</sup> Tanto viabilizará a adequada aplicação do Direito, cumprindo-se a alquimia entre facto e direito que MONTELEONE sublinha existir no processo. Na esteira de CAPPELLETTI, o autor vê no processo o espaço de fusão entre a normatividade e o real, concebendo a relação entre juízo, processo e lei como relação entre dimensões que se confundem no segundo, onde deixam de se perceber como “entidades distintas e separadas”, observando que aquela não é uma “relação entre texto normativo e a sua interpretação em abstracto, antes, bem vistas as coisas, não é uma relação mas uma coincidência, uma recíproca imanência, porque o processo e o direito não são qualquer coisa destacada do direito, mas são o direito”, “Note sui rapporti tra giurisdizione e legge nello Stato di diritto”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Marzo, 1987, Anno XLI, N.º 1, Milano, Dott. A. - Giuffrè Editore, p.13

<sup>595</sup> *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 686.

<sup>596</sup> “*Ueber processrechtliche Verträge und Creationen*”, *Gesammelte Beiträge zum Zivilprocess*, Neudruck der Ausgabe, Berlin, 1894, Scientia Verl., 1969 – X, p. 155. O autor invoca a expressão por referência à repercussão que entende processualmente decorrente da observância de pactos de não impugnação de factos, sustentando a invalidade e ineficácia destes.

decisão de matéria de facto controvertida. Selecção com que, no entendimento de CALAMANDREI, o legislador identifica as provas “per eccellenza”.<sup>597</sup>

Porque relevante no âmbito da reflexão sobre o tipo de convenções de que ora cuidamos,<sup>598</sup> cumpre indagar das razões justificativas da autonomização de cada um dos tipos de prova legalmente previstos.

Atenta a designação adoptada nos agregados normativos de que consta o regime regulador da prova,<sup>599</sup> integram o leque de meios de prova legalmente previstos: a prova testemunhal, a prova documental, a prova por inspecção judicial, a prova pericial, a exibição de coisa, a confissão e as presunções jurídicas.<sup>600</sup>

Na base do quadro tipológico eleito pelo legislador, encontra-se razão que se prende com a mais valia informativa proporcionada por cada meio de prova, assim elevado à qualidade de fonte de informação passível de servir de sustento à decisão a proferir.

---

<sup>597</sup> O autor continua, esclarecendo que, quando o legislador procede a tal selecção, está “come a dire che la verità conosciuta dal giudice con mezzi non corrispondenti a questi schemi, non può valere in giudizio, per quanto sicura sai la sua intima convinzione, come verità”, “Il giudice e lo storico”, *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. XVI, Parte I, Anno 1939, Cedam, Padova, pp.

<sup>598</sup> Sobretudo no que diz respeito a particular ponto, que explicitaremos na sequência do raciocínio a desenvolver relativamente à noção de prova atípica.

<sup>599</sup> Dizemos segundo a classificação legal dado que, considerando a noção de meio prova que (de acordo com os critérios que vimos de referir, em conjugação com os enunciados no capítulo introdutório) perfilhamos, nem todas as referidas bases de decisão sobre a matéria de facto controvertida configuram meios de prova em sentido próprio. Cuidaremos, em texto, de forma mais pormenorizada, de fundamentar a visão restritiva que assim adoptamos.

<sup>600</sup> O juramento (quer decisório, quer supletório) foi proibido, enquanto meio de prova pelo art. 580.º do Código de Processo Civil de 1939, norma que encontrou equivalência na redacção originária do art. 576.º do Código de Processo Civil de 1961. Meio de prova representava, contudo, em rigor, não o juramento, mas o depoimento prestado sob juramento. Importa, com CARNELUTTI, sublinhar a distinção entre a declaração *giuratoria* e a declaração *giurata*. Como observa, em raciocínio que partilhamos, o juramento (independentemente do seu carácter decisório ou supletório) não é um meio de prova, mas uma promessa especialmente qualificada (especialidade manifestada no “acréscimo de intensidade” que a diferença entre “prometto” e “giuro di fare” evidencia) de fazer (assim no caso de prova pericial) ou de dizer (como na prova testemunhal). Representa, portanto, uma formalidade relativa a um meio de prova, “Natura del giuramento”, *Rivista di Diritto Processuale*, Volume II, Parte I, Anno 1947, pp.185 e 186. A convenção de prova nos termos da qual as partes excluam a prestação de juramento por testemunhas (quando previsto, este, nos termos legais) representa, em consequência, não um acordo restritivo de meio de prova, mas pacto relativo ao *procedimento* de prova. KOHLER revela-se reticente relativamente à validade deste particular acordo (extintivo do juramento), “*Ueber processrechtliche Verträge und Creationen*”, *Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess*, Neudruck der Ausgabe, Berlin, 1894, Scientia Verl., 1969 - X, p. 157. Pronunciar-nos-emos, relativamente à modalidade de convenções de prova onde tal acordo se enquadra, no capítulo II. No sentido de que o juramento representa um meio de prova, bem como da admissibilidade de que este possa assumir natureza subordinada relativamente aos demais meios de prova, ANDRIOLI, “Giuramento”, *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, UTET, 1961, vol. VII, pp.943-958. No §294, Abs. 1 da Zivilprozessordnung, o legislador alemão qualifica o juramento (Glaubhaftmachung) como meio de prova: “Wer eine tatsächliche Behauptung glaubhaft zu machen hat, kann sich *aller Beweismittel bedienen, auch zur Versicherung an Eides statt zugelassen werden*” (itálico nosso).

### III.3.1. Meios de prova em sentido estrito

Adentro da categoria geral dos meios de prova em sentido estrito, discernem-se, matricialmente, dois tipos fundamentais: os que se traduzem em expressões significativas humanas (prova pessoal) e os que relevam, enquanto meros elementos físicos (prova real).<sup>601</sup>

#### 3.1.1. Manifestações significativas humanas

Indagando das particulares razões justificativas da autonomização de cada um dos tipos de meios de prova legalmente previstos, começaremos por considerar os meios de prova que constituem expressões significativas humanas: prova testemunhal, prova por declaração das partes, prova por confissão, prova pericial e prova documental.

Cumpra, em primeiro lugar, observar não ter sido unitário o critério de designação legal dos diversos meios de prova, verificando-se, nesta sede particular, o que CAVALLONE em geral refere, quando nota que em “todos os modernos elencos normativos e doutrinários dos meios de prova” se “alinham como entidades homogêneas elementos evidentemente pertencentes a planos lógicos e semânticos diversos.”

No que diz respeito aos primeiro, segundo e quarto meios de prova, ora referidos, o legislador socorreu-se do critério designativo relativo ao sujeito que constitui canal de transmissão da informação. No que concerne ao terceiro, atendeu ao teor da informação transmitida (terceira dimensão da prova) e, relativamente ao quinto, tomou por referência o tipo de suporte de que tal prova consta.<sup>602</sup>

Dado que cada um destes critérios (assim associados, de modo díspare, à designação dos meios de prova, nos termos indicados) releva quanto aos vários meios de prova (e não apenas quanto a algum ou alguns deles<sup>603</sup>), a diversidade de parâmetros designadores por que se optou conduz, amiúde, à dificuldade em integrar o tipo de informação que se tome em análise numa das categorias de meios de prova tipificados. O problema suscita-se, sobretudo, na relação entre o meio de prova documental e os demais meios de prova.<sup>604</sup>

No que concerne ao tipo de informação proporcionado por pessoas, o legislador integrou no âmbito da tipologia legal aquela que possa ser transmitida por

---

<sup>601</sup> Sobre a distinção, Antunes VARELA, Miguel BEZERRA e Sampaio e NORA, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, Reimpressão, 1985, pp. 442 e 443; Manuel de ANDRADE, *Noções elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, Nova Edição, revista e actualizada, 1979, p. 209.

<sup>602</sup> Vide CAVALLONE, Bruno, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Cedam, Padova, 1991, p. 346.

<sup>603</sup> Quando tomado em análise cada um dos meios de prova enunciados, é, na verdade, discernível, quanto a qualquer um deles, os planos do sujeito, da informação colhida e do suporte de que este conteúdo consta.

<sup>604</sup> Este constituirá aspecto a tratar *infra* com maior desenvolvimento.

três das categorias de sujeitos susceptíveis de intervir na instância: testemunhas, partes e peritos.<sup>605</sup>

### 1.1. Prova testemunhal

As razões que justificam a eleição de *prova testemunhal* como meio de prova prendem-se, com a especial característica comum aos sujeitos jurídicos admitidos a depor nessa qualidade: a circunstância de terem, de forma privilegiada (em virtude do seu particular contacto com a pretérita ou presente factualidade, objecto de esclarecimento no processo), percebido informação, cujo esclarecimento se afigura processualmente relevante. Deve-se, portanto, à circunstância de, pela razão observada, este tipo de depoentes se enquadrar em contexto de particular proximidade, relativamente à temática factual controvertida. Essa a característica que confere especial interesse ao seu depoimento, enquanto via de reproduzir, em juízo, a realidade presenciada ou percebida.<sup>606</sup>

Representa meio de prova colector de informação, em que a fonte de informação (primeiro elo) é a realidade, o canal (segundo elo, correspondente à prova na primeira dimensão) de transmissão de informação é a pessoa (testemunha), que desenvolve a actividade transmissora, mediante prestação de depoimento. A informação transmitida (no âmbito do terceiro elo) ao processo, corresponde ao teor das declarações prestadas (prova na terceira dimensão). Constitui meio de prova susceptível de ter ou não (ao nível do quarto elo) substrato ou suporte físico. Não o tendo, por princípio, se o depoimento for apenas prestado oralmente, ante o tribunal, dele disporá, contudo, quando, se prestado oralmente, for objecto de gravação, bem como se originariamente prestado por escrito (assim, designadamente, quando o depoimento seja prestado em produção antecipada de prova, quando a inquirição seja feita pelos mandatários judiciais, quando haja impossibilidade ou grave dificuldade de comparência do depoente em juízo ou quando este beneficie da prerrogativa de optar

---

<sup>605</sup> Em diferente enquadramento classificativo, no que diz respeito à qualificação das provas, tomando por base a sua fonte, Barbosa MOREIRA distingue entre provas pessoais, reais e fenoménicas, dando como exemplo das primeiras a prova testemunhal, das segundas a prova documental e das terceiras a prova pericial, “Observaciones sobre las llamadas pruebas atípicas”, *Revista de Derecho Procesal*, n.º 3, 1999, p. 542.

<sup>606</sup> A diferença, quanto ao qualificativo utilizado, deve-se à pluralidade da natureza dos factos sobre os quais o depoimento pode recair. Assim, por exemplo, os factos do foro interno ou psicológico apenas podem ser percebidos ou intuídos, não autenticamente presenciados, dada a natureza mediada que a sua compreensão implica. COMOGLIO explicita o valor jurisdicional da prova testemunhal referindo que esta proporciona a “reconstrução histórica ou a representação narrada de factos relevantes para o julgamento, verificados na sua presença [o autor refere-se à testemunha] e por si então apreendidos ou percebidos com os próprios sentidos, *de visu vel auditu*”, *Le prove civili*, terza edizione, UTET, 2010, pp. 572 e 573. JAUERNIG nota, contudo, as fragilidades próprias deste tipo de prova referindo as repercussões que a reflexão (desenvolvida pela testemunha) sobre “o que, na situação de então “se” poderia ou deveria ter visto ou ouvido” (“...was “man” in der damaligen Situation hätte sehen und hören können oder müssen”), assume no que diz respeito à fidelidade do depoimento à realidade, sublinhando como uma das “mais importantes funções do juiz” (wichtigsten Aufgaben des Richters), enquanto meio de filtragem e apreensão da valia que o depoimento pode proporcionar, *Zivilprozessrecht*, 29. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2007, p. 177.

por tal modo de prestação de depoimento).<sup>607</sup> A regra corresponderá, assim, à existência de contacto directo entre o destinatário (quinto elo) da informação (tribunal) e o sujeito que dela constitui canal de transmissão (segundo elo), restando ou não, nesta hipótese, suporte físico do integral<sup>608</sup> teor do depoimento prestado.<sup>609</sup>

## 1.2. Declarações das partes

No âmbito dos meios de prova em que o canal de transmissão é a pessoa, mediante a prestação de depoimento, incluem-se, ainda, as *declarações das partes (Beweis durch Parteivernehmung)*.<sup>610</sup>

---

<sup>607</sup> Cfr. arts. 419.º, 517.º, 518.º e 503.º e ss. do Código de Processo Civil, respectivamente.

<sup>608</sup> Da decisão, quanto à matéria de facto controvertida deverá, em qualquer caso, constar (como parte integrante da fundamentação decisória) reprodução *sintética* do teor das declarações prestadas, bem como a apreciação jurisdicional que estas tenham merecido, de modo a tornar compreensível a pronúncia emitida.

<sup>609</sup> Observar-se-á, *infra*, o relevo que a prestação de declarações, sob a forma escrita, pode assumir em sede de discernimento de hipóteses de verdadeira atipicidade ante circunstâncias em que esta apenas aparentemente se verifica.

<sup>610</sup> No âmbito do ordenamento jurídico alemão, o depoimento de parte pode relevar processualmente, quer quando relativo a factos favoráveis ao depoente, quer quanto a factos a este desfavoráveis (§§445 e ss. da Zivilprozessordnung). A primeira hipótese é objecto de particular regulação no §447 (*Vernehmung der beweispflichtigen Partei auf Antrag*). De acordo com a redacção do Código de Processo Civil anterior à entrada em vigor da Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho, apenas as declarações de parte em que houvesse lugar ao reconhecimento, por essa parte, de facto que lhe fosse *desfavorável*, se revelavam susceptíveis de ser consideradas, ao nível da decisão da matéria de facto. Porque assim, esta base decisória era designada, no plano da tipologia legal, não, como quanto aos demais meios de prova, por alusão ao tipo de canal fornecedor de informação (aqui, a parte, mediante emissão de declaração), mas por referência ao tipo de informação obtida por seu intermédio (a confissão – declaração de reconhecimento de ocorrência de facto desfavorável ao depoente). O tipo de conteúdo a obter constituía, portanto, o critério de consideração ou não da informação proporcionada por este tipo de canal. A segmentação das hipóteses (teor favorável ou desfavorável) em que o teor das declarações era considerável reflectia-se, pois, na segmentação da designação do meio de prova, mediante referência à natureza (desfavorável) do único resultado atendível (confissão). Na nova redacção do Código de Processo Civil, diferentemente, contempla-se a atendibilidade processual das declarações de parte também nos casos em que o resultado obtido não seja a confissão. Tanto repercutiu-se na alteração introduzida na designação do capítulo em que se rege esta matéria, em ordem a abranger ambas as hipóteses, tendo passado a designar-se – Prova por confissão e por declarações das partes –, bem como na designação das secções que o compõem: a primeira reguladora da designada prova por confissão e a segunda da denominada prova por declarações das partes. Pretendeu-se, nestas designações, congregar ambos os tipos de base decisória. As duas expressões, incluídas em tal enunciado, têm âmbitos parcialmente sobreponíveis, na medida em que a segunda abrange a primeira: a confissão representa também declaração de parte. O que se manifesta, de resto, no próprio corpo do texto legal, onde, em preceito exclusivamente relativo à prova por declarações de parte, se esclarece, numa das suas normas, que: “O tribunal aprecia livremente as declarações das partes, salvo se as mesmas constituírem confissão” (art. 466.º, n.º 3 do Código de Processo Civil.) assim implicitamente se denotando que a prova por confissão constitui sub-modalidade de prova por declarações de parte. Sobreposição que decorre da acima referida circunstância de a cada uma das designações presidirem critérios classificativos distintos, mas releváveis quanto a ambas as fontes de prova. Se, na primeira (designação) se toma por base o terceiro aspecto do referido caminho conectivo (a natureza da informação transmitida para o processo), na segunda, considera-se o segundo aspecto (canal de transmissão de

A selecção legal desta fonte informativa, como meio de prova, prende-se, como CAPPELLETTI<sup>611</sup> sublinha, com o singular conhecimento que estes sujeitos, porque directamente envolvidos, enquanto partes, no *litígio*, têm da factualidade controvertida. Circunstância a que se pode somar ou não, consoante o critério legislativo, a natureza da informação prestada.<sup>612</sup>

Adoptando, por base classificativa os vários critérios convocáveis, sem recurso a intersecção de planos diferentes, dir-se-á que, no que diz respeito ao canal, estão em causa sujeitos processuais que ocupam a posição de partes (agentes que, no que concerne à prova na sua segunda dimensão, funcionalmente, relevam como meio de prova colector). O modo e suporte de transmissão da informação (associáveis à segunda dimensão da prova, bem como aos terceiro e quarto elos identificados), variarão consoante o teor da informação (terceira dimensão de prova) veiculada.<sup>613</sup> Se

---

informação – a parte) em conjugação com o modo de transmissão (a prestação de declaração, relevante no âmbito da segunda dimensão da prova). Caso a opção do legislador tivesse sido no sentido de reflectir, no plano da designação, os diferentes patamares consideráveis, tanto conduziria, ao nível da sistematização legislativa, a que o capítulo em causa se designasse “Prova por declarações das partes”, a que da secção I constassem disposições de natureza geral (aplicáveis a todos os casos em que as declarações de parte, independentemente da sua natureza favorável ou desfavorável, representem meios de prova) e a que na secção II se incluíssem as normas especificamente relativas às diferentes formas de obtenção de confissão. A distinção estabelecer-se-ia, então, dentro do âmbito das declarações das partes, entre as declarações de teor favorável e de teor desfavorável ao declarante. Sobre a função cognoscitiva ou probatória do *interrogatorio libero* (previsto no art. 117 do Codice di Procedura Civile e cujas respostas o tribunal pode considerar apenas enquanto argumentos de prova, como decorre do art. 116 do mesmo corpo normativo), enquanto “instrumento através do qual as partes podem esclarecer as suas próprias alegações, expondo ao juiz os factos da causa, a fim de que este possa valorá-los de forma mais completa”, vide CONTE, *Le prove civili*, 2. ed., aggiornata alla legge di riforma del processo civile 18 giugno 2009, n. 69, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 272 e ss.

<sup>611</sup> CAPPELLETTI destaca como razão do especial contributo que o depoimento das partes pode proporcionar, em sede de prova, a circunstância de estas terem sido “os mais directos protagonistas dos factos e frequentemente as únicas testemunhas”, *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, Parte Prima, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 189 a 194. Concordando com a asserção, ressaltamos tão só a referência à noção de testemunha. Sendo diversa a qualidade de quem é *parte* e de quem é *testemunha*, esta última designação é aqui utilizada no sentido amplo de sujeito presente aquando da verificação do facto, que não em sentido técnico. Demarcando-se embora das ilações que alguma doutrina retira da importância da admissibilidade de depoimento de parte, CAVALLONE reconhece que o acolhimento legal de tal meio de prova deve fazer parte das “principais preocupações de um legislador fiel aos valores da oralidade”, observando que “a imediação de que falava CHIOVENDA consiste sobretudo numa “estreita proximidade” ou num “encontro pessoal” entre o juiz e as partes, “Oralità e disciplina delle prove nella riforma del diritto processuale civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, Vol.XXXIX, II Serie, anno1984, p. 735. JAUERNIG adverte, contudo, para as debilidades que podem associar-se à informação proporcionada por este meio de prova, referindo-se-lhe (a par do que faz com a prova testemunhal) como uma das “piores provas” (*schlechteste Beweis*), *Zivilprozessrecht*, 29. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2007, p. 177

<sup>612</sup> Este último aspecto é considerado, no âmbito do depoimento de parte, consubstanciador de confissão.

<sup>613</sup> A possibilidade de o depoimento de parte representar meio de prova também relativamente a factos de natureza favorável ao depoente resulta hoje do regime previsto no art. 466.º do Código de Processo Civil. Remédio MARQUES manifestava-se, em data anterior à entrada em vigor da Lei 41/2013, de 26 de Agosto, sensível à importância que esta fonte de informação pode assumir, sobretudo no âmbito de acções em que a factualidade relevante assume reduzida ou nula exposição pública e em que, por isso, a prova, dotada de sentido útil, proveniente de outras fontes que não as partes se pode revelar

a manifestação significativa é verbal, qualquer que seja a natureza do depoimento de parte em causa, a informação será, quando não destinada a obtenção de reconhecimento de facto desfavorável, prestada, ante o tribunal, em depoimento oral (por princípio na audiência final).<sup>614</sup> Quando se vise obter informação com carácter desfavorável para o depoente, admite-se o referido modo de obtenção de informação, bem como a hipótese de aquela ser considerada quando conste já de suporte documental (representativo de depoimento escrito, propositadamente criado ou não, para apresentação em juízo). Se prestada oralmente, a declaração da parte será, na parte em que corresponda a confissão, sempre reduzida a escrito.<sup>615</sup>

Dilucidação (entre aspectos, de outro modo, indistintamente coenvolvidos) assim tornada possível pela convocação das várias dimensões de prova, releváveis, em particular das que, quanto a esta, permitem distinguir as suas feições de prova enquanto *meio* da prova e enquanto informação (primeira e terceira dimensões, respectivamente). Em síntese, se a *declaração* de parte (em prestação de depoimento) representa o *modo* de transmissão através do qual a informação é processualmente absorvida, a *confissão* (teor da declaração) respeita ao *tipo de informação* transmitida, podendo esta ser canalizada para o processo por outra via que não o depoimento oral da parte (hipótese em que beneficiará de suporte documental). A *confissão* representa, pois, o *resultado* informacional a ser processualmente absorvido na sequência de declaração unilateral de parte (cristalizada em suporte escrito ou não) de que resulta o reconhecimento, pelo seu autor, da verificação ou não verificação de uma versão factual, sendo que esta (verificação ou não verificação) lhe é desfavorável.<sup>616</sup>

---

inexistente ou escassa. Em ordem, designadamente, a assegurar a manutenção do direito à prova também nesses contextos, o autor revelava-se favorável à admissibilidade de consideração dessa fonte de informação, em sede de prova, a título de prova atípica objecto de livre apreciação pelo decisor, não obstante excluir a possibilidade de tal informação poder ser utilizada a título exclusivo, ou seja, enquanto único fundamento da decisão a proferir, “A aquisição e a valoração probatória de factos (des)favoráveis ao depoente ou à parte chamada a prestar informações ou esclarecimentos”, *Julgard*, Janeiro-Abril, 2012, esp. pp. 140 e ss. Este o meio de prova a que Lebre de FREITAS se referia, no âmbito do regime processual anterior à entrada em vigor da Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho, como “testemunho de parte” (*Código de Processo Civil Anotado*, Vol. II, Coimbra Editora, 2001, p. 464) e cuja inclusão normativa havia proposto, aquando dos estudos precentes da revisão do Código de Processo Civil introduzida pelo D.L. n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro. Sobre a evolução do regime do depoimento de parte, considerando os Códigos de Processo Civil de 1876 e de 1939, ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. IV, Coimbra Editora, 1951, pp. 121 e ss.

<sup>614</sup> Cfr. art. 466.º, n.º 2, por remissão para o art. 456.º, ambos do Código de Processo Civil.

<sup>615</sup> Cfr. art. 463.º, n.º 1 do Código de Processo Civil.

<sup>616</sup> No que diz respeito ao critério a observar para aquilatar da natureza favorável ou desfavorável do facto em causa, COMOGLIO, FERRI e TARUFFO referem não ser de considerar, para tanto, “o convencimento subjectivo da parte que confessa”, antes “a relação objectiva que intercorre entre o facto e a qualificação jurídica da *fattispecie* que serve de critério de decisão” (itálico nosso), *Lezioni sul processo civile, I, Il processo ordinario di cognizione*, 4ª ed., il Mulino, Bologna, 2011, p. 494. Antunes VARELA, Miguel BEZERRA e Sampaio e NORA justificam “a força probatória *especialmente atribuída* à confissão” (judicial escrita) em razões de índole empírica (“...forte presunção alicerçada na experiência da vida, de que a confissão corresponde à realidade”, atendendo à circunstância de que está em causa versão factual desfavorável ao declarante) e jurídica (atenta a “latência” do princípio do dispositivo no sistema processual), *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, Reimpressão, 1985, pp. 553 e 554.

Não se revela, contudo, suficiente para que se possa concluir representar confissão a base decisória em causa, que se apure ter havido lugar ao reconhecimento de verificação de uma circunstância de facto desfavorável ao autor do reconhecimento. Este pode verificar-se, também, por exemplo, mediante acordo celebrado entre as partes. A confissão pressuporá que, quando manifestado o reconhecimento, as partes se situem em pólos contrapostos sob o ponto de vista declarativo. Diferentemente, o acordo implica que as partes se pronunciem conjuntamente, ainda que, se produzido ou junto ao processo na pendência da acção, as partes ocupem, nesta, posições opostas (de autor e réu). A contraposição verifica-se, nesta hipótese, apenas no que diz respeito à situação das partes nos pólos que (no que a estas respeita) integram a relação processual, sendo que, sob o ponto de vista declarativo, se manifestam em unísono. Razão por que, como *supra* se pôde concluir, se nem o acordo de reconhecimento de factos (*Anerkennungsvertrag*), nem a confissão, representam convenções de prova, e se apenas a segunda se enquadra no âmbito da prova, tão só o primeiro é, na visão que adoptamos) qualificável como contrato (no “mar revolto” - que a exposição de ANDRIOLI evidencia<sup>617</sup>- das concepções doutrinárias relativas à natureza da confissão, acompanhamos LEBRE DE FREITAS, quando exclui a figura da confissão do domínio do negócio jurídico).<sup>618</sup>

A celebração de *acordo* entre as partes não esgota, por outro lado, as hipóteses susceptíveis de enquadramento no âmbito significativo da *concordância* processual. Esta pode manifestar-se, quer quando as partes se pronunciam em conjunto (acordo), quer quando estejam em causa pronúncias ou condutas processuais unilaterais, embora de conteúdo (ou associação normativa de significado) coincidente. Se todo o acordo pressupõe concordância, nem sempre declarações concordantes representam acordo.<sup>619</sup>

<sup>617</sup> “Confessione (Diritto processuale civile)”, *Novissimo Digesto Italiano*, IV, 1959, p. 24.

<sup>618</sup> *A confissão no direito probatório*, Coimbra Editora, 1991, esp. pp. 539 e ss., 557 e ss. e 589 e ss.

<sup>619</sup> Razão por que, quando, a propósito das consequências da revelia operante, a referência adoptada, na expressão legal, é a de que os factos se consideram admitidos por confissão (art. 567.º, n.º 1 do Código de Processo Civil), ao passo que, quando esteja em causa a não impugnação, da expressão literal resulta que os factos se consideram admitidos por acordo (art. 574.º, n.º 2 do Código de Processo Civil), ,se nos afigura que, quer a referência a confissão, quer a referência a acordo, merecem reflexão. Tanto, no que diz respeito ao acordo, na medida em que, em nenhuma das hipóteses, as partes *acordam*, relativamente à matéria de facto decidenda, por não haver lugar a qualquer volitiva construção conjunta do suporte factual. O que não obsta a que, diferentemente, nessa hipótese, da conjugação dos conteúdos das exposições unilaterais das partes, se retire concordância quanto à verificação dos feitos não impugnados – concordância que, quanto ao impugnante, se extrai do silêncio (relativamente à matéria não impugnada), à semelhança do que sucede quanto ao réu revel. As partes não acordam, mas o sentido que se associa à omissão do sujeito processual que não exerce o contraditório (ou que não o faz cabalmente) toma-se por concordante. Os factos relativamente aos quais a concordância se verifica podem assumir natureza desfavorável ou favorável a quem não se desincumbe do ónus de pronúncia (por não oferecer contestação ou por, fazendo-o, não se pronunciar quanto a todos os factos), o que suscita ponderação, quanto à expressão confissão, na hipótese em que a revelia é operante. Os factos considerados assentes na sequência da revelia podem constituir ou não factos desfavoráveis ao revel, pelo que só na primeira hipótese a concordância que se presume pode assumir natureza confessória. Não haverá, assim, confissão (ainda que retirada do silêncio) quando os factos alegados (em exercício de pronúncia expositiva) pelo autor, sejam favoráveis ou neutros relativamente à posição jurídica do réu. Se a confissão não é o único fruto possível de revelia operante, não é, nestes termos, também dela

Quando, sob o ponto de vista do enquadramento classificativo, a confissão não seja concebida como meio de prova (não sendo, em consequência, compreendida como dotada de função *justificativa*),<sup>620</sup> antes como via de expressão das partes (em pronúncia de teor expositivo), carecerá de sentido a sua inclusão no quadro *tipológico* (prova) que ora se considera. A essa distinta sistematização não obsta a circunstância de a confissão poder ser expressa em articulado ou em sede de instrução. Quando tenha lugar neste último contexto, o acto praticado será perspectivado não como acto instrutório, mas como acto de recolha de pronúncia declarativa das partes que, atento o seu relevo, o legislador permite que seja praticado também nesse momento processual. A versão factual não chegará a assumir carácter controvertido, quando a confissão seja feita relevar na fase dos articulados, perdendo esse carácter a concordância (ou não discordância, quando a versão factual tenha sido alegada apenas pelo confitente) quando relevada após a definição do *thema probandum*.<sup>621</sup> Neste caso, o acto praticado em conjunto com actos de natureza autenticamente instrutória, em aproveitamento, para aqueloutro fim, da estrutura procedimental que acompanha esta actividade. Apesar de, neste caso, não constituir base de decisão da matéria de facto controvertida, a confissão constituirá sempre, independentemente da função processual (expositiva ou justificativa) que a essa declaração de parte se impute, fundamento de decisão da matéria de facto litigiosa decidenda.

### 1.3. Prova pericial

#### 1.3.1. Natureza da figura

---

exclusivo. Para além de poder assumir carácter expresso, pode, na verdade, retirar-se do silêncio (não impugnação), quanto a uma particular versão factual, a verificação desta. A confissão processualmente relevante tanto pode, assim, ao nível dos articulados, decorrer da prática de acto processual, como da sua omissão. Caso aquela versão factual assuma natureza desfavorável ao não impugnante, estar-se-á, igualmente, a retirar do seu silêncio confissão. Quer numa hipótese, quer noutra se presume a concordância. Quer numa hipótese, quer noutra essa concordância traduz presunção de confissão, se o facto controvertido se revelar desfavorável a quem não se desincumbe do ónus que esteja em causa (ónus de contestação ou de impugnação). Em nenhuma das hipóteses há acordo. Além de não configurar acordo (confluência concordante de vontades), a confissão não representa, por outro lado, necessariamente, declaração de sentido concordante com o sentido de afirmação produzida pela contraparte. O facto confessado não tem de ter sido previamente invocado por esta, podendo decorrer (embora, na prática, menos verosimilmente) de autónoma alegação do desfavorecido. A circunstância de estar em causa facto, cujo ónus de alegação impendia sobre a outra parte não invalidará a sua consideração, em sede de decisão. Se susceptível de ser integrada no domínio da concordância, a confissão não pertence, em suma, com carácter exclusivo, a esse universo. Para apreciação das alterações introduzidas, a este propósito, pela reforma de 1995/96, *vide* as observações, tecidas por Antunes VARELA, em “A reforma do processo civil português. Principais inovações na estrutura do processo declaratório ordinário”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, N.º 3897, pp. 357 e 358.

<sup>620</sup> Para indicação de doutrina nesse sentido, *vide* referências citadas por LEBRE DE FREITAS, *A confissão no direito probatório*, Coimbra Editora, 1991, p. 589, nota de rodapé 35.

<sup>621</sup> Delimitação da área de prova cujo conteúdo há-de ser integrado tão só pelos temas factuais que, na expressão de JAUERNIG, se revelem pertinentes e carecidos de prova (“die entscheidungserheblichen und beweisbedürftigen Tatsachen”), *Zivilprozessrecht*, 29. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2007, p. 162.

A selecção da *prova pericial*, enquanto categoria ou *tipo* de meio de prova encontra justificação nos especiais conhecimentos, de natureza técnica, que assistem aos sujeitos a esse título chamados a colaborar com o tribunal. A eleição deste fundamento decisório é assim determinada pela especial formação que habilita os sujeitos intervenientes como peritos a prestar esclarecimentos susceptíveis de servir de suporte ao esclarecimento dos factos controvertidos.<sup>622</sup>

A fonte de informação (primeiro elo) é, neste caso, dupla. A ela se reconduz, por um lado, o perito e, por outro lado, a realidade de onde são colhidos os elementos para análise pericial, sendo que esta (colheita) pode ou não ser efectuada no âmbito do meio de prova em causa.<sup>623</sup> O meio de prova será colector, no primeiro caso, não assumindo tal natureza no segundo. A ausência de dimensão colectora verifica-se, ainda, quando a prestação de conhecimento especializado não tenha por objecto qualquer elemento colhido da realidade. Assim, quando se solicite ao perito a prestação de esclarecimentos, quanto a aspecto técnico, de forma abstracta.<sup>624</sup> O canal ou meio de transmissão (segundo elo) da informação é o perito. À qualidade de

---

<sup>622</sup> JAUERNIG enuncia o perito como o sujeito que presta declarações com base no “seu conhecimento profissional das regras da experiência (em particular de uma ciência ou ofício)” -, assumindo a qualidade de *auxiliar* do juiz (Helfer des Richters). Louvando-se em SENDLER, adverte, porém, para o risco de a falta de conhecimentos do juiz poder conduzir a que, de “ajudante” (*Gehilfe*), aquele se transforme em “senhor” (*Herrn*), , *Zivilprozessrecht*, 29. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2007, pp. 77 e 178. Sobre o relevo do conhecimento técnico em processo, vide BOVE, “Il Sapere Tecnico nell Processo Civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LXVI, (Seconde Serie) - Nº 6, Novembre-Dicembre, 2011, pp. 1431-1450. Referindo-se à categoria da *consulenza técnica* (onde a perícia se enquadra), LIEBMAN refere como *scopo* fundamental a integração do “conhecimento do juiz nos casos em que para perceber ou para valorar uma prova são necessários conhecimentos técnicos de que o juiz não dispõe”, notando o carácter extremamente variável da “qualidade e quantidade” desse contributo, em função “das circunstâncias e do grau de especialização” da matéria em causa, *Manuale di diritto processuale civile*, II, 4ª ed., Giuffrè, Milano, 1984, p. 97. Em sintonia com o previsto no art. 388.º do Código Civil, Manuel de ANDRADE refere, como razões justificativas do recurso à prova pericial (no âmbito do regime português), quer a necessidade de obtenção de esclarecimento técnico, quer a circunstância de estarem em causa “factos, relativos a pessoas” que “não devam ser objecto de inspecção judicial”, *Noções elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, Nova Edição, revista e actualizada, 1979, p. 262.

<sup>623</sup> Tratando-se, a título exemplificativo, de perícia médica que tenha, por objecto material, de ADN, este pode ser colhido pelo perito ou ao mesmo facultado para análise. Verifica-se, a primeira hipótese, quando haja lugar a colheita de sangue, no laboratório, onde será realizada a perícia, a fim de apurar da paternidade biológica de determinado sujeito, relativamente a outro. Verificar-se-á, a segunda hipótese, quando seja facultado ao laboratório material colhido de peças pertencentes ao investigado. Sobre a tecnicidade e fiabilidade associadas a este tipo de exame, Paula Costa e SILVA, “A Realização Coerciva de Testes de ADN em Acções de Estabelecimento da Filiação”, *Estudos de Direito da Bioética*, Almedina, 2005, pp. 165-186. A autora pronuncia-se também, nesta sede, no sentido da admissibilidade de realização coerciva do exame em causa.

<sup>624</sup> Esta a hipótese quando, a título de exemplo, de molde a que o tribunal possa retirar ilações fundadas quanto à existência de mora no cumprimento de uma obrigação de construção de um muro de vedação (que não chegou a ser edificado), entre imóveis, solicite a explicitação, por perito, do tipo de material e de técnica comumente usados para realização de uma construção desse tipo, bem como do tempo médio de execução.

transmissor acresce, porém, nesta hipótese, ao sujeito transmissor, a qualidade de única fonte de informação (primeiro elo).

Quando a perícia tem por objecto elementos colhidos (no âmbito de estrutura probatória pericial ou fora dela) da realidade, a informação transmitida ao processo envolve os dados reais já trabalhados pelo filtro especializado da pessoa do perito, que converte a informação colhida em informação tecnicamente tratada.<sup>625</sup> Assim, sempre que a perícia implique a análise de materiais corpóreos, além de *poder ser colector*, o perito *será* sempre agente *construtor* de informação; será esta a única dimensão relevante (quanto à fonte de informação) quando a perícia não incida sobre elementos reais. O modo de transmissão (terceiro elo) traduz-se na prestação de depoimento, devendo este constar de suporte documental (relatório pericial). A essa forma de transmissão pode acrescer a prestação de depoimento oral, em juízo, quando tanto seja solicitado.<sup>626</sup>

### 1.3.2. Delimitação do âmbito da figura

Importa estabelecer fronteira delimitativa entre este universo *tipológico* da prova e dois outros domínios que lhe são próximos.

#### a) Verificações não judiciais

Distinta da perícia é a incumbência, pelo tribunal, a terceiro ("técnico ou pessoa qualificada"), de "proceder aos actos de inspecção de coisas ou locais ou de reconstituição de factos". Hipótese que se integra do âmbito da figura "enigmática" do

---

<sup>625</sup> Antunes VARELA, Miguel BEZERRA e Sampaio e NORA explicitam-no quando referem que "a nota típica, mais *destacada*, da prova pericial consiste em o *perito não trazer ao tribunal apenas a perspectiva de factos*, mas pode trazer também a *apreciação* ou *valoração* de factos, ou apenas esta", *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, Reimpressão, 1985, p. 576. Sobrelevando, em sintonia com Manuel de ANDRADE, esta dimensão criadora da intervenção do perito, VAZ SERRA nota que o perito transmite, além das "suas percepções (*peritus percipiendi*)", as suas "apreciações (*peritus deducendi*)", "Provas (Direito probatório material)", *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 110, p. 167. Sobre as várias modalidades de perícia distinguíveis, no sistema português, em momento anterior à entrada em vigor da reforma introduzida pelo D.L. n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, *vide* Lebre de FREITAS, Montalvão MACHADO e Rui PINTO, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. II, Coimbra Editora, 2001, pp. 489 e ss.

<sup>626</sup> Tratando-se, por princípio, de prova constituenda, pode, contudo, relevar, processualmente, como prova constituída, nas hipóteses em que, no âmbito do regime regulador do valor extraprocessual das provas (art. 421.º do Código de Processo Civil), tenha sido produzida num processo e venha a ser invocada num outro. Estando em causa meio de prova constituendo, o grau de complexidade de actos instrutórios para prestação de conhecimento especializado variará consoante o contexto em que a transmissão de informação tem lugar. Esta assumirá pendor menos formal quando o técnico intervenha no âmbito da inspecção judicial, lateralizando, como suporte esclarecedor, a actividade de observação realizada pelo juiz. A informação prestada não relevará, por isso, neste caso, no processo, de modo autónomo, não constituindo categoria tipológica de prova.

técnico, na expressão de Maria José CAPELO.<sup>627</sup> Regulada no âmbito da inspecção judicial, está em causa a designada “verificação não judicial qualificada”.

Decorrendo do segmento da norma, ora transcrito, que a diligência pode ser realizada por técnico ou pessoa qualificada, a fronteira com a figura da perícia, nesta última hipótese (de realização, da verificação, por pessoa qualificada), estabelece-se pela não exigência de especialidade técnica do sujeito interveniente<sup>628</sup>. O legislador basta-se, neste caso, com a aptidão da pessoa designada para recolha da informação. Na primeira hipótese (verificação realizada por técnico), diferentemente, a fronteira com a prova pericial estabelece-se por referência ao grau de complexidade da informação a prestar. Em ambas as hipóteses se revela, assim, determinante, a natureza da matéria em causa, não obstante se não afigurarem totalmente claras, como Maria José CAPELO observa, as particulares “especificidades da matéria” justificadoras da adopção desta medida.<sup>629</sup>

Se, na perícia, a convocação de parecer especializado se realiza, no essencial, em virtude do carácter fundamental e particularmente especializado que a tecnicidade da informação prestada assume, em ordem a *suprir a falta* de conhecimentos especializados do decisor<sup>630</sup>, neste caso (de verificações não judiciais qualificadas) a

---

<sup>627</sup> Maria José CAPELO faz uso de tal expressão no contexto da reflexão que desenvolve sobre o regime que, a esse propósito veio a ser introduzido, no Código de Processo Civil (art. 494.º), pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho, em “A enigmática figura do técnico no Código de Processo Civil”, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Lebre de Freitas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 1045-1067. A autora pronuncia-se, atenta a data em que escreve, relativamente ao regime então constante do Projecto de Reforma do Código de Processo Civil e da Proposta de Lei n.º 113/XII. Virá, contudo, a desenvolver nova reflexão, após a publicação da Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho, no artigo “As verificações não judiciais qualificadas: reforço ou desvirtuamento da prova por inspecção judicial?”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 144, n. 3992, Maio-Junho, 2015, pp. 330-340.

<sup>628</sup> Indagando sobre a natureza das verificações não judiciais qualificadas, Isabel ALEXANDRE assimila-as à prova pericial, sustentando que “não têm uma natureza diferente da prova pericial, quer se defina esta pela particularidade de o perito ser uma pessoa encarregada pelo tribunal de percepção dos factos, quer pela particularidade de o perito possuir conhecimentos especiais”, notando que o “que diferencia os dois meios de prova é o respectivo procedimento probatório e, quando as verificações se realizem por pessoa que seja oficial ou autoridade pública, também o respectivo valor probatório”, “A fase da instrução e os novos meios de prova no Código de processo Civil”, *Revista do Ministério Público*, ano 34, n. 134, Abril-Junho, Lisboa, 2013, p. 42. De notar, por outro lado, que, não obstante se encontrarem previstas no contexto da inspecção judicial, o são como alternativa a esta, mediante delegação em terceiro da actividade inspectiva, assim descaracterizando necessariamente aquela.

<sup>629</sup> “A enigmática figura do técnico no Código de Processo Civil”, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Lebre de Freitas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 1059.

<sup>630</sup> Como Maria José CAPELO nota, é também o intuito de conferir apoio técnico ao decisor, que justifica a previsão da possibilidade de designação de técnico (assim não confundível com a figura do perito, como sublinha) que, ladeando o juiz, o auxilia em sede de inspecção judicial e audiência final, “A enigmática figura do técnico no Código de Processo Civil”, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Lebre de Freitas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 1055 e ss.. Assessoria técnica que, no que diz respeito ao advogado e às partes, encontra previsão no regime normativo constante dos arts. 50.º (hipótese anteriormente regulada no art. 42.º) e 480.º, n.º 3 (hipótese antes prevista no art. 582.º, n.º 3) do Código de Processo Civil, sobre ele reflectindo, a autora, a pp. 1048 e ss. da *ob. cit.*. Observando que sempre foi permitido, ao juiz, socorrer-se de um “especialista para se esclarecer sobre pontos de facto especialmente complexos ou técnicos”, CROZE, MOREL e FRADIN distinguem, no âmbito do sistema francês, as *constatations* (em que há lugar à verificação, por terceiro, de determinados factos e que se encontram reguladas nos arts. 249 a 255 do Nouveau Code de Procédure Civile), as *consultations* (em que se

solicitação da intervenção de técnico, deve-se, na expressão do legislador, à circunstância de o decisor entender que "*não se justifica, face à natureza da matéria, a percepção directa dos factos pelo tribunal*".<sup>631</sup> Menção legal de que se depreende, em suma, estarem em causa, neste segundo contexto, apuramentos factuais que, porque revestidos de manifesta simplicidade e ainda que assumindo carácter técnico, permitem prescindir da observância do princípio da imediação pelo juiz (a realizar em inspecção judicial), bem como da formalidade, profundidade e complexidade de análise próprias da perícia. Porque assim, se, na primeira hipótese (perícia), a solicitação da cooperação do terceiro se deve ao facto de os conhecimentos do decisor se afigurarem *insuficientes*,<sup>632</sup> deve-se, na segunda hipótese (verificações não judiciais

---

forneem ao juiz explicações sobre “questões puramente técnicas, que não requerem investigação complexa”, previstas nos arts. 256.º a 262 do mesmo código) e as *expertises* (correspondentes às perícias e contempladas nos arts. 263 a 264 do diploma referido. Vocacionadas, estas últimas, para situações em que a intervenção do terceiro se associará ao desenvolvimento de um trabalho dotado de maior complexidade, assumem carácter subsidiário relativamente às figuras precedentemente referidas), *Procédure civile*, Litec, Paris, 2002, pp. 229 e 230. As actuais verificações não judiciais qualificadas (previstas no art. 494.º do Código de Processo Civil) encontram correspondência na figura das *constatations*. A possibilidade de o juiz se fazer acompanhar por técnico no âmbito de inspecção judicial (art. 492.º do Código de Processo Civil) enquadra-se no âmbito das *consultations*. Embora do regime legal relativo à prova pericial não resulte o seu carácter subsidiário, relativamente às figuras acabadas de mencionar, afigura-se-nos que, como se observará no corpo do texto, tanto se impõe pelos princípios da economia e boa gestão processuais. Conferindo relevo ao grau de complexidade do procedimento observado, no quadro dos vários meios de percepção da realidade, LAUKKANEN refere que a inspecção configura, na prática judiciária finlandesa, um meio a que o tribunal recorre frequentemente, na pendência de uma acção para, sem observância de qualquer “formalidade significativa”, proceder à análise de determinado objecto de investigação, em *Das Beweisrecht der Europäischen Union*, Kluwer Law International, 2004, p.131.

<sup>631</sup> Itálico nosso. Intuito corroborado pela explicitação, constante da Exposição de Motivos (cujo teor e relevo Maria José CAPELO evidencia) de que decorre dever haver lugar à mobilização desta figura em hipóteses que não impliquem “o juízo científico que subjaz à prova pericial”, “A enigmática figura do técnico no Código de Processo Civil”, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Lebre de Freitas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 1058.

<sup>632</sup> Nas hipóteses em que a insuficiência do conhecimento especializado do decisor o privem da possibilidade de efectivo exercício, enquanto perito dos peritos, do poder de controlo da adequação do conteúdo do relatório pericial, gera-se o (como já acima alvitrado) risco de (sobretudo nas acções em que a prova pericial assuma natureza decisiva) o perito beneficiar, materialmente, de poderes decisórios. Procurando assegurar forma de o juiz, que não disponha de conhecimentos técnicos especializados sobre a matéria submetida a perícia, controlar o grau de fidedignidade da informação prestada, sublinhando a importância de que tal controlo tenha lugar (não se limitando o decisor a aceitar como boa a informação prestada, vinculando o parecer pericial, inexoravelmente, o teor da decisão judicial, ficando esta – e, em consequência, o exercício da actividade jurisdicional, refém daquela), NICKLISCH propõe a consideração, pelo decisor, de aspectos como a avaliação das credenciais e da neutralidade e independência do perito” (em controlo por via indirecta), bem como “o poder de argumentação, a lógica das conclusões, e a plausibilidade dos resultados”, de modo a verificar “em suma, se é globalmente convincente para o leigo que tem a competência de julgar” (em controlo por via directa). Quanto ao critério a mobilizar pelo decisor, no sentido de aferir da adequação do parecer pericial nas hipóteses em que a lei faça apelo ao estado da arte, o autor manifesta preferência pela adopção de critério quantitativo, devendo o juiz, se não dotado de conhecimentos específicos sobre a matéria em causa, considerar que o parecer é compatível com as exigências legais se aquele se revelar conforme com a opinião da generalidade dos especialistas no domínio a que a pronúncia pericial respeita. “Der technische Sachverständige im Prozess”, *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmäßige Ordnung*, Gieseking-Verlag, Bielefeld, 1985, pp. 343 e 344. No sentido de que, por princípio, o tribunal *ad quem* só pode retirar ilações diferentes (relativamente às extraídas pelo tribunal *a quo*), de

qualificadas), à circunstância de a intervenção deste se revelar *excessiva*, impondo, neste segundo caso, a boa gestão e a economia processuais (determinantes da omissão de prática de actos desnecessários), que a actividade do decisor seja adstrita ao desempenho da função em que é imprescindível a sua intervenção, relegando-se para terceiros os actos a este nível subjectivamente fungíveis.

A delimitação entre este tipo de averiguações e a perícia, bem como entre o âmbito e escopo aplicativo de cada uma delas, assume relevo processual significativo, enquanto critério a ter presente como via de evitar que se incorra no risco, para que TESORIERE adverte, de a complexidade procedimental e garantias processuais associadas à perícia possam ser contornadas mediante recurso à verificações judiciais não qualificadas, em hipóteses que não se integrem no domínio aplicativo destas, antes no âmbito da prova pericial.<sup>633</sup>

## b) Pareceres

A prova pericial, cujo teor se exprime (em quarto elo) sob a forma de parecer escrito (relatório pericial) não se reconduz, por outro lado, ao que, no Código de Processo Civil, se designa, com carácter autónomo,<sup>634</sup> por *parecer*. Embora, por intermédio destes, se solicite, também, a prestação de conhecimento especializado, distinguem-se, porém, dos pareceres periciais (e, assim, da perícia), na medida em que não têm, por regra, por objecto, matéria de facto<sup>635</sup>, não integrando o âmbito da

---

depoimento pericial ou testemunhal, depois de ouvir o perito ou a testemunha, *vide* o acórdão, proferido em 24 de Março de 2010, pelo *Bundesgerichtshof* (VIII ZR 270/09). O tribunal salvaguarda, contudo, de tal exigência, as hipóteses em que a apreciação divergente da prova testemunhal, realizada pelo tribunal de recurso, se baseia em circunstâncias que não dizem respeito à capacidade de ajuizar e de recordar, à veracidade e integralidade das declarações, bem como ao carácter contraditório destas. Porque não observado, no caso em apreço, pelo tribunal *a quo*, o referido dever de audição, relativamente a perícia (realizada na instância recorrida) destinada a aferir da relação de causalidade, entre a conduta do autor e a infecção identificada na cultura de peixes do réu, considerou, o decisor, ter havido lugar a violação do direito constitucional, da parte, a ser ouvida em juízo (art. 103, al. 1 da Grundgesetz).

<sup>633</sup> Prudente se revela a orientação do autor, quando manifesta entendimento no sentido de que a preservação dos valores subjacentes ao princípio da imediação (nos termos do qual “...entre julgador e matéria a julgar não se devem interpor separações”) aconselha alguma moderação na delegação dos poderes associados à figura da *consulenza técnica* (arts. 61., 87. e 191. do Codice di Procedura Civile), // *Processo Civile Riformato*, Cedam, 1995, p. 68. Observação que se nos afigura aplicável no âmbito das verificações não judiciais qualificadas previstas no art. 494.º do Código de Processo Civil e que corresponderá à razão de ser da condição a que o legislador português subordinou o recurso a esta figura: “Sempre que seja legalmente admissível a inspecção judicial, mas o juiz entenda que se não justifica, face à natureza da matéria, a percepção direta dos factos pelo tribunal...”.

<sup>634</sup> Cfr. art. 426.º do Código de Processo Civil.

<sup>635</sup> Aqui se integram os pareceres jurídicos, cujo objecto se reconduz, no essencial, à subsunção dos factos ao direito ou à interpretação jurídica. Estes não constituem, assim, prova documental, ainda que constantes de suporte documental. Correspondem à prestação de informação técnica, de carácter jurídico, distinguindo-se das demais prestações dessa natureza técnica (a pericial e a proporcionada no âmbito de averiguações não judiciais qualificadas) em função do objecto, por não respeitar, de modo directo, a análise de realidades ou fenómenos físicos, antes ao regime jurídico em concreto aplicável. Porque de relevo alheio ao domínio da prova, a circunstância de o regime, a que se encontram

prova.<sup>636</sup> O parecer, em sentido *próprio* (fonte autónoma de informação dotada de carácter especializado e não probatório), diferencia-se, assim, do parecer enquanto sinónimo de *via* formal de expressão de informação proporcionada no contexto de categoria tipológica, e legalmente contemplada de meio de prova (fonte autónoma de informação dotada de carácter especializado e probatório).

Como Maria José CAPELO observa, os pareceres em causa não se enquadram, nem no âmbito da prova pericial, nem no domínio da prova documental (não obstante se apresentarem, como nota, “sob a forma documental”).<sup>637</sup>

Também aqui o legislador recorre a planos distintos para designar cada uma das fontes informativas: por alusão ao carácter especializado da informação no âmbito da prova, por referência ao modo formal de transmissão da informação fora do âmbito daquela. Não obstante tal distinção designativa, em ambos os domínios o prestador da informação intervém, processualmente, porque *especialista* em determinada área, exprimindo a informação prestada sob a forma de *parecer*. A adopção de designação diferenciadora por referência a critério uniforme implicaria que naquela se reflectissem os diferentes planos em que, sob o ponto de vista processual, releva a informação prestada, distinguindo-se entre perícia probatória (a única enquadrável no âmbito dos meios de prova) e perícia de direito, enquanto espécies da perícia jurídica.

A prova, na sua terceira dimensão, consiste, no domínio da prova pericial, na informação constante do depoimento prestado pelo perito. O modo de captação de informação pelo tribunal (em quinto elo) traduzir-se-á ou na prática de acto isolado (leitura do parecer) ou em acrescido acto de interacção com o canal transmissor, quando este seja convidado a prestar esclarecimento em depoimento oral. A prova, na sua quarta dimensão, corresponderá (no âmbito do sexto elo) ao fruto da decisão da matéria de facto que tenha tomado por base a informação proporcionada pela perícia.

---

subordinados, constar do capítulo relativo à prova por documentos prender-se-á com o facto de representarem informação contida em suporte documental, que não com a circunstância de se enquadrarem no âmbito da prova documental. O facto de esta inclusão (no âmbito da prova, designadamente documental) não se verificar, permite, por outro lado, compreender que a sua junção ao processo possa ter lugar, sem que tanto importe qualquer sanção (ou definição de barreira temporal prévia, cuja superação se admitisse a título excepcional, como sucede no âmbito da prova documental), em qualquer estado do processo (mesmo, porque assim, após o normal momento de requerimento e junção de prova). Santos JUSTO refere ser provável que, no âmbito do Direito Romano, a partir de Trajano, “as opiniões de juriconsultos distinguidos com o *ius publice respondendi ex auctoritate principis* têm força vinculativa. Segundo GAIUS, Adriano confirmou este ponto de vista, gozando o juiz de liberdade para proferir sentença como entender somente se essas opiniões não coincidirem”, “A administração da Justiça no Direito Romano”, *O perfil do juiz na tradição ocidental*, Almedina, 2007, p. 80.

<sup>636</sup> Distinguindo os pareceres periciais dos pareceres proporcionados por juriconsultos e professores, ALBERTO DOS REIS refere que os primeiros “dizem respeito, em regra, a questões de facto”, propondo-se, os segundos, “quase sempre resolver questões de interpretação e aplicação da lei”. Entende, contudo, não ser de excluir a hipótese de este segundo tipo de pareceres incidir sobre matéria de facto, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. IV, Coimbra Editora, 1951, pp. 22 e ss.

<sup>637</sup> *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Lebre de Freitas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 1061 e ss.

#### 1.4. Prova documental

As demais manifestações significativas humanas integrar-se-ão no âmbito da prova documental, sendo que a noção processual de documento não coincide com a noção não jurídica, nos termos da qual se tenha por documento toda a declaração escrita.<sup>638</sup>

##### a) Documento e suporte documental

Esta modalidade *tipológica* de prova insere-se no leque de fundamentos decisórios legalmente previstos, pelo facto de, atenta a virtualidade de, pelo seu *conteúdo*, dar a conhecer uma realidade precedente e, assim, factualidade a que, por princípio, o decisor não tem acesso imediato. Representa, nesta medida, testemunho de factos ocorridos em momento anterior, sendo que, diversamente do que acontece com a prova testemunhal, constitui testemunho de natureza física, que não subjectiva.<sup>639</sup>

Nestes termos, identifica-se prova documental quando, não se cumprindo os pressupostos de enquadramento em qualquer uma das categorias tipológicas antes referidas,<sup>640</sup> se reúnam duas condições: esteja em causa um *elemento físico*<sup>641</sup> e este seja considerado, sob o ponto de vista do seu *conteúdo*, como forma de obter esclarecimento, quanto à verificação ou não de determinado facto controvertido a que

---

<sup>638</sup> A dimensão (manifestação de conteúdo significativo) sobressai na noção que JAUERNIG dá de documento, quando refere não se identificar onde apenas existam sinais gráficos (*Schriftzeichen*) sem teor conceptual (*Gedankeninhalt*), bem como quando sublinha que o objecto da prova é o *teor* do documento (*Urkundeninhalt*). Enquanto veículo de expressão significativa, o documento terá, como CANDIAN nota, por “factor genético da representação”, o homem, “Documentazione e documento” (teoria generale), *Enciclopedia del Diritto*, XIII, Giuffrè, p. 580. No que diz respeito à relação (originária ou não) entre a realidade representada no documento e este, *Jauernig* distingue os documentos constitutivos (*Tatbestandurkunden*) dos documentos meramente comprovativos (*Zeugnisurkunden*), *Zivilprozessrecht*, 29. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2007, pp. 179 e 180. Quanto ao sentido da distinção entre documentos dispositivos e documentos informativos em GOLDSCHMIDT, CARNELUTTI e Manuel de ANDRADE, vide Alberto dos REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. III, 3ª Edição, Reimpressão, Coimbra Editora, 1950, pp. 354 e 355.

<sup>639</sup> Partilhamos, assim, da perspectiva de ALBERTO DOS REIS, quando, em concordância com CARNELUTTI e BETTI, adopta conceito mais amplo de documento que o proposto por CHIOVENDA, bem como quando considera demasiado amplo o critério proposto por GUASP, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. III, 3ª Edição, Reimpressão, Coimbra Editora, 1950, pp. 351 e 352.

<sup>640</sup> Em subsidiariedade, cujo sentido adiante acentuaremos.

<sup>641</sup> A circunstância de o conteúdo representado beneficiar de suporte físico conduz alguma doutrina a incluir a prova documental no âmbito da prova real. Assim o explicitam, designadamente, COMOGLIO, FERRI e TARUFFO quando dizem ser, a prova documental, “sempre una prova *reale* perche consta di una *res materiale*”, *Lezioni sul processo civile, I, Il processo ordinario di cognizione*, 4ª ed., il Mulino, Bologna, 2011, p. 511. Não é esta, porém, a dimensão que se considera quando, na qualificação da prova real, se atende à coincidência desta com a realidade objecto de análise. Este o sentido com que a expressão será *infra* considerada.

esse conteúdo se reporta, assim proporcionando informação susceptível de servir de base à decisão a proferir, quanto à matéria de facto controvertida (destine-se, esta decisão factual, a constituir suporte de decisão de carácter material ou processual).

Elemento físico que se pode reconduzir a documento, em sentido comum (declaração escrita), bem como a elemento não enquadrável em tal noção. A não sobreposição entre o significado do mesmo conceito (documento) nos domínios jurídico e não jurídico verifica-se, quer por *excesso*, quer por *defeito*. Para além do espaço comum em que se incluem as hipóteses simultaneamente qualificáveis, como documento em sentido comum e sem sentido processual, há circunstâncias em que o documento, em sentido comum, não representa documento sob o ponto de vista processual (prova documental), bem como, hipóteses em que o que é qualificável como documento sob o ponto de vista adjectivo não se enquadra na comum noção de documento. Neste último sentido (comum), tende a tomar-se por documento o elemento físico portátil, que tem por finalidade única ser veículo de registo de informação reduzida a escrito, independentemente do tipo de símbolos utilizados.<sup>642</sup> Assim, com os comuns documentos escritos em suporte de papel. A evolução técnica conduziu a que, nesse âmbito, se incluíssem também os documentos electrónicos, em que, a informação, não se encontrando em suporte de papel, se revela susceptível de para aquele ser transposta. Para efeitos processuais, tendem a integrar, ainda, a noção de documento, não apenas as espécies referidas, como também outros registos de informação não escrita, cujo conteúdo seja absorvível, mediante leitura de declarações escritas, observação de imagem ou captação de som.<sup>643</sup>

Daquela noção (processual) *excluem-se*, contudo, hipóteses incluídas nesta última (comum). Assim, e a título de exemplo, incluir-se-á na noção comum de documento escrito o suporte escrito de que constem depoimentos testemunhais ou periciais. Sob o ponto de vista processual, porém, não estará em causa prova documental, antes, como acima observado, prova testemunhal e pericial.<sup>644</sup> A natureza processual do elemento escrito variará, nestas hipóteses, consoante o contexto em que há lugar a invocação das declarações escritas das testemunhas: se com o intuito de demonstrar que um determinado facto, a que estas aí se reportam, se verificou ou não, representará produção de prova testemunhal; se com o intuito de demonstrar que os sujeitos x e z produziram aquelas declarações, quando esta circunstância represente, em si, factualidade controvertida, consubstanciará prova documental. Quando, no âmbito da prova, haja lugar à produção de declarações, estas podem ou não constar de suporte documental. A contraposição reside, nesta sede (respeitante à

---

<sup>642</sup> Letras, números ou outros. Signos, integrantes de documentos escritos, por intermédio dos quais se transmite (como, na esteira de CARNELUTTI, Iolanda CALAMANDRE sublinha) uma “memoria umana”, pelo que este tipo de documentos constituem, por norma, documentos indirectos (*documenti indiretti*). Porque a transmissão da mensagem opera, na hipótese de fotografias ou registos áudio, sem intervenção de tal mediação, estarão, sob este ponto de vista, nesses casos, em causa, *documenti diretti*, *La Prova Documentale*, Cedam, 1995, pp. 11 e ss.

<sup>643</sup> Esta a razão por que, no sistema processual português, se diz ampla a noção de documento adoptada para efeitos processuais (art. 362.º do Código Civil: “... diz-se documento qualquer objecto elaborado pelo homem com o fim de reproduzir ou representar uma pessoa, coisa ou facto”).

<sup>644</sup> A relação entre os dois âmbitos conceituais encontra reflexo representativo na imagem de sobreposição parcial de duas circunferências.

forma sob a qual as declarações são consideradas), entre o substrato documental e a natureza puramente oral (existência ou inexistência de suporte físico do registo informativo). Do mesmo modo, a circunstância de o parecer ou os esclarecimentos dos peritos serem reduzidos a escrito não retira, ao meio de prova em causa, a sua natureza pericial, assim como a redução a escrito das informações colhidas durante inspecção judicial não contende com a natureza deste tipo de recolha de prova. Também a circunstância de a confissão ser reduzida a escrito a não converte em prova documental - verifica-se, apenas, que a primeira (prova por confissão) encontra suporte documental, à semelhança do que sucede quando esteja em causa confissão extrajudicial. Trata-se, pois, de um caso de sobreposição puramente aparente entre diferentes categorias de meios de prova, devendo, para efeito de adequada classificação, conceder-se preferência ao critério designativo especial adoptado, quanto ao meio de prova em causa (atinentes, como acima observado, ao teor do depoimento prestado – confissão).<sup>645</sup>

A figura que se considere, conserva, nesta medida, a sua integração no mesmo domínio *tipológico*, acrescentando-lhe apenas a circunstância de a informação que veicula se encontrar documentalmente suportada, sem embargo de tais escritos representarem prova documental, quando a controvérsia factual respeite a demonstração de que houve lugar à prática dos factos consubstanciadores de realização de perícia ou de inspecção judiciais.

Se diversos meios de prova (de índole não documental) podem, em síntese, ter substrato documental, sem que tanto determine qualquer quebra de pertença à categoria tipológica de prova, em que originariamente se integram,<sup>646</sup> a prova documental terá sempre suporte documental, muito embora este possa ser escrito ou não. A existência, porém, no âmbito da prova documental, de mais do que um suporte documental, não importa, com carácter necessário, a existência de mais do que um documento.<sup>647</sup>

A perspectiva de que se parte é, assim, diversa, quando se considere o qualificativo – documental – num ou noutro contexto, podendo, consoante este, respeitar ao tipo de meio de prova, no primeiro caso (prova documental), ou ao suporte físico das declarações produzidas num determinado meio de prova, no segundo (suporte documental).

---

<sup>645</sup> O mesmo vale para outros meios de prova, em que haja lugar a prestação de declarações, designadamente, em sede de depoimento de parte desprovido de natureza confessória.

<sup>646</sup> LOMBARDO enuncia, como um dos exemplos de obtenção, em juízo, de prova não documental, a título de prova documental (atenta a existência de suporte documental – “produzione documentale”-), a perícia obtida extrajudicialmente, “Profili delle prove civili atipiche”, [www.judicium.it](http://www.judicium.it), p. 5.

<sup>647</sup> Assim o explicita o *Bundesgerichtshof* (BGH), em acórdão de 30 de Janeiro de 2013 (XII ZR 38/12), quando, notando que a observância de forma escrita de negócio jurídico só se tem por cumprida, quando abranja todos os elementos contratuais [no caso do acórdão, estava em causa um contrato de arrendamento – *Mietsvertrag* – cuja regime, no que diz respeito à forma, se encontra previsto no §550 do *Bürgerlichesgesetzbuch* (BGB)], salvaguarda, contudo, que tal observância se tem por cumprida, quando cláusulas acessórias constem de suportes documentais anexos, não perdendo, o documento, a sua unicidade, quando as partes, de forma inequívoca, reportem ao suporte documental matricial, os suportes documentais posteriores. Acresce, o tribunal, que, para tanto, não é necessária a junção física dos suportes documentais dispersos, revelando-se suficiente a sua “junção mental”.

b) Corolários ao nível da atipicidade convencional da prova

O discernimento desta marca distintiva, no âmbito do processo, entre prova documental e suporte documental, assume relevo essencialmente a dois títulos.

b.1. Em *primeiro lugar*, por representar forma de evitar que, sob as vestes de prova documental, tenha lugar a produção de um outro meio de prova, para o qual a lei exija outro tipo de actividade de produção de prova, assim (tipo de actividade) indevidamente preterido pela sua substituição por redução a suporte documental.<sup>648</sup>

Permite prevenir, em síntese, que a uma dada tipologia de prova, a que legalmente corresponde particular forma de actividade de produção de prova (na segunda dimensão), se associe uma outra modalidade de actividade instrutória, mediante indevida inclusão daquele meio de prova, no âmbito de tipologia ou categoria de prova distinta (prova na primeira dimensão); integração imprópria por assentar (essa inclusão) em circunstância (mera existência de suporte documental) destituída de força legitimante para tal mutação.

Prevendo-se, a título de exemplo, legalmente, como regra, que a testemunha transmitirá ao tribunal a informação de que é portadora,<sup>649</sup> em depoimento de parte prestado oralmente em audiência, não deve ser processualmente admitida (quando não verificada alguma das hipóteses excepcionais em que tal possibilidade é

---

<sup>648</sup> Paolo BIAVATI sustenta que, inexistindo, no plano do direito comunitário, norma previsora da possibilidade de o tribunal se socorrer de meios de prova não constantes do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, aquele não pode mobilizar esse tipo de informação, enquanto fundamento da decisão da matéria de facto controvertida. Refere, porém, que, na prática, tal limitação não é respeitada, observando que o “cavalo de Troia, que serve para levar para o processo elementos probatórios através da atipicidade de conteúdo de um meio de prova típico, é o pedido de informações ou de produção de documentos às partes ou a terceiros”, pelo que estes “se tornam em alguns casos um substituto da comparência das partes ou da perícia: tudo, através de um mecanismo simplificado e veloz (a resposta escrita a um quesito requer menor desgaste de energia relativamente à assunção de uma prova constituenda)”, o que se traduz na utilização do “documento escrito para recolher declarações de conhecimento de factos, pareceres de especialistas, declarações de partes na causa, atestados das instituições ou de autoridades terceiras”. Faz-se, nessa medida, uso de um “canal processual previsto” (isto é, da referência a um dos meios de prova contemplados no art. 64.º, n.º 2 do referido Regulamento, correspondente ao art. 45.º, ao tempo em que o autor escreve) para o designar veículo de produção de meios de prova igualmente contemplados em tal elenco sob forma diversa da constante de tal diploma, *L'accertamento dei fatti e le tecniche probatorie nel processo civile comunitario*, Milano, Giuffrè, 1992, pp. 104 a 107. Em causa está, na verdade, hipótese em que há lugar a prova *diversa*, mediante adopção de regime jurídico diferente (relativamente ao normativamente previsto) no que diz respeito ao modo de produção de prova e tipo de suporte conferido a meio de prova tipificado, pelo que não representa manifestação de prova *atípica*. Estabelecendo relação entre as garantias adjectivas objecto do art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e a produção de prova jurisdicional, CAVALLONE nota que aquele preceito é objecto de violação, tanto quando uma prova seja adquirida ou produzida “*in assenza di una delle parti*”, como quando o seja “*in assenza del giudice*”, ante “*soggetto diverso dall'organo giudicante*”, convertendo-se, impropriamente, prova oral em prova escrita. Reproduzindo a construção por regra aduzida no sentido de conferir aceitabilidade a tal mutação, CAVALLONE refere a incongruência que representa a qualificação de tal prova como “*prova scritta atípica*”, cujo valor se “*degrada*” atribuindo-se-lhe “*mero valore indiziario*”, “L'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e il diritti delle prove”, *Studi Parmensi*, 1977, pp. 187 e 188.

<sup>649</sup> Cfr. art. 500.º do Código de Processo Civil.

permitida), a junção e valoração de suporte documental de que constem declarações testemunhais.<sup>650</sup> A qualificação, em convenção de prova, deste suporte documental de prova testemunhal como prova documental *atípica* (que não é) representaria via argumentativa conducente a, por meio ínvio (mediante inexacta inclusão, da informação em causa, em categoria tipológica diversa daquela em que efectivamente se integra), se prescindir da observância das regras processuais a que tal produção de prova deve obedecer (e, assim, das mais valias de “elioterapia processuale” a estas associadas)<sup>651</sup> no âmbito das quais é justificadamente concedida primazia ao princípio da oralidade.<sup>652 653</sup> Trata-se de informação que, atento o princípio da imediação, deve,

---

<sup>650</sup> Corresponde a hipótese em que, fora do âmbito em que legalmente se admite a redução de depoimento testemunhal a escrito (designadamente na sequência de inquirição extraprocessual pelos mandatários das partes), se junta aos autos escrito em que sujeito que presenciou factos controvertidos expõe a sua percepção dessa realidade. Tanto consubstancia prova testemunhal em suporte documental e constitui modo de fuga à aplicação das regras processuais aplicáveis àquele meio de prova. Observância que se revela tanto mais importante quanto se trata de base decisória particularmente falível (pela adulteração da realidade, voluntária ou involuntária, que o depoimento testemunhal, pela sua natureza, pode importar). O controlo que os princípios da oralidade e da imediação permitem, essenciais à aferição do grau de credibilidade do testemunho, é, na prática, por essa via, frequentemente inobservado.

<sup>651</sup> A expressão é convocada por CAVALLONE, quando se pronuncia relativamente a CHIOVENDA. Não obstante a diversidade de visões de um e outro dos autores, o primeiro reconhece, em concordância com o segundo, o relevo que a oralidade pode assumir em processo, pela possibilidade de percepção, que proporciona, de aspectos “metatestual”, Bruno, “Forme del procedimento e funzione della prova (ottant’anni dopo Chiovenda)”, *Rivista di Diritto processuale*, Aprile-Giugno, 2006, Anno LXI, Seconda Serie, N. 2, Cedam, p. 421.

<sup>652</sup> Idêntica conclusão valerá, quando a qualificação em causa não tenha fonte convencional. Assim, por exemplo, quando, inexistindo acordo de prova nesse sentido, uma das partes invoque, ante o tribunal, tal qualificação. Porque alheia ao domínio das convenções de prova, esta é, porém, uma hipótese não incluída no âmbito do presente estudo.

<sup>653</sup> Primazia, cujo relevo CHIOVENDA acentua. Reconhecendo que o relevo da observância do princípio da oralidade varia consoante o tipo de processo em causa [sendo menor num processo em que os factos não assumam carácter controvertido (por caber decidir apenas questões de direito) relativamente a um processo, onde seja necessária a produção de prova não documental], o autor sublinha, por outro lado, que a importância do respeito por aquele princípio se deve a razões relacionadas com a função da prova, que não a motivos puramente extrínsecos (como os que nortearam a adopção daquele princípio por povos que desconheciam a escrita ou que tinham por hábito decidir em assembleia). Razões, aquelas, correspondentes às subjacentes ao sistema romano de justiça, em cujo contexto a eleição do princípio da oralidade se deveu à suma importância reservada ao direito à livre apreciação reconhecida ao decisor (por isso beneficiário da possibilidade de não proferir decisão sobre o mérito em caso de *non liquet*) - direito só efectivamente exercido mediante contacto imediato com as fontes pessoais de informação probatória, o mesmo é dizer, no quadro da observância do princípio da imediação, o que se associa a simultânea adopção do princípio da oralidade. A compreensão de que são estas (as que decorrem da relação entre o tipo de procedimento probatório adoptado e o cumprimento da função da prova) as verdadeiras razões fundamentadoras do princípio da oralidade assume (sublinha CHIOVENDA) especial importância, na medida em que só elas permitem reagir ao ataque que a manifestação de preferência pelo processo escrito, mediante invocação de razões de celeridade e economia processual que este permite, representa. Tanto conduz o autor a notar que a “oralidade é indispensável ao juiz que deva pronunciar-se segundo o princípio da “livre convicção”, como o ar é necessário para respirar”, bem como a questionar, reportando-se a hipóteses por diversa doutrina qualificadas como prova atípica: “Como se pode dizer que é livre na sua valoração da prova o juiz que deva decidir sobre a atendibilidade de uma testemunha sem a ter visto e ouvido, mas apenas lendo o escrito do seu depoimento? O juiz que deva confrontar as declarações das partes, entre si, sem as ter pessoalmente ouvido? O juiz que deva formar uma ideia sobre a situação dos lugares a que a controvérsia se refere sem as ter visitado, mas apenas lendo a descrição feita por um terceiro? Este juiz terá necessariamente de aplicar critérios

salvo previsão legal em contrário, ser veiculada de outro modo (que não por escrito), pelo que, não obstante estar em causa documento em sentido comum, não deverá este ser processualmente admitido (não obstante aquela qualificação em pacto de prova), nem enquanto prova documental (por não se integrar nessa categoria tipológica), nem enquanto prova testemunhal (por não observar o critério, legalmente determinado, de produção deste meio de prova).<sup>654</sup> De outro modo, dar-se-ia às partes

---

apriorísticos, formais, convencionais: faltar-lhe-á o mais útil instrumento para a descoberta da verdade, a *observação*. Assim é o juiz do processo escrito”, “L’oralità e la prova”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, volume I, Parte I, anno, 1924, Cedam, Padova, p. 17. Em sintonia, valorizando a dimensão da oralidade em sede de produção de prova e explicitando (a propósito do escrutínio jurisdicional a que os meios de prova são subordinados) as dimensões constitutivas da prova testemunhal, CAPPELLETTI nota que representaria “...uma deplorável simplificação da análise considerar o testemunho como uma *mera* declaração-narração representativa”, na medida em que a tal declaração se agrega “toda uma série de atos, de comportamentos, de dados” capazes de constituir “indícios da veracidade da testemunha e da verdade do facto narrado por ela”, sublinhando o que estes dizem “do modo como a testemunha narra os fatos, da subjectiva *credibilitàde* do narrador, da objetiva *verosimilhança* do fato narrado, etc.”, “O Valor atual do Principio da Oralidade”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Vol. 21, Março, 2002, p. 259. CAPPELLETTI associa, ainda, à imediação, uma outra virtualidade: a de viabilizar a efectividade de um “papel *activo* e de *assistência* relativamente às partes, discutindo com elas a melhor formulação dos pedidos e das excepções, colaborando para a descoberta da verdade, em suma cooperando para que a vitória esteja do lado da parte que tem realmente razão...”, por essa via constituindo uma forma de “*democratização* do processo civil”, tornando o “tribunal acessível também às partes não instruídas ou iletradas.”, *Procédure orale et procédure écrite*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1971. O reconhecimento das virtualidades da dimensão oral do processo não implica, porém, a sua absolutização e conseqüente adopção a título exclusivo. Recusando visão em que os valores associados à oralidade e ao processo escrito sejam concebidos como reciprocamente exclusivos, CAPPELLETTI observa, em entendimento que acompanhamos, ser “certo que este princípio [da oralidade] implica uma fundamental, prática e teoricamente, importantíssima reavaliação da prova oral, mas esta reavaliação não tem necessidade de vir acompanhada de uma irracional desvalorização da prova documental (pré-constituída), a qual, antes mesmo do processo, opera beneficentemente fora dele, no mundo das relações substanciais, criando um certo grau de certeza e de confiança”, “O Valor atual do Principio da Oralidade”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Vol. 21, Março, 2002, p. Em sentido próximo, CAVALLONE ressalta a importância das *razões* que presidem à solução, pelo legislador, do problema da “concorrência” entre prova oral e prova “pré fabricada” (na terminologia Chiovendiana), enquanto base de adopção de um regime jurídico probatório coerente e respeitador dos valores que devem presidir ao processo enquanto caminho para pronúncia da melhor solução do litígio, alertando para a subversão a que pode conduzir a eleição, como critério (que toma por indevido) de escolha entre os dois tipos de produção de prova, uma “orientação antiformalista e simplificadora”, na medida em que esta não privilegiará uma certa forma de comunicação do saber das partes ou de terceiros quanto aos factos da causa, em função da sua maior racionalidade e atendibilidade, tão só consubstanciando simplificadora preferência (e, assim, critério superficial e pouco consistente) pelos instrumentos (orais ou pré fabricados que sejam) mais idóneos a evitar, sempre que possível, exactamente aquela (custosa) assunção debatamental das (verdadeiras) provas constituendas, “Oralità e disciplina delle prove nella riforma del diritto processuale civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. XXXIX, II Serie, anno 1984, p. 741. Com base neste entendimento, o autor convoca a ideia de “verdadeira” oralidade”. Sublinha por outro lado, a diferença que existe entre “processo oral” e “processo informal”, por não ter o primeiro de coincidir com o segundo, “Oralità e disciplina delle prove nella riforma del diritto processuale civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. XXXIX, II Serie, anno 1984, p. 747. A realização da oralidade pode, na verdade, estar associada a modo formalizado de produção de prova oral, pelo que a opção por aquela não representa, necessariamente, opção por via mais simples ou menos morosa de tramitação processual.

<sup>654</sup> No que em particular respeita à introdução, no processo, em suporte documental, de elementos probatórios que deveriam “ser adquiridos mediante prova constituenda (declarações cartulares de terceiros sobre os factos da causa; relatórios de provas orais “produzidas fora do processo”;

a possibilidade de, convencionalmente, derogarem o que CAVALLONE designa por “uno de quei valori, o di quele formule magiche” de relevo processual indiscutível.<sup>655</sup> Tanto, sem embargo de, como EICKMANN observa, o regime constante da convenção poder vir a ser oficiosamente adoptado pelo decisor, quando tanto se revele compatível com o exercício dos poderes inquisitórios que lhe assistem em sede de modelação formal da instância.<sup>656</sup>

---

certificações por órgãos administrativos; reprodução artificial de objectos “virtualmente” inspeccionáveis”, perícias extrajudiciais, etc.)”, CAVALLONE propõe, em consonância com a doutrina de CHIOVENDA, como método legal de tratamento desta matéria, a adopção de uma regulação a que presida a consideração das múltiplas realidades processuais que podem estar em causa. Assim, observa, porque não há “*in rerum natura*, factos que “devam” ser provados com instrumentos escritos e factos que “devam ser provados oralmente”, devem existir normas que, “proíbem, admitem, exigem ou sobrevalorizam, ou subvalorizam as provas de um e de outro tipo”. Tanto implica o abandono de “uma normatividade rudimentar ou “por princípios”” e conduz a “elaborar pacientemente um sistema de limites e condições, às quais subordinar a utilização das provas documentais “atípicas”, bem como de, naturalmente, prever para as provas constituídas modalidades de assunção e de documentação suficientemente articuladas e rigorosas para justificar, também em ordem ao maior valor e persuasividade dos resultados, a prioridade que lhes é reconhecida”, “Oralità e disciplina delle prove nella riforma del diritto processuale civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, Vol.XXXIX, II Serie, anno1984, pp. 717 a 719. A equilibrada conjugação entre a mediação que a oralidade proporciona e a economia processual que a prova escrita permite, pressupõe na verdade, a adopção de um esquema normativo articulado e preciso, a implicar labor legislativo de profunda complexidade e relevo, quer pela ponderação de valores que implica, quer pelos importantes efeitos práticos que gera. Afigura-se-nos, porém, que o delineamento do critério proposto, conquanto útil, não representa previsão de hipóteses de prova documental atípica, antes de circunstâncias em que, legalmente, se define, como admissível, que meios de prova processualmente típicos possam obedecer a modo de produção diverso relativamente àquele que constitui, quanto a eles, a regra, quer no que respeite ao local de produção (extrajudicial), quer no que respeita à forma de manifestação processual da informação (em suporte documental).

<sup>655</sup> Nas palavras do autor “che nessuno è disposto a mettere in discussione”, Bruno, “Forme del procedimento e funzione della prova (ottant’anni dopo Chiovenda)”, *Rivista di Diritto processuale*, Aprile-Giugno, 2006, Anno LXI, Seconda Serie, N. 2, Cedam, p. 419.

<sup>656</sup> No que em particular diz respeito às convenções de prova de que conste a previsão de um regime jurídico, relativo a um meio de prova constante do catálogo legal, que divirja do teor da regulação aí contemplada por criar desvios ao princípio da mediação, EICKMANN sustenta (em consonância com o que, como veremos, faz a propósito da generalidade das convenções relativas à fase de produção de prova) que o respeito pelo regime convencional ficará subordinado à discricionariedade judicial no que concerne à oportunidade e adequação do seu cumprimento. Essa, portanto, a valia de convenção nos termos da qual as partes acordem que uma testemunha deve ser ouvida por via telefónica, bem como de convenção, celebrada no âmbito de um processo de responsabilidade civil médica, de que resulte a concordância no sentido de que o perito poderá fundamentar o teor do seu parecer em depoimentos de testemunhas por si (perito) inquiridas. EICKMANN discorda, nesta medida, de interpretações que propugnem a validade ou invalidade, à partida, desta modalidade convencional. Diverge das primeiras quando se ancoram no §295 da Zivilprozessordnung. Nos termos do Abs. 1 deste preceito, o tribunal deve obediência ao princípio da mediação em sede de produção de prova, salvo nas hipóteses em que da lei resulte solução diversa. Do Abs. 2 do mesmo parágrafo resulta que a decisão do tribunal quanto à observância ou não do princípio em causa é insusceptível de recurso. O autor repudia o ponto de vista sob o qual se sustentasse que o tribunal poderia sempre observar o regime convencional, dado que a sua decisão seria insusceptível de controlo. Fá-lo, aduzindo dois tipos de argumentos: um primeiro manifestando dúvidas relativamente à bondade de uma interpretação tão ampla do referido Abs. 2, na medida em que ela tornaria insancionável uma inequívoca violação de uma proibição legal, com o associado prejuízo decorrente da não produção das vantagens provenientes do princípio da mediação. Um segundo, notando que, ainda que assim não fosse, a circunstância de uma violação normativa, pelo

Desta primeira nota, quanto à importância da distinção, retira-se, em síntese, a utilidade da diferenciação, em causa enquanto precisão relevante para detectar e contrariar a indevida mobilização da prova documental, como máscara camuflante, sob o manto impróprio da *atipicidade*, da adopção, no âmbito de determinado meio de prova, de modo de produção de prova diverso daquele que a lei àquele associa com carácter imperativo.

Donde se extrai, como corolário,<sup>657</sup> só representar prova documental, a informação (constante de suporte documental) que não se integre num outro *tipo* de prova, pelo que, sob esta perspectiva, a classificação de um meio de prova, como prova documental assume carácter subsidiário, implicando a prévia verificação de que não está em causa meio de prova *distinto*, conquanto também contido em substracto documental.<sup>658</sup>

b.2. A referida distinção releva, num *segundo nível*, por permitir notar, por outro lado, como observado, que um *mesmo* elemento pode, *numas* hipóteses, consubstanciar meio de prova documental e representar, *noutros* casos, mero suporte (admissível ou não) documental do que, legalmente, representa um meio de prova diferente.

---

tribunal, se revelar insancionável, não representaria argumento válido no sentido da admissibilidade de convenção criadora do regime desrespeitador da normatividade em causa. No que concerne à defesa da posição no sentido da invalidade, à partida, destas convenções, tomando por base a circunstância de elas implicarem um comprometimento da celeridade processual, o autor argumenta, em sentido divergente, que, na prática, o tribunal só anuirá a que a produção de prova decorra de acordo com o regime convencionalmente previsto se tanto não implicar um maior dispêndio de tempo e de trabalho. Diríamos, em interpretação ligeiramente distinta, que a improcedência de tal fundamento assenta na circunstância de a celeridade processual não constituir argumento último no que diz respeito à inobservância de regime criador de excepções ao princípio da imediação, não apenas porque o não cumprimento deste princípio se pode revelar promotor de tal celeridade, como ainda porque, ainda que tanto não aconteça, ao valor da celeridade processual se sobrepõe, em caso de incompatibilidade, o da adequação da decisão a proferir, devendo ser este o critério decisivo a ter em consideração pelo ente decisor quando se pronuncia relativamente à tramitação a observar num determinado processo, *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochumer juristische Studien Nr. 57, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1987, pp. 41 e 82 a 86.

<sup>657</sup> E em conformidade com a noção acima esboçada quanto a este meio de prova.

<sup>658</sup> Com o que e ante as observações antecedentes, emerge a razão por que se incluiu a prova documental no âmbito da prova representativa de manifestações significativas humanas – não representando, embora, prova pessoal (na medida em que não há, por princípio, no quadro deste tipo de prova, contacto directo entre o tribunal e o autor do documento), partilha, com os meios de prova que integram esta categoria, a circunstância de haver lugar a transmissão de conteúdo produzido por agente humano. Tanto tornar-se-á, por contraste, mais claro, quando se considere o *infra* exposto relativamente à prova real.

### 3.1.2. Prova real

A bivalência processual de um mesmo elemento de prova não se restringe, porém, como nota CAVALLONE,<sup>659</sup> à diferença entre suporte documental e prova documental. Verifica-se, também, quando se considerem diferentes meios de prova. Em conformidade com o que também ANDRIOLI sublinha, nem sempre que uma coisa releva processualmente em sede de prova estará em causa prova documental.<sup>660</sup> Um elemento físico (coisa) pode, assim, representar prova documental ou meio de prova real. Esta última corresponde à segunda categoria que mencionámos e que, na sequência da referência às características e valia das várias molduras tipológicas de meios de prova, ora passamos a considerar, em tratamento a desenvolver sob perspectiva em que se privilegiará a relação com a prova documental, dadas as particulares relações estabelecíveis entre ambas.

### 2.1. Bivalência processual do objecto

Nem em todas as hipóteses em que se junte ao processo, para observação e colheita de informação, um elemento físico, estará, pois, em causa, prova documental: a *res* junta ao processo pode relevar, processualmente, atento o seu conteúdo (a título

---

<sup>659</sup> Sobre as várias funções que *um mesmo* suporte documental pode assumir num processo e o relevo que a clara dilucidação destas várias hipóteses tem para a correcta identificação de prova que, embora aparentemente típica, assume, na verdade, natureza atípica, CAVALLONE explicita a importância de, nessa análise, se articular a *base* documental com a *função* probatória que em concreto lhe é adstrita: "...uma mesma carta autógrafa, dirigida por Tizio a Caio contendo a narração de certos factos relevantes na causa, pode valer como documento particular (para prova de uma confissão extrajudicial) no processo proposto pelo destinatário contra o proponente, se ele não a contestar; mas poderá, em vez disso, ser utilizada como "documento de comparação" no juízo de verificação subsequente à impugnação de outro escrito atribuído ao mesmo autor; e como substituto de prova testemunhal no processo sobre uma relação conexa, pendente entre Caio e Sempronio. Ora, enquanto nas primeiras duas hipóteses a utilizabilidade daquela carta, respectivamente como documento típico e como objecto de inspecção, decorre expressamente da norma legal (arts. 2700 cod. civ., 216 cod. proc. civ.), na terceira a legitimidade do seu emprego em função testemunhal não pode na verdade decorrer, simplisticamente, da (demasiado) liberal disciplina das produções documentais, mas deve ser verificada com referência à disciplina do testemunho "típico", "Oralità e disciplina delle prove nella riforma del diritto processuale civile", *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. XXXIX, II Serie, anno 1984, pp. 727 a 730. Acompanhamos o entendimento do autor no que diz respeito ao relevo e à propriedade da distinção a que procede. De observar, por outro lado, que, atendendo à classificação legal dos meios de prova (art. 2735 da actual versão do Codice di Procedura Civile), o escrito a que se refere, na primeira hipótese, além de representar prova documental quando se tome por factualidade controvertida a emissão ou não da declaração confессória, constituirá prova por confissão (nesta hipótese reduzida a escrito e, nessa medida, constante de suporte documental) no que diz respeito ao facto objecto de confissão.

<sup>660</sup> "Non tutte le cose sono rappresentative di fatti e di altre cose e non lo sono quele in cui difetta la contrapposizione tra la entità materiale o física dela cosa medesima (il corpus e l'estrinseco) e il fatto, la cui rappresentazione costituisce la funzione del documento (l'intrinseco)...", *Appunti di diritto processuale civile : processi di cognizioni e di esecuzioni forzate*, Napoli, Casa Editrice Dott., Eugenio Jovene, 1964, p. 41.

de prova documental) ou como objecto de consideração na sua dimensão estritamente corpórea (a título de prova real).<sup>661</sup>

---

<sup>661</sup> Apenas na segunda hipótese estará em causa, como Antunes VARELA, Miguel BEZERRA e Sampaio e NORA explicitam, prova real, *hoc sensu*, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, Reimpressão, 1985, p. 442. Assim, por exemplo, quando tal junção, exibição ou apresentação (de pessoas, espaços, coisas naturais ou objectos fruto da produção ou intervenção humanas) se destina a que a observação incida sobre o elemento em causa na sua dimensão puramente *corpórea*. O objecto de observação ou análise é considerado na sua vertente física, que não sob o ângulo da informação humana que pode conter e de que, enquanto documento, poderia ser canal transmissor. Uma acta pode, sob este ponto de vista, representar meio de prova *documental* quando o intuito da sua junção processual seja que, lida, do seu *conteúdo* se depreenda que uma determinada versão factual se verificou ou não. C declara, por hipótese, que, no dia X, se reuniu com B, no local Y e junta acta em que é feita alusão à realização e ordem de trabalhos da reunião. A junção, porém, da mesma acta, para que, microscopicamente observada, dela se possam colher as impressões digitais de D, assim se demonstrando que este a manuseou, conduz a que o mesmo bem seja, então, observado na sua estrita corporeidade, não se considerando, no plano da prova, o conteúdo verbal que dele também consta. O mesmo vale se o intuito da junção for permitir que se apure se a caligrafia constante do documento corresponde ou não à caligrafia daquele a quem se imputa a autoria das declarações. Nesta última hipótese, considera-se também o bem enquanto *res* e não atenta a mensagem que o mesmo contém (não relevando enquanto prova documental). O mesmo sucede se um livro for junto ao processo para, confrontando excertos, dele retirados, com o teor de uma outra obra, se apurar se houve ou não a prática de actos consubstanciadores de plágio. Não é, também aqui, a mensagem que o livro contém que dá resposta à controvérsia factual cuja derrenção permitirá concluir no sentido da prática ou não de acto ilícito; antes o facto de do mesmo constar um determinado conjunto de signos ou ideias *coincidentes* com os constantes de uma outra obra, não assumindo, nessa medida, relevo autónomo, o particular conteúdo de tais signos ou ideias. Este releva tão só para efeito de cotejo (é do confronto entre a mensagem que transmite e a mensagem veiculada por outro autor que se retira a solução da controvérsia factual), que não em si. Não é, em suma, o conteúdo que permite extinguir a controvérsia, antes a identidade ou não dos conteúdos comparados. Tratar-se-á, em qualquer uma destas três hipóteses, de meio de prova integrado na segunda grande categoria distinguida (elementos físicos)<sup>661</sup> - não obstante estar em causa um suporte documental e documento em sentido comum, o objecto de análise jurisdicional, em sede de prova, não é, neste contexto, passível de ser enquadrado no âmbito do *tipo* prova documental. Tomando por referência o último tipo de objecto enunciado (livro), dir-se-á que este representa, assim, prova *documental* se, interpretado, o seu conteúdo verbal, puder servir de base à decisão sobre a verificação ou não dos factos a que esse conteúdo se refere. Integrar-se-á, noutro exemplo, no âmbito da prova por elementos físicos (*real*) quando se destine a outro fim, designadamente a servir de base à decisão derentora da dúvida relativamente ao facto de o declarante ter emitido aquela declaração ou não, para tanto sendo analisado na sua corporeidade. Na primeira hipótese, considera-se a realidade a que a *mensagem* se reporta. Na segunda, atenta-se (considerando o concreto exemplo referido) na *emissão* da mensagem. É este o acto cuja verificação se apura, sendo, para tanto, o elemento físico considerado enquanto *res*. O contacto com o livro significa, neste caso, contacto ou acesso directo do tribunal a elemento da realidade controvertida, por isso consubstanciando prova *real*. Tomando, diferentemente, a distinção entre prova pessoal e prova real em termos em que a esta se define um perímetro mais amplo (por esta se considerando as hipóteses em que “a função de meio de prova é desempenhada por uma coisa”), Manuel de ANDRADE integra o documento no âmbito da prova real, *Noções elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, Nova Edição, revista e actualizada, 1979, p. 209. Pires de LIMA e Antunes VARELA sublinham a função “*representativa* ou *reconstitutiva*” do *objecto* que assuma a qualidade jurídica de documento (e, assim, o critério da sua distinção ante outras fontes de informação probatória), observando que “uma pedra, um ramo de árvore ou quaisquer outras coisas não trabalhadas pelo homem, não são *documentos* na acepção legal. Podem ter interesse para a instrução do processo, mas constituem objecto de um outro tipo de prova (a prova por apresentação de coisas móveis ou imóveis, por inspecção judicial, etc)”, *Código Civil Anotado*, Vol. I, Coimbra Editora, 1987, p. 321.

## 2.2. Prova real, inspecção judicial, exibição de coisa – meios de prova e meios instrumentais de meios de prova

É também esse o tipo de prova (real) que serve de *base* à decisão quando, deslocando-se, em inspecção judicial, a um local, o decisor o observa directamente.

Constitui característica deste tipo de prova (real) a ausência de qualquer canal mediador entre elementos físicos constitutivos da realidade que se indaga e o juiz, entrando este em imediato contacto com aquela.<sup>662</sup> Inexiste, portanto, nesta hipótese, a relação entre transmitente e transmissário de informação (desenvolvida ao longo da sequência de elos supra enunciados), diferentemente do que sucede quando estejam em causa expressões significativas humanas analisadas enquanto portadoras de conteúdo que responde à factualidade controvertida (prova documental).

Não há que considerar (porque inexistente), assim, o modo de transmissão da informação (colhida do real) ao tribunal dessa informação, quando (como sucede no âmbito da prova real ou directa) este entre em contacto com o real. É, nesta hipótese, o próprio decisor que colhe a informação do contexto real em que esta se situa. Colheita (directa, da *res*) que o juiz pode realizar por via de inspecção.<sup>663</sup>

À semelhança de TESORIERE (embora por motivos diversos dos invocados por este), afigura-se-nos, assim, que a inspecção não constitui verdadeiro *meio* de prova (prova na primeira dimensão), antes modo de colheita de prova,<sup>664</sup> mediante

---

<sup>662</sup> A circunstância de não existir *meio* ou canal de prova conduz a que a inspecção seja associada ao domínio da prova directa. Como CARNELUTTI explicita, em *La prova civile*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 66, “o meio de conhecimento limita-se a uma *attività* do juiz, que é a actividade dirigida à percepção do facto a provar”. Diferentemente, no âmbito da prova indirecta, existe um “anel de junção” entre o juiz e a factualidade. A natureza directa não se confunde, porém, nesse sentido, com a imediação na produção de prova. Aquela diz respeito ao contacto directo entre o juiz e a realidade. Esta concerne ao contacto directo entre o juiz e a fonte de informação. Assim, pode ou não existir imediação no domínio da prova indirecta. Existirá, a título exemplificativo, no âmbito da prova testemunhal, se os depoentes prestarem oralmente declarações ante o juiz; inexistirá se o depoimento for prestado por escrito. Imediação que, sob o ponto de vista de CALAMANDREI, representa a mais importante dimensão da oralidade, notando, o autor, que esta significa “*dialogo diretto fra l’organo giudicante e le persone di cui esso deve raccogliere e valutare le dichiarazioni*”, implicando “*presenza contestuale degli interlocutori e quindi immediato susseguirsi, senza intervalli e senza intermediari, delle domande e delle risposte che nel processo scritto danno luogo ciascuna a un separato episodio processuale*”, “Oralità nel processo”, *Opere Giuridiche*, Morano Editore, 1965, vol.I, pp.452 e 453. Mais valias a ter em consideração quando (como *infra* teremos oportunidade de observar) se pondere acerca da admissibilidade ou não de convenções de prova inversoras da regra da oralidade.

<sup>663</sup> Como JAUERNIG observa, representa, em consequência, nota característica da inspecção o facto de esta proporcionar “uma situação de facto, não o teor de um juízo” (*einen Zustand, keinen Gedankeninhalt*), *Zivilprozessrecht*, 29. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2007, p. 173.

<sup>664</sup> As razões por que se nos afigura que a inspecção judicial não é um meio de prova não se identificam, assim, com aquelas com base nas quais TESORIERE a exclui do domínio da prova. Distinguindo entre *situazione* (que associa ao presente) e *fatto* (que associa ao passado), o autor sustenta que a prova se prende com o apuramento de factos. A prova tem, assim, na sua perspectiva, por exclusivo objecto “aquilo que aconteceu, o facto histórico, que é ocorrência do passado”, *Il Processo Civile Riformato*,

*observação* (de elemento consubstanciador, por regra, de prova real) a realizar pelo decisor, sendo que tal observação é objecto de regulação normativa e de formalização processual.<sup>665</sup>

Como observado aquando da menção dos diversos elos sequenciais, o momento (quinto elo) de absorção da informação pelo decisor é comum aos diversos meios de prova. Pense-se, a título de exemplo, na absorção informativa que tem lugar *no* contexto da análise, pelo juiz, de documento (contacto mediato do tribunal com a realidade), *no* contexto de prova real (contacto imediato do tribunal com a realidade) ou no âmbito da análise de relatório pericial ou depoimento testemunhal (contacto mediato com a realidade). Em todas as hipóteses, o juiz observa e inspeciona, em sentido amplo. Nesta acepção lata, a inspecção constitui actividade que representa sempre pressuposto de verificação necessária para que o juiz possa usar, no processo, a informação probatória que percepção. Observação, dos elementos de prova, que assumirá maior ou menor grau de formalidade, sendo que atingirá o mais intenso grau de rigor formal, quando esteja em causa inspecção judicial em sentido *estrito* (por regra associada a prova real)<sup>666</sup> e normativamente se imponha que os termos e fruto da inspecção devem ser reduzidos a escrito.<sup>667</sup>

A maior ou menor formalidade (e complexidade) do acto de absorção de informação pelo decisor, encontra-se, neste tipo de meio de prova (real), directamente relacionada com a forma como o tribunal entra em contacto com o elemento físico analisado.

Cumpra, nesta sede, distinguir as hipóteses em que o objecto é deslocado, para análise, ao tribunal, daquelas em que o tribunal se desloca ao local onde o objecto de inspecção se situa.

No âmbito da primeira hipótese, o contexto mais simples corresponde àquele em que o bem é simplesmente junto aos autos.

---

Cedam, 1995, pp. 67 e 68. Na verdade, não só a prova não tem de dizer necessariamente respeito a factos passados (podendo, inclusivamente, dizer respeito a eventos futuros), como a inspecção, consistindo, embora, na verificação de circunstâncias presentes, pode servir de base à decisão sobre factos controvertidos passados. Pense-se, por exemplo, na medição de rastos de travagem que, integrando o quadro real existente aquando da deslocação do juiz ao local, permite retirar ilações quanto à verificação ou não de factos ocorridos no passado. Apesar de a integrar na categoria dos “meios de aquisição, formação e integração das provas” (que não na das provas constituídas, nem das provas constituenda), COMOGLIO entende-a, ainda, como figura incluível no domínio da “assunção probatória” (*assunzione probatoria*), *Le prove civili*, terza edizione, UTET, 2010, p. 813. A generalidade da doutrina integra, porém, a inspecção judicial no âmbito dos meios de prova. Assim, a título de exemplo, com Manuel de ANDRADE, *Noções elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, Nova Edição, revista e actualizada, 1979, p. 272, Antunes VARELA, Miguel BEZERRA e Sampaio e NORA, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, Reimpressão, 1985, pp. 601 e ss., COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, *Lezioni sul processo civile, I, Il processo ordinario di cognizione*, 4ª ed., il Mulino, Bologna, 2011, p. 531 e CONTE, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, Reimpressão, 1985, pp. 449 e ss.

<sup>665</sup> A circunstância de não constituir meio de prova repercute-se no que diz respeito ao regime aplicável às convenções de prova, como *infra* melhor se observará.

<sup>666</sup> Como *infra* se notará, a inspecção judicial em sentido estrito poderá também justificar-se ante prova documental.

<sup>667</sup> Cfr. art. 493.º do Código de Processo Civil.

Tornando-se, na sequência desse acto instrutório, o elemento físico em causa, acessível a todos os que intervenham na acção ou possam tomar conhecimento do seu teor, dispensável se afigura que o decisor documente, em acto formal de inspecção, o fruto da sua observação, não havendo lugar a inspecção judicial em sentido estrito. Já não assim se, deslocado, também, embora, ao tribunal, o objecto de análise, este não for integrável no processo físico (não ficando, a informação que veicula, livremente acessível a quem os consulte). Nesta hipótese, a redução a escrito (em acto formal de inspecção judicial) da diligência de análise, revela-se indispensável para que tal informação se torne processualmente adquirida de forma perene. Em tal contexto (apresentação, em juízo, de bem físico móvel), haverá lugar a exibição de coisa. Esta (exibição) não constitui, assim, meio de prova, antes acto instrumental, ou seja, acto cuja prática é necessária para que haja lugar a produção de prova.<sup>668</sup>

À semelhança do que sucede com a inspecção judicial, a apresentação de coisas móveis ou imóveis<sup>669</sup> não representa, pois, categoria tipológica de prova, assumindo, relativamente a estas, cariz meramente instrumental, por se destinar a permitir a operatividade de meios de prova.<sup>670</sup> O facto de não constituir meio de prova não

---

<sup>668</sup> Carácter auxiliar (da exibição) que se pode revelar aplicável relativamente a várias categorias de meios probatórios (assim, por exemplo, relativamente a prova pericial, documental e real). No exemplo acima mencionado, quando a carta é apresentada a fim de que sejam colhidas impressões digitais, o meio de prova, em causa, é a prova pericial. A apresentação da coisa corresponde à disponibilização do objecto da perícia. O decisor pode, noutro exemplo, ordenar a apresentação de arma, a fim de directamente a observar e daí retirar conclusões, quanto à decisão a proferir. Trata-se, neste caso, de exibição de coisa destinada a permitir o acesso à prova real, verificando-se, a colheita de informação, mediante inspecção. A fonte de informação é a própria coisa. ANDRIOLI destaca esta dimensão instrumental da exibição de coisa relativamente à inspecção, referindo, em tom expressivo, que, “com la esibizione la montagna va da Maometto”, acedendo, assim, o bem, “alla montagna da ispezionare”, *Appunti di diritto processuale civile : processi di cognizioni e di esecuzioni forzate*, Napoli, Casa Editrice Dott., Eugenio Jovene, 1964, p. 32 (em *Diritto processuale civile*, Vol. II, Decima Edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 1995, p. 171, o autor inclui a exibição de prova documental entre os procedimentos instrutórios “con funzione integratrice”). Pode, ainda, a parte apresentar uma coisa com o intuito de, em sede de inquirição de testemunhas, confrontar o depoente com ela, assim permitindo aferir da credibilidade ou ciência deste. A apresentação de coisa pode, noutro contexto, representar acto de verificação necessária para que se possa produzir prova documental. Se, por exemplo, uma das partes pretender produzir prova documental e, em virtude das dimensões desse documento (um livro, admita-se, de cuja leitura se pretende retirar a confirmação de determinado facto), não for possível a mera junção da coisa (documento-monumento) aos autos, impondo-se a observância de uma logística própria, proceder-se-á à apresentação da coisa mediante entrega na secretaria. O mesmo vale se estiver em causa a intenção de comprovar determinada versão factual por recurso a objecto não documental. Esta a hipótese subjacente ao previsto no art. 416.º, n.º 1 do Código de Processo Civil, no âmbito do qual, como Vaz SERRA observa a parte se pretende servir da *coisa* como *meio de prova* (itálico nosso). O autor fá-lo reportando-se ao então art. 523.º do mesmo corpo normativo, notando, em simultâneo, estar em causa matéria que não deve ser regulada no Código Civil, „Provas (direito probatório material)”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 110, 1961, p. 179.

<sup>669</sup> Cfr. art. 416.º do Código de Processo Civil.

<sup>670</sup> Circunstância que, à semelhança do que dissemos, quanto à inspecção judicial, se reflecte no que diz respeito ao regime aplicável às convenções de prova, como *infra* teremos oportunidade de observar. No sentido de que a exibição de coisa não representa meio de prova se pronuncia Comoglio, que quanto a ela nota estar em causa um “procedimento instrutório” que não é “meio de prova em sentido estrito”, antes “instrumento coactivo de aquisição e apreensão material das provas pre-constituídas”, associando-lhe função “instrumental”, *Le prove civili*, terza edizione, UTET, 2010, pp. 749 e 813. Em

significa, porém, que lhe não seja aplicável o regime da prova. Ao invés, e justamente porque se destina a viabilizar a produção de meios de prova, justifica-se a aplicação de parte das normas a estes respeitantes, designadamente das que se relacionam com a necessidade de observância do dever de colaboração.<sup>671</sup>

Não se revelando possível, oportuna ou suficiente a deslocação do objecto ao tribunal, irá este, na segunda hipótese, acima enunciada, ao seu encontro, mediante realização de inspecção ao local. Quando assim aconteça, a observação será realizada sempre de acordo com o maior grau de formalidade, havendo sempre lugar a inspecção em sentido estrito.<sup>672</sup>

A inspecção judicial (“medida de instrução muito particular, caracterizada pelo contacto directo entre o juiz e o objecto de verificação”, na expressão de Serra DOMINGUEZ<sup>673</sup>)<sup>674</sup> e a exibição de coisa partilham, assim, da característica comum de não constituírem meios de prova, antes *actos instrumentais* da actividade probatória, praticáveis no contexto de vários meios de produção de prova, correspondendo à

---

sentido inverso, Manuel de ANDRADE, *Noções elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, Nova Edição, revista e actualizada, 1979, pp. 213 e ss, Antunes VARELA, Miguel BEZERRA e Sampaio e NORA, enquadram-na no âmbito dos meios de prova, *Noções elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, Nova Edição, revista e actualizada, 1979, pp. 498 e ss. CONTE refere, adoptando posição particular, que “mais que um meio de prova”, a exibição representa “**instrumento directo de recolha de uma prova**, através do depósito do documento por parte do sujeito que o detém”, *Le prove civili*, 2. ed., aggiornata alla legge di riforma del processo civile 18 giugno 2009, n. 69, Milano: Giuffrè, 2009, p. 463. Tratando, embora, a apresentação de coisas, no âmbito dos meios de prova, TEIXEIRA DE SOUSA refere-a como meio de tornar disponível uma coisa a utilizar, como meio de prova, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª Edição, Lex, Lisboa, 1997, p. 333. JAUERNIG não a inclui entre os meios de prova.

<sup>671</sup> Cfr. art. 417.º do Código de Processo Civil.

<sup>672</sup> O recurso a inspecção judicial, em sentido estrito, tende, assim, a coincidir com as hipóteses em que, no âmbito da prova real, a *res* não é incorporável nos autos. Justificar-se-á, porém, também no âmbito do meio de prova documental, quando esteja em causa documento não integrável no processo físico. Relevará, nesta medida, quando esteja em causa meio de prova que tenha por objecto elemento físico que careça de ser analisado [independentemente de este ser considerado, enquanto transmissor de uma realidade (prova documental) ou como a própria realidade (prova real)] e essa análise implique a prática de actos instrutórios mais complexos (relativamente aos que têm lugar no âmbito da inspecção em sentido lato – assim, por exemplo, se estiver em causa a simples leitura de uma procuração) entre os quais se inclui o registo escrito das observações colhidas, porque necessário este (registo), para que a informação jurisdicionalmente apreendida se torne património comum do processo, que não apenas elementos absorvidos pelo decisor e pelos demais sujeitos que, na instância, tenham podido analisar o bem em causa. Porque a disponibilização, no processo, de toda a informação levada ao conhecimento do tribunal ou por este obtida, se revela indispensável para efectiva garantia da publicidade do processo, bem como para real possibilidade de controlo da actividade jurisdicional, nele desenvolvida, afigura-se-nos que, sempre que seja exibida coisa não integrável nos autos, deve haver lugar a inspecção (em sentido estrito), não se enquadrando, em tal hipótese, no âmbito da discricionariedade do decisor, a possibilidade de realizar ou não tal diligência. Diferentemente, quando em causa esteja inspecção a realizar mediante deslocação ao local, incumbe ao decisor avaliar da necessidade e oportunidade de realização da diligência. Não assiste a este, porém, também aqui (pelas mesmas razões vindas de enunciar), discricionariedade para decidir acerca da necessidade de documentação ou não da actividade inspectiva, impondo-se que o teor desta seja necessariamente reduzido a escrito (cfr., no âmbito do sistema processual português, art. 493.º do Código de Processo Civil).

<sup>673</sup> Em *Das Beweisrecht der Europäischen Union*, Kluwer Law International, 2004, p. 393.

<sup>674</sup> Assim inspecção em sentido estrito.

*primeira* [modo de recolha de prova, que não fonte de informação (meio de prova)<sup>675</sup>] <sup>676</sup> o grau máximo de formalidade, no acto de observação de um elemento físico e a *segunda* a um dos tipos de *actos*, cuja realização é *necessária* para que a *observação* possa ter lugar e, assim, o meio de prova possa ser processualmente relevado. A primeira (inspecção) relaciona-se com a actividade de análise; a segunda (exibição) com o tipo de aproximação (em momento prévio ao acto de análise) entre o observador e o objecto observado.

### 2.3. Prova real e prova documental

Tratadas, em referência paralela, a prova documental e a prova real e excluídas a inspecção judicial e a apresentação de coisa da categoria de meios de prova, cumpre tecer (em congregação da informação assim apurada), quanto às categorias probatórias em causa (documental e real), as considerações, relativas aos elos sequenciais e dimensões da prova, antes desenvolvidas, quanto aos demais meios de prova.

Na prova *documental*, a fonte a partir da qual o tribunal recebe a informação relativa à realidade (primeiro elo) assume dupla natureza, na medida em que, sob o ponto de vista imediato, o decisor entra em contacto com a realidade física, que o documento constitui, pelo que este representa fonte directa.<sup>677</sup> Acresce, porém, fonte mediata, consubstanciada no sujeito que transpôs da realidade (que lhe é externa ou interna) para o documento a informação que, por via deste, é (em segundo elo) transmitida directamente ao tribunal. Existe, portanto, nesta hipótese, um duplo elo mediador entre o tribunal e a realidade. Representará, por princípio, meio de prova colector, conquanto construtor, quando em causa (como conteúdo do documento) realidade ficcional. O suporte físico (terceiro elo) transmissor da informação para o processo é o substrato em que aquela se encontra corporizada (bem material que transporta o conteúdo). Transmissão (em quarto elo) cuja efectivação implica a prática de actos de junção de tal suporte e de apreensão (em quinto elo) do seu conteúdo<sup>678</sup>.

---

<sup>675</sup> A fonte de informação para o decisor é, neste caso, o objecto inspecionado, sendo que o meio de prova, em causa, corresponderá, por regra, como observado, a meio de prova real ou, em certos casos, documental.

<sup>676</sup> SERRA DOMINGUEZ nota tratar-se de uma “medida de instrução muito particular, caracterizada pelo contacto directo entre o juiz e o objecto de verificação”, p.393.

<sup>677</sup> Enquadra-se, assim, no âmbito das provas indirectas, na medida em que (adoptando a noção propugnada por Manuel de ANDRADE), põe “ao alcance da percepção do julgador um facto diverso” (relativamente ao constante do thema probandum”, para “segundo as regras da experiência, ele formar o seu juízo ou convicção sobre aquele outro”, *Noções elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, Nova Edição, revista e actualizada, 1979, p. 210.

<sup>678</sup> Assim sobressai a distinção, sublinhada por Antunes VARELA, Miguel BEZERRA e Sampaio e NORA, entre o documento e o seu teor, referindo o primeiro como “o *continente*, o objecto *material* (por via de regra, mas não necessariamente, o *papel*) no qual a declaração se corporiza” e o segundo enquanto “declaração” ou “*acto* de natureza espiritual que se depreende do documento”, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, Reimpressão, 2006, p. 507. Em sentido próximo, CANDIAN enuncia, como *strutura* do documento, o elemento corporal ou material e o conteúdo. A estes associa o meio

O modo de aproximação (em quinto elo) entre o tribunal e o documento terá lugar, por regra, mediante junção ou apresentação em juízo<sup>679</sup> ou na sequência de deslocação, em inspecção judicial, do primeiro ao segundo. A informação fornecida ao processo (correspondente à terceira dimensão da noção de prova) coincide com o conteúdo do documento e o teor da decisão proferida com base em tal informação identifica-se com a quarta dimensão desta, bem como com o sexto elo identificado.

A prova *real* distingue-se de todas as anteriormente consideradas pelo facto de a fonte da qual o tribunal capta a informação ser a própria realidade (primeiro elo). Não existe, pois, qualquer elo (segundo) de ligação entre o tribunal e a realidade; razão por que não se verifica, neste meio de prova, o segundo momento do processo de produção de prova, na dimensão em que se destina a permitir a formação, em juízo, de prova constituenda. Dada a inexistência desse elemento intermediário, não se identifica qualquer objecto ou sujeito com quem o tribunal estabeleça relação comunicativa, enquanto ponte transmissora (em segundo elo) de informação entre o real e o processo, pelo que o terceiro elo não releva no presente contexto.<sup>680</sup> No que diz respeito à *segunda* dimensão de prova distinguem-se, também, no âmbito da prova real, os modos de aproximação entre o objecto da observação e o observador, bem como os graus de formalização do acto da observação referidos a propósito da prova documental, assim igualmente se revelando convocáveis, neste tipo de prova, a título auxiliar, a apresentação da coisa e a inspecção judicial. A *terceira* dimensão da prova corresponde à informação colhida na sequência da observação da realidade, contida no suporte físico observado (quarto elo), com que o tribunal directamente contacta, identificando-se, a informação transmitida ao processo, com os elementos físicos colhidos – em quinto elo – no objecto de análise; coincide, a quarta dimensão (e sexto elo), com a decisão proferida com base em tal informação.

---

usado para inserir a dimensão representativa no primeiro. Quando, porém, se reporta ao conteúdo, fá-lo por referência à sua dimensão física (corpórea ou não, dando como exemplo a voz), que não à mensagem objecto de transmissão, “Documentazione e documento” (teoria generale), *Enciclopedia del Diritto*, XIII, Giuffrè, p. 580.

<sup>679</sup> Hipóteses em que o segundo é aproximado ao primeiro. Como *supra* observado, em caso de exibição de documento não incorporável nos autos, a absorção de informação pelo tribunal terá lugar em contexto de inspecção judicial (assim, inspecção em sentido estrito).

<sup>680</sup> Assim prova directa, por permitir que o juiz verifique “com os seus próprios sentidos o facto a averiguar – o facto que constitui o *thema probandum*”, Manuel de ANDRADE, *Noções elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, Nova Edição, revista e actualizada, 1979, p. 210 (o autor enuncia, porém, como exemplo deste tipo de prova, a inspecção judicial).. Note-se que, mesmo quando o relevo processual de prova real ocorre na sequência de exibição de coisa em juízo, o sujeito exibidor apenas coopera no acto de transporte, do elemento real, do ambiente em que se encontrava, para o tribunal. A apreensão de informação continua a ter lugar, de modo *imediato*, pelo juiz, ante o elemento integrante da realidade, que não por *intermédio* de qualquer canal. Tanto, contrariamente ao que sucede, por exemplo, no âmbito da prova documental. Embora aí também haja contacto directo entre o decisor e o documento, este último representa canal de contacto entre o tribunal e a realidade que (enquanto meio de prova) aquele documenta. JAUERNIG reporta-se a um sentido diverso da contraposição prova directa/prova indirecta, tomando por referência a circunstância de a prova ter ou não por objecto alegações de facto que respeitem a um elemento normativo. Sob este ângulo, a prova indirecta é tomada como equivalente de prova indiciária (*Indizienbeweis*, por contraposição a *Unmittelbarerbeweis*), *Zivilprozessrecht*, 29. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2007, p. 159.

### III.3.2. Meios de prova em sentido amplo

Se, na prova documental, a informação da realidade é obtida por via do elo que o documento representa e, na prova real, por via do contacto directo do decisor com a realidade, no âmbito da *prova por presunção*, prescinde-se de qualquer contacto (directo ou indirecto) do tribunal com a *realidade*.

Diferentemente, o tribunal parte, aqui, de um elemento de facto (que não de elemento probatório - *Vermutungsbasis*, na explicitação de Manuel de ANDRADE<sup>681</sup>), processualmente já não controvertido, para, a partir dele e com base em raciocínio indutivo, autonomamente desenvolvido (presunção judicial) ou legalmente determinado (presunção legal), retirar, como processualmente assente, um outro facto, dotado de relevo processual.

É o tribunal que constrói a *visão* da realidade factual processualmente relevante a partir da *visão* de realidade factual processualmente já consolidada (em que o facto base se traduz), assim *estabelecendo* a ponte com o real. É aquela (visão processual da realidade em que se traduz o facto base assente), o ponto de partida, e esta (visão processual da realidade, em que se traduz o facto presumido) o ponto de chegada (em sexto elo). Não havendo, como observado, qualquer contacto (directo, como na prova real, ou indirecto, como na prova pessoal e documental, com a realidade), também aqui não releva o elo (segundo) mediador entre o real e o tribunal, nem qualquer sujeito interlocutor nesse acto de mediação (que representaria o terceiro elo).<sup>682</sup> Atenta a natureza do elemento (facto base) que configura base de

---

<sup>681</sup> *Noções elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, Nova Edição, revista e actualizada, 1979, p. 215.

<sup>682</sup> É esta circunstância que confere particular relevo ao fundamento decisório que se considera, enquanto forma de evitar a denegação de justiça, no âmbito de litígios onde assumam preponderância factos dificilmente comprováveis mediante prova *directa* (aqui compreendida enquanto prova no contexto do qual há contacto entre o decisor e elementos do real), como notam Antunes VARELA, Miguel BEZERRA e Sampaio e NORA, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, Reimpressão, 1985, p. 501. A ausência desse contacto determina, por outro lado, a desnecessidade de, como igualmente observam, haver lugar a “*procedimento probatório específico*”. Também VINCENT e GUINCHARD notam a inexistência de um procedimento processual próprio. Relevam, por outro lado, a importância prática do que designam por um dos tipos de técnicas de prova (*techniques de preuve*), mediante associação desta ao cada vez mais frequente recurso à prova científica. Estabelecendo conexão entre a prova pericial e a presunção, vêem nesta uma forma de o juiz proferir decisão, na medida em que, estando em causa conhecimentos técnicos específicos que não domina, “le juge doit trop souvent se fier aux renseignements donnés par un homme de l’art”, *Procédure civile*, 20ª éd., Dalloz, Paris, 1981, p. 980. Porventura a noção de presunção seja mobilizada, neste contexto, em sentido particularmente amplo. Os diferentes tipos de associações significativas de que esta noção pode ser objecto representa aspecto a que *infra* aludiremos. Relativamente aos reflexos do avanço técnico no plano do controlo da prova, DITTRICH refere o carácter ambivalente de tais repercussões, observando que, se a prova científica gerou uma espécie de « allontanamento » do decisor ante a prova, a divulgação da Internet criou um fenómeno « diametralmente oposto » de « avvicinamento » do juiz relativamente à prova. Se o primeiro reflexo cria o desafio processual denunciado pelos referidos autores franceses, esta última dimensão suscita ponderação relativamente aos novos contornos do relevo do conhecimento privado do juiz, trazendo igualmente para a área do debate doutrinal (sendo disso DITTRICH um dos principais promotores) a noção de facto notório judicial ou interno (*Gerichtskundigkeit*), « La ricerca della verità nel processo civile : profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio », *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LXVI, Seconda Serie, N. 1, Gennaio-Febbraio, 2011, pp. 108-125. Para

decisão, não há que discernir, em quarto elo, o tipo de suporte (físico ou não) de que pudesse constar a informação transportada do real para o processo. A fonte da informação, obtida na *sequência* do recurso a este fundamento de decisão da factualidade controvertida, é a pessoa do juiz, mediante activa e juridicamente informada definição do conteúdo da decisão. Representa, pois, esta, base decisória em que o sujeito interveniente não actua como colector, antes como construtor.

A actividade de prova (neste sentido amplo, a envolver os diversos fundamentos densos da decisão, quanto à matéria de facto controvertida) consiste (enquanto segunda dimensão dessa noção) na produção de raciocínio indutivo desenvolvido pelo próprio tribunal (em quinto elo), de acordo, como notado, com critério especificamente desenhado pelo legislador (no caso das presunções legais) ou deixado, mais amplamente, ao critério do julgador, em livre apreciação crítica dos dados (aqui fácticos) sobre que labora (nas presunções judiciais).<sup>683</sup> A terceira dimensão da prova consiste no facto presumido (fruto da actividade indutiva, equivalente à inferência obtida por via da presunção) e a quarta dimensão na decisão do facto controvertido com base no fruto da indução.

As razões que determinam que a presunção seja admitida como forma de estabelecimento de ponte entre a realidade e o processo variam consoante o tipo de presunção.<sup>684</sup> Tratando-se de presunção legal, visa-se impor, em concreto, um sentido decisório, pré-definido pelo legislador e justificável, sob o ponto de vista deste, atentos, designadamente, três tipos de circunstâncias, determinantes da sobreposição da assunção do legislador à convicção do julgador: *a* elevada probabilidade de a um facto suceder outro (hipótese em que a presunção tende a ser ilidível, em ordem a viabilizar a possibilidade de demonstração da não verificação, em concreto, do que, em abstracto, se admitiu ser de verificação mais provável); *o* facto de (em ordem a assegurar a efectiva igualdade material entre os sujeitos processuais), se favorecer a posição de uma das partes em detrimento da outra *ou* a circunstância de se pretender prosseguir escopo punitivo e preventivo de conduta contrária aos valores jurídicos

---

uma perspectiva de direito comparado sobre o recurso processual a informações de natureza técnica, *vide* COMOGLIO, “L'utilizzazione processuale del sapere extragiuridico nella prospettiva comparatistica”, *Rivista di Diritto Processuale*, Aprile-Giugno, 1994, Anno XLIX, Seconda Serie, N.2, Cedam, pp. 1145-1170.

<sup>683</sup> A diferente natureza da actividade indutiva desenvolvida numa e noutra hipóteses é notada por ANDRIOLI quando refere que, na primeira, está em causa “ravvicinamento” de índole predominantemente interpretativa, tendo por base uma proposição normativa, quando, na segunda hipótese, o raciocínio desenvolvido pelo decisor, desprovido dessa referência, representará “il banco di controllo della logica del giudice”, “Presunzioni (Diritto civile e Diritto processuale civile)”, *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Torino, UTET, 1966, p. 767. Referindo que, no *iter* de raciocínio desenvolvido em sede de presunções judiciais, o juiz pode socorrer-se de máxima de experiência susceptíveis de pertencer a todos os campos, do “scibile umano”, CONTE nota que a força da presunção, assim jurisdicionalmente alicerçada, dependerá do grau de conexão existente entre “o facto conhecido e o subsequente conhecimento do facto ignorado”, *Le prove civili*, 2. ed., aggiornata alla legge di riforma del processo civile 18 giugno 2009, n. 69, Milano, Giuffrè, 2009, p. 14. Também Antunes VARELA, Miguel BEZERRA e Sampaio e NORA aludem ao relevo deste suporte para a solidez do raciocínio referencial, quando sublinham que é “nesse saber de experiência feito” que as presunções naturais “mergulham as suas raízes”, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, Reimpressão, 2006, p. 502.

<sup>684</sup> Este representa um dos aspectos sobre que adiante mais detidamente se reflectirá, abordando-se, neste momento, tão só as dimensões (do tópico em causa), cuja menção se revela indispensável.

(hipótese, esta terceira, em que a presunção tenderá a assumir carácter inilidível). Estando em causa presunção judicial, esta constitui via de permitir que, mediante recurso ao mesmo critério de raciocínio (presuntivo), o julgador possa *fundamentar a convicção* que forme com base em ilações que retira da factualidade já assente no processo, em actividade que desenvolve em exercício de poderes enquadráveis no âmbito do princípio da livre apreciação da prova. Representa, frequentemente,<sup>685</sup> solução de último recurso, destinada a permitir que, não obstante não se ter logrado, o reconhecimento (declarativo), nem a confirmação (mediante a produção de prova, em sentido estrito) da verificação ou não de determinado facto, seja dada, ao juiz, a possibilidade de formar, ainda assim, juízo assente em suporte denso e de, com base nele, proferir decisão, quanto à matéria de facto controvertida, evitando o recurso (esse sempre de *ultima ratio*, porque assente em base *branca*) à decisão proferida em conformidade com os critérios do ónus da prova.

Porque assim, se, na presunção legal, o raciocínio presuntivo serve a sobreposição da posição assumida pelo legislador, relativamente à convicção do decisor, o mesmo raciocínio serve, na presunção judicial, a fundamentação do juízo por este último autonomamente formado.<sup>686</sup>

Atenta a noção restrita de atipicidade que sustentamos (de referência circunscrita ao elenco legal de meios de prova), bem como a noção de meio de prova, que vimos de explicitar, retira-se, da articulação entre ambas, que, de acordo com a perspectiva que adoptamos, só representará regime instituidor de prova atípica aquele que implique alteração da tipologia de meios de prova acabada de enunciar. Esse o critério que adoptaremos como directriz de qualificação sempre que nos pronunciarmos sobre a natureza atípica ou não de determinado regime jurídico convencionalmente previsto em acordo de prova celebrado entre as partes.

---

<sup>685</sup> Embora não necessariamente, como *infra* se observará.

<sup>686</sup> A circunstância de a presunção ser tomada como base decisória pressupor o desenvolvimento, pelo juiz, do referido percurso de pensamento entre o facto base e o facto presumido, conduz, como COMOGLIO nota, a que a este suporte decisório seja reconhecida uma “una struttura assimilabile a quella delle altre prove “costituende””, *Le prove civili*, terza edizione, UTET, 2010, p. 647. Quando o tribunal decide com base no último tipo de suporte enunciável (correspondente à mobilização de critérios de distribuição do ónus da prova), justamente porque não mobilizado nenhum dos meios de prova, não se considera qualquer fundamento empírico, pelo que não há recurso a qualquer tipo de prova, mesmo quando esta noção seja tomada em sentido amplo. Esgotados os fundamentos densos de decisão, entra-se em domínio que, como acima notado, só em sentido amplíssimo se pode considerar de índole probatória e relativamente ao qual se não adequam, assim, as observações tecidas, quanto aos meios de prova (designadamente no que diz respeito aos elos sequenciais consideráveis), assentes aquelas, que são, na relação conectiva que se estabelece entre a realidade e o decisor.

## **Subsecção IV – Prova ilícita**

### IV.1. Âmbito

De notar, neste momento (de delimitação do conceito de atipicidade probatória) que, distinto do problema da diversidade do regime da prova (e, adentro deste, da questão da prova atípica) é o da prova ilícita.

Se, no âmbito do *primeiro* (prova diversa), está em causa o grau de distanciamento das regras da prova, a observar no processo, relativamente ao regime de prova legalmente previsto, no âmbito do *segundo* (prova ilícita) avalia-se da *compatibilidade* ou colisão entre a prova (diversa ou legal)<sup>687</sup> relativamente ao sistema jurídico. Pondera-se, assim, no quadro deste segundo domínio, não sobre a natureza diferente, do regime convencional, relativamente ao legal,<sup>688</sup> antes se o regime (diverso ou não ante o normativa e abstractamente previsto) se revela ou não contrário àquele (sistema jurídico). Diferentemente do que sucede, quando está em causa a localização da prova no interior ou exterior dos quadros de prova típicos,

---

<sup>687</sup> Pode, na verdade, o problema em causa, ter por objecto a própria prova legal (isto é, o regime de prova constante da lei ou a prova obtida em consonância com esse regime), quando esta se revele contrária a fontes normativas hierarquicamente superiores (independentemente da circunstância de corresponderem a normas legais ou a princípios jurídicos). Assim se, a título exemplificativo, a prova legal se revelar em desconformidade com a Constituição ou com outra fonte de juridicidade de nível superior àquele em que a lei em causa se situa. Também aqui, qualquer que seja a dimensão da prova em apreço (meios de prova, modo de produção de prova ou julgamento da matéria de facto), é relevável o problema da ilicitude da prova. A prova objecto de avaliação, no plano da licitude, pode, por outro lado, ser considerada, *quer* enquanto regime cuja observância se pretende ver cumprida (por isso em potência), *quer* enquanto fruto da observância de determinado regime (enquanto facto consumado ou resultado da aplicação do regime em causa). A duplicidade de perspectivas consideráveis vale, quer no âmbito da prova legal, quer no âmbito da prova diversa (atípica ou não) e, dentro desta, quer quando a diversidade tenha fonte unilateral, quer quando tenha fonte convencional. Idêntica dualidade de perspectiva releva quando o juízo desenvolvido respeite ao plano da tipicidade, bem como, mais latamente, ao plano da diversidade. REMÉDIO MARQUES pronuncia-se no sentido de que “o juiz não tem quaisquer poderes discricionários para usar meios (de prova) diferentes daqueles que tipicamente estão predispostos na lei, sob pena da violação do *princípio de igualdade de armas*”, *Acção Declarativa à luz do Código Revisto (pelo Decreto-Lei N.º 303/2007, de 24 de Agosto)*, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2011, p. 381. Na verdade, o legislador não concedeu ao tribunal nenhuma prerrogativa particular relativamente à posição das partes, neste domínio. Tal condição de admissibilidade encontrar-se-á, nesta medida, cumprida, quando o recurso a novos meios de prova pelo decisor coincida com hipótese em que, na sequência da celebração da convenção invocada judicialmente, as partes beneficiem da possibilidade de convocar meios de prova diversos dos legalmente previstos.

<sup>688</sup> No Código de Processo Civil brasileiro prevê-se, expressamente, no art. 332.º, a possibilidade de recurso a provas atípicas, aludindo-se, como condição de validade, à conformidade da prova com padrões de moralidade (que não, por via directa, a padrão de juridicidade). A redacção adoptada (“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 ou a defesa”) merece, contudo, a crítica de Barbosa MOREIRA, designadamente no que diz respeito ao emprego da expressão “bem como”, na medida em que tanto poderia inculcar que os meios legais e os meios moralmente legítimos correspondessem a “duas categorias distintas”, quando “o verdadeiro sentido é outro”, o da exclusiva aceitação dos meios de prova que “não sejam contrários nem à lei nem à moral”, “Observaciones sobre las llamadas pruebas atípicas”, *Revista de Derecho Procesal*, n.º 3, 1999, p. 544.

envolve a formação de juízo de valor, quanto à harmonia ou não, do regime negocial que se considere, com os padrões de validade informadores da estrutura normativa vigente, com carácter imperativo, no âmbito da prova.

O problema da prova ilícita é, assim, transversal a todo o domínio do direito probatório: ultrapassando as fronteiras da prova convencional, abrange toda a prova diversa – fruto ou não de convenção de prova; com carácter atípico ou destituído dessa natureza. Em síntese, quando em causa prova diversa, avalia-se, naquela sede (licitude), se a diversidade é ou não juridicamente admissível.<sup>689</sup>

#### IV.2. Níveis de avaliação

Das diversas considerações anteriormente expendidas, resulta que as conclusões a apurar, em sede de prova, implicam a consideração de três diferentes níveis de raciocínio: um *primeiro*, relativo ao carácter diverso ou não da prova, plano em que se pode concluir corresponder, a prova em causa, a prova legal ou a prova diversa e, nesta última hipótese, a prova *atípica* ou não, sem que o resultado conclusivo obtido envolva a formulação de qualquer apreciação valorativa; um *segundo*, concernente à natureza lícita ou *ilícita* da prova, sendo que o acesso a esse plano de raciocínio tem lugar independentemente da conclusão apurada no primeiro nível; um *terceiro*, respeitante aos efeitos processualmente retiráveis da prova produzida, podendo concluir-se beneficiar o decisor de liberdade de apreciação da prova ou encontrar-se esta (liberdade de apreciação jurisdicional) mais ou menos condicionada, impondo-se sentido decisório ou limitando-se ou impedindo-se o decisor de dela extrair inferências processuais. Situa-se, pois, este nível de raciocínio, no plano da eficácia (que não já no plano da ilicitude).<sup>690</sup>

No que diz respeito à prova convencional, distinguem-se, no plano do *segundo* nível de raciocínio, dois tipos de ilicitude. A convenção de prova pode, por um lado, ser ilícita por ter por objecto uma dimensão do *regime jurídico da prova*, relativamente ao qual não é legalmente admissível a celebração de pacto entre as partes. A ilicitude (*primária*) advém, nesta hipótese, da diversidade – é a circunstância de, as particulares normas jurídicas (relativas à prova) e derogadas pelo negócio jurídico celebrado entre as partes<sup>691</sup>, não se incluírem no âmbito de normatividade dotada de natureza supletiva, a causa determinante desta invalidade (ilicitude *primária*).<sup>692 693</sup>

---

<sup>689</sup> Para uma análise do problema sob o ponto de vista de direito comparado, vide COMOGLIO, “Il problema delle prove illecite nella esperienza angloamericana e germanica”, *Studi nelle Scienze Giuridiche e Sociali*, Facoltà di Giurisprudenza, XXXIX, Pavia, 1967, pp. 259-372.

<sup>690</sup> A convocação deste nível de raciocínio terá, no âmbito do presente estudo, especial interesse a propósito do terceiro argumento invocável, no sentido da admissibilidade da prova atípica. Como então se verá, parte da doutrina responde ao problema da ilicitude por apelo a fundamentos que se prendem com a eficácia.

<sup>691</sup> Daí advindo o carácter diverso do regime convencional.

<sup>692</sup> Este o tipo de ilicitude, cuja ponderação estava envolvida quando, a propósito das condições de validade das convenções de prova, acima se referiu que o legislador português expressamente admite, como validamente celebráveis, os pactos de prova que impliquem a derrogação das *normas*, relativas à

A ilicitude pode advir, por outro lado, da circunstância de, regulando, embora, a convenção de prova, dimensão do regime de prova passível de ser conformado através de negócio jurídico (assim dotado de carácter supletivo, não se verificando o primeiro tipo de ilicitude), não terem sido observadas as condições de validade legalmente impostas para que o acordo em análise (legalmente admitido, enquanto tipo ou modalidade de convenção de prova) seja válido (*ilicitude secundária*).<sup>694</sup>

Ilícita, neste segundo sentido, será, pois, a convenção de prova que respeite a aspecto do regime da prova *passível* de ser objecto deste tipo de negócio jurídico, mas que tenha merecido tratamento convencional desrespeitador das balizas de validade juridicamente impostas (não observando, por exemplo, as condições específicas de validade enunciadas em primeiro e em segundo lugares).<sup>695</sup>

Acompanhamos, pois, no essencial, EICKMANN, quando, em sede de avaliação da licitude das convenções de prova, adopta método bifásico ("*zweistufige Zulässigkeitsprüfung*").<sup>696</sup>

---

prova, concernentes aos meios de prova e ao ónus da prova (categorias de convenções constantes do art. 345.º do Código Civil), exceptuando-se, contudo, as normas da prova, cuja previsão seja determinada por razões de ordem pública – normas imperativas (limitação imposta pela condição de validade, enunciada em terceiro lugar, no âmbito do mesmo preceito).

<sup>693</sup> Em causa estão, pois, nesta sede, convenções de prova não enquadráveis nas modalidades de pactos previstas no art. 345.º do Código Civil (nem, a título pontual, admitidas pelo sistema jurídico), quer tanto decorra da circunstância de não corresponderem a qualquer das modalidades de acordo nele previstas, quer resulte do facto de, representando, embora, negócios em abstracto incluíveis numa das categorias de convenções de prova constantes daquele preceito, se vir a concluir (na sequência da mobilização, a título ancilar, da terceira condição de validade prevista na mesma norma) que a normatividade derogada assume carácter imodificável, excluindo assim, em qualquer circunstância, o legislador, a convenção de prova em causa, do universo das convenções de prova, cuja validade tem por admissível.

<sup>694</sup> Este o tipo de ponderação que está em causa quando acima se consideraram as condições de validade das convenções de prova enunciadas, no art. 345.º do Código Civil, em primeiro e em segundo lugares. É também neste plano de controlo que se enquadra a observação de COMOGLIO quando refere ser aspecto de particular relevo estabelecer se a *especial* previsão de regras de "inutilizabilidade ou exclusão" de provas que não contendam com normatividade constitucional representa *diaframma processuale* necessário para, realizando função de *mediazione formale e técnica*, representar base para inarredável formulação naquele sentido, *Le prove civili*, terza edizione, UTET, 2010, p. 67. Sobre o sentido da distinção, de fonte jurisprudencial, entre a inutilizabilidade absoluta (onde inclui a inutilizabilidade "*patologica*") e inutilizabilidade relativa (ou "*fisiologica*"), COMOGLIO, "L'inutilizzabilità "assoluta" delle prove "incostituzionali"", *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LXVI, Seconda Serie, N. 1, Gennaio-Febbraio, 2011, , pp. 30-46, esp., pp. 40 e ss.

<sup>695</sup> Em „Provas (direito probatório material)“, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 110, VAZ SERRA reflecte sobre o primeiro tipo de licitude a pp. 102 e ss. e sobre o segundo no ponto 12 da p. 107.

<sup>696</sup> No que diz respeito à aferição da validade das convenções de prova, EICKMANN define um critério, constituído por dois momentos em que, numa primeira fase, se avalia da possibilidade de as partes contratarem por esta via, avaliando-se do carácter dispositivo da norma legal, objecto da convenção. O autor concentra o objectivo global deste momento no intuito de aferir do poder de disposição das partes sobre os seus direitos processuais ("Es erscheint daher gerechtfertigt, von der Dispositionsbefugnis der Parteien über ihre prozessualen Recht zu sprechen"). Admitindo concluir-se em sentido positivo, apurar-se-ia, numa segunda fase, da compatibilidade entre os efeitos pretendidos e o regime processual, bem como as consequências associáveis a uma hipotética incompatibilidade ("Kann die Dispositionsbefugnis bejaht werden, ist aus der zweiten Stufe zu klären, ob die beabsichtigten

Esta ponderação, relativa à licitude da figura convencional que se considera, assume natureza concreta, num duplo sentido: por incidir sobre *cada* convenção de prova celebrada e por ter lugar mediante juízo desenvolvido, tomando por referência tal negócio jurídico *no contexto* da particular *acção* em que tenha sido invocado).

Tal avaliação (concernente à licitude) é, contudo, precedida por momento logicamente anterior, no âmbito do qual se afere, em *abstracto*, da admissibilidade de prova diversa (também atípica) no quadro do sistema jurídico em que a avaliação tem lugar. Em causa não está, sob este ângulo de análise, se uma *particular convenção de prova* é, atento o seu conteúdo e características, válida; antes se as *convenções de prova* representam tipo de negócio jurídico de celebração admissível, no ordenamento jurídico em causa. Só quando se obtenha resposta positiva (no sentido da licitude) no âmbito deste tipo de ponderação (relativo à ilicitude considerada sob um ponto de vista *abstracto*)<sup>697</sup>, relevará a avaliação a desenvolver considerando as especificidades próprias da singular convenção de prova, cuja validade se afere (ilicitude a considerar sob um ponto de vista *concreto*, – a nível primário e secundário –, sendo que também o nível da ilicitude secundária só será de considerar, quando se tenha concluído no sentido da licitude primária).

A prova ter-se-á, em síntese, por ilícita, quando as partes pretendam obter ou produzir<sup>698</sup> ou tenha sido obtida ou produzida em dessintonia com o regime jurídico instituído pelo legislador, o que se pode verificar, quer quando a diversidade do regime convencional da prova não é permitida e a ela houve lugar<sup>699</sup>, quer quando a conformação privada e legalmente possível (a nível abstracto e concreto primário) da prova diversa não cumpre, contudo, os pressupostos, também legalmente impostos, enquanto condições de validade de tal conformação<sup>700 701</sup>.

---

Wirkungen mit dem Prozessrecht zu vereinbaren sind und welche Konsequenzen sich aus einer Unvereinbarkeit ergeben", *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochumer juristische Studien Nr. 57, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1987, p. 57. Se bem interpretamos a divisão que o autor propugna, cremos que, no fundamental, nela encontrará eco o critério que propomos em texto, quando nele se distingue o momento em que se indaga se a matéria de que a convenção de prova trata é susceptível de ser objecto de acordo, do momento em que, admitindo verificado o pressuposto anterior, se apura se os termos em que tal matéria é convencionalmente regulada obedece às condições de validade juridicamente impostas. Em qualquer dos momentos, está implicada a realização de juízo, no sentido de concluir se são ou não violadas normas com carácter imperativo (em qualquer um deles se apurando, portanto, sob este ponto de vista, da natureza dispositiva da normatividade com que a convenção contende). A diferença reside apenas no nível a que tal normatividade releva sob o ponto de vista convencional: o da matéria regulada (a considerar no primeiro momento) ou o dos termos de tal regulação (a considerar no segundo momento).

<sup>697</sup> Ponderação que é a relevante quando, como de seguida se fará, se considerem os argumentos no sentido da admissibilidade ou não da prova atípica.

<sup>698</sup> Nesta hipótese a prova é considerada ainda, enquanto regime jurídico, convencionalmente estabelecido pelas partes e por estas invocado em juízo, enquanto conjunto de regras, reguladoras da prova, a observar na instância.

<sup>699</sup> Hipótese em que a ilicitude ocorre por diversidade (atípica ou não) do regime convencional, ante o regime legal, o que se pode verificar-se, seja a nível *abstracto*, seja a nível concreto *primário*).

<sup>700</sup> Correspondente à segunda hipótese de ilicitude referida – ilicitude *na* diversidade (atípica ou não) – por isso ilicitude secundária.

Quer a prova lícita, quer a prova ilícita, a nível abstracto, podem, por outro lado, se ilícitas a nível concreto (primário ou secundário), ser classificadas, como o faz COMOGLIO<sup>702</sup>, em grau de maior ou menor ilicitude, consoante a relevância dos valores

---

<sup>701</sup> Quando considerado o problema à contraluz, mais clara (e agora mobilizável, ante os elementos expostos no corpo do texto), da licitude, dir-se-á que: a prova diversa atípica será lícita, a nível abstracto, em sistemas jurídicos (como o português) em que se permita a válida celebração de convenções criadoras de meios de prova diferentes dos constantes do elenco legal; e, sê-lo-á, a nível concreto, quando as normas jurídicas, relativas ao regime jurídico, relativo à prova, objecto de derrogação convencional, não beneficiem de carácter imperativo; assumirá, a nível concreto e secundário, natureza lícita ou ilícita consoante aquela celebração respeite ou não as limitações impostas como condição de validade do fruto da actividade de modificação auto-reguladora das normas, relativas à prova, destituídas de carácter imperativo. A prova ilícita, no primeiro sentido (concreto primário), pode sê-lo, também, no segundo, quando contrarie outras dimensões do regime jurídico que não apenas aquela que se traduz na proibição, em qualquer circunstância, de convenção que tenha por objecto matéria diversa da que legalmente pode ser objecto deste tipo de acordo processual.

<sup>702</sup> COMOGLIO distingue, adentro da ilicitude, quer as hipóteses de simples *illegality* [“a qual abrange todas as transgressões a princípios e disposições previstos em normas ordinárias”. Abrangência que se caracteriza por uma particular amplitude, dado que “pode consistir não só na prática de um crime, como na prática de um acto civilmente ilícito (como tal produtor de responsabilidade contratual ou extracontratual) ou mesmo de um acto disciplinarmente ilícito, sem embargo de as consequências da ilicitude poderem ser diferentes, “em função da íntima natureza das normas ou dos princípios violados”, que não do “tipo de sanção ou da responsabilidade”], quer a desconformidade com normas de particular relevo – “*unconstitutionality* (isto é, a ofensa a um direito individual constitucionalmente garantido)”, “Il problema delle prove illecite nella esperienza angloamericana e germanica”, *Studi nelle Scienze Giuridiche e Sociali*, Facoltà di Giurisprudenza, XXXIX, Pavia, 1967, pp. 260 e ss.. A esta destrinça subjaz a distinção, adentro da imperatividade (ordem pública em sentido amplo), entre as noções de ordem pública em sentido amplo e em sentido restrito, sob o plano da densidade axiológica. No âmbito do sistema jurídico português, a ponderação constitucional acerca do uso de meios de prova ilicitamente obtidos é expressamente estabelecida, no sentido da preterição da pronúncia justificativa em favor de valores normativamente tutelados quando, no âmbito do art. 32.º, n.º 8 (que não obstante respeitar às garantias em processo criminal e que diz respeito à regulação do direito probatório, extensível a outros quadrantes processuais) se prevê a nulidade das provas “obtidas mediante tortura, coacção, ofensa à integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações”. No sentido da inviabilidade dos valores da vida e da integridade pessoal (moral e física) da pessoa, vd. os arts. 24.º e 25.º. Retratando o diferente grau de desconformidade com a lei e, assim, a nota de maior ou menor gravidade que a ilicitude pode assumir, João CONDE CORREIA refere, no âmbito do processo penal, a distinção entre violação de proibição de prova e violação das formalidades de prova admissíveis, mencionando, a título exemplificativo de tal destrinça, a contraposição, constante de acórdão que cita, entre a hipótese de intromissão não autorizada nas comunicações e a hipótese de escuta validamente autorizada, mas realizada sem observância das formalidades legais, “A distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial”, *Revista do CEJ*, 1.º Semestre, N. 4, 2006, p. 185. Franco RICCI refere diferentes graus de discricionariedade do juiz quando se pronuncia relativamente à observância ou não dos pressupostos de admissibilidade dos meios de prova, notando que, se é discutível se o legislador deve, em geral, deixar ao juiz “la piena libertà di apprezzare la maggiore o minore credibilità” dos meios de prova, já não assim quando em causa estejam garantias que derivem, ainda que “de modo implícito, de normas fundamentais”, “*specie di rango costituzionale*”, *Le prove atipiche*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 460. Assim distingue diversos planos de intensidade de controlo, em função do tipo de normatividade infringida quando, por via processual, se dá cumprimento ao direito civil. Sobre a permeabilidade deste à axiologia constitucional, vide Sousa RIBEIRO, “Constitucionalização do direito civil”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXIV, 1998, pp. 729 a 755. Para perspectiva constitucional do regime processual, vide Lebre de FREITAS e Cristina SANTOS, *A O Processo Civil na Constituição*, Coimbra Editora, 2008. Associando a ilicitude da prova apenas à violação de normas destituídas de cariz adjectivo, DENTI sustenta que “As provas

definidas como ilícitas são-no, na verdade, não porque violem normas processuais, ou porque contrastem com as exigências de definição dos factos no processo, mas porque foram adquiridas em violação de direitos protegidos por normas diversas, e em primeiro lugar por normas constitucionais”, “Scientificità della prova e libera valutazione del giudice”, *Un progetto per la giustizia civile*, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 65. Do regim do art. 345.º do Código Civil decorre, porém, que a nulidade convencional (e, consequentemente, a ilicitude da prova) pode ter por base a violação de normas de natureza adjetiva. Problema diferente é o que respeita à divergência doutrinal no que concerne à possibilidade de consideração jurisdicional de provas ilícitas. MUSIELAK refere a tendência jurisprudencial para, quando esteja em causa prova (na sua terceira dimensão) obtida na sequência da violação de direitos constitucionalmente protegidos, o aproveitamento ou não da informação dela constante ser feito depender da ponderação de factores como os relativos à possibilidade de a prova poder ser obtida de forma lícita e ao confronto entre os interesses da parte que se pretende aproveitar da prova e os do sujeito, cujos direitos foram violados, *Grundkurs ZPO*, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1998, p. 238. Barbosa MOREIRA situa-se em posição intermédia entre as duas teses radicais cuja existência identifica, nos termos das quais se sustenta, num extremo, que “...deve prevalecer em qualquer caso o interesse da Justiça no descobrimento da verdade, de sorte que a ilicitude da obtenção não subtrai à prova o valor que possua como elemento útil para formar o convencimento do juiz...” e, no outro extremo, que “...o direito não pode prestigiar comportamento antijurídico, nem consentir que dele tire proveito quem haja desrespeitado o preceito legal, com prejuízo alheio; por conseguinte, o órgão judicial não reconhecerá eficácia à prova ilegitimamente obtida”. Embora defenda que a solução pressupõe o estabelecimento de equilíbrio (que reconhece difícil) entre a circunstância de estar em causa o aproveitamento “de uma acção antijurídica” e o “interesse público de assegurar ao processo resultado justo”, sublinha o obstáculo que para tanto representam as normas (cuja redacção crítica) constantes do art.º 5.º, n.ºs LVI (“São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”) e XII (“É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefónicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”) da Constituição da República Federativa do Brasil, “A Constituição e as provas ilicitamente obtidas”, *Direito e Cidadania*, n.º 2, Novembro de 1997 a Fevereiro de 1998, Praia, Cabo Verde, pp. 11, 13, 16, 19 e 21. Na perspectiva de REMÉDIO MARQUES, “não podem ser utilizadas na lide as provas, cujos métodos de obtenção são ilícitos, como acontece com as provas, que são obtidas através dos métodos previstos no artigo 32.º/6 da Constituição. Porém, mesmo aí, a ilicitude da obtenção da prova pode ser justificada sempre que a parte, que dela se quer servir, dificilmente poderia confirmar a realidade dos factos de outra forma”, *Acção Declarativa à luz do Código Revisto (pelo Decreto-Lei N.º 303/2007, de 24 de Agosto)*, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2011, p. 371. Solução que, no essencial, encontra acolhimento, no sentido a que obedece o Art. 152, Abs 1 da Zivilprozessordnung suíça, nos termos do qual cada parte tem direito a que o tribunal considere a prova requerida na forma e tempo adequados (“Jede Partei hat das Recht, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt”), contemplando-se, no Abs. 2 do mesmo preceito, que a prova obtida de modo ilícito pode ser considerada se existir um interesse capital na descoberta da verdade (“Rechtswidrig beschaffte Beweismittel werden nur berücksichtigt, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt”). Para tratamento monográfico do problema, com carácter geral, no âmbito do processo civil, *vd.* Isabel ALEXANDRE, *Provas Ilícitas em processo civil*, Almedina, Coimbra, 1998. No que em particular diz respeito à prova ilícita decorrente de convenção de prova nula, cremos dever ter-se por processualmente não usável a informação em que aquela (prova) se consubstancie, atenta a expressa previsão legal da consequência da invalidade (nulidade) e o regime que a esta se associa. Nos termos do art. 286.º do Código Civil, a declaração de nulidade produz efeitos “retroactivos, devendo ser restituído tudo o que tiver sido prestado...”. Não havendo, nesta hipótese, lugar a qualquer restituição, deve, contudo, ante o efeito retroactivo, ter-se o negócio jurídico por “*ab initio*” desprovido de aptidão efeitos, assim se retirando suporte jurídico à valia da prova com base nele produzida ou junta ao processo. De acrescer que a inaceitabilidade da consideração da prova atípica, quando esta não beneficie de cobertura legal, deve abranger, na perspectiva (a que aderimos) de CAVALLONE, não apenas as hipóteses em que aquele tipo de prova é utilizado como fonte de informação para decisão sobre a matéria de facto controvertida, como também quando a ela se recorra como critério de aferição da credibilidade de um meio de prova típico. Visão compatível com a polivalência do regime da prova, enquanto regulador da actividade de esclarecimento da matéria de facto, qualquer que seja o tipo de decisão (substantiva ou processual) de

jurídicos ofendidos. Relevância indiciada, designadamente, pelo grau hierárquico em que se situe a norma por via da qual estes são tutelados.

A circunstância de estar em causa prova atípica não representa, assim, mesmo quando expressamente prevista a sua admissibilidade legal, qualquer garantia de licitude ou de admissibilidade.

A prova convencional decorrente do tipo de convenções que se consideram neste capítulo (prova atípica), conquanto inovadora sob o ponto de vista tipológico, e ainda que lícita em qualquer um dos enunciados sentidos, não deixa, porém, à semelhança dos demais meios de prova, de estar submetida ao controlo jurisdicional, e, em consequência, a todos os meios e fundamentos de que, em concreto, o decisor disponha, no ordenamento jurídico em que se enquadre, para proferir decisão de admissão ou não<sup>703</sup> da produção de prova requerida pelas partes, designadamente os que se prendem com o relevo da prova.<sup>704</sup>

Ao tribunal impõe-se, pois, que, na decisão que a esse título profira, não faça assentar o fundamento da eventual recusa na mera circunstância de o meio de prova ser atípico, sob pena de violação do princípio da equiparação de tratamento entre a prova típica e atípica (máxima que subjaz à previsão legal de admissibilidade da prova atípica convencional, associada à ausência de qualquer menção normativa de diferenciação, quanto ao grau de vinculatividade ou efeitos).

---

que a factualidade em causa represente suporte. Assim justifica a posição que assume: “E na verdade, em abstracto será também possível distinguir, por exemplo, entre a utilização de um testemunho recolhido “noutro lugar” como prova (ou parte de prova) do facto testemunhado, e a sua utilização, como instrumento de verificação da atendibilidade de testemunhos “típicos” recolhidos sobre o mesmo facto. Mas, em termos concretos, se um juiz, frente aos testemunhos “típicos” e contrastantes de A e de B, atribui preferência àquela, das duas provas, que encontra suporte no testemunho “atípico” de C, isso significa, em última análise, que utiliza também este último como elemento (determinante) para a formação da sua convicção: de modo que também por esta mais elegante via, não menos que por aquela habitualmente percorrida pela jurisprudência, se torna a destruir a relação de prejudicialidade que deve existir entre o problema da eficácia de uma prova e o da sua admissibilidade”, “Oralità e disciplina delle prove nella riforma del diritto processuale civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, Vol.XXXIX, II Serie, anno1984, pp. 724 e 725.

<sup>703</sup> Admissão total ou parcial.

<sup>704</sup> Inadmissível será, a título de exemplo, o recurso a meio de prova (típico ou atípico), quando este seja mobilizado para confirmação de versão factual carente de alegação e não alegada, de versão factual alegada destituída de natureza controvertida, bem como de versão factual insusceptível de ser confirmada pelo meio de prova em causa.

### **Subsecção V – (In) admissibilidade de prova atípica**

Este um problema que MAERO situa “al “cuore” del processo”.<sup>705</sup>

Quando globalmente consideradas, as convenções *introdutoras de novos meios de prova* suscitam, sobretudo, *duas ordens* de problemas. Em *primeiro lugar*, o da admissibilidade ou não da sua celebração (âmbito problemático em que a licitude convencional é objecto de aferição, no plano abstracto). Em *segundo lugar* (pressupondo resolvido, em sentido afirmativo, o primeiro problema), o da indagação da existência de figuras que, convencionalmente previstas, se revelem susceptíveis de ser classificadas como novos meios de prova. O primeiro problema será objecto da presente subsecção, sendo, o segundo, considerado na subsecção subsequente.

A primeira problemática dilucidada não releva, no ordenamento jurídico português, como questão carente de reflexão autónoma, dado que esta modalidade de convenções de prova se encontra normativamente prevista, como tipo de acordo de prova em abstracto susceptível de ser validamente celebrado pelas partes.<sup>706</sup> Não assim, porém, no âmbito de outros ordenamentos jurídicos (designadamente no alemão, como JÄCKEL observa)<sup>707</sup>, onde não se contempla regulação legal expressa, restando, assim, a esse nível, por esclarecer, se é ou não admissível a celebração de convenções constitutivas de novos meios de prova.<sup>708</sup> As posições doutrinárias dividem-se, sobretudo, entre as que, no sentido da inadmissibilidade, sustentam a prevalência do princípio da taxatividade, e as que, em postura de abertura relativamente à admissibilidade de prova atípica de fonte convencional, sustentam a não relevância do princípio do *numerus clausus*, nesta matéria. Posições defensoras, respectivamente, da inadmissibilidade e da admissibilidade da prova atípica.

---

<sup>705</sup> *Le prove atipiche nel processo civile*, Cedam, 2001, XVI. Referindo tratar-se de um tema que “ha scatenato passioni”, sublinha, louvando-se nas observações de CAPPELLETTI, o relevo que, nesta sede, o lastro ideológico, cultural e político do intérprete assume.

<sup>706</sup> Cfr. art. 345.º, n.º 2 do Código Civil.

<sup>707</sup> *Beweisvereinbarungen im Zivilrecht Wirksamkeit und Wirkungen aus materiell-rechtlicher und prozessualer Sicht*, Duisburg; Köln, 2007, p. 6. Tal ausência de previsão reguladora respeita aos vários tipos de modalidades de convenções de prova. Diferentemente, no sistema jurídico italiano, onde, não se divisando, embora, norma expressamente reguladora (ao menos de forma literalmente inequívoca, como *infra* melhor se explicitará) da previsão convencional de prova atípica, existe norma que tem por objecto a hipótese de auto-regulação das partes, no que em especial concerne ao regime do ónus da prova (art. 2698 do Codice Civile).

<sup>708</sup> A ponderação, a realizar nesta sede, releva no âmbito do segundo nível de raciocínio, acima referido (relativo à licitude) e, adentro desse, à ilicitude de tipo abstracto.

## V.1. Admissibilidade

### a) Argumentos

São vários os argumentos mobilizáveis, no sentido da admissibilidade do recurso a prova atípica. Destacaremos seis: o argumento literal, o princípio do livre convencimento do juiz, a inclusão deste tipo de prova na figura das presunções jurídicas, a vigência do princípio do dispositivo, o princípio da aquisição processual e o relevo processual da descoberta da verdade. Atentemos, num primeiro momento, na essência de cada argumento.

Mediante invocação do *primeiro* argumento (ausência de previsão normativa expressa), pretende-se retirar da ausência de norma proibitiva do recurso a prova atípica [o que, no âmbito do enquadramento (prova convencional) a que o presente estudo obedece, equivale a ausência de norma proibitiva da celebração de convenções de prova] a possibilidade de a ela haver lugar. Como LOMBARDO explicita, infere, a doutrina, nessa linha de raciocínio, da inexistência de expressa proibição, a admissibilidade de mobilização.<sup>709</sup>

Com a mobilização do *segundo* argumento, visa-se extrair do princípio do livre convencimento do juiz o sentido de que o juiz deve poder dispor da maior amplitude de elementos possíveis para, em liberdade, formar a sua convicção, donde se retiraria deverem ser processualmente também os meios de prova não constantes ou do elenco legal.

Com a invocação do *terceiro* argumento, procede-se à integração da prova atípica no âmbito da prova por presunções jurídicas, atribuindo-se, em simultâneo, àquele tipo de prova (atípica), natureza indiciária e valor probatório de menor intensidade.<sup>710</sup>

---

<sup>709</sup> O autor identifica como razões gerais para o reconhecimento, por parte da doutrina italiana, da categoria das provas atípicas, a inexistência, naquele sistema jurídico, de uma norma de que resulte o carácter esgotante da tipificação legal dos meios de prova, bem como a previsão constitucional do direito à prova, “Profili delle prove civili atipiche”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Dicembre, 2009, Anno LXIII, Nº 4, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, p. 1447 e em [www.judicium.it](http://www.judicium.it), p. 1.

<sup>710</sup> Trata-se, por isso, como adiante explicitaremos, de argumento cuja consideração se situa (quanto a este último aspecto – relativo ao carácter indiciário e associado menor valor probatório), no terceiro nível de raciocínio que referimos (relativo à eficácia). A sustentação da admissibilidade de consideração de prova diversa tem, no âmbito deste argumento, lugar mediante associação entre esse tipo de prova (designada, sob a perspectiva das doutrinas que propugnam tal admissibilidade, prova atípica) e a prova por presunções judiciais. Cumpre explicitar o que pensamento subjacente à convocação de tal relação envolve, no essencial, o seguinte teor de raciocínio: já se encontra legalmente previsto o relevo processual de indícios, quando normativamente se contempla a possibilidade de, mediante recurso a presunção judicial, o tribunal considerar, a partir de um indício, provada uma determinada versão factual. Assim, nada obsta a que o tribunal possa tomar a informação proporcionada por prova atípica, sendo esta considerada como mero indício, a partir do qual, por raciocínio indutivo, o tribunal poderá concluir ter-se verificado a versão factual controvertida. Trata-se de argumentação que serve de base à generalidade das doutrinas propugnadoras da admissibilidade de prova atípica. CARNELUTTI fá-lo quando, por duas vias, relaciona a prova atípica com a prova por presunção: quer sustentando a existência de um princípio nos termos do qual “...todas as provas cuja valoração não se encontra legalmente regulada,

Do princípio do dispositivo (*quarto* argumento) retira-se, na perspectiva das posições que se consideram, que, se às partes é dado, no âmbito do processo civil, em virtude daquela máxima, o poder de dispor do processo, sendo-lhes, designadamente, facultado dar ou não início à instância, delimitar o objecto do litígio (quer no plano factual, juridicamente enquadrado, quer no que respeita ao pedido formulado), definir sujeitos processuais (optando ou não pela intervenção em coligação ou em litisconsórcio, quando voluntários) e pôr termo à instância (quer prescindindo desta, enquanto via de derrenção do litígio, quer, mantendo interesse na pendência da acção, prescindindo da construção autónoma, pelo decisor, da decisão de mérito, substituindo-a por solução definida por si (partes) e por aquele puramente homologada<sup>711</sup>), beneficiariam também, por maioria de razão, as mesmas partes, da possibilidade de dispor do processo, mediante definição convencional dos meios de prova nele convocáveis. Da possibilidade de disposição, quanto ao *mais* (definição da solução da causa) infere-se (no âmbito desta linha argumentativa) a possibilidade de disposição, quanto ao *menos* (determinação dos meios de prova – mobilizáveis que são como meio na actividade de construção daquela solução).

Com a invocação do *quinto* argumento (princípio da aquisição processual) pretende-se concluir ser, a prova atípica, admissível, em virtude de o decisor dever poder considerar, em sede decisória, toda a informação constante do processo.

No âmbito do *sexto* argumento (descoberta da verdade), associa-se, a defesa da admissibilidade da prova atípica, à essencial razão de ser da figura da prova: visando-se, por intermédio desta, esclarecer a factualidade controvertida, seria (de acordo com este raciocínio), de admitir a prova atípica, na medida em que, a um mais lato leque de meios de prova disponível, corresponderia mais ampla possibilidade de resolução daquela controvérsia em consonância com a realidade e, assim, em termos

---

valoram-se segundo a experiência do juiz”, quer sublinhando que a possibilidade de tal valoração pressupõe a observância do limite constante do segundo parágrafo do art. 2729 do Codice Civile, relativo às *presunzione semplice* (presunções judiciais), nos termos do qual se prevê, em formulação literal negativa (“Le presunzioni non si possono ammettere nei casi in cui la legge esclude la prova per testimoni”), o sentido normativo constante, sob formulação positiva, do art. 351.º do Código Civil (“As presunções judiciais só são admitidas nos casos e termos em que é admitida a prova testemunhal”), *Sistema del diritto processuale civile*, vol. I, Padova, Cedam, 1936, p. 746. Na esteira de pensamento de CAPPELLETTI [que convoca, para este fim, o relevo do referido art. 2729 do Codice Civile, sublinhando o segmento nos termos do qual as “presunções não previstas legalmente são deixadas ao critério do juiz, o qual apenas deve admitir as presunções sérias, precisas e coerentes” (Le presunzioni non stabilite dalla legge sono lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti), notando que a consideração de prova atípica deveria obedecer a estes requisitos], COMOGLIO vê na subordinação do uso de “provas inominadas às condições (de gravidade, precisão e coerência) previstas no art. 2729, 1.º parágrafo” uma “lúcida denúncia dos frequentes abusos, nos termos dos quais a prática não só utiliza para efeitos decisórios fontes atípicas, subtraídas à blindagem dialéctica do contraditório, como lhes confere uma eficácia de prova livre, por si suficiente para fundamentar a convicção do juiz quanto aos factos controvertidos”, “Le prove”, *Trattato di diritto privato*, Torino, UTET, 1985, vol. XIX, p. 174. LESSONA inclui-se no mesmo contexto de argumentação, quando sustenta que “provas escritas imperfeitas” possam servir de base a presunções judiciais, *Trattato delle prove in materia civile*, vol. V, Cammelli, Firenze, p. 329 (ponto 204). O mesmo sucede com BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Foro Italiano, Roma, 1936, p. 351.

<sup>711</sup> Optando, nesta segunda hipótese, pelo plano do consenso.

coincidentes com a verdade. O recurso à prova atípica decorreria, sob este ângulo, do próprio direito à prova.<sup>712 713</sup>

### b) *Apreciação*

Importa distinguir os diferentes registos, em que cada um destes argumentos se situa, retirando-os da amálgama em que, assim conjuntamente invocados, se encontram envolvidos.

---

<sup>712</sup> Barbosa MOREIRA refere, a este propósito, que “o direito à prova implica, conceptualmente, a possibilidade de utilizar quaisquer meios probatórios ao dispor das partes”, “Restricciones a la prueba en la Constitución brasileña”, *Revista de Derecho Procesal*, n.º 3, 1995, Edersa, p. 792.

<sup>713</sup> Reflectindo sobre o problema da validade das convenções de prova, em geral, PEZZANI ensaia (à semelhança de BETTI, *Diritto Processuale Civile Italiano*, 2ª ed., Corredatta della recente giurisprudenza, Roma, Foro Italiano, 1936, XXXVI, p. 46 – o autor questiona se se devem ter por admissíveis formas de “autotutela consensuais” em sede de prova. Indagando “se sai di competenza esclusiva dell’ordine giuridico la disciplina della difesa in giudizio e della istruzione onde si forma l’accertamento giurisdizionale, o se rientri invece nella competenza dei privati derogare alle relative norme”, conclui que tais normas assumem carácter inderrogável, na medida em que “non sono poste nell’interesse dell’una o dell’altra parte, ma nell’interesse pubblico a che sai data ragione a quella delle due che dimostri al giudice di saverla”, em ordem a assegurar “il retto esplicamento della funzione del giudice”. Observa, em consequência, que tal finalidade “verrebe frustrata” por via dos acordos em causa, pelo que estes se afiguram inválidos não porque “contrari all’ordine pubblico”, mas porque “toccano directamente l’attività di un organo pubblico”. Daí retira que “se il critério di soluzione proposto è esatto, deve evidentemente ritenersi senza efficacia giuridica non solo ogni Convenzione in tema di prova, ma in genere ogni modificazione convenzionale del potere - che è in pari tempo un onere - della difesa in giudizio”, onde se inclui “il patto del “solve et repete”) uma aproximação entre estas e a fixação de cláusula, pelas partes, no sentido de só vir a ser admissível o questionamento, em sede jurisdicional, do dever de cumprir, depois de realizado o cumprimento (cláusula *solve et repete*, relativamente à qual CHIOVENDA se pronuncia na qualidade de “vero e proprio contratto processuale”, padecente de nulidade em virtude de afectar “in modo iniquo l’equilibrio delle parti”, determinando o tribunal a “separare l’eccezione dall’azione”, quando “sola la legge può per ragioni particolarissime (favore del Fisco, tutela del titolo cambiário) disporre con norma expressa...”, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Vol. I, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1957, pp. 65 e 66). Cotejo cujo interesse e utilidade justifica invocando estarem em causa disposições beneficiárias da mesma estrutura e natureza (previsões negociais que, em seu entendimento, têm carácter material e efeitos processuais). Conclui (em sentido diverso daquele que BETTI alcançara) que o segundo tipo de cláusula não é de previsão juridicamente inadmissível, em virtude de não pôr em causa o teor da actividade jurisdicional, apenas prorrogando o momento em que o acesso à jurisdição pode ter lugar. Daí retira que, não sendo inválida tal convenção, também se não poderá concluir pela invalidade das convenções que em paralelo considera (acordos de prova). De tanto não extrai, contudo, a afirmação da validade da generalidade dos acordos de prova, observando que importa ponderar, a título individual, sobre cada uma das modalidades, *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 144-157. Comungamos do entendimento que perfilha, quanto à necessidade de realização de aferição individualizada, crendo, contudo, que a impossibilidade de extrair aquela ilação global evidencia não estarem em causa convenções equiparáveis (e assim comparáveis) no que diz respeito aos reflexos que delas resultam no plano da actividade jurisdicional. Na verdade, se da primeira previsão negocial decorre tão só, como nota, a dilação do acesso a juízo, do segundo tipo convencional resulta o condicionamento (mais ou menos intenso, consoante a modalidade de convenção de prova em causa) da actividade jurisdicional do decisor. De resto, afigura-se-nos, um dos fundamentais critérios a considerar na dilucidação individualizada da validade de acordos de prova deverá ser, precisamente, o do seu grau de impacto na actividade do juiz.

b.1. Sendo, o problema a que se pretende dar resposta, o da admissibilidade ou não da prova *atípica*, deslocado se revela o *terceiro* argumento, na medida em que enquadra a prova atípica no âmbito de um meio de prova (em sentido amplo) constante do elenco legal (por isso meio de prova *típico*) – fundamento lógico-indutivo (presunções jurídicas), assim incorrendo no paradoxo de qualificar a prova como *atípica*, mediante enquadramento, como o faz VERDE<sup>714</sup> e CHIARLONI<sup>715</sup>, da mesma prova, no âmbito da *tipicidade*.<sup>716</sup>

Este argumento revela-se, por outro lado, inconsistente, quando, em termos dissonância com a qualificação, a que procede, do meio de prova, no quadro das presunções jurídicas, atribui à informação por aqueles (meios atípicos) proporcionada, natureza puramente indiciária, fazendo-se a esta (natureza) indevidamente equivaler a incapacidade (do fundamento decisório em que o meio de prova atípico se traduz) para autonomamente fundamentar a decisão da matéria de facto controvertida para cujo esclarecimento foi mobilizado. As presunções jurídicas são, nos termos legais, porém, fundamento *autónomo* de decisão da matéria de facto controvertida, não lhes sendo associado menor valor probatório.

Importa acrescer que o argumento em causa respeita (nesta sua dimensão), aos efeitos ou valor probatório da prova atípica, que não à admissibilidade desta, pelo que a sua invocação constitui (inadequada) recondução da segunda (admissibilidade) à primeira (eficácia), terminando por, em mistura destes dois planos, justificar a conclusão, no sentido da *admissibilidade* de prova não prevista na lei, na menor capacidade probatória (eficácia) que se lhe associa. Concerne, pois, como acima alvitado, ao terceiro nível que distinguimos (da *eficácia*), quando, diferentemente, o problema para que se pretende obter resposta se situa no segundo plano de raciocínio referido, no âmbito do qual se avalia da *licitude* (ao nível abstracto) da prova atípica.

Consideremos, mais detidamente, as duas observações vindas de formular relativamente a este argumento.

---

<sup>714</sup> GIOVANNI VERDE concebe a presunção jurídica, em termos muito amplos, referindo-a como “importante válvula de escape”, concessora de poderes, ao juiz, para a partir de “n’importe quel fait connu”, tirar conclusões, quanto a facto incerto de relevo para a decisão da causa. Acrescenta que, não fornecendo, o legislador, qualquer definição da noção de indício, nem o modo da sua aquisição processual, aquele (indício) se apresenta ao juiz “no seu vigor natural” estando este tão mais disponível para o usar, quanto mais “influenciado pela ideia de que tudo o que é importante deve ser admissível, e portanto que no processo todo o elemento probatório é utilizável, qualquer que seja a forma como foi obtido”. Admitindo que o sistema italiano nasce como sistema que obedece ao princípio de tipicidade da prova, observa, em simultâneo, que, por via da figura da presunção “seria engano pensar que o juiz italiano só fosse utilizar as provas indicadas pelas leis”, em *Das Beweisrecht der Europäischen Union*, Kluwer Law International, 2004, pp. 274 e 275.

<sup>715</sup> “Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Settembre, 1986, Anno 40, N.º 3, Milano, Dott. A. –Giuffrè Editore, pp. 851 e ss.

<sup>716</sup> Diferentemente, MAERO defende ser inútil a construção da categoria da prova atípica, reconduzindo as várias formas possíveis de prova ao domínio da tipicidade, onde enquadra as presunções e os argumentos de prova. Salvaguarda, por outro lado, a possibilidade de, também nesta sede, poder haver lugar a “interpretazione analogica”, recurso que situa fora do perímetro da atipicidade probatória, *Le prove atipiche nel processo civile*, Cedam, 2001, XV. Em sentido diverso, Franco RICCI distingue diversas *fattispecie* de prova atípica, sobre cuja admissibilidade ou não a título individual se pronuncia, *Le prove atipiche*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 226 e ss.

No que concerne à primeira, referimos que o recurso a este fundamento argumentativo conduz a que se sustente a admissibilidade de consideração de prova atípica (no sentido amplo que lhe é atribuído: prova diversa na designação que preferimos) mediante chamamento à colação de prova típica (prova por presunção judicial). Tal representaria, aparentemente, a quadratura do círculo, para autores que, sustentando embora o princípio da tipicidade das provas, contemporizam com a possibilidade de a informação proporcionada por prova atípica assumir relevo processual, no que concerne ao esclarecimento da matéria factual controvertida.<sup>717</sup>

Afigura-se-nos, porém, que as duas posições são inconciliáveis. A prova que se considere será ou típica ou atípica. Se se tratar de prova típica, não há que procurar encontrar outra justificação (que não a existência de tipificação legal) para a possibilidade de consideração processual desse tipo de informação. A necessidade de o fazer (de indagação de justificação alternativa) resulta do reconhecimento da real atipicidade, o que, naturalmente, pressupõe, contudo, que a informação em causa não seja reconduzível a prova típica (designadamente a prova por presunção judicial).

E cremos que o não é. Tal recondução só se verificaria se se encontrasse legalmente contemplada, com carácter geral, a possibilidade de o decisor considerar *qualsquer indícios* como base para concluir provado um determinado facto, ou seja, se a prova indiciária constituísse uma categoria de prova ou, dizendo-o sob outro ângulo, se a prova por presunção fosse considerada admissível, com carácter indiscriminado, no que diz respeito ao tipo de indício, que pode constituir a base da presunção.

Ora, não é assim. Quando no art. 2729 do Codice Civile (cuja natureza formal e inspiração no art. 1349 do Code Civile francês ANDRIOLI sublinha)<sup>718</sup> se prevê que as presunções não previstas na lei, são deixadas ao critério do juiz, está-se a adoptar, como modelo da presunção jurídica, a figura da presunção legal, permitindo-se que o julgador faça uso do expediente que o legislador utiliza, quando prefigura presunções. E, como resulta do previsto no art. 2727 do mesmo diploma, são presunções as consequências que o legislador ou o juiz retiram de um *facto* conhecido para afirmar um facto desconhecido.<sup>719</sup> O indício susceptível de integrar a base da presunção terá de ser, assim, um facto dado por certo (considerado processualmente assente). Tomando por suporte tal certeza, o decisor pode daí retirar inferência no que diz respeito à verificação de um outro facto, pelo que o primeiro é considerado indício do segundo.<sup>720</sup>

Tudo o que não se verifica na hipótese sobre que ora se reflecte. O que, quando se sustenta a admissibilidade da consideração jurisdicional de prova diversa (atípica,

---

<sup>717</sup> Assim com LESSONA, quando, não obstante sustentar a posição que ora se considera, afirma que “a fixação de meios de prova deve ser feita por lei porque essa é avaliadora dos resultados da lógica e da experiência e porque só assim se eliminam arbítrios e desigualdades”, *Trattato delle prove in materia civile*, vol. V, Cammelli, Firenze, p. 311.

<sup>718</sup> “Presunzioni (Diritto civile e Diritto processuale civile)”, *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Torino, UTET, 1966, pp. 766.

<sup>719</sup> O mesmo resulta da noção prevista no art. 349.º do Código Civil: “Presunções são as ilações que a lei ou o julgador tira de um *facto* conhecido para firmar um *facto* desconhecido.” (itálico nosso).

<sup>720</sup> LOMBARDO nota que quando se pretende “fazer reentrar a prova atípica entre os indícios” se faz um uso impróprio da noção de indício, na medida em que este não representa um *factum probandum*, pelo que não pode constituir facto base, de que se retire facto presumido, “Profili delle prove civili atipiche”, ([www.judicium.it](http://www.judicium.it)), p. 11.

em sentido amplo), se propõe, diferentemente, é que se tome como base do raciocínio indutivo, não um *facto* já considerado processualmente assente (como sucede, quando está em causa a prova por presunção processualmente admitida), mas mera informação (isto é, tão só elementos de prova) conduzida ao processo e ainda não objecto de escrutínio decisório conducente à fixação da matéria de facto. Não está, portanto, em causa, a prova por presunção judicial, meio de prova legalmente reconhecido (prova típica), antes informação probatória não reconduzível a regime de prova legalmente previsto, cuja valia (admitindo vigente um sistema taxativo dos meios e formas de obtenção de prova) para poder servir de fundamento à decisão sobre a matéria de facto não se encontra processualmente admitida.

Trata-se, nesta medida, de advogar o recurso a um raciocínio presuntivo que não o, na verdade, correspondente à figura da presunção judicial, ou seja, de, sem alicerce legal, defender o relevo de prova atípica, usando, abusivamente, a norma em que se regula a figura da presunção judicial<sup>721</sup>, como “comoda porta” (na expressão de CALAMANDREI) para “discretamente” introduzir, no processo, ao arrepio do regime legal, “instrumentos de investigação”.<sup>722</sup>

TARUFFO, sustentando, diferentemente do que sucede com os autores acabados de mencionar, a inexistência de sistema taxativo de meios de prova, fá-lo, contudo, paradoxalmente, por apelo a alusão a meio de prova que, apesar de sustentar incluído no catálogo de meios de prova, diz ser atípico, referindo-se à “...*presença, no reportório dos meios de prova* normalmente admitidos (apesar de não expressamente tipificados), do *indício*, que tem *per se* natureza intrinsecamente *atípica*” (itálico nosso), propugnando que se reconheça a tal tipo de informação o mesmo valor que legalmente se associa à prova por presunção.<sup>723</sup> Posição que merece a crítica de CAVALLONE, quando sublinha que tanto é “ilógico”, por se recorrer ao catálogo legal como fundamento para legitimar provas que simultaneamente se dizem não catalogadas (atípicas).<sup>724</sup> Não se afigura, na verdade, que, pelo facto de o indício assumir relevo processual no contexto de um meio de prova (enquanto fundamento denso da decisão sobre a matéria de facto controvertida – presunção jurídica), tanto o converta em meio de prova. Trata-se, diversamente, de dimensão, cuja mobilização processual o legislador doseia e regula, enquanto elemento operativo no âmbito de

<sup>721</sup> CALAMANDREI referia-se ao art. 1354 do *Codice Civile*, por ser essa a norma que, então, regulava as presunções judiciais: “Le presunzioni che non sono stabilite dalla legge, sono lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordante, e solamente né casi in cui la legge ammette la prova testimoniale”.

<sup>722</sup> De inteira justiça se afiguram, pois, as palavras de MAERO no que diz respeito à limpidez e correcção do raciocínio que CALAMANDREI assim expõe, *Le prove atipiche nel processo civile*, Cedam, 2001, pp. 18 e 19.

<sup>723</sup> TARUFFO sustenta que, no quadro da presunção simples, a atipicidade não respeita à presunção, antes ao facto que constitui a sua base. Observa, por outro lado, o relevo que a referência à atipicidade do indício assume no âmbito da teoria geral da prova (assim superando o estrito domínio das presunções jurídicas), sublinhando, no que concerne à eficácia da prova por presunção, a multiplicidade de entendimentos que doutrinalmente se divisam. No que respeita ao critério (mobilizador da analogia relativamente às provas típicas a que as provas atípicas se possam equiparar), proposto por CARNELUTTI, nota que, ainda que do rigor e minúcia do regime legal quanto às provas típicas não decorra a inadmissibilidade da prova atípica, tanto representa elemento interpretativo a considerar no sentido da inadequação da aplicação, a esta, da força probatória daquelas, “Prove atipiche e convincimento del giudice”, *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. XXVIII, II Serie, Anno 1973, pp. 394e ss.

<sup>724</sup> *Il giudice e la prova nel processo civile*, Cedam, Padova, 1991, p. 362.

uma particular estrutura probatória, correspondente a meio de prova legalmente tipificado. Daí não se retira, porém, que tal elemento possa ser livremente convocável fora desse quadro e dos condicionamentos que no mesmo se impõem.

No que respeita à segunda observação, notámos que a mobilização do conceito de presunção está frequentemente associada ao intuito de procurar tornar mais aceitável o recurso a prova, que se sabe atípica, por via do que se diz ser o menor valor probatório reconhecido ao indício. Ora, configurando o indício, como base de presunção, àquele não se associará menor valor probatório que o dos demais meios de prova (porque menor valor não tem a presunção), antes permitindo, à semelhança do que sucede com estes, que o decisor venha a considerar uma determinada versão factual como provada.<sup>725</sup> O menor relevo desta base decisória poderá advir apenas do círculo mais restrito de hipóteses em que é convocável, dado estar submetido às restrições de aplicação objectiva próprias da prova testemunhal.

CAVALLONE alerta para o erro que a adopção de interpretação diversa pode gerar, quando alude à importância de atender ao sentido técnico das expressões em causa observando que se “...na linguagem comum, expressões como “indício”, “presunção simples”, “prova indiciária”, “prova presuntiva”, evocam frequentemente a noção de uma prova incerta, parcial, pouco segura ou de difícil e questionável valoração”, não corresponde à verdade que a prova por presunção judicial tenha uma eficácia especial, inferior à atribuída a qualquer outra prova “não legal” pelo art. 116, 1.º parágrafo do Codice di Procedura Civile.”<sup>726</sup> Afirmar que as presunções representam meio de prova indiciário não significa, pois, que tenham valor puramente indiciário ou que se confundam com indícios. Na verdade, e no que diz respeito ao segundo segmento desta afirmação, o indício constitui, *diferentemente*, o elemento sobre o qual o raciocínio presuntivo opera, não se identificando com a presunção. Por outro lado, considerando agora o primeiro segmento da afirmação, as presunções não têm valor probatório meramente *indiciário* – caracteriza-as, ao invés, a circunstância de conduzirem à formulação de juízo de *certeza*, a partir de um *indício*. Meio de prova é a presunção, que não este último, beneficiando aquele (meio de prova) do valor probatório de que beneficia a generalidade dos meios de prova, relativamente à generalidade dos factos (susceptibilidade de constituir fundamento da decisão do tribunal, no sentido da verificação ou não verificação de determinada versão factual).

O presente argumento improcede atentas, pois, no fundamental, três razões: a prova atípica não é justificável mediante recurso à figura das presunções, na medida em que é diferente a estrutura operativa do raciocínio operativo a que, em cada uma, haveria lugar (integrada, ao nível do pressuposto de base: por *facto*, no caso das presunções jurídicas; por prova, na sua terceira dimensão, no caso da prova atípica); a irrecondutibilidade da prova atípica ao quadro tipológico das presunções jurídicas sempre decorreria, de forma directa (independentemente da compreensão da

---

<sup>725</sup> Em interpretação do art. 2729 do Codice Civile, Franco Ricci distingue o problema que se prende com a necessidade ou não da pluralidade de indícios para que se possa recorrer à presunção judicial, do problema da eficácia desta. Dissocia, por outro lado, a questão da eficácia dos indícios da questão da eficácia da prova atípica, convocando a figura do indício apenas em sede de argumentação quanto à admissibilidade desta, *Le prove atipiche*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 195 e 196. A formular-se o problema nestes termos, o ponto central residirá em apurar se a prova atípica é equiparável ao elemento que a lei permite que figure como base da presunção (e, assim, sob este ponto de vista, como indício de verificação do facto presumido).

<sup>726</sup> *Il giudice e la prova nel processo civile*, Cedam, Padova, 1991, p. 371.

orgânica operativa associada a cada uma das figuras), da consideração de tal raciocínio equiparador sob uma perspectiva estritamente lógica, na medida em que tal concepção implica a formulação, relativamente à mesma entidade, de duas asserções reciprocamente incompatíveis (“A prova é típica” e “A prova é atípica”); ainda que tal recondução (da atipicidade ao domínio típico da presunção), não seria possível daí retirar que a prova atípica beneficia de valor probatório puramente indiciário, dado não ser esse o valor (probatório) associado às presunções jurídicas.<sup>727</sup>

Observação próxima vale relativamente às respostas doutrinárias (designadamente a propugnada por TARZIA), no sentido de que a prova atípica será susceptível de ser considerada em juízo, desde que não implique ofensa de certos princípios processuais fundamentais (de entre os quais o mais frequentemente

---

<sup>727</sup> A atribuição doutrinária de menor valor probatório à prova atípica representa, pois, via de justificar a possibilidade de mobilização processual de tal tipo de prova, sem abordar o problema da sua justificabilidade, antes o dos efeitos dessa mobilização, quando é o primeiro o problema em causa. Linha argumentativa diversa, conquanto próxima, das ora referidas, é a propugnada por LASERRA quando, defendendo embora que a enunciação legal dos meios de prova assume carácter taxativo (o que retira do facto de, revestindo a regulamentação legal carácter minucioso e preciso, tal rigor se revelaria “inútil e até ridículo, se se pudesse tão facilmente fugir com o simples exclusão dos tipos catalogados”) e não procurando reconduzir hipóteses de prova atípica à figura típica da presunção, sugere que o que designa por “prova inominada” “possa pelo menos, no processo civil declarativo, valer como *dados fundadores inferiores*, isto é como dados insuficientes para, sozinhos, constituírem, em qualquer caso, a totalidade hermenêutica probatória”, “Critica delle cosiddette “prove innominate””, *Giurisprudenza Italiana*, vol. CXII, 1960, p. 842. Tanto significa, porém, sustentar o relevo processual de prova diversa, degradando, embora, o seu valor probatório ao de mero argumento de prova. Ou seja, equivale a admitir a prova atípica, procurando, contudo, compensar-se o facto de se considerar prova legalmente não admitida, com a atribuição de menor valor à informação por ela proporcionada. Acompanhamos, neste sentido, CAVALLONE, quando nota, a este propósito, que tanto corresponde à “ideia de que a racionalidade e a juridicidade do sistema podem ser salvaguardados, atribuindo às provas atípicas uma eficácia de nível inferior à das provas típicas; como se, em suma, toda a eventual lesão causada aos “princípios” pela irregular admissão ou assunção de uma prova, pudesse ser sanada recomendando ao juiz que se deixe convencer por aquela prova, mas “apenas um pouco””, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Cedam, Padova, 1991, p. 385. Transmite, tal ideia, de uma forma particularmente expressiva, quando observa que o problema da falsidade de uma nota (unidade monetária) não se soluciona atribuindo-lhe menor valor que o real “...non si può risolvere il problema della genuinità di una banconota da 100 attribuendole il valore di 50”, “Riflessioni sulla cultura della prova”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2008, p. 959. Denuncia, pois, o autor, com esta observação, o salto de raciocínio que aquele tipo de argumentação envolve. Na verdade, como acima observado, a indagação relativa ao valor probatório de determinada informação corresponde a passo posterior àquele em que se apura da admissibilidade da fonte ou do método de obtenção de informação. Ou seja, só cabe apurar do valor probatório de informação cuja absorção processual seja legalmente admissível, pelo que a atribuição de valor probatório inferior não representará fundamento válido para sustentar a admissibilidade de mobilização processual de meio de prova não constante do elenco legal, sem embargo de, suportando-se (caso tanto se revele viável, ante o particular sistema jurídico que se considere, em termos argumentativamente válidos) a admissibilidade de prova diversa, se poder debater, num outro plano (já não o da ilicitude, mas o da eficácia), o valor probatório a associar a tal tipo de prova. Acresce que a atribuição de tal valor (ainda que de grau inferior ao valor probatório que corresponda, num dado sistema jurídico, ao parâmetro médio, como sucede, no processo civil português, com o correspondente ao princípio da livre apreciação das provas), é, salvo expressa indicação em contrário, da exclusiva competência do legislador, que não do juiz ou das partes. A menor eficácia não constitui, assim, base admissível para apuramento de conclusão, no sentido da licitude.

invocado é o princípio do contraditório)<sup>728 729</sup>. Também este perfil de solução consubstancia deslocalização do problema que se considera. A asserção referida

<sup>728</sup> Quando sustenta que uma das condições indispensáveis para que a prova atípica seja admissível é a observância do princípio do contraditório, a este se referindo como “limite primo ed essenziale, anche se forse non esclusivo, all’ammissione di tali prove” (*Problemi del processo civile di cognizione*, Padova, Cedam, 1989, p. 358), TARZIA toma aquela expressão (prova atípica) como correlato de prova diversa, sustentando que a prova atípica (onde inclui, designadamente, a perícia e inspecção extrajudiciais, bem como o testemunho escrito), deve ser posicionada em plano distinto da prova formada num outro processo e da nova prova documental. Como se nota em texto, o argumento que aduz releva no plano *concreto* do condicionamento da validade da prova atípica, que não o da admissibilidade em *abstracto* (primeiro tipo de ilicitude), sendo que é este último o problema, ora em causa, defender que a prova atípica só será admissível se verificados certos pressupostos de procedimento (designadamente a observância do princípio do contraditório), pressupõe a prévia tomada de posição, no sentido de que é possível considerar processualmente relevante prova que o não seria se se observasse exclusivamente o regime de prova taxativa.

<sup>729</sup> Sublinhando o carácter essencial da garantia do contraditório, GRASSO define-a enquanto exigência de que a cada parte seja dado integral conhecimento da matéria da contenda e a possibilidade de entrar em diálogo com a outra parte e com o juiz sobre todas as questões relevantes para a decisão; observa, em simultâneo que, ainda que não se adira à ideia de “*immanenza*” do princípio no processo civil, incontestável será a sua universalidade aplicativa, bem como a prevalência daquele sobre princípios de teor eventualmente contrastante, *La pronuncia d’ufficio, I, La pronuncia di merito*, Milano, Dott. A. - Giuffrè Editore, 1967, p. 78. TARUFFO refere a frequente inobservância do princípio do contraditório como o mais importante aspecto do problema da prova atípica, “Prove atipiche e convincimento del giudice”, *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. XXVIII, II Serie, Anno 1973, p. 430. Na medida em que o princípio do contraditório tem por razão de ser a tutela de interesses, que superam os meramente privados, a prova cuja produção não obedeça àquele princípio não será passível de ser jurisdicionalmente considerada, cremos, mesmo que as partes se manifestem antecipadamente concordantes, quanto à sua inobservância. A convenção de prova de que conste regime com tal conteúdo padecerá, em consequência, de nulidade, por violação da condição de validade enunciada em terceiro lugar, no âmbito do art. 345.º do Código Civil. Importa ainda considerar, no que concerne ao princípio do contraditório, as dimensões em que tal máxima releva, quando esteja em causa prova documental. Este tipo de prova corresponde ao exemplo paradigmático de prova pré-constituída, na medida em que a sua junção ao processo pressupõe que o documento já se encontre formado. Não há, portanto, lugar à prática de actos instrutórios de produção deste tipo de prova. Importa, contudo, tecer *duas* observações. A *primeira*, no sentido de que tanto não significa que não sejam praticados quaisquer actos instrutórios. Assim, por exemplo, com os de requerimento de junção, bem como com os que se imponham na sequência de impugnação que tenha sido deduzida; actividade processual que deverá obedecer, como qualquer outra, ao princípio do contraditório. Quando esteja em causa prova constituenda, quer a actividade processual da sua produção, quer a correspondente aos actos praticados depois desta, obedecerão a tal princípio. PEZZANI faz daí decorrer (com o que entramos na *segunda* observação) que o princípio do contraditório deverá ser observado também no momento em que a prova documental atípica é produzida. Observa, nesse contexto, que tanto conduziria à “exclusão de todo o género de documentos atípicos, mesmo daqueles usados na prática sem grave impacto no equilíbrio do sistema”. Indica, como exemplo deste último caso, a hipótese em que, no âmbito de acção declarativa de condenação, proposta por uma empresa de produção, contra outra empresa com quem aquela havia celebrado contrato de fornecimento de matéria-prima, a autora formula pedido de indemnização por danos sofridos na sequência de atraso na entrega do material e junta uma carta que lhe fora enviada por um cliente, de cujo teor resulta que, atento o atraso na entrega do produto final, havia perdido o interesse no bem encomendado, *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 272 e 273. No sentido de obviar a que este documento deixasse de ser processualmente considerado (ou de reduzir as hipóteses em que tanto pudesse acontecer), não obstante (no entendimento de PEZZANI) ter havido lugar a inobservância daquele princípio processual aquando da sua formação, a autora sustenta que a irregularidade não deveria ser susceptível de conhecimento oficioso. Diferentemente, observa, o vício seria já passível de ser conhecido pelo julgador, mesmo se não alegado pela parte, quando a violação do princípio do contraditório respeitasse à fase

sucessiva à formação do documento. Afirma igualmente que lhe parece admissível que possa ser validamente celebrado entre as partes pacto de que conste um regime de prova que não respeite o princípio do contraditório “preventivo”, quando esteja em causa um meio de prova atípico. Salvaguarda, porém, deste “nicho”, as hipóteses em que haja “violação de normas codificadas”, dando como exemplo o caso de perícia extrajudicial. Concordamos com a autora, quando defende que a inobservância do princípio do contraditório na fase de formação de perícia extrajudicial deve conduzir a consequências distintas daquelas que se verificam, quando o contraditório não seja observado na fase de formação de prova documental, em que um contraente declara, por escrito, à contraparte, a perda de interesse na realização de uma determinada prestação. Diferimos, contudo, no que diz respeito às razões justificativas de tal posição, na medida em que se nos afigura que, no que concerne à prova documental, não deve haver lugar a sanção por violação do princípio do contraditório, na fase de produção do documento, porque aquele princípio não carece de ser observado nessa hipótese. O contexto (espontâneo) de produção do documento é, por natureza, alheio à observância daquela garantia, destinando-se esta a assegurar o igual tratamento entre as partes, bem como o apuramento do grau de aproximação à verdade dos factos a que o tribunal tem acesso. Compreende-se, nesta medida, que não tenha de haver respeito por um princípio processual, quando está em causa a natural verificação de um facto real, posteriormente aproveitado processualmente. Nenhum sentido faria, nesta medida, exigir, como condição de relevo processual, que a produção de um quadro ou de um CD houvesse de ser realizada, mediante observância do princípio do contraditório. O mesmo vale para a possibilidade de ser processualmente considerado um telegrama ou e-mail em que determinado sujeito jurídico, terceiro relativamente ao processo, transmite a uma das partes (ou a outrem) certa informação (designadamente, comunicando a data de futura realização de uma assembleia geral ou emitindo proposta negocial) não integrável no âmbito dos demais tipos de prova legalmente previstos. Diferentemente sucede com as categorias de prova com natureza constituenda. Sendo produzidas (judicial ou extrajudicialmente) “a pedido” (designadamente para uso jurisdicional), impõe-se, como garantia de fidedignidade do conteúdo transmitido, que, no momento em que a prova é produzida para este fim, quanto a elas se observe, entre outros, o princípio do contraditório, de modo a evitar que, nesse acto de produção, se adultere a realidade, construindo conteúdo deturpado, em função do objectivo que a parte em causa (aquela que se pretende valer desse meio de prova) pretenda alcançar. O núcleo da prova documental corresponde, na verdade, como *supra* tivemos oportunidade de concluir, ao registo, espontâneo e em suporte permanente, de informação não incluída no âmbito de outros meios de prova. Acresce a este núcleo uma hipótese que se traduz na emissão de declarações, que podem ser produzidas na sequência de formulação de pedido para uso em juízo (caso em que tal emissão representa facto de verificação não espontânea), por um terceiro, retratando a verificação de circunstâncias que presenciou ou de que tem conhecimento. Este terceiro produz, nesta medida, declarações, cujo teor assume carácter testemunhal. Prescinde, contudo, o legislador, que a formação desta prova obedeça à formalidade da prova testemunhal, atenta a especial credibilidade que é reconhecida ao seu autor. Tanto, sem embargo de poder haver lugar à prestação, por este, de depoimento testemunhal, se assim requerido e ordenado ou oficiosamente determinado. Assim sucede com a prova documental autêntica e autenticada, no que diz respeito aos factos objecto de declaração pelo agente interveniente.

Recuperando os exemplos de PEZZANI. O facto de, em caso de perícia extrajudicial, dever haver observância do princípio do contraditório, na fase de formação da prova, tanto deve-se ao facto de estar em causa prova pericial que, em dissonância com o regime legalmente imposto, as partes produziram extrajudicialmente e depois apresentaram em juízo em suporte documental. Trata-se, nesta medida, de prova típica (pericial), diversa, ilicitamente produzida (sob o ponto de vista da ilicitude primária), que não de prova documental atípica. A violação do princípio do contraditório deve, portanto, ser oficiosamente conhecida e conduzir a que tal informação não seja considerada em sede de decisão da matéria de facto controvertida. Já no exemplo em que a autora refere carta cujo emitente (terceiro ao processo) comunica à contraparte (autor no processo) ter perdido o interesse na realização de uma prestação, está em causa prova documental. Não atípica, porém. Este terceiro comunica, por escrito, no seu próprio interesse (como fundamento de resolução contratual) e de modo espontâneo, uma realidade presente à data da declaração. Traduz, em si, um facto dotado de autonomia e não meramente reprodutivo de uma realidade vivida ou presenciada no passado, pelo que está em causa prova documental, em sentido próprio. Tanto não impede, contudo, que possa vir a ser notificado para depor em juízo, no sentido de prestar depoimento relativamente aos factos, então passados, em que

representa resposta para um problema distinto – relativo à ilicitude de prova diversa no âmbito do quadro principiológico a observar, em sede de prova atípica (ilicitude concreta primária). A tomada de posição, quanto a este problema, pressupõe, porém, que, num primeiro momento, se tenha logrado, *fundadamente*, responder a problema anterior – o da admissibilidade (licitude, a nível abstracto) da atipicidade da prova, o mesmo é dizer, o da natureza supletiva ou imperativa da normatividade relativa à prova. Só concluindo, quanto a essa questão (e é esse o problema ora em causa), assumir, aquela normatividade, natureza supletiva, se pode progredir para o plano de raciocínio subsequente (desenvolvido, agora, a nível concreto), no âmbito do qual se indagará quais as exactas normas, relativas à prova, que beneficiam dessa índole supletiva (plano da ilicitude concreta primária), bem como quais as condições a que, nesse âmbito de supletividade, a regulação convencional deve obedecer, para que o seu teor seja processualmente considerável. No contexto da argumentação que ora se aprecia, responde-se, porém, ao primeiro problema, pronunciando entendimento, quanto ao terceiro.

De observar, por fim, que, ainda que não relevassem as objecções aduzidas relativamente à valia do argumento em causa, sempre este não poderia representar fundamento para conferir suporte jurídico, às convenções celebradas entre as partes, enquanto fonte de prova atípica. Concedendo, nesse hipotético entendimento, tal argumento, base à possibilidade de o *juiz* considerar, em sede de decisão, elementos atípicos de prova, mediante recurso à figura da presunção, continuaria, porém, destituído de relevo e eficácia autónomos, o *pacto de prova*, enquanto facto jurídico previsor de novos meios de prova.

Os *primeiro, segundo, quarto, quinto e sexto* argumentos representam razões dirigidas a fundamentar a posição no sentido de que a opção pelo princípio da admissibilidade da prova atípica configuraria a selecção de modelo processual mais adequada, assim se situando no devido plano de raciocínio. Divergimos, contudo, do entendimento no sentido de que o *segundo, quarto e quinto* argumentos representem razões válidas, enquanto fundamentos *susceptíveis* de constituir suporte para aquela solução (no sentido da admissibilidade da prova atípica). Cremos, por outro lado, que o *sexto* argumento não constituirá base *sólida*, capaz de conferir alicerce estruturante a tal perspectiva.

De observar, por outro lado, que os referidos *segundo, quarto, quinto e sexto* argumentos têm em comum a circunstância de serem invocáveis (no sentido da admissibilidade da prova atípica), quer no que respeita ao plano do direito constituído, quer no que concerne ao plano do direito constituendo. O *primeiro* argumento

---

interveio e a que se reportava na carta. Tratando-se de prova documental, não carece de ser observado o princípio do contraditório na fase da produção do documento; razão por que, não havendo qualquer vício processual, a informação proporcionada por este meio de prova poderá ser considerada em juízo. Não distinguimos, pois, no que respeita à prova documental, entre contraditório contemporâneo da formação do documento (dito preventivo) e contraditório posterior àquela. Desnecessário se torna, nesta medida, para viabilizar que esse meio de prova possa ser relevado, sustentar que, não obstante a existência de vício, este não é susceptível de ser oficiosamente conhecido. Assim se evita, por outro lado, que a violação de um princípio com a centralidade que o princípio do contraditório assume conduza a consequências processuais distintas (necessária repercussão ou não na validade dos actos processuais), consoante a hipótese que se considere.

representa, diferentemente, razão adutível (também em favor da prova atípica) apenas em sede de direito constituído.

Este último, o argumento quanto ao qual começaremos por nos pronunciar no presente ponto.

b.2.

b.2.1. A consideração do *primeiro* argumento assume especial importância, atenta a frequente inexistência de norma legislativa clara, de que, com carácter seguro, se possa retirar a inadmissibilidade ou admissibilidade de prova atípica e, em consequência, a opção do legislador no sentido da taxatividade ou não dos meios de prova processualmente mobilizáveis.

Se a conclusão se afigura linear, em sentido negativo (não taxatividade do elenco legal dos meios de prova), quando (como sucede no âmbito do sistema jurídico português) expressamente se preveja a possibilidade de celebração de convenções previsoras de meios de prova distintos dos legalmente previstos ou quando a abertura a diferentes tipologias probatórias decorra do recurso a expressões reveladoras dessa elasticidade<sup>730</sup>, em sede de enunciação do elenco legal, e se conclusão de sentido inverso (taxatividade do enunciado normativo elenco legal de meios de prova) se afigura inequívoca ante o recurso a expressão proibitiva (de prova atípica), a dúvida emerge, quando não haja manifestação literal clara num sentido ou noutro.

Creemos, porém, que, nesta hipótese, a conclusão a retirar não pende, com *igual* intensidade, para cada uma das posições em abstracto defensáveis (admissibilidade ou inadmissibilidade da atipicidade), nem, com *maior* preponderância, no sentido da admissibilidade (como decorreria da visão de TARUFFO<sup>731</sup> ou da

---

<sup>730</sup> Como “designadamente” ou outras equivalentes.

<sup>731</sup> O autor retira, da inexistência de norma que consagre o princípio da taxatividade do regime da prova, a conclusão de que é admissível o recurso à prova atípica, em adopção de perspectiva que CAVALLONE rejeita quando, referindo-se àquele autor, diz refutar “a tese segundo a qual a falta de uma norma de clausura do reportório legal das provas teria como consequência a “não exclusividade das formas expressamente reguladas de aquisição em juízo do material probatório utilizável pelo juiz...”, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Cedam, Padova, 1991, p. 357. Na verdade, o argumento é reversível, podendo aduzir-se que, enunciando o legislador, com carácter exacto e preciso, os meios de prova, bem como a forma da sua produção, e não referindo que tal enunciação assume carácter puramente exemplificativo (contrariamente ao que sucede, de forma literalmente inequívoca, no sistema português, quando legalmente se prevê a possibilidade de válida celebração de convenções relativas a meios de prova), nem que aquela regulamentação tem carácter subsidiário, tanto se deve ao facto de ter concebido tal enunciação como taxativa e esta regulação como imperativa. Referindo as diferentes explorações doutrinárias (de sentido oposto) de que o elemento literal pode ser objecto, MAERO manifesta propender para este segundo entendimento, *Le prove atipiche nel processo civile*, Cedam, 2001, p. 4. Em raciocínio incidente sobre esta problemática (carácter taxativo ou não da enunciação legal) no domínio do Direito dos Valores Mobiliários, SOUSA RIBEIRO retira da “maior complexidade do processo de tipificação” própria de regime anteriormente vigente (no âmbito do qual se permitia que, por via administrativa, se reconhecessem, em termos “constitutivamente qualificadores”, tipos não reconduzíveis aos legalmente previstos) argumento no sentido da “tese da consagração do regime da tipicidade”, “Autonomia privada e atipicidade dos valores mobiliários”, *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. VI, Coimbra Editora, 2006, pp. 296 e 297.

interpretação, sustentada por SCHLOSSER, quando, invocando o princípio *In dubio pro libertatem*, retira, da ausência de proibição expressa, a permissão de modificação<sup>732</sup>).

Se é de afastar a posição extrema (cujo essencial teor WAGNER expressivamente concentra na expressão “*Verbot des Konventionalprozesses*”)<sup>733</sup>, sustentadora da absoluta imperatividade do direito público (como a defluente das máximas latinas *Ius publicum privatorum pactis mutari non potest* e *Privatorum conventio juri publico non derogat*<sup>734</sup>)<sup>735</sup>, afigura-se-nos que, na ausência de menção literal, não é, por outro lado, de defender, com DÜTZ, que, em virtude de estar em causa direito adjectivo, se deve, ante a dúvida, presumir no sentido da imperatividade das normas em causa.<sup>736</sup>

---

<sup>732</sup> *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß*, Tübingen, 1968, pp. 9 e ss.

<sup>733</sup> *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 57.

<sup>734</sup> *Digesta 2*, 14, 38 e *Digesta 50*, 17, 45, 1, respectivamente.

<sup>735</sup> Para idêntico entendimento propende CHIOVENDA (“La natura processuale delle norme sulla prova e l’efficacia delle legge processuale nel tempo”, *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, Società Editrice “Foro Italiano”, (1900-1930) – Nuova Edizione considerevolmente aumentada dei “Saggi” e dei “Nuovi Saggi”, Volume Primo, pp. 243 e ss.), bem como BETTI (*Diritto Processuale Civile Italiano*, 2ª ed., Corredatta della recente giurisprudenza, Roma, Foro Italiano, 1936, XXXVI, pp. 44 e ss).

<sup>736</sup> Esse também o sentido de raciocínio que WAGNER parece exprimir, quando refere que o interesse público deve representar obstáculo ao pacto celebrado entre as parte até se poder concluir no sentido da validade daquele: “Soweit der Sonderstatus von Verträgen, in denen eine Partei Bindungen in bezug auf die Ausübung ihr zustehender prozessualer Befugnisse eingeht, überhaupt anerkannt wird, soll gleichwohl das öffentliche Interesse der Zullässigkeit solcher Vereinbarungen Grenzen setzen”, *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 57. A ser essa (no sentido da imodificabilidade) a interpretação *ab initio* prevalecente, só seria, então, de concluir no sentido da admissibilidade de modificabilidade normativa, quando se demonstrasse inexistirem interesses públicos justificativos da natureza imodificável da norma em causa, pelo que (nesta visão presuntiva), em caso de dúvida, se deveria afirmar a natureza imperativa da norma. Não se nos afigura, porém, absolutamente claro o posicionamento do autor. Sustentando que, apesar de, no âmbito do processo civil, se visar a tutela tanto de interesses particulares como de interesses públicos, a primeira assume prevalência ante a segunda, WAGNER declara demarcar-se da posição sustentada por DÜTZ no sentido de que a tutela dos interesses da comunidade prepondera relativamente à garantia dos interesses do indivíduo, sublinhando que esta última posição, tornando o sistema processual inflexível (insusceptível de modificação por via negocial), não seria compatível com uma ordem económica e social liberal e tributária da economia privada. Reconhece, porém, mais à frente, que a posição de DÜTZ não importa a necessária defesa da absoluta imutabilidade das normas processuais, ressaltando como nota distintiva entre a sua posição e a sustentada por aquele autor o facto de o primeiro conceber a possibilidade de válida celebração de negócios processuais como uma excepção que carece de justificação, no âmbito da tutela de protecção constitucional de direitos, ao passo que WAGNER compreenderia a celebração de convenções processuais, em primeiro lugar (“zu allererst”), como expressão da garantia constitucional de liberdade, *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 64. Comungando da visão (comum a ambos os autores) no sentido da convivência, no âmbito do regime processual, de interesses privados e públicos, afigura-se-nos que importa apurar, relativamente a cada norma, a qual deles o legislador conferiu preponderância, em cada norma, sendo que, quando esta tenha sido concedida aos interesses individuais, está em causa a delimitação legal de área de concessão de exercício da autonomia privada. A necessidade de avaliação pontual impede, nesta medida, a adopção de posição prévia e global, no sentido da prevalência de um ou de outro tipo de interesses. De notar, por outro lado, que o autor defende a utilidade (que sublinha não puramente teórica, atentas as consequências que tanto implica no que respeita à facilidade em concluir se o conteúdo normativo é ou não modificável pelas partes) da distinção (no âmbito do direito processual alterável por convenção das partes) entre direito processual dispositivo e direito processual facultativo, correspondendo o primeiro às hipóteses em que existe autorização legal expressa e o segundo às hipóteses em que tanto não se verifica, *ob. cit.*, pp. 51 e ss. Ambas as perspectivas (mais

Contrariamente ao que pode ocorrer em sede de matéria de facto, não se depara, nesta hipótese, o decisor, com dúvida insanável, não estando em causa um aspecto fáctico a cujo conhecimento aquele não tenha acesso directo, antes actividade de natureza jurídico-interpretativa, pelo que importa, convocando os elementos interpretativos mobilizáveis, atribuir um significado ao silêncio.<sup>737</sup> Não se autonomiza,

---

pródiga ou mais estrita, da noção de direito processual dispositivo) se revelam compatibilizáveis com a concepção de BÜLOW no sentido de que não assiste às partes o direito autónomo (privado) de, por acto de vontade próprio, alterar o direito estadual vigente. Movido pela preocupação em refutar a teoria da mutação (*Mutationstheorie*), o autor sustenta a teoria da autorização (*Ermächtigungstheorie*), nos termos da qual a modificabilidade do regime jurídico operada convencionalmente se alicerçaria sempre na existência de norma estadual autorizativa (expressa ou não), “Dispositives Zivilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung”, *Archiv für die zivilistische Praxis*, 64, 1881, pp. 62 e ss. Como WAGNER bem sintetiza, sob este ponto de vista, a autonomia individual surge apenas no “espaço de manobra” possibilitado pelo Estado (“...die Autonomie des einzelnen bloß noch als von staatlicher Seite eingeräumter Handlungsspielraum”), *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 54. Das normas dispositivas distingue, ainda, WAGNER as normas que NIESE apelida de *livres* (“freistellende Normen”), respeitantes às hipóteses em que se discerne a possibilidade de as partes preverem padrões próprios, regentes das suas relações jurídicas individuais, sem que, contudo, a tal concessão subjaza norma susceptível de aplicação em caso de ausência de previsão privada. A perspectiva que, quanto a este particular aspecto, WAGNER sustenta, revela-se congruente com a circunscrita visão que adopta de direito processual dispositivo, nos termos da qual este só releva quando, a par de norma autorizativa, se identifique norma de aplicação subsidiária (“Die dispositive Rechtsnorm setzt sich *ausnahmslos* aus zwei Elementen – einer Ermächtigungsnorm und einer subsidiären Regelung”). Não cremos, porém, que neste especial domínio (assim também não dispositivo, em sentido próprio, das normas livres), se inclua a hipótese que enuncia quando, a título exemplificativo, refere a convenção restritiva de meios de prova (“...bestimmte Beweismittel nicht in den Prozeß einzuführen...”), *ob. cit.*, p. 55. Na verdade, a não contemplarem, as partes, a limitação dos meios de prova invocáveis em juízo, aplicar-se-á, integral e subsidiariamente, a normatividade previsora do elenco legal de meios de prova. Concordamos, contudo, com a posição de princípio de WAGNER quando defende que a existência, em singelo, de norma autorizativa, não representa hipótese incluível no âmbito do conceito de direito dispositivo. Não se pode, na verdade, nessa hipótese, dizer existir *normatividade* passível de ser objecto de disposição privada (direito dispositivo): *existe*, tão só, normatividade declarativa da existência do poder privado de criação de regras jurídicas; *poderão* vir a existir regras jurídicas, fruto do exercício, pelas partes, desse poder de disposição *da* sua esfera jurídica (que não *de* normas jurídicas, conquanto, como observado, se trate de poder de disposição normativamente reconhecido). Não existindo direito (normatividade) dispositivo, identifica-se, assim, não obstante, área de disposição. Não cremos, contudo (sob esse aspecto aderindo a Bülow) que, para que uma norma adjectiva se possa qualificar como dispositiva, tenha de imperiosamente existir norma autorizativa que, de forma expressa, patenteie esse carácter (dispositivo). De distinguir se nos afiguram, assim, três campos, quando se suscita o problema do relevo da autonomia negocial, em processo e, nesse enquadramento, da noção de disposição: de um lado, o que diz respeito ao poder (dispositivo) de, por consenso, conformarem as partes a sua esfera jurídica; de outro, o que concerne à normatividade (dispositiva) passível de ser objecto de modificação pelas partes (em virtude de assim o conceder o sistema jurídico, em normatividade autorizativa expressa ou não); por último, o que concerne às regras jurídicas criadas pelas partes (fruto – tais regras - do exercício do poder dispositivo que às partes é normativamente concedido, como referido, de modo expresso ou não), quer, a vigência destas regras, implique a substituição das que subsidiariamente se aplicariam na ausência de iniciativa reguladora das partes, quer não signifique a sobreposição a qualquer normatividade, porque não pré-existente, esta.

<sup>737</sup> O que não obsta a que, estando, por regra, envolvidos, no âmbito do direito adjectivo, também interesses públicos, a probabilidade de que o resultado interpretativo se traduza em conclusão no sentido da imperatividade normativa, seja superior à probabilidade de obtenção do resultado oposto. Será, sob este ponto de vista, de prevalência mais provável a posição, acima referida, sustentada por CAVALLONE, conquanto só defensável esta, quando corroborada por percurso interpretativo de atribuição de sentido ao silêncio, considerando o contexto do sistema jurídico, em que se insere, na sequência de

pois, nesta sede, um problema de ónus da prova, no âmbito do qual impendesse, sobre a parte interessada no relevo da prova atípica, o ónus de demonstrar a não imperatividade normativa, sob pena de, ante dúvida insanável, se vir a decidir no sentido da taxatividade do elenco legal.<sup>738</sup>

Creemos ser este o sentido com que importa densificar a linha *geral*, delimitadora do âmbito da normatividade processual passível de conformação negocial pelas partes, que SCHIEDERMAIR oferece, quando observa que o direito processual convencional (*prozessrechtliche Verträge*) coincide com o direito processual dispositivo (*dispositiven Zivilprozessrecht*)<sup>739</sup>, bem como o dúctil enunciado de SACHSE (de cujo essencial sentido JÄCKEL<sup>740</sup> e PELLI<sup>741</sup> parecem aproximar-se) quando observa que o que não é proibido pode, mas não tem de, ser permitido.<sup>742</sup>

---

reunião de subsídios que permitam concluir nesse sentido. Peca, porém, por excesso o argumento que o mesmo autor parece validar no sentido de sustentar a vigência do princípio da taxatividade quando questiona: "... que significado e valor jurídico se deverá atribuir à disciplina normativa da instrução probatória, se se puder impunemente dela prescindir invocando a não taxatividade do "catálogo" das *species probationum*?", *Il giudice e la prova nel processo civile*, Cedam, Padova, 1991, pp. 337-339. A admissibilidade de prova atípica não tem, na verdade, de estar necessariamente associada a regime de absoluta dispositividade do regime probatório, podendo limitar-se a determinados domínios do regime da prova e podendo, mesmo no que a estes diz respeito, estar, a validade de derrogação das normas legais por vontade das partes, dependente da observância de determinadas condições (como sucede, quanto a ambos os aspectos, no quadro do regime português).

<sup>738</sup> Referindo-se, embora, a tipo diferente de regras jurídicas (por referência a negócio jurídico, que não a norma legal), Antunes VARELA, Miguel BEZERRA e Sampaio e NORA autonomizam o problema da *interpretação*, relativamente ao problema do *ónus da prova*, referindo que nada tem "com a questão do *ónus da prova* a resolução das dúvidas que suscite a interpretação ou a integração de um documento, como o testamento ou a escritura de compra e venda de um imóvel", *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, Reimpressão, 2006, p. 447.

<sup>739</sup> "Das Problem der Zulässigkeit prozessrechtliche Verträge liegt also jeweils in der Abgrenzung von absolutem und dispositiven Zivilprozessrecht", *Vereinbarungen im Zivilprozeß*, Ludwig Röhrscheid, Bonn, 1935. Ainda que a posição, sustentada por SCHIEDERMAIR [no sentido de que o âmbito do direito processual convencional (e, assim, também o campo da normatividade, relativa à prova, susceptível de ser alterado por convenção) coincide com o âmbito do direito processual dispositivo], se possa revelar precisa, desde que (contrariamente ao propugnado por WAGNER, para quem, apenas nos casos em que à norma legal autorizativa subjaz regulação supletiva alternativa estaria em causa direito dispositivo) esta última expressão (direito processual dispositivo) seja tomada em sentido abrangente, não se retiram, daquela asserção, conclusões lineares, que permitam apurar, em todas as hipóteses, de modo claro e imediato, que normas adjectivas são alteráveis mediante acordo das partes. Em tal visão, ampla, incluem-se, na noção de direito dispositivo, também as hipóteses em que não existe norma expressa autorizativa de modificação, o que obriga a retorno ao problema, em busca de critério interpretativo que sirva de bordão para se poder concluir estar em causa norma aberta ao poder conformador das partes ou norma, cujo teor se encontra inflexivelmente definido pelo legislador. Critério que, como ora se notou no corpo do texto, se nos afigura traduzir-se em, de modo acurado, apurar da existência ou não de interesses públicos, justificativos da impossibilidade de alteração, por convenção, do conteúdo normativo em causa.

<sup>740</sup> JÄCKEL distancia-se de WIECZOREK na medida em que este sustenta a inflexibilidade do direito processual sempre que não exista determinação expressa noutro sentido. Posição que assume também relativamente a EHRENZWEIG quando este defende a vigência do princípio de que o direito processual proíbe todos os contratos que não autorize expressamente. Perspectivas que reconduz ao sentido doutrinal que propugna o "dogma da "proibição do processo convencional"". Se não subscreve a afirmação no sentido de que é "necessariamente proibido tudo o que não for expressamente

autorizado”, discorda, por outro lado, que se possa sustentar ser “autorizado tudo o que não está proibido”, não valendo o princípio “in dubio pro libertate”, pelo que recusa a possibilidade de disposição livre e ilimitada do processo. Em adopção de posição moderada, pronuncia-se, diferentemente, no sentido de que, quer os contratos processuais em geral, quer as convenções de prova, em particular, não têm que se ter por imperativamente inadmissíveis, mesmo quando a ZPO não se pronuncie no exposto sentido da admissibilidade, *Beweisvereinbarungen im Zivilrecht Wirksamkeit und Wirkungen aus materiell-rechtlicher und prozessualer Sicht*, Duisburg; Köln, 2007, pp. 7 e 8.

<sup>741</sup> Para efeitos de selecção do critério de apuramento da possibilidade de exercício da autonomia privada, por via da liberdade contratual, no âmbito do processo (designadamente no domínio da prova), OLIVIA PELLI distingue (em linha de pensamento que se revela compatível com a acima referida diferenciação, de WAGNER, entre direito dispositivo e direito facultativo, bem como com a alusão de NIESE a normas livres) duas categorias de normas: as disposições normativas (*Normbestimmungen*) e as disposições de poder (*Befugnisbestimmungen*). Caracteriza o primeiro tipo normativo a circunstância de se ligar uma determinada consequência jurídica a uma dada situação de facto. Assumirão carácter dispositivo se lhes for associável uma norma de autorização, isto é, se o sistema jurídico autorizar que o regime jurídico que contemplam possa ser moldado pelas partes. Neste caso, tal conteúdo legal terá carácter subsidiário, só prevalecendo caso as partes não prevejam solução diferente. A norma revelar-se-á imperativa quando assim não suceda, devendo aplicar-se em estrita conformidade com o teor legalmente contemplado. O segundo tipo de normas limita-se a conferir às partes um determinado poder ou possibilidade de actuação. Assim, no exemplo identificado pela autora, com as normas em que se concede a possibilidade de impugnação da validade de um negócio jurídico pela parte que se encontra em erro essencial aquando da celebração do contrato. A margem de alteração do regime jurídico respeita, no âmbito desta categoria normativa, à possibilidade de as partes se obrigarem contratualmente ao exercício ou não exercício do direito previsto na lei. No que em particular respeita ao direito probatório suíço, salienta, a autora, que, apesar de não existir regra legal que expressamente proíba ou permita a celebração de convenções de prova, daí não se pode retirar que o silêncio da lei equivalha à inadmissibilidade de tais acordos. Do mesmo modo, sustenta, a tanto não se pode imputar o significado de que seja lícito tudo o que não é proibido. Comungamos, sob esse ponto de vista, da posição sustentada pela autora. Assim também quando afirma que o Direito Processual Civil assume carácter público (por regular relações que se estabelecem entre privados e o Estado, através dos órgãos estatais em que os tribunais se consubstanciam e por ser concebido tomando por critério não apenas a tutela de interesses dos particulares, como ainda interesses de ordem pública, designadamente a segurança e a paz jurídicas), bem como quando sublinha que tal carácter não importa necessariamente a consequência de que todas as suas normas processuais civis tenham carácter imperativo. Quanto a este último aspecto, indica como um dos fundamentos da sua procedência o facto de o objectivo primordial deste ramo de direito ser o de garantir a realização de justiça, observando (em citação de DICKHOFF) que , na medida em que “Nenhuma arte legislativa e nenhuma obra processual casuística e volumosa poderia alguma vez conseguir criar antecipadamente uma regra jurídica suficientemente detalhada até ao pormenor com uma segurança matemática para cada uma das situações e constelações processuais amplamente diversas que podem ocorrer”, não será despidendo, para realização dos objectivos da própria normatividade processual, que as partes possam beneficiar de alguma margem de conformação. Já a invocação do argumento assente na circunstância de, no contexto do processo civil, estarem em causa matérias substantivas por regra disponíveis, nos parece não assumir tão sólido fundamento, em virtude de, como *supra* exposto, o grau de disponibilidade processual não se poder aferir, a título exclusivo, pelo grau de disponibilidade das normas substantivas de cuja realização o processo é instrumento. Também não relevamos tão intensamente a invocação do facto de o regime legal ser claro no sentido do carácter supletivo de determinadas normas jurídicas processuais. Tanto evidencia que nem todas as normas adjectivas são imperativas. Dado que tanto se retira, porém, de uma previsão legal expressa quanto a normas particulares, não permite extrair que as normas processuais possam assumir carácter supletivo, quando tal explicitação legal não exista. Reserva de idêntico sentido vale quanto à alegação de que as partes são, em diversos domínios, “senhoras do processo” (“...die Herren des Prozesses”), *Beweisverträge im Zivilprozess*, Dike Verlag, Zürich, St. Gallen, 2012, pp. 102 a 107). Acresceríamos, como razão no sentido da impossibilidade de conclusão no sentido do carácter necessariamente imperativo das normas processuais, a circunstância de que a permanente coexistência, nesse domínio, entre interesses públicos e privados (à semelhança do que acontece,

b.2.2. Cumpre, atentarmos, agora, sobre o mérito do *segundo* argumento.

A associação do relevo processual da informação obtida por via diversa da legalmente admitida, ao princípio do livre convencimento do juiz, representa, como observado, outro dos argumentos aduzidos pelas doutrinas favorecedoras da admissibilidade de prova diversa. Assim sucede com GRASSO, quando convoca o relevo do art. 116. do Codice di Procedura Civile, bem como com CAPPELLETTI, igualmente partidário de tal perspectiva.<sup>743</sup>

Importa observar, em primeiro lugar, que, do princípio do livre convencimento do juiz, resulta tão só que, na inexistência de disposição legal em contrário, o juiz aprecia livremente a prova produzida, como se retira do teor do art. 116. do referido Código: “O juiz deve valorar a prova segundo o seu prudente critério, salvo se a lei dispuser em sentido diferente”.

O princípio respeita, portanto, ao critério de apreciação da prova,<sup>744</sup> que não (como também ANDRIOLI parece entender<sup>745</sup>) a aspectos logicamente relevantes a

---

embora de forma mais remota, em múltiplas normas relevantes, no âmbito do direito privado), não permite retirar aquela ilação. Na verdade, importante será, para tanto, poder concluir (mediante recurso aos gerais subsídios interpretativos) que, na hierarquia legislativa que presidiu à criação da norma, o interesse público em causa se sobrepõe, com carácter inderrogável, ao interesse privado com que convive.

<sup>742</sup> “Beweisverträge”, *Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess*, Band 54, 1929, pp. 409 e ss.

<sup>743</sup> Este, exprime o seu raciocínio, começando por observar que a essencial pedra de toque para avaliar da efectiva vigência, num dado sistema jurídico, do princípio do livre convencimento do juiz se traduz na existência ou não de um sistema de *numerus clausus* no que diz respeito aos meios de prova. Prossegue, afirmando que essa norma (de fechamento) não existe, sendo que retira tal conclusão do facto de no art. 116. do Codice di Procedura Civile se prever o princípio do livre convencimento do juiz, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano Giuffrè, 1962, I, pp. 270-271. Diverge, assim, da dissociação que CONSO estabelece entre o princípio do livre convencimento do juiz e a admissibilidade de prova atípica, sublinhando que o “sistema de prova legal não se encontra inteiramente superado se não no momento em que” o seja “aquele anel de clausura, que o *numerus clausus* das provas frequentemente representa”, “La «natura» delle norme sulle prove”, *Rivista di Diritto Processuale*, Volume XXIV, II Serie, anno 1969, Cedam, Padova, p. 96.

<sup>744</sup> Apreciação crítica a considerar sob uma dupla perspectiva: se, por um lado, a prova serve de padrão para aferir da veracidade das afirmações factuais produzidas pelas partes, constitui, por outro lado, ela própria objecto de análise crítica. Circunstância que, como refere DENTI, se verifica quanto a todos os tipos de prova, assumindo, embora, “particular relevo quanto às provas históricas, documentos e testemunhas, em função da sua característica particular, que é a de introduzirem no processo representações (ou juízos) relativamente a factos que o juiz deve tomar como fundamento da sua decisão”. DENTI nota, contudo, que a dimensão representativa é co-natural à prova, tendo lugar mesmo quando nenhum sujeito se interponha entre o decisor e a realidade. O autor distingue, a esse propósito, as hipóteses em que representação é imediatamente transmitida ao tribunal pelo sujeito representante, daquelas em que tal representação é depreendida, pelo decisor, a partir dos dados físicos com que lhe é dado contactar, observando que também nesta última circunstância existe representação, “ainda que em tais hipóteses a enunciação das proposições seja obra do juiz”, *La verificaçione delle prove documentali*, UTET, Torino, 1957, pp. 1 e 5.

<sup>745</sup> O autor parece integrar, no “principio della prova libera”, o princípio da livre admissibilidade de meios de prova, na medida em que enuncia, como limites àquele princípio, quer hipóteses em que a lei atribui um valor probatório pré-determinado a certos meios de prova, quer hipóteses em que o juiz fica

montante desta dimensão, como os relativos à maior ou menor latitude de admissibilidade de meios de prova, bem como ao modo da sua produção. A problemática, relativa ao apuramento dos meios de prova susceptíveis de representar fontes de informação a considerar pelo decisor, não se confunde, pois, com a da liberdade do decisor, em sede de apreciação dessa informação.<sup>746</sup>

Nestes termos, não se retira, da existência ou inexistência de um sistema de clausura no que diz respeito aos meios de prova admissíveis e à sua forma de produção, qualquer ilação no que concerne à maior ou menor efectividade daquele princípio. Como OLIVIA PELLI ressalta (a propósito de explicitação de KAUFMANN), a liberdade de apreciação da prova ("*freie Überzeugung*") respeita à liberdade de consideração ("*Würdigungsfreiheit*"), não se confundindo com a liberdade de recolha e utilização de meios de prova e razões da prova ("*Aufnahme- und Verwertungsfreiheit beliebiger Beweismittel und Beweisgründe*").<sup>747</sup>

Ainda que assim não fosse (entendendo-se, nessa hipótese, que o princípio do livre convencimento do juiz pudesse também assumir o significado que os referidos autores lhe atribuem), e aquela correlação, assim, existisse, importaria, num primeiro momento, verificar se o sistema vigente corresponde a paradigma de abertura ou de clausura (de *numerus apertus* ou de *numerus clausus*), para daí retirar, então, conclusão quanto ao *sentido* da real atribuição de consequências jurídicas à previsão daquele princípio, assim se apurando se, no sistema jurídico em análise, é atribuível, o sentido mais extenso que a mencionada doutrina lhe imputa. Estabelecendo, embora,

---

impedido de fazer uso de alguns meios de prova, *Commento al Codice di Procedura Civile*, vol. I, Napoli, 1961, p.337.

<sup>746</sup> Marcello DANIELE distancia-se da diferenciação entre esses planos, quando associa o princípio aos meios de prova passíveis de ser objecto de análise jurisdicional. Referindo-se, no âmbito do Direito Penal, à tendência, revelada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no sentido da recuperação e "ganho de nova linfa" quanto ao que designa por critérios limitadores da livre apreciação da prova pelo juiz (designadamente quando aquele tribunal se pronuncia no sentido de que uma decisão condenatória não pode ter por base apenas, como meio de prova, testemunhos anónimos ou declarações prestadas por testemunhas ausentes), o autor vê nela a consequência da "deriva inquisitória gerada pelos fenómenos de terrorismo internacional que atingiram o mundo ocidental ...", bem como o corolário de, na era da globalização, o mundo se ter tornado "plano", assim sucedendo também com o processo. No que em particular concerne à prova, refere que, neste contexto, no "processo "plano", especialmente se votado à repressão de delitos de tipo transnacional, o risco é a perda da oralidade e da centralidade do debate: as actividades dos vários órgãos judiciários (...) estão em conexão, entre si, e os elementos cognoscitivos, reduzidos a formato digital, transitam entre países e entre fases processuais sem solução de continuidade. Num processo deste tipo as provas serão configuradas como *files* multimédia abertos pela polícia, gradualmente enriquecidos pelos sucessivos órgãos a quem se transmitem, e por fim utilizáveis pelo juiz, independentemente do método segundo o qual se formaram. E a sua eventual carência cognitiva, nesta visão globalizada do processo, poderia ser compensada por regras legais de valoração, destinadas a advertir o juiz para as manusear com extrema atenção", "Le regole di valutazione della prova nei principali sistemi penali europei", *Rivista di Diritto Processuale*, Novembre-Dicembre, 2008, Anno LVIII, Seconda Serie, N.6, Cedam, pp. 1537 e 1538. Embora a utilização deste tipo de prova (por alguma doutrina qualificada como atípica e que dizemos diversa, quanto ao procedimento) se torne mais frequente num mundo e num processo "tornados planos", não cremos que a imposição de critérios como os prefigurados pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem possa ser equiparada, em rigor, à introdução de regras limitadoras da livre apreciação da prova pelo juiz; antes de critérios restritivos dos meios de prova passíveis de apreciação.

<sup>747</sup> *Beweisverträge im Zivilprozess*, Dike Verlag, Zürich, St. Gallen, 2012, p. 85.

a referida associação entre o princípio do livre convencimento do juiz e o sistema de abertura ou clausura, quanto ao regime da prova (em que faz depender a efectividade do primeiro da existência de um regime de abertura e em que, atribuindo um diferente significado ao princípio, retira deste a não taxatividade do regime da prova), CAPPELLETTI vem, a, em inversão de raciocínio, extrair a ilação de que o segundo existe em virtude de aquele princípio se encontrar legalmente consagrado, o que conduz CAVALLONE a observar que aquele incorre em “petição de princípio, já que em substância a não taxatividade do reportório legal das provas, que deveria constituir o *dado* do qual inferir a efectiva vigência do princípio do livre convencimento, vem ao invés inferida da norma que enuncia este princípio, e daquela que disciplina as presunções simples”.<sup>748</sup>

Também CARNELUTTI invoca o princípio do livre convencimento do juiz como argumento no sentido da defesa da admissibilidade da prova atípica,<sup>749</sup> pelo que, quanto a esta posição, valem, igualmente, as observações acabadas de expender.

Ante as visões doutrinárias, acima referidas, dir-se-á, em síntese, que: o princípio processual em causa releva em momento posterior àquele em que se suscita o problema da admissibilidade da prova atípica. Se, a este último propósito, se pondera quais os meios de prova cuja consideração é processualmente admissível, em sede de decisão da matéria de facto controvertida, aquele princípio diz respeito a uma outra questão (a de saber qual o grau de liberdade de que o decisor dispõe quando aprecia a informação proporcionada pelos meios de prova, sejam estes típicos ou atípicos). Referindo-se, os dois aspectos, a momentos e a problemáticas diferentes, aquele princípio (respeitante que é ao segundo aspecto referido), não pode ser convocado, a título de fundamento de resposta para o primeiro problema.

Diferente será se por aquele princípio se tomar a liberdade do julgador na reunião de elementos susceptíveis de fundarem o seu livre convencimento. Nesta hipótese interpretativa, estar-se-ia, pela invocação daquele princípio, a tomar posição quanto à amplitude dos meios de prova mobilizáveis em juízo. Tanto não representa, porém, a invocação de razão, a mobilizar, enquanto subsídio argumentativo, no sentido da defesa da prova atípica; representa, diferentemente, sustentar, de modo directo, a admissibilidade de recurso a esse tipo de prova. A fundamentação desta posição não encontra, porém, afigura-se-nos, sustento normativo, ficando, assim, tal delimitação do conteúdo do princípio do livre convencimento do juiz, desguarnecida de suporte.<sup>750</sup> Impossibilidade (de ancoramento da admissão de prova atípica na invocação daquele princípio) que subjaz ao pensamento de CAVALLONE quando, revelando-se fortemente crítico no que diz respeito às concepções favorecedoras da hipótese de, no âmbito do sistema processual italiano, o tribunal poder considerar informação proporcionada por meios de prova que não os legalmente previstos ou prova produzida na sequência da observância de formalidade diversa da constante da lei, repudia “...a difusa convicção de que todas as informações relativas aos factos da

<sup>748</sup> *Il giudice e la prova nel processo civile*, Cedam, Padova, 1991, p. 337.

<sup>749</sup> *Sistema di Diritto Processuale Civile*, Vol. I, Padova, Cedam, 1936, p. 746.

<sup>750</sup> Não decorre, designadamente, como notado, da conjugação entre os arts. 310., n.º 3 e 116. do Codice di Procedura Civile.

causa, que surjam no processo – não importa como e de onde – possam ser utilizadas pelo juiz para formação do seu convencimento...”.<sup>751</sup>

### b.2.3. Merecerá, o *quarto* argumento, idêntico juízo de improcedência?

Nele se suporta SCHIEDERMAIR quando invoca, como fundamento para a licitude dos acordos processuais, a circunstância de, às partes, assistirem, nos termos legais, os poderes processuais de afirmar e contestar factos, bem como de seleccionar meios de prova e desenvolver a actividade processual a estes associada. O autor toma, assim, a dimensão dispositiva do processo como base e medida para a dimensão dos poderes convencionais das partes, sublinhando, não só que a existência da primeira permite vencer “todas e quaisquer dúvidas” (*alle etwaigen Bedenken*) quanto à existência e justificabilidade dos segundos<sup>752</sup>, como ainda ser incontornável a análise conjunta de ambas as problemáticas (“...*Dispositives Zivilprozessrecht, Dispositionsmaxime und prozessrechtliche Vertrag können nicht voneinander getrennt entwickelt werden*”).<sup>753</sup>

---

<sup>751</sup> *Il giudice e la prova nel processo civile*, Cedam, Padova, 1991, p. 342. Diferente será sustentar a conveniência de, no plano do direito a constituir, se prever princípio consubstanciador dessa visão. Em discernimento claro destes diferentes níveis, CARRATTA distingue o plano do direito vigente do plano do regime jurídico preconizável quando, referindo-se às tendências doutrinárias adeptas da possibilidade de consideração de meios de prova e formas da sua produção não previstos na lei, observa: “...comum a todos estes exemplos é a convicção de que o melhor sistema probatório é aquele que permite que o juiz experimente todos os meios de prova possíveis e lícitos para conseguir definir a verdade/falsidade do enunciado factual; isto é, o sistema que estabelece que o juiz (e não o legislador) possa livremente individualizar o *facto probatório* mais eficaz a demonstrar a verdade das afirmações factuais da parte.”, para, a seguir, ressaltar: “Mas esta perspectiva, se pode partilhar-se numa perspectiva *de iure condendo* de incremento dos poderes do juiz no seio do processo civil em linha com os valores emergentes em sistemas processuais próximos do nosso, parece contrastar de modo evidente com o princípio na base do art. 101, 2 da Const. [nos termos do qual “Os juízos encontram-se subordinados apenas à lei”], que informa toda a actividade judicial, também a relativa ao procedimento probatório”, vendo neste contexto (que concebe inarredável, enquanto regime jurídico em vigor) a razão de ser de “algumas escolhas efectuadas pelo nosso legislador no campo das provas, como, por exemplo, a conservação das provas legais ou a manutenção do princípio da tipicidade dos meios de prova ou a exclusão do núcleo das provas da admissão, do depoimento de parte ou dos designados argumentos de prova, escolha que – se bem que discutidos e quanto a certos aspectos discutíveis – continuam a sobreviver”. Conclui, em coerência, que, “no que diz respeito, pois, ao problema da individualização do esquema racional sobre o qual fundar a racionalidade (ragionamento) probatório” “resulta, antes de mais, que... não podem ser ultrapassados os limites que visam a prossecução de um tal objectivo seja pelo sistema probatório individualizado pelo legislador (como, por exemplo, a existência de provas típicas...), seja pelo modelo processual adoptado...”, “Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)”, *Rivista di Diritto Processuale*, 2001, pp. 82, 83, 102 e 103.

<sup>752</sup> “Den Parteien steht es ja grundsätzlich frei, eine Tatsache zu behaupten, sie zu bestreiten, Beweise anzutreten und die ihnen geeignet erscheinenden Beweismittel zu benennen. Dann aber ist nicht einzusehen, warum die Parteien insoweit nicht auch durch gegenseitige prozessuale Vereinbarungen disponieren können. Alle etwaigen Bedenken im einzelnen schlägt die Tatsache, dass das, was durch die Beweisverträge erreicht werden soll, von den Parteien auf Grund der Verhandlungs- und Dispositionsmaxime auch ohnedies schon erreicht werden kann”, *Vereinbarungen im Zivilprozeß*, Ludwig Röhrscheid, Bonn, 1935, p. 82.

<sup>753</sup> *Vereinbarungen im Zivilprozeß*, Ludwig Röhrscheid, Bonn, 1935, p. 54.

A invocação do princípio do dispositivo como fundamento para a admissibilidade de recurso a prova atípica suscita *três* tipos de observações.

A *primeira* respeita à relação estabelecível entre este princípio e o princípio do inquisitório. Embora conexionáveis como princípios situados em pólos opostos, revelam-se, contudo, passíveis de verificação simultânea. O primeiro princípio respeita aos poderes processuais que assistem às partes, relacionando-se, o segundo, com os poderes processuais de que o juiz beneficia, sendo que pode haver áreas de coincidência, na titularidade de poderes. Assim, por exemplo, no domínio da prova, os poderes de que o decisor dispõe ao abrigo do princípio do inquisitório, no que diz respeito à prerrogativa de ordenar a junção ou a produção de prova, são de amplitude praticamente idêntica (e exercitáveis em simultâneo) àqueles que, em uso dos poderes facultados pelo princípio do dispositivo, as partes beneficiam de requerer a junção ou produção de prova.<sup>754</sup> O posicionamento dos princípios em causa em extremos contraponíveis apenas relevará *quando* se considere como critério (da contraposição) o dos sujeitos [na medida em que o princípio do inquisitório respeita ao sujeito (terceiro decisor) que ocupa, em posição hierarquicamente superior, o topo da pirâmide representativa da relação jurídica processual, respeitando o princípio do dispositivo aos sujeitos (partes) que ocupam (em posição infra-ordenada, ante o primeiro) a base da mesma pirâmide], bem como *quando* se indague do princípio de relevo predominante no contexto de um dado modelo processual (situando-se, assim, o mais e o menos prevalectes em pólos opostos).<sup>755</sup>

<sup>754</sup> Sobre a tendência evolutiva, do figurino de actuação do juiz, em sede de prova, de um modelo neutro para um modelo interventivo, LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants Recherche sur un possible imperium des contractants*, Aix-en Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006, pp. 193 e ss. CAPPELLETTI explicita o mesmo fenómeno, que integra sob a designação de geral atenuação (ou mesmo, em alguns casos) abolição do “dogma” della *disponibilità delle prove*”, “Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiudicizie della struttura del processo”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1967, XXII, p. 415. A referida evolução cumpre-se, assim, em tendência contrária à propugnada por LIEBMAN quando sustentava dever circunscrever-se ao mínimo possível a concessão de poderes instrutórios ao juiz, em sede de promoção de prova, em ordem a garantir a real imparcialidade deste, bem como a evitar, quer a atenuação da distinção “tra funzione giurisdizionale e funzione amministrativa”, quer a introdução no processo de “tendenza paternalistica che non merita alcun incoraggiamento”, “Fondamento del principio dispositivo”, *Rivista di Diritto Processuale*, n.º 15, 1960, p. 564.

<sup>755</sup> A variabilidade da importância concedida a cada um dos princípios denota, como JAUERNIG sublinha, estar em causa sobretudo um “problema de política jurídica” (*rechtspolitisches Problem*), podendo o legislador, em “hipóteses de solução extremas” (*extreme Lösungsmöglichkeiten*) optar por um modelo de tudo ou nada (*alles oder nichts*), concedendo relevo ao princípio do inquisitório - “*Untersuchungsmaxime*”, “*Inquisitionsmaxime*” ou “*Amtsmaxime*” - ou ao princípio do dispositivo (“*Verhandlungsmaxime*”, “*Beibringungsgrundsatz*” ou “*Parteimaxime*” (*Zivilprozessrecht*, 29. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2007, p. 70) ou optar por modelo de maior equilíbrio, em que confira maior preponderância a um ou a outro dos princípios, consoante a área e a matéria processuais em causa. Em anotação a acórdão, em que um dos principais problemas da análise desenvolvida se traduz em apurar se o tribunal pode ou não conhecer factos consubstanciadores de danos não patrimoniais, Maria José CAPELO refere que, no que respeita ao modelo português, se tem vindo a acentuar a aumentar o grau de “publicização do processo”, reduzindo-se o âmbito de relevo do princípio da “auto-responsabilidade das partes” – nota, em particular, que o já “fustigado” (designadamente pela possibilidade de conhecimento oficioso de factos notórios e de consideração oficiosa de factos cujo conhecimento tenha sido adquirido em exercício de funções) princípio do dispositivo, sofreu, ante o teor do art. 5.º, n.º 2, b) do Código de Processo Civil, introduzido pela reforma de 2013, acrescidas limitações, no que diz respeito aos factos

Esta última indagação, porém, não merecerá, por norma, no quadro de um mesmo sistema jurídico, resposta unitária, na medida em que, como PELLI bem salvaguarda, o teor da resposta tende a variar consoante o estrato processual que se considere.<sup>756</sup> Assim, tomando por referência o enquadramento do sistema português, no âmbito da prova, não se detecta (como decorre do acima observado) predominância sensível de um princípio sobre o outro (cfr. art. 411.º do Código de Processo Civil); no âmbito dos factos, prepondera o princípio do dispositivo sobre o princípio do inquisitório (cfr. art. 5.º, n.ºs 1 e 2 do Código de Processo Civil, nos termos do qual incumbe às partes “alegar os factos essenciais que constituem a causa de pedir e aqueles em que se baseiam as excepções invocadas”, sem embargo de o juiz poder oficiosamente considerar os “factos instrumentais que resultem da instrução da causa”, os “factos que sejam complemento ou concretização dos que as partes hajam alegado e resultem da instrução da causa, desde que sobre eles tenham tido a possibilidade de se pronunciar”, bem como os “factos notórios e aqueles de que o

---

complementares e concretizadores, “Os factos notórios e a prova dos danos não patrimoniais”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 143, n.º 3983, Março-Abril, 2014, pp. 286-304. Sobre a tendência evolutiva do regime da prova (no que concerne aos poderes do juiz) no âmbito dos sistemas da *civil law* e da *common law*, vide BARBOSA MOREIRA, “Correntes e contra Correntes no processo Civil Contemporâneo”, *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n.º 27, pp. 3-18.

<sup>756</sup> OLIVIA PELLI esclarece a medida de vigência do princípio do dispositivo, no direito processual suíço, aludindo aos domínios da sua aplicação e às limitações a que se encontra subordinado. No que diz respeito a estas últimas, refere, como manifestações mais salientes, a possibilidade de o tribunal poder considerar factos e regras da experiência notórios, factos instrumentais, factos acessórios e factos legalmente presumidos, mesmo quando não alegados pelas partes (Art. 151 ZPO); o dever judicial de diligenciar no sentido do cumprimento do dever esclarecimento (*Fragepflicht*), promovendo a indicação, pelas partes, de todos os meios de prova relevantes para o apuramento dos factos verdadeiros, bem como concedendo a oportunidade de correcção de eventuais faltas (nos termos do Art. 56 ZPO, se as alegações da parte não forem claras, forem contraditórias, ambíguas ou manifestamente incompletas, o tribunal deve dar à parte a oportunidade de clarificar ou completar a alegação fazendo as perguntas adequadas) e a possibilidade de ordenar a produção oficiosa de prova quanto a factos não controversos em relação aos quais haja dúvidas consideráveis (em conformidade com o Art. 153 ZPO, Abs. 1, “O tribunal ordena a produção oficiosa de prova quanto aos factos que tenha de indagar oficiosamente.”. Do mesmo art., Abs. 2 decorre que o “tribunal pode ordenar a produção oficiosa de prova se surgirem dúvidas sérias quanto à veracidade de um facto não controvertido”). O princípio do dispositivo (predominante), contemplado, a título geral, no Art. 55, Abs. 1 ZPO (“As partes devem apresentar ao tribunal os factos em que suportam o pedido, bem como a prova respectiva”) revela-se na medida em que as partes são responsáveis pela selecção dos factos a alegar (sendo que, por princípio, o tribunal só poderá tomar por base factual, na sentença, os aspectos fácticos alegados, apenas quanto a estes sendo de produzir prova) e beneficiam da possibilidade de requerer a produção de prova. Reconhecendo, embora, que, se as partes não conduzirem o processo de forma cuidadosa, se não alegarem determinados factos ou (apesar de existir fundamento para tanto) não impugnarem factos alegados, podem não ser tidos em conta factos verdadeiros ou ser tomados como verdadeiros factos que o não são, enuncia, em uso de expressão de FRANK/STRÄULI/MESSMER, como base para a preponderância deste princípio, a convicção de que, “para além do dever de verdade, o egoísmo das partes e o antagonismo dos seus interesses garantem melhor a produção completa e o esclarecimento de toda a matéria processual que uma investigação estatal”. A tanto faz crescer a circunstância de as partes serem as melhor conhecedoras da dimensão factual do conflito, *Beweisverträge im Zivilprozess*, Dike Verlag, Zürich, St. Gallen, 2012, pp. 121 e 122. Sobre o dever de verdade incidente sobre o mandatário judicial, vide COMOGLIO, “Regole deontologiche e doveri di verità nel processo”, *La nuova giurisprudenza civile comentata*, Anno XIV, 1998, N.3, Maggio-Giugno, pp. 128-136.

tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções”); no âmbito do direito prepondera o princípio do inquisitório, na medida em que, se as partes se podem pronunciar quanto ao direito aplicável e quanto ao sentido interpretativo que a este deve ser atribuído, incumbe ao juiz definir, com carácter vinculativo, as regras de direito aplicáveis, determinar, por interpretação, o seu sentido, e proceder à sua aplicação.<sup>757</sup>

Considerando estes diferentes planos e graduações, dir-se-á, neste segundo sentido (relativo ao nível de prevalência, em cada um dos identificados planos, em que os princípios do dispositivo e do inquisitório são tomados em contraposição), valer o princípio do inquisitório, quando o tribunal não esteja dependente da actuação das partes para desenvolver actividade processual e valer o princípio do dispositivo, quando o tribunal esteja (total ou predominantemente) condicionado pelas alegações das partes, que assim *dispõem* do processo; sentido em que, no âmbito do enquadramento exposto, o princípio do dispositivo valerá no domínio da promoção da instância e formulação da pretensão (sob as vestes do princípio do pedido), bem como no domínio dos factos e o princípio do inquisitório, nos planos da prova e do direito.

Porque assim, não se pode, da genérica afirmação de que no *processo civil* vale o princípio do dispositivo (e vale, efectivamente, em alguns planos, como observado), retirar, para efeito de admissibilidade ou não de prova atípica, que as partes podem dispor da *prova* e, em consequência, mobilizar processualmente prova atípica, assumindo ter, o elenco de meios de prova, natureza aberta. Argumento desta índole valerá tão só, quando se possa concluir que o princípio do dispositivo seja o princípio regente no plano da *prova*.<sup>758</sup> A conclusão apurada é, contudo, a inversa, na

<sup>757</sup> Como BARBOSA MOREIRA nota, não há, na realidade, modelos processuais equiparáveis a “substâncias “quimicamente puras”” e, assim, absolutamente dispositivos ou inquisitórios. Observa, em consonância, que a “caracterização e a inclusão dos ordenamentos em categorias inspira-se em critério de *predominância*, não de *exclusividade*”, “Duelo e Processo”, *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, N. 24, p. 45.

<sup>758</sup> De notar que a resposta ao problema de determinar qual o princípio relevante, num determinado plano, pode assumir diferentes conteúdos, consoante a exacta *questão* a que se pretenda dar solução. Se se pretende *apurar* (por exemplo no plano da prova), se *apenas* as partes têm a faculdade de desenvolver actividade processual ou se *também* o tribunal beneficia dessa prerrogativa, dir-se-á (retirando efeito útil da contraposição dispositivo/inquisitório) que releva o princípio do inquisitório, quando também ao ente decisor assista essa possibilidade. Neste âmbito, a vigência do princípio do dispositivo é tomada como equivalente de máxima imperante, no domínio de regime em que só as partes dispõem do processo, no plano em causa (da prova, na hipótese que consideramos). Se, diferentemente, se pretender *apurar* se as partes beneficiam da possibilidade de desenvolver actividade processual num certo plano, assim exercendo, na acção, poderes dispositivos, dir-se-á vigorar o princípio do dispositivo sempre que essa actividade se afigure exequível (de acordo com o regime processual em causa) pelas partes, independentemente de idêntica actividade poder ou não ser desenvolvida pelo tribunal. Em caso de cumulação, dir-se-á, relevar, nesse plano, quer o princípio do dispositivo, quer o princípio do inquisitório. Quando apenas as partes o possam fazer, dir-se-á que vigora apenas o princípio do dispositivo. O mesmo vale caso se inquirir se o tribunal beneficia da possibilidade de oficiosamente intervir num determinado plano da actividade processual – caso essa possibilidade exista, dir-se-á vigorar o princípio do inquisitório, independentemente de idêntica faculdade assistir às partes ou não. Também aqui a circunstância de idêntica faculdade assistir às partes conduzirá a resposta, no sentido de que relevam o princípio do inquisitório e o princípio do dispositivo; responder-se-á no sentido da exclusiva vigência do princípio do inquisitório, quando o tribunal seja o único sujeito beneficiário do poder de exercer a actividade processual em causa. Donde se extrai que, consoante o ângulo de colocação do problema, os princípios do dispositivo e do inquisitório podem ser

generalidade dos sistemas jurídicos, pelo que, por esta via, a ilação a retirar seria (na ausência de outros subsídios interpretativos) também a oposta (inadmissibilidade de recurso a prova atípica e, mais amplamente, a prova diversa).

Se, ante a tendencialmente predominante vigência do princípio do dispositivo, no plano dos *factos*, é arguível que as partes devem ter a possibilidade de, por acordo, definir (no âmbito dos limites normativamente determinados) o objecto da lide (quer no plano dos *factos*, quer no plano do pedido), já não será congruente sustentar, ante a vigência do princípio do inquisitório, no plano da *prova* (como sucede no âmbito do sistema jurídico português), a admissibilidade de prova atípica, no princípio do dispositivo. Razões por que este não representa, no quadro de sistema jurídico que se reja por coordenadas como as acima enunciadas, argumento válido no sentido da admissibilidade de prova diversa (designadamente atípica).<sup>759</sup>

---

concebidos em relação de exclusão recíproca (na primeira hipótese que considerámos) ou de verificação cumulável (na segunda hipótese enunciada). No âmbito do sistema português, dir-se-á, sob a segunda perspectiva, com Antunes VARELA, Miguel BEZERRA e Sampaio e NORA, relevarem ambos os princípios, assumindo, em diversos planos (designadamente no plano dos factos e no plano da prova) por isso, este sistema, o “hibridismo” e a natureza de contexto em que se assiste ao “fogo cruzado, mas consertado” de “dois princípios de sinal oposto”, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, Reimpressão, 2006, p. 449. Sobre o diferente relevo que os princípios do dispositivo e do inquisitório assumem no âmbito do processo civil e no âmbito do processo de insolvência, atenta a diferente natureza dos interesses em cada um deles envolvidos, *vd.* Maria José CAPELO, “A fase prévia à declaração de insolvência: algumas questões processuais”, *I Congresso de Direito da Insolvência*, Almedina, 2013, pp. 187-200.

<sup>759</sup> De observar, por outro lado, que, mesmo quando seja o princípio do dispositivo, a máxima regente em sede de prova, também daí não decorre, de modo linear, a admissibilidade de prova atípica. A circunstância de, da vigência do princípio do dispositivo, no plano factual, se poder retirar a admissibilidade de celebração de acordos relativamente a factos, não significa que da vigência do princípio do dispositivo, em sede de prova, se deva extrair a admissibilidade de prova atípica. Não existe, pois, a este nível, afinidade entre ambos os planos. Quando as partes acordam, quanto a factos, delimitando o objecto do litígio, situam-se no plano processual do consenso, criando uma área pacífica (TARUFFO convoca a noção de “fatto pacifico”, a propósito da natureza da factualidade não contestada, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Settembre, 2008, Anno LXII, Supplemento al N° 3, Milano, Giuffrè, pp. 82 e95) a não requerer, assim (quando admissível), a intervenção do tribunal, no sentido de esclarecer uma controvérsia que deixou de existir. Diferentemente, quando acordam quanto ao regime da prova, regulam uma dimensão processual onde subsiste o dissenso, permanecendo a situação de controvérsia, relativamente a versões factuais. Controvérsia que representa, justamente, a razão justificadora da carência de produção de prova. Ou seja, faltando o consenso entre as partes, passa a operar o expediente que, em alternativa, a comunidade definiu para superação da dúvida – o recurso à prova –, assumindo aquela o encargo de, por essa via (e admitindo revelar-se, a prova, fonte de informação que o viabilize, sob pena de necessidade de mobilização das regras do ónus da prova), extinguir (em decisão sobre a matéria de facto controvertida) o litígio, quanto aos factos. Quando processualmente se envereda por esta via, o caminho para esclarecimento da divergência em sede de facto é o da descoberta da verdade. Esta coincide com a realidade. E a realidade é o que é, não o que as partes querem ou declarem que seja. Quando as partes intervêm, ao nível do regime da prova, não estão já a delimitar o objecto do litígio, mas a intervir em área superiormente delineada pelo legislador como alternativa à ausência de consenso (seja porque as partes não logrem atingi-lo, quando admissível, seja porque de alcance juridicamente inviável). Porque assim, se, do princípio do dispositivo em sede de prova, se retira que as partes podem intervir processualmente, juntando ou produzindo prova, *dispondo*, nessa medida (a título exclusivo ou não), da possibilidade de fazer ou não uso dessa possibilidade, daí já não se extrai (quando não se logre mobilizar outro apoio interpretativo nesse sentido), que *disponham* da possibilidade de alterar o regime da prova, modificando as regras a que obedece a actividade de extinção, pela comunidade, da dúvida subsistente, quanto a versões factuais

b.2.4. Importa considerar o *quinto* argumento.

A invocação do princípio da aquisição processual não se revela também base válida no sentido da defesa de que, no âmbito de sistema jurídico que legalmente o preveja, não vigora o princípio da taxatividade dos meios de prova, por consubstanciar argumento que respeita a distinto domínio do regime jurídico da prova, assim respondendo a problema diverso daquele que ora se considera. Tanto, à semelhança do que, como acima notado, sucede quando, para o mesmo efeito, se invoca o princípio do livre convencimento do juiz. Por diferentes razões, porém. Ambos os princípios representam solução para questões que se suscitam em momento lógica e cronologicamente (no plano processual) posterior àquele em que releva o problema da atipicidade.

Concentrando, cada uma das questões, em enunciados interrogativos sintéticos, dir-se-ia que ao problema da atipicidade subjaz a dúvida: quais as *fontes* capazes de fornecer informação (de índole probatória) susceptível de ser processualmente *absorvida*?; ao princípio da aquisição processual subjaz a dúvida: adentro da informação absorvida no processo, qual pode ser objecto de apreciação, assim se tomando nele por processualmente *adquirida*?; ao princípio do livre convencimento do juiz, subjaz a dúvida: quais os critérios a que deve obedecer a apreciação a desenvolver pelo decisor, relativamente a informação *adquirida* no processo? Em resposta ao segundo problema, decorre, do princípio da aquisição

---

processualmente relevantes. Daquele princípio retira-se, pois, com carácter seguro, em sede de prova, apenas que às partes assiste a faculdade de fazer ou não uso dos instrumentos de prova como via de conferir consistência (e, conseqüentemente, utilidade processual) às afirmações que produzem. Não é, assim, por um lado, inequívoca, a possibilidade de, sem autorização comunitária (expressa em previsão normativa) nesse sentido, ser admissível o recurso a prova atípica. Por outro lado, atentas as razões, ora aduzidas, torna-se, sob este ponto de vista, mais claro que, em conformidade com o já acima observado, só aparentemente o acordo, quanto à prova, assume carácter de menor relevo relativamente ao acordo quanto aos factos, com o que decai a inferência de que, sendo admissíveis estes últimos, por maioria de razão o deverão ser os primeiros. Conclui-se, em suma, que o princípio do dispositivo não representa argumento sólido, enquanto fundamento de admissibilidade de recurso a prova diversa (designadamente atípica), quer no contexto de sistemas em que seja essa a máxima processual vigente, em sede de prova, quer, por maioria de razão, no contexto de sistemas em que seja a inversa a directriz processual regente (princípio do inquisitório). Barbosa Moreira denuncia o “salto lógico” que representa passar da vigência do princípio do pedido para a afirmação da admissibilidade de alteração, pelas partes, das regras da prova, mediante recurso a elucidativa imagem: “Se cabe ver no litígio uma como que enfermidade social, a cuja cura se ordena o processo, antes parece lícito raciocinar analogicamente a partir do fato de que o enfermo, no sentido físico da palavra, livre embora de resolver se vai ou não internar-se em hospital, tem de sujeitar-se, desde que opte pela internação, às disposições do regulamento: não pode impor a seu bel-prazer horários de refeições e de visitas, nem será razoável que se lhe permita controlar a actividade do médico no uso de meios de investigação indispensáveis ao diagnóstico, ou na prescrição dos remédios adequados. Não lhe agradando o tratamento, resta-lhe decerto, a qualquer tempo, a possibilidade de retirar-se, mesmo sem alta, para tentar curar-se por outros métodos; enquanto, porém, queira utilizar os serviços do estabelecimento, há de respeitar-lhes a disciplina, que tem suas exigências próprias de racionalidade”, “Os poderes do juiz na direcção e na instrução do processo”, *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n.º 4, 1999, pp. 107 e 108.

processual, que o tribunal deverá “tomar em consideração todas as provas produzidas, tenham ou não emanado de parte que devia produzi-las”.<sup>760</sup>

Por esclarecer resta, pois, ante esta formulação, quais as provas passíveis de ser processualmente *produzidas*, por ser questão alheia a este contexto, a merecer resposta no âmbito do núcleo problemático anterior. Do princípio da aquisição processual não se retira, em suma, resposta para o problema da admissibilidade ou não de prova atípica e, mais amplamente, de prova diversa em virtude de esta representar questão respeitante a área problemática não coberta pelo círculo aplicativo do princípio em causa.<sup>761</sup> Interpretação diversa conduziria a, como TARZIA

---

<sup>760</sup> Cfr. art. 413.º do Código de Processo Civil. Miguel TEIXEIRA DE SOUSA enuncia, como exemplos concretizadores deste princípio, a impossibilidade de retirar os documentos do processo antes do trânsito em julgado (art. 442.º, n.º 3 C.P.C.), bem como a impossibilidade de desistência da prova pericial, sem a anuência da parte contrária (art. 474.º), *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª Edição, Lex, Lisboa, 1997, pp. 346 e 347.

<sup>761</sup> No que diz respeito ao momento de ingresso da prova constituída (designadamente documental) no processo, RICCI sustenta que aquela se tem (no entendimento da doutrina tradicional) como processualmente adquirida, quando junta pelas partes aos autos, pelo que não se tornaria necessário, para tanto, que o tribunal proferisse qualquer decisão de admissão. Daí decorreria que, uma vez juntos, pelas partes, documentos de que constasse prova atípica (onde, como *supra* observado, inclui, neste sentido, prova cujo modo de produção não respeite o legalmente prescrito – prova diversa, que não atípica, segundo a classificação que adoptamos), tal prova dever-se-ia considerar imediatamente adquirida sob o ponto de vista processual. A entrada física (essa imediata) da prova nos autos não se confunde, porém, com a irredutibilidade desse ingresso. Ainda que, contudo, se entendesse que a prova se tem por integrada no processo, aquando da mera formulação de requerimento de prova, tanto não representaria fundamento válido para sustentar que, por força do princípio da aquisição processual, a informação por ela proporcionada se situaria no patamar de prova (na sua terceira dimensão) a considerar necessariamente, pelo tribunal, em sede de decisão da matéria de facto controvertida. Em conformidade com o observado no corpo do texto, tal fundamentação assenta em interpretação que se nos afigura imprecisa do referido princípio processual. Na verdade, antes de poder servir de base à decisão do *thema probandum*, a prova é objecto de escrutínio jurisdicional, no que diz respeito à sua licitude, ou seja, à sua aptidão para servir de suporte ao esclarecimento da dúvida, quanto à dimensão factual do litígio, deferindo, ou não, o decisor, o requerimento de prova formulado pelas partes. Ainda que a prova documental se considerasse efectivamente integrada no processo, aquando da sua mera junção, tratar-se-ia de uma presença não definitivamente consolidada, na medida em que a possibilidade de ser “ferramenta de trabalho” a utilizar no processo, se encontraria ainda dependente de avaliação, a realizar posteriormente, pelo decisor. Só após a prolação de pronúncia expressiva desse juízo (quando de sentido positivo), e uma vez colhido o fruto informativo do meio de prova em causa, assume relevo operativo o princípio da aquisição processual. A relevância deste princípio respeita, pois, a momento processual posterior àquele em que o tribunal, filtrando a informação entrada no processo, selecciona a prova juridicamente admissível, daquela que o não é (autonomizando a prova lícita da prova ilícita). Só relativamente à prova susceptível de ser integrada na primeira categoria vale o princípio em causa. É este, pois, o momento aquisitivo a considerar para o presente efeito. A aquisição em causa não respeita ao meio de prova, mas ao conteúdo proporcionado por tal meio, uma vez reconhecido, este, como canal legítimo de transporte de conteúdo informativo para o processo. Aquele princípio veda, assim, ao tribunal, a possibilidade de, dentro do universo da prova por si reconhecida como susceptível de servir de fundamento decisório (porque lícita), distinguir a prova (a considerar em sede de decisão) com base em critérios relacionados com a sua proveniência subjectiva, valendo, sob este ponto de vista, o princípio da indiferença. O facto de a informação proporcionada por determinado meio de prova se revelar de sentido desfavorável à parte que a carregou para os autos, não constituirá, nesta medida, fundamento válido para a sua não consideração pelo juiz. A evolução do regime processual civil português tem-se desenvolvido na linha da tendencial desvinculação entre o meio de prova e a particularidade factual, o que, no âmbito das alterações introduzidas pela Lei n.º 41/2013, de

nota, tomar o princípio da aquisição processual enquanto equivalente de “un asserito principio di irreversibilità delle acquisizioni istruttorie”.<sup>762</sup>

O princípio da aquisição processual não constitui, nesta medida, fundamento para sustentar que a prova atípica deve ser considerada processualmente, não representando argumento apto a, na ausência de norma expressa, fundamentar a sua admissibilidade.

Pressuposto é, assim, para que relevante o princípio processual em causa, que a prova seja juridicamente admissível, considerando qualquer um dos níveis de ilicitude que distinguimos, o que, no que diz respeito à prova de fonte convencional, implica que primeiramente se tenha concluído ser juridicamente admissível a celebração de convenção (licitude primária) ou o recurso unilateral a prova diversa, bem como que, sendo-o, tal diversidade obedece aos limites de validade juridicamente impostos (licitude secundária).

Pode, contudo, ser utilmente convocado como base para sustentar a impendência, sobre o julgador, do dever de atender, em sede de decisão da matéria de facto controvertida, a prova atípica (bem como, mais amplamente, a toda a prova diversa), quando esta seja juridicamente admissível e tenha sido validamente constituída (seja lícita, em suma), independentemente de o teor informativo que proporciona se revelar ou não favorável à parte que a transporte para o processo ou que neste a constitua. Tanto, à semelhança do que sucede com a prova que não seja objecto de convenção entre as partes. O que equivale a sublinhar que o princípio da aquisição processual se aplica a todo o tipo de prova (convencional ou não), uma vez classificada, pelo tribunal, como lícita e, por isso, passível de servir de base à decisão a proferir quanto à matéria de facto controvertida. Interpretação mais ampla tornaria o princípio da aquisição processual via possível de entrada para o processo de todo o tipo de prova, independentemente de o sistema jurídico reconhecer, em abstracto ou em concreto, a possibilidade da sua formação e integração processuais. Constituiria, quando assim, suporte para a consideração decisória de qualquer prova, desde que constante do processo, o que, como CAVALLONE e PEZANNI observam, representaria cobertura principiológica de um facto ilícito, só porque efectivamente praticado.<sup>763</sup> Respeitando, em suma, a máxima processual em causa, ao tratamento processual que

---

26 de Junho, se revela, de modo principal, na extinção da base instrutória (substituída pela definição fáctica, mais ampla, operada pelos temas de prova – cfr. arts. 410.º e 596.º do Código de Processo Civil) e na eliminação do número máximo de factos, relativamente aos quais uma testemunha pode ser chamada a depor (art. 511.º do Código de Processo Civil, por confronto com a redacção, anterior à entrada em vigor da referida Lei, do art. 632.º do mesmo Código).

<sup>762</sup> No contexto em que faz a afirmação, TARZIA não se detém a rebater essa visão, não obstante a expressão que usa deixar entrever a reticência do autor quanto à adequação daquele entendimento, *Problemi del processo civile di cognizione*, Padova, Cedam, 1989, p. 358.

<sup>763</sup> Em sentido crítico, relativamente a tal interpretação, CAVALLONE denuncia, assertivamente, o uso jurisprudencial do princípio da aquisição processual como forma de adopção da “política do facto consumado quanto a actos processuais ilícitos”, “Riflessioni sulla cultura della prova”, *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, 2008, p. 959. Assumindo posição identicamente adversa à propriedade da convocação do princípio da aquisição processual como via justificativa da admissibilidade de prova atípica, PEZANNI sublinha que este não pode ser mobilizado em ordem a “legitimar a valoração de fontes de prova que seriam inadmissíveis por outras razões”, *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 287.

deve merecer a prova, (pressupondo ser esta admissível), em função da sua natureza favorável ou não relativamente a uma das partes, não representa, aquele princípio, base argumentativa passível de ser mobilizada, quando em causa o problema, prévio, da admissibilidade da prova em juízo, independentemente da relação que se possa estabelecer entre o seu teor e a posição de cada uma das partes.

b.2.5. Improcedendo, conforme o acima explicitado, enquanto subsídios no sentido da admissibilidade, os primeiro, segundo, terceiro, quarto e quinto argumentos, resta ponderar sobre o argumento (*sexto*) relativo à descoberta *da verdade*.<sup>764</sup> Também deste, porém, não retiramos fundamento que permita concluir propender o legislador para admitir a prova atípica.<sup>765</sup>

---

<sup>764</sup> Não qualificamos, propositadamente, a verdade, como material ou processual, por adoptarmos visão unitária do conceito. Não obstante admitir a distinção, “em sentido jurídico-processual”, entre verdade material e verdade, MONTELEONE recusa que, em rigor, tal diferenciação possa ser estabelecida, mesmo no domínio processual, notando: “... no plano do processo não pode continuar a existir uma contraposição entre verdade material e formal, ou jurídica, porque estando a primeira incorporada no facto já não existe; a única verdade que se pode postular relativamente ao juiz e investigar através da prova será sempre o produto de uma avaliação subjectiva”, “Limiti alla prova di ufficio nel processo civile. Cenni di diritto comparato e sul diritto comparato”, *Rivista di Diritto Processuale*, Luglio-Agosto, 2007, Anno LXII, Seconda Serie, N.4, Cedam, pp. 865 e 866. Concordando, embora, com a inexactidão da distinção e com a circunstância de a verdade ser uma só, fazêmo-lo, porém, diferentemente, por entendermos que esta coincide com a realidade, nela residindo. No processo formulam-se apenas juízos de veracidade ou falsidade, relativamente às proposições de facto alegadas, por confronto com a informação probatória (cujos meios são *também* objecto de avaliação quanto ao seu carácter verdadeiro ou não, isto é, quanto à sua coincidência ou não com a verdade). A conclusão a que se chegue – vertida na decisão da matéria de facto – pode ser ou não correcta e, nessa medida, também verdadeira ou não. No processo não reside, assim, a verdade, nele havendo tão só a formulação de juízos (correctos ou incorrectos, verdadeiros ou não verdadeiros) quanto à coincidência entre determinados elementos e aquele parâmetro (a verdade). A circunstância de a verdade ser ou não plenamente acessível não lhe retira existência, identidade, realidade e unicidade. Pode, contudo, ser considerada por vários sujeitos que, captando-a pelo filtro que lhes é próprio, absorvem uma versão, dessa verdade, passível de se revelar distinta da captada por outro sujeito (porque este a perspectiva sob filtro distinto do que presidiu à construção da visão absorvida pelo primeiro). Esta, por norma, a razão de ser da pluralidade das versões do real transmitidas ao tribunal por via dos meios de prova e, consequentemente, da relatividade e ausência de garantia de completa aderência à realidade (à verdade) da versão processualmente adoptada para fins decisórios. O autor vem, mais tarde, a pronunciar-se em termos mais conformes com a ideia de unicidade da verdade, quando observa: “...il concetto di *verità materiale* è in sé equivoco ed inconsistente, perche presuppone una indimostrabile contrapposizione com un'altra *verità* di impossibile definizione, essendo essa una sola e senza aggettivi”. Acrescenta, porém, que a determinação da verdade é “un fine estraneo alla Giurisdizione civile, che serve invece ad accertare e tutelare *diritti* e non *verità*”, “Intorno al concetto di *verità* “materiale” o “oggettiva” nel processo civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, Gennaio-Febbraio, 2009, Anno LXIV, Seconda Serie, N.1, Cedam, p. 11. Cremos que, se a tutela jurisdicional opera, em diversas hipóteses, prescindindo da indagação da verdade, esta é, nas demais, instrumento necessário à tutela dos direitos cuja satisfação constitui objecto da pretensão formulada em juízo.

<sup>765</sup> Este o fundamental argumento em que Gian Franco Ricci suporta a sua posição de defesa da admissibilidade da prova atípica, assumindo ser, a definição da “*verità effettiva*” “un sicuro scopo anche del processo civile”. Sob um ponto de vista global, porém, ancora a concepção que sustenta em “tríplice ordine di elementi”, crescendo, ao referido, a admissibilidade do indício como fonte de prova, bem como o reconhecimento constitucional do direito à prova que, no entendimento que perfilha, conferiria às partes a prerrogativa de “utilizzare ogni mezzo di indagine che in concreto appaia rilevante per l'accertamento dei fatti di causa”, contanto que não excluído por específica disposição legal, *Le prove atipiche*, Milano, Giuffrè, 1999, pp.223 e ss.

E tanto, não apenas porque, como acima relevámos, nem sempre as convenções previsoras de meios de prova diferentes dos legais efectivamente proporciona a possibilidade de aquisição, no processo onde seja feita valer, de maior informação probatória que aquela que seria processualmente absorvida caso a convenção de prova não tivesse sido celebrada. Assim quando a convenção produza efeito mantentor ou restritivo do número total de meios de prova.

Se isoladamente considerada, esta observação compagnar-se-ia com o reconhecimento de admissibilidade de recurso à prova atípica, quando a convenção de prova se revelasse produtora de efeito ampliador do número de meios de prova processualmente disponível. Não assim, porém. O contributo para a maior capacidade de indagação da verdade em processo afere-se considerando, não tanto, a maior *quantidade* informativa proporcionada, antes a *qualidade* da informação fornecida. O acréscimo do número de meios de prova, mediante previsão convencional da possibilidade de convocação de meios outros que não os legais, conquanto assegure maior débito informativo (se a convenção se revelar, além de inovadora, quantitativamente ampliadora) não representa garantia de que os elementos acrescidamente obtidos representem dados fidedignos, assim potenciadores da possibilidade de acesso à realidade dos factos e, em consequência à verdade, em incremento da imparcialidade objectiva (e, assim, da adequação da decisão).

Na verdade, mesmo nas hipóteses em que as convenções constitutivas de novos meios de prova gerem efectivo aumento do número global de meios de prova disponíveis, tanto não representa, necessariamente, promoção da capacidade de dar maior cumprimento ao escopo da descoberta da verdade, podendo, inclusivamente, daí decorrer a consequência inversa, quando a informação proporcionada pelo novo meio de prova não se revele fiel à realidade.<sup>766</sup> Donde a importância que assume o catálogo legal de meios de prova, por representarem fontes a que, com diferentes graus de intensidade, o legislador reconhece, na sequência da selecção por si desenvolvida (de que acima demos conta), valia, enquanto fontes possíveis de informação processual.<sup>767</sup>

Acresce que, invocar o direito à prova e à descoberta da verdade, enquanto argumentos no sentido da vigência de regime permissor da prova atípica, representa petição de princípio, na medida em que pressupõe que esse direito e aquele valor merecem tutela, no âmbito do sistema jurídico que se considera, mesmo *para além*

---

<sup>766</sup> De observar que CHIARLONI refere que a inadmissibilidade de recurso à prova atípica geraria a impossibilidade de descoberta da verdade *nos casos em que não exista prova típica*, “Questioni rilevabili d’ufficio, diritto di difesa e “formalismo delle garanzie””, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, ano 41, n.º 3, 1987, p. 571. A considerar-se (em sentido que não corroboramos, como melhor se retira do que explicitámos no corpo do texto) que a invocada razão (descoberta da verdade) possa, por si só, conduzir à admissibilidade de prova atípica, dela decorreria, porém, dando sequência ao raciocínio do autor, fundamento para que, apenas a título subsidiário, pudesse haver recurso a prova atípica (quando a prova típica se revelasse inexistente ou inconclusiva).

<sup>767</sup> A convenção *restritiva* de meios de prova pode, sob este ponto de vista, revelar-se produtora de efeito promotor do conhecimento da verdade quando, por seu intermédio, se elimine a possibilidade de produção de meio de prova que, em concreto, se revele pouco credível e, nessa medida, potencial fonte de dificuldade ou impossibilidade de acesso à verdade.

dos *quadros* em que legalmente se encontra recortada a possibilidade de exercício daquele direito e, conseqüentemente, a prossecução daquele valor (quadros correspondentes à mobilização dos meios de prova constantes do elenco legal e observância das demais regras e princípios processuais atinentes a essa matéria).

Razão por que participamos da temperança de TARZIA, quando adverte para o perigo de a absolutização do direito à prova poder conduzir à escrava subordinação do decisor ao desiderato das partes.<sup>768</sup>

Não é, nestes termos, incongruente, que, no seio de um mesmo sistema jurídico processual, vigore o princípio da descoberta da verdade, se reconheça às partes o exercício do direito a exercer pronúncia justificativa e, em simultâneo, o princípio da taxatividade dos meios de prova. Assim sucederá, quando o legislador propugne a descoberta da verdade como um dos fundamentais fitos regentes do processo, definindo, em paralelo, em termos imperativos, os únicos meios que toma por admissíveis, enquanto vias de alcance desse valor.<sup>769</sup>

Na ausência de menção normativa no sentido de admissibilidade ou não de mobilização de prova atípica, a garantia e preservação da qualidade da informação probatória e, assim, da imparcialidade objectiva, conduzem a circunscrever os meios de prova (tomando a previsão normativa por taxativa) àqueles que (atentas as razões, acima dilucidadas, aquando da consideração de cada um dos tipos legais de meios de prova) já foram, como LESSONA sublinha<sup>770</sup>, objecto de escrutínio do legislador quando,

---

<sup>768</sup> TARZIA explicita-o quando adverte para o perigo que representam os dois extremos nesta sede divisáveis: "... se è vero, come ho accennato, che la costruzione del "diritto alla prova" non può essere spinta sino a trasformare le parti del processo in creditori del giudice, per un esercizio dei poteri probatori conforme ai loro desideri, o in titolari di potestà, cui il giudice debba puramente soggiacere, è anche vero che non ci si può chiudere nelle maglie dell'antica e pur fondata Osservazione, per la quale *judici fit* probatio, al fin di giudicare, o meglio rendere innocua, qualunque deviazione concreta dalle regole del diritto probatorio, e specialmente dal principio fondamentale, che governa l'acquisizione della prova al processo", *Problemi del processo civile di cognizione*, Padova, Cedam, 1989, p. 376.

<sup>769</sup> Tenderá, o legislador, nesta hipótese, a adoptar outras vias de promoção da descoberta da verdade, incrementando, designadamente, os poderes do decisor, enquanto *actor*, em sede de prova.

<sup>770</sup> Excluindo liminarmente a possibilidade de as partes poderem, individualmente, "estabelecer meios de prova segundo o seu arbítrio", LESSONA questiona se tal inadmissibilidade se verifica também, quando esteja em causa a celebração, judicial ou extrajudicial, de convenções de prova. A este problema responde positivamente (em sentido que sublinha coincidente com FERRARA, WACH e GARSONNET e contrário a BÜLOW), independentemente do tipo convencional em causa, sendo que distingue três categorias de acordos: os pactos criadores de novos meios de prova, os pactos previsores de novos meios de prova, em hipóteses em que a lei proíbe o recurso a tais meios, e a proibição de meios de prova, que a lei admite, em geral, ou que impõe em casos especiais. No que diz respeito à primeira categoria, inclui nela hipóteses que enquadrámos no âmbito das convenções relativas à tramitação. No que concerne à terceira, concede, como exemplo, uma hipótese de observância obrigatória da forma escrita a título de formalidade *ad substantiam* que não consideramos impositiva de um meio de prova, embora produtora de reflexos nesse plano. A fundamentação que expõe para a posição, no sentido de ilicitude destas convenções é unitária (comum às várias hipóteses convencionais que distingue - a inquestionabilidade do juízo, que o legislador formulou relativamente aos diversos meios de prova: "O legislador, estudando os meios de prova oferecidos pela lógica e experimentados na prática, formulou uma regra com a qual, de modo soberano, os reputou potencialmente e legalmente convincentes, potencialmente e legalmente inúteis. É só a lei que, por razões dessa valoração, ampliou ou restringiu o uso dos meios da prova, por si reconhecidos. O juiz não pode, nem aceitar, nem recusar meios de convencimento, diferentes daqueles que a lei oferece". A possibilidade de convocação de meios de prova pressupõe, assim, a observância de um prévio "crivo" permissor: o juízo do legislador, quanto à

atenta a *mais valia* (acima explicitada) por cada um deles proporcionada, os *seleccionou* como vias capazes de (com grau de probidade compatível com os seus critérios mínimos de exigência de qualidade informativa) proporcionar elementos susceptíveis de servir de base objectivamente imparcial e, portanto, o mais próxima possível da verdade, à decisão da matéria de facto controvertida.<sup>771</sup>

## V.2. Inadmissibilidade

### a) Argumento

A circunstância de a produção de prova atípica convencional poder contribuir para o aumento do número de actos processuais, envolvendo, assim, compromisso da celeridade processual, representa argumento invocável, no sentido da inadmissibilidade daquele tipo de prova e, em consequência, argumento adutível, como fundamento da natureza taxativa do elenco legal de meios de prova.<sup>772</sup>

### b) Apreciação

---

possibilidade de relevo processual de cada meio processual. Só na expressão de tal beneplácito pode assentar o recurso a tais fundamentos decisórios. A necessidade dessa pronúncia legislativa autorizativa exclui também, defende, que, em caso de convenção restritiva de meios de prova, esta pudesse ser considerada lícita se os meios excluídos forem qualificáveis como “menos fáceis” ou “menos convincentes” que os mantidos, *Trattato delle prove in materia civile*, Terza Edizione interamente riveduta, Volume Primo, Torino, UTET, 1927, pp. 65 e ss.. Como excepções, no âmbito da doutrina antiga, no sentido da absoluta ilicitude das convenções de prova, LESSONA destaca DURANDO, GALEOTTI e BALDO. Dizemos excepções à *absoluta* ilicitude, na medida em que não excluem totalmente tal consequência, antes a condicionando à verificação de certas condições ou associando à ilicitude determinados reflexos tuteladores da parte prejudicada com a não observância do regime convencional. Na primeira hipótese, LESSONA inclui DURANDO (por admitir a lícitude, se houver juramento) e GALEOTTI (por fazer depender a ilicitude ou lícitude da decisão do julgador). Enquadra na segunda BALDO, por sustentar, este, que, em caso de não observância do regime de convenção restritiva de meios de prova, à parte contra quem a prova tenha sido produzida, assiste o direito a ressarcimento pelos danos sofridos. Quanto a esta última posição desvela, contudo, uma apreciação crítica, que comungamos, no sentido da ausência de fundamento para sustentar a existência de direito à indemnização por não cumprimento de um pacto nulo por inidoneidade do objecto, *ob. cit.*, pp. 66 e 67.

<sup>771</sup> Conclusão, no sentido da taxatividade, que, assim, se obtém, não porque, na dúvida, seja de concluir que está em causa norma imperativa, mas porque a esse resultado conduzem os subsídios interpretativos mobilizáveis, a que se alude no corpo do texto.

<sup>772</sup> A este argumento outros são associáveis. Assim, por exemplo, com o que se relaciona com o interesse público em garantir a certeza e a segurança jurídicas que, como MAERO observa, constitui a principal razão invocada, no final do séc. XIX (na vigência do *Codice di Procedura Civile* e do *Codice Civile* de 1865), por Francesco Ricci (*Delle prove*, 1891), contra a admissibilidade da prova inominada (*Le prove atipiche nel processo civile*, Cedam, 2001, p. 7). O sublinhado que a doutrina processual tem vindo a conferir à dimensão da tutela jurisdicional efectiva e à importância de que o processo sirva a realização da justiça material terá, porém, relativizado o peso daquela razão no contexto da retórica argumentativa desenvolvida quanto à atipicidade da prova.

*b.1. Enquadramento teleológico*

Importa, em primeiro lugar, notar que nem sempre o princípio da economia processual ficará comprometido em virtude de o direito à prova ser exercido em conformidade com o previsto em convenções introdutoras de novos meios de prova (o que, entre outras razões, permite compreender a previsão da sua admissibilidade no enquadramento geral e abstracto em que se situa a previsão normativa).<sup>773</sup>

Ainda que tal efeito se possa verificar, não cremos, por outro lado, que tanto se afigure argumentativamente decisivo em sede de ponderação acerca da admissibilidade ou não de as partes validamente preverem, em convenção, o recurso a prova atípica. Considerando os valores que o recurso a prova atípica pode permitir prosseguir (promotores da qualidade decisória), não será inequívoco que a economia de actos e de meios processuais deva prevalecer sobre aqueles.

Acresce ponderar: quando o legislador expressamente inclua, este tipo de convenções de prova, entre as modalidades legalmente admissíveis, tanto significa que o faz sobrepondo, em qualquer circunstância, o direito à prova e as virtualidades que lhe estão associadas ao princípio da economia processual *ou* tal previsão não inviabiliza que a relevância judicial deste tipo de convenção não se verifique quando, em sede de avaliação realizada em concreto (ao nível da acção em que se pretende que a convenção de prova releve), se apure que, da sua observância, resulta significativa compressão daquele princípio?

Não se afigura que, nos sistemas jurídicos relativamente aos quais se conclua ter o legislador querido conceder às partes a possibilidade de celebrarem acordo nesse sentido, tenha, aquele, com tal opção, prescindido da possibilidade de controlo da observância do princípio da deleridade processual. Porque assim, se, no âmbito de ordenamentos jurídicos, como o português<sup>774</sup>, em que se admite a possibilidade de celebração de convenções constitutivas de novos meios de prova, o princípio da economia processual não impede a celebração de tais convenções, em *abstracto*, poderá, contudo, *limitar, em concreto, a sua eficácia na acção*. Ainda que sendo, aquela celebração, admissível sob um plano geral, a economia processual *pode*, não obstante, representar um obstáculo ao seu relevo efectivo.

Em que termos será, contudo, de limitar a admissibilidade deste tipo de convenções de prova (cuja possibilidade legal de celebração, em termos gerais, não se questiona, atenta a sua expressa previsão literal), quando delas resulte, na concreta acção em que a convenção seja invocada e admitida, efeito limitativo, no que diz respeito ao cumprimento do fim que preside àquele princípio processual?

---

<sup>773</sup> Tal consequência não é, na verdade, de verificação necessária. A circunstância de as partes preverem convencionalmente a possibilidade de recurso a novos meios de prova pode, por exemplo, coexistir com a extinção, pelas mesmas, de meios de prova legalmente previstos, tornando, num cômputo geral, menor o número de actos processuais em abstracto praticáveis.

<sup>774</sup> Onde, como acima observado, existe norma expressa, previsora da possibilidade de celebração de convenção de prova criadora de meios de prova distintos dos legais (art. 345.º, n.º 1 do Código Civil).

b.1.1. Adequação e eficácia

b.1.1.1. Cumpre perspectivar o princípio da economia processual também sob o ponto de vista da relação que mantém com o direito à prova.

Conduzindo os dois valores em causa (por um lado, a adequação decisória em sede de matéria de facto controvertida, quando se admita, no que diz respeito ao direito à prova, que a inovação ampliadora de meios de prova proporciona informação qualitativamente fidedigna; por outro lado, eficácia da decisão da causa) a respostas de sentido oposto (o primeiro, no sentido de maior período de pendência processual; o segundo no sentido da maior celeridade do processo) e constituindo, a verificação de ambos, condição de adequada administração da justiça, cumpre considerar os interesses em cada um deles coenvolvidos.<sup>775</sup>

O primeiro (associado ao direito à prova), constitui condição de correcção do conteúdo da decisão. *Sem* a garantia de possibilidade de devida pronúncia processual de segundo grau (pronúncia justificativa) ou de investigação em segundo grau<sup>776</sup> (no caso do juiz), torna-se inviável a possibilidade de comprovação (e, conseqüentemente, de acesso, pelo tribunal, a essa comprovação) da factualidade controvertida relevante.<sup>777</sup> Por outro lado, da *limitação* desse direito – e da conseqüente restrição de acesso à factualidade verificada – poderão decorrer adulterações da imagem obtida dessa mesma realidade – o mesmo é dizer parcialidade objectiva – e, por essa via (infidelidade da base da decisão de facto), a construção jurisdiccional de decisão que não constitua a resposta adequada à real problematicidade do caso. A estatuição normativa será, nessa hipótese, convocada para aplicação a uma constelação factual que, com maior probabilidade,<sup>778</sup> poderá não coincidir com a da hipótese normativa que lhe está associada. O que, a verificar-se, significa que, conquanto abstracta e objectivamente previsto, o direito objectivo realizando não se materializa subjectiva e

---

<sup>775</sup> Na esteira de SATTÀ (El formalismo en el proceso, “solilóquios y colóquios de um jurista”) e CHIOVENDA (Le forme nella difesa giudiziale del diritto em “Saggi di diritto processuale civile”, I), MONTERO AROCA, COLOMER, REDONDO E VILAR distinguem a “forma” do “formalismo”. Se à primeira assinalam as virtualidades de assegurar certeza (na medida em que os sujeitos jurídicos podem conhecer antecipadamente os exactos actos a praticar para requerer e obter justiça) e de (dadas essas segurança e previsibilidade) contribuir para exponenciar a celeridade e a simplicidade processuais, o segundo corresponde a “formas vazias”, a realidade que, nascidas num dado contexto histórico, entretanto se revelaram ultrapassadas, inadequadas para responder às exigências dos novos tempos e, nessa medida, como “corpos sem alma”, só não eliminados por falta de percepção de tal desenquadramento ou pelo seu profundo enraizamento na prática. Se a forma representa “modo de assegurar o acerto da decisão judicial”, o formalismo corresponderá a “obstáculo a suspender para alcançar essa decisão e para que ela se adeque à norma material”, Derecho Jurisdiccional, I, Parte General, 13ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 379 e 380

<sup>776</sup> Tomando por investigação de primeiro grau a investigação oficiosa de factos, quando admissível.

<sup>777</sup> O recurso a meio de prova atípico, pode, na verdade, representar fonte *absolutamente incontornável* de acesso à realidade discutida na acção, hipótese em que a impossibilidade de fazer uso do meio convencionalmente previsto representaria violação do núcleo do direito à prova.

<sup>778</sup> Ante a limitação do direito à prova.

concretamente nos termos de tal previsão, sendo objecto, em juízo, de realização adulterada,<sup>779</sup> produzindo-se consequência que se revela contrária aos interesses da comunidade derentora do litígio e que se pode revelar contrária ao que, por princípio, serão os interesses das partes.

A maior coincidência possível da factualidade tomada processualmente por verificada com a realidade ocorrida (o mesmo é dizer com a verdade), potenciada pela adequada garantia do exercício do direito à prova, é, em suma, essencial para que o teor da decisão represente a melhor solução para o conflito e adequada concretização da juridicidade.

A realização de justiça pressupõe, contudo, que a adequada solução, assim jurisdicionalmente ditada, seja transposta para a vida, passando do plano da mera declaração jurisdicional à *operacionalidade prática*. Tal transposição pode, porém, ser comprometida se, não obstante o pleno exercício do direito à prova, for violado o princípio da economia processual, em termos comprometedores do *efeito útil* da decisão proferida.<sup>780</sup>

As duas dimensões – adequação e eficácia – são de verificação indispensável à realização de justiça e, conseqüentemente, à correcção na actividade da sua administração.

b.1.1.2. Por outro lado, em ambas as dimensões se distingue um lado *activo* – em que a realização da dimensão em causa constitui direito das partes – de um lado *passivo* – em que a realização da mesma dimensão representa prerrogativa (oponível às partes) da comunidade. Se, de um lado, as partes têm direito a produzir prova e a um processo célere, não é comunitariamente indiferente (pelas consequências que daí decorrem ao nível do núcleo indisponível da esfera jurídica dos sujeitos que a integrem, bem como do seu interesse próprio enquanto corpo colectivo– interesses públicos por via mediata e imediata, respectivamente)<sup>781</sup> que haja ou não lugar à produção processual de prova e os termos em que esta tenha lugar, bem como a celeridade, enquanto condição de economia e eficácia processuais, atento o relevo que, para tutela dos referidos interesses públicos, a qualidade e realizabilidade prática da decisão assume– representam estes, pois, valores (indisponíveis) a realizar ainda que as partes deles declarem prescindir.

Estando em causa *convenções*, cuja validade se questiona em função da sua compatibilidade com os valores da *celeridade* processual, e, portanto, de circunstância em que a hipotética conflitualidade com esta segunda dimensão da justiça tem, na sua base, *acto voluntário e consensual* das partes (a convenção), mediante o qual estas deles possam estar a abdicar (ainda que conscientemente o façam), importará centrar a análise no lado *passivo* da dimensão que ora se considera (eficácia) – isto é, do relevo que a celeridade processual pode assumir, sob o ponto de vista da comunidade

---

<sup>779</sup> Emanação de decisão inadequada ou passível de maior adequação.

<sup>780</sup> Para visão em que a concepção flexível do princípio do pedido (no seu segundo sentido) representa (entre o mais) instrumento de realização do valor da eficiência processual, vide Miguel MESQUITA, “A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno processo civil”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 143, n. 3983, Novembro-Dezembro, 2013, p. 150.

<sup>781</sup> Quanto ao conteúdo e sentido destes interesses, vide 2. b).

que, em exercício de autodeterminação, assumiu por função a hetero-resolução dos conflitos jurídicos

A importância comunitária da celeridade processual transparece, normativamente, de forma pontual, a vários propósitos, designadamente das limitações, impostas às partes, no que diz respeito à possibilidade de suspensão da instância,<sup>782</sup> bem como de adiamento e não interrupção de diligências processuais.<sup>783</sup>

#### b.1.2. Contenção, celeridade, eficácia e eficiência processuais

A *celeridade processual*, considerada sob o ponto de vista da economia que permite do bem tempo, enquadra-se na preocupação, mais ampla, *de contenção processual*, sendo que esta tem por objecto os vários meios (que não apenas o tempo) implicados no exercício da actividade jurisdicional, manifestando-se a diversos títulos.<sup>784</sup>

No que concerne ao objecto (da contenção), este respeita, sobretudo, ao tempo e custos relacionados com os meios humanos e físicos, cuja mobilização é necessária para adequado exercício da actividade jurisdicional, em ordem a evitar “*un inutile dispendio di energie processuali*”.<sup>785</sup> Embora a um mais distendido período de *duração* (tempo) da instância esteja associada, por norma, a convocação de mais *meios* de outra natureza, autonomizamos estes dois tipos de objectos, já que a economia do elemento tempo sempre se justificaria,<sup>786</sup> ainda que a maior pendência processual não implicasse maior convocação de meios humanos e físicos.

Com a contenção processual almeja-se, pois, a prossecução de dois distintos valores: a *eficácia da decisão* proferida, quando esteja em causa o bem tempo (associado à celeridade processual)<sup>787</sup> e a eficiência *na gestão dos meios* implicados para prolação de tal decisão, quando se considerem também os outros meios (associados à economia processual no seu conjunto).

---

<sup>782</sup> Cfr. art. 272.º, n.º 4 do Código de Processo Civil.

<sup>783</sup> Cfr. arts. 603.º e 606.º do Código de Processo Civil.

<sup>784</sup> Sobre a articulação entre os critérios processuais de contagem de prazos e o sistema geral de divisão do tempo *vide* Paula Costa e SILVA e Filipa CALDAS, “O tempo jurídico e o tempo gregoriano: a suspensão do prazo para impugnação de actos administrativos”, *Justiça Administrativa*, N.º 95, Setembro/Outubro, 2012, pp. 43-58.

<sup>785</sup> A expressão é citada por COMOGLIO, reproduzindo expressão jurisprudencial da *Corte di Cassazione*, “Abuso dei diritti di difesa e durata ragionevole del processo: un nuovo parametro per i poteri direttivi del giudice?”, *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LXIV, (Seconda Serie), N.º 6, Novembre-Dicembre 2009, p. 1691.

<sup>786</sup> Designadamente por razões relativas à eficácia decisória, como de seguida se observará no corpo do texto.

<sup>787</sup> Encontrar-se-ão reunidas as condições necessárias à *eficácia* de uma decisão jurisdicional quando esta seja proferida *em tempo* de o seu conteúdo se realizar na prática – em tempo útil (perspectiva em que releva o referido primeiro plano da contenção processual) – e quando *disponíveis os meios* para que tal realização prática possa ter lugar.

No que diz respeito ao valor da *eficácia* (enquanto condicionado, assim, pela eficiência na gestão do bem tempo), que o conteúdo da decisão não se circunscreva ao mero *ius dicere* tem relevo,<sup>788</sup> no *plano comunitário*, na medida em que a transposição, para a realidade, da solução definida em pronúncia jurisdicional, é condição de efectiva resolução do litígio e, conseqüentemente, de reposição da ordem e paz sociais, cuja garantia constitui uma das razões justificadoras da substituição do sistema de justiça privada pelo sistema de justiça pública (e, nessa medida, da relacionada centralização da resolução de conflitos, mediante institucionalização da actividade jurisdicional).<sup>789</sup> Contende, assim, com os interesses da comunidade, enquanto agregado dotado de escopos autodeterminativos próprios (interesses públicos por via imediata).<sup>790</sup>

Por outro lado, que cada sujeito jurídico possa dispor de decisão útil (exequível), constitui também direito que a comunidade quer que assista aos elementos que a integram, pelo que representa dimensão inderrogável do estatuto

---

<sup>788</sup> Em conformidade com o que, em 2.a), em termos gerais se alvitrou.

<sup>789</sup> No sentido da dispensabilidade de intervenção do Estado, enquanto mecanismo de garantia do cumprimento dos deveres jurídicos, desconstruindo, ao abrigo de raciocínio económico (sobretudo desenvolvido de acordo com os pressupostos da teoria dos jogos) o relevo do monopólio estadual de exercício da função jurisdicional como condição de ordem e paz sociais, LEMENNICIER sustenta: “Esta monopolização do direito é contestável porque o respeito do direito pode produzir-se espontaneamente sem intervenção do Estado. (...) A reputação, as cauções e as regras simples de reciprocidade são os meios pelos quais os indivíduos fazem respeitar os contratos e os direitos de propriedade. A ideia de que o monopólio do direito e da violência política é indispensável para a produção de confiança é teoricamente falsa”, “Économie de la justice: du monopole d’État à la concurrence privée?”, *Justices, Revue Générale de Droit Processuel*, 1995, 1, Janv.-Juin, Dalloz, pp. 140 e 141. A argumentação expendida não se nos afigura, contudo, cabalmente convincente no sentido da efectividade de funcionamento, a este nível, de uma terceira mão invisível. Na verdade, embora, nas hipóteses em que o comportamento racional entre os indivíduos não gere (como consequência espontânea), o cumprimento da obrigação, tanto se repercute a médio ou longo prazo, por criar efeito mimético na contraparte, a antecipação dessa consequência não é, frequentemente, razão suficiente para contraestimular o incumprimento, que assim restaria não sancionado não fosse a intervenção de terceiro garantidor da sua realização coerciva. Sobre a influência do ideário político e concomitante concepção da intervenção mais ou menos activa do Estado no processo, *vide* MONTELEONE, “Principi e ideologie del Processo Civile: impressioni di un « revisionista »”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giugno, 2003, Anno LVII, Nº 2, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, pp. 575 – 582. Acutilantemente, BARBOSA MOREIRA observa, a este propósito, que “constitui exagero de simplificação” entender a relação entre regime processual e regime político “à guisa de vínculo rígido, automático e inflexível, para considerar que, se determinada lei (processual ou qualquer outra) surgiu sob governo autoritário, essa contingência cronológica fatalmente lhe imprime o mesmo carácter e a torna incompatível com o respeito às garantias democráticas”, “O neoprivatismo no Processo Civil”, *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n.º 28, p. 33.

<sup>790</sup> Pronunciando-se no contexto do Direito da Propriedade Intelectual, Remédio MARQUES distingue os interesses gerais dos interesses públicos, notando que nem todos os interesses que se integram no âmbito do primeiro domínio se revelam susceptíveis de inclusão do segundo, “Propriedade intelectual e interesse público”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXIX, Coimbra, 2003, pp. 322 e ss. Em particular sobre a confluência de interesses públicos e privados no quadro dos direitos de exclusivo e da concorrência, *vd. ob. cit.*, pp. 317 e ss. Notando a previsão constitucional de limites à prossecução do interesse público, Paula Costa e SILVA refere, a título exemplificativo, proibição de confisco, “O abuso do direito de acção e o art. 22.º do CIRE”, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Fernandes, Direito e Justiça (volume especial)*, Vol. III, 2011, p. 164.

activo processual destes. O valor processual da eficácia contende, nesta medida, também com interesses comunitários, quando perspectivada aquela (comunidade) enquanto conjunto de indivíduos, cuja sorte, não é, a determinados níveis, alheia ao querer e controlo comunitários,<sup>791</sup> atenta a relação de pertença destes ante aquela (interesses públicos, por via mediata).

Porque assim, e à semelhança do que se observou suceder no que diz respeito ao direito à prova, a impossibilidade, para as partes, de renúncia ao direito à eficácia da actividade jurisdicional decisória deve-se a razões que superam a sua estrita e subjectivamente perspectivada posição jurídica.

No que concerne ao relevo público da prossecução do valor da *eficiência* (quando considerada como resultado de adequada gestão de outros elementos, que não o bem tempo – meios humanos e físicos de mobilização necessária ao adequado exercício da actividade jurisdicional), decorre aquele (relevo) da circunstância de, constituindo estes bens escassos e onerosos e sendo a sua aquisição (no caso de meios físicos) e remuneração (no caso de meios humanos) assegurada, no fundamental, pelo património comum dos sujeitos integrantes da comunidade (erário público), assistir a esta (comunidade) o direito a ver cumpridos os princípios de adequada gestão desse fundo e, assim, a que seja dispendido apenas o necessário à justa e eficaz derença do litígio.<sup>792</sup>

O controlo comunitário da observância da necessidade de gestão eficiente dos meios disponíveis é, por outro lado, além de direito que, pelas razões enunciadas, assiste ao titular do património que subsidia tais bens (a comunidade, enquanto conjunto de contribuintes), condição para que (atentas as referidas escassez e onerosidade) a eles tenham devido acesso também os demais sujeitos jurídicos, actual ou futuramente partes em acção judicial, pelo que, como observa COMOGLIO, constitui, nesta medida, via de prossecução de garantia de real possibilidade de acesso à jurisdição.<sup>793</sup> Acompanhamos, também, por isso, WAGNER, quando enuncia o interesse

---

<sup>791</sup> O relevo público do regime processual relativo à prova tem vindo a acentuar-se, acompanhando a tendência para publicização do regime processual no seu conjunto. Em alusão a decisão a que subjazia visão “excessivamente individualista e privatista em matéria de prova”, CAPPELLETTI e VIGORITI referem, a propósito da prova ilícita, a pronúncia (anterior à versão da Constituição vigente em 1971) da Corte di Appello de Milão no sentido de que um documento obtido, de modo ilícito, por uma parte, não era susceptível de ser considerado pelo tribunal, em virtude de só o seu proprietário ou comproprietário ter direito a dele fazer uso em juízo, “I diritti costituzionale delle parti nel processo civile italiano”, *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. XXVI, II Serie, Anno 1971, Cedam, Padova, p. 641.

<sup>792</sup> ZUCKERMAN sublinha-o, quando nota que a essencialidade que o sistema de justiça assume no contexto da realidade social, não significa que o correspondente serviço público deva ser prestado “regardless of cost”, antes de modo eficiente, verificando-se, este, quando “the resources available to the court are used to maximize the benefits that the users of the servisse receive and are no wasted unnecessarily”, “Adjudication of Civil Dispute”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Settembre, 2008, Supplemento al. Nº 3, Giuffré, p. 122. Sobre a existência de “*giurisdizioni speciali*” como vias de assegurar efectividade no acesso à justiça de sujeitos jurídicos integrados em quadro de maior desprotecção, vide CHIARLONI, “Riflessioni minime Sulla tutela Giuridica dei Diritti dei Deboli”, *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LIII, (Seconda Serie), Nº 4, Ottobre - Dicembre, 1998, p. 965.

<sup>793</sup> O autor nota que uma adequada avaliação dos custos associados ao exercício da função jurisdicional implica a consideração de factores que não se circunscrevem aos directamente ligados à resolução do litígio em tribunal: “... o conceito de *economics of judicial services*, (...) delinea uma área de acção mais vasta que aquela, propriamente técnica e endoprocessual, que caracteriza a *economy of trial* na

no funcionamento eficiente do sistema judiciário como um exemplo de interesse público *geral* (*allgemeine öffentliche Interesse*).<sup>794</sup>

---

condução instrumental do julgamento”. Ressalta, nesta medida, a importância da ponderação de “...*screening functions* numa perspectiva de política judiciária muito mais extensa e geral que o âmbito de exigências da particular controvérsia”. Advertindo, embora, para a dificuldade de conversão dos “modelos de pura descrição ou representação económica em instrumentos válidos de interpretação” no âmbito da “lógica do processo em termos de proporção entre custos e benefícios”, sublinha que a análise das “...relações entre as variações marginais dos pedidos de tutela e os níveis proporcionais do rendimento judiciário, segundo as regras do *market mechanism*, implica um inevitável envolvimento nos problemas da redistribuição *inter cives* dos custos processuais não absorvíveis *in toto* pela colectividade”, o que implica um “racionamento compromissório dos limitados recursos processuais” em articulação com a necessidade de evitar que tanto gere uma “redução drástica das *chances* de acesso à justiça”, *Il principio di economia processuale*, II, Nuova Serie, Volume 33, Cedam, Padova, 1982, pp. 315-317. Conferindo especial relevo a esta dimensão, WAGNER salienta que a margem de dispositividade se encontra acrescidamente limitada, no âmbito do direito processual, atenta a circunstância de os custos associados ao exercício da actividade jurisdicional não serem integralmente internalizados pelas partes. A ausência de absoluta assunção destes custos decorre, explicita, quer do facto de sobre as partes ser feito impender o dever de pagar apenas parte dos custos previstos, quer da circunstância de o montante das custas ser aferido, tomando por base o valor do litígio e não o grau de complexidade da problemática jurídica a dilucidar, não se considerando, nesta medida, os custos reais. Assim, se, no domínio do direito material, as partes, assumindo os custos contratuais, racionalmente optarão pelas regras que conduzam à optimização da relação custo/benefício, não beneficiarão, sob este ponto de vista, no âmbito do direito processual, do mesmo grau de liberdade conformadora. Relativiza, porém, o relevo que tal circunstância deve assumir no plano das conclusões a retirar quanto ao nível de modificabilidade das regras processuais, sustentando que daí não se pode extrair a absoluta petrificação da normatividade adjectiva. Invoca, por outro lado, a circunstância de também a celebração de contratos de direito substantivo modificadores da normatividade supletiva, mediante criação de regras novas ou particulares (“*neurtige oder idiosyncratische Regelungen*”), poder conduzir ao aumento do grau de trabalho do tribunal, sem que tanto seja, contudo, considerado como razão plausivelmente justificadora da restrição da autonomia contratual material. O impacto de cada uma das derrogações revela-se, contudo, de grau diverso, na medida em que o reflexo, ao nível do esforço de reorganização adaptativa do sistema judiciário, será, por norma, diferente em cada uma das hipóteses, reflectindo-se. a primeira, essencialmente, no plano da prolação da decisão (em sede de reflexão e estudo desenvolvidos pelo decisor) e, a segunda, ao nível da reformulação da tramitação padronizadamente prevista. Salvaguarda, contudo, que “a maioria das convenções processuais se destina a simplificar, abreviar ou até evitar o processo”, *ob. cit.*, pp. 82 e ss.

<sup>794</sup> No mesmo âmbito classificativo inclui o interesse na preservação do princípio da publicidade, como forma de garantia da possibilidade de controlo, pelo povo soberano (pela comunidade) dos termos em que a justiça é administrada. Já a generalidade das excepções legalmente contempladas, no sentido da possibilidade de não observância desse princípio visariam, na sua perspectiva, a tutela de interesses privados. Não enquadrando, porém, tais interesses, na categoria do que designa por interesses públicos concretos de cariz *individual* (*konkretes öffentliches Einzelinteresse*), não conferindo estes, por isso, às partes, “direitos de importância superior” (“*höchster Wichtigkeit*”), observa poderem, por regra, aquelas livremente prescindir de tal categoria de interesses, *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 80. Em idêntico sentido, COMOGLIO refere o princípio da publicidade das audiências jurisdicionais como “un cardine di *giustizia* e di *legalità procedurale*”, garantidor di “*trasparenza*” e di “*controllabilità*” eterna, da parte del popolo, nel cui nome i giudice esercitano la funzione giurisdizionale, “Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Dicembre, 1994, Anno XLVIII, N.º 4, Milano, Dott. A. - Giuffrè Editore, p. 1100.

Cumpra acrescentar duas notas, que estabelecem a ponte entre o primeiro (eficácia) e o segundo nível (eficiência) em que se reflecte a contenção processual (eficiência na gestão dos meios). Assegurando a eficácia da decisão proferida, garante-se utilidade ao emprego dos meios (essencialmente públicos) cuja mobilização foi necessária para que tal prolação pudesse ter tido lugar. Se impende sobre a comunidade o dever de facultar os meios para tanto, cabe-lhe também providenciar e garantir a justificação e razoabilidade – a utilidade – do emprego dos meios que assim maioritariamente proporciona, e esta pressupõe, designadamente, que tal afectação possa conduzir a decisão dotada de efeito útil (eficaz).

Por outro lado, atenta a circunstância de a actividade jurisdicional ser prestada a uma multiplicidade de sujeitos jurídicos e o facto de, mediante adequada (eficiente) gestão, o tempo e demais meios envolvidos na administração da justiça deverem ser equitativamente repartidos por todos os que exercem o direito de acção, a contenção de meios relativamente a *cada* acção é também condição necessária para assegurar a eficácia das decisões a proferir em *outras acções* (pendentes ou a propor). Representa, porque assim, via de libertação de meios mobilizáveis noutros processos, permitindo o mais célere termo destes e potenciando, em consequência, a eficácia das decisões nos mesmos proferidas. A eficácia decisória deve, atento este efeito contaminante, ser concebida sob um ponto de vista conjunto, cabendo à comunidade derentora, como CAPPELLETTI nota, garantir uma adequada repartição do bem tempo, como condição de equitativa repartição da possibilidade de beneficiar de eficaz administração da justiça.<sup>795</sup>

A eficiência na gestão processual<sup>796</sup> e a eficácia das decisões jurisdicionais assumem, nesta medida, importância, quer sob o ponto de vista de cada sujeito jurídico individualmente considerado, quer sob o ponto de vista da comunidade de sujeitos jurídicos utentes do sistema de administração da justiça, quer ainda sob o ponto de vista da comunidade, enquanto responsável pela derença de litígios. Todos os referidos centros de interesse justificam, pois, a indisponibilidade, para as partes, do valor da contenção processual e, em consequência, a imperatividade do regime que o consubstancia. Ainda que as partes prescindissem do valor da eficácia (consumindo, designadamente, tempo excessivo em infundável produção de prova objecto de contenção), tal valor não se tornaria processualmente abdicável ou irrelevante. Como

---

<sup>795</sup> CAPPELLETTI observa, com particular contundência, que não se revela suficiente a afirmação de “... uma teórica e abstracta igualdade dos cidadãos, diante da lei, quando as partes não estão em grau de utilizar, em paridade de condições, daquele complexo e custoso instrumento de tutela de direitos, que é o processo”, *Processo, ideologias e sociedade*, Vol. II, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2010, p. 58. ZUCKERMAN observa, em idêntico sentido, que, para que adequado (*adequate*), um sistema público deve, além de efectivo (*effective*) e eficiente (*efficient*), ser justo (*fair*), entendendo cumprida esta última qualidade quando “the available resources are justly distributed between different litigants and between existing and future litigants”, “Adjudication of Civil Dispute”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Setembro, 2008, Suplemento al. Nº 3, Giuffrè, p. 122.

<sup>796</sup> Cujo relevo processual, no que diz respeito ao bem tempo, se reflecte no dever de gestão normativamente previsto no art. 6.º do Código de Processo Civil.

Miguel MESQUITA acentua, “o processo civil não” pode, na verdade, “ser visto como uma “coisa” apenas das partes”.<sup>797</sup>

Razão por que o direito de acesso à justiça não comporta, para os sujeitos processuais que nele ocupam a posição de partes, o direito a permanência no sistema durante ilimitado período temporal – antes o direito a permanecer durante *todo* o tempo (mas *estritamente* durante esse) necessário à obtenção de decisão simultaneamente justa e eficaz.<sup>798</sup> Seguimos, pois, WAGNER, quando observa que a admissibilidade de contratos sobre meios de prova não significa conceder às partes o direito a *insuflar* (“aufblähen”) o litígio, usando, ilimitadamente, no âmbito do seu litígio jurídico (“für ihren Rechtsstreit”), meios públicos escassos (“knappe Justizressourcen”).<sup>799</sup>

### b.1.3. Ponderação valorativa

Do anteriormente exposto, decorre que a *celeridade* processual se inclui no novelo de valores envolvidos na realidade processual, mantendo com aqueles relação de recíproca inter-influência. Não é, pois, objectivo considerável *em si*, que se imponha em termos absolutos, não justificando, por si só, a circunscrição de direitos processuais. Impor-se-á apenas, quando a maior morosidade da acção não seja condição de maior correcção da decisão (hipótese em que constitui forma de assegurar a *eficiência* processual), bem como, quando represente meio de alcance de decisões eficazes, não obstante poder, a maior rapidez da tramitação, conduzir a

---

<sup>797</sup> “A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno processo civil”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 143, n. 3983, Novembro-Dezembro, 2013, p. 134.

<sup>798</sup> No que diz respeito à “especificidade do ser que é o processo cautelar”, VIEIRA DE ANDRADE nota que “os processos cautelares visam especificamente garantir o tempo necessário para fazer Justiça”, nos “processos em que o tempo tem de cumprir-se para que se possa julgar bem”, em ordem a “assegurar a utilidade da sentença que, a final, venha a ser proferida”, “Tutela cautelar”, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 34, Julho/Agosto, 2002, p. 46. É, de resto, o referido relevo supra-individual, do *efeito útil* da actividade jurisdicional, a principal razão justificadora da criminalização de actos consubstanciadores do incumprimento de providências cautelares (art. 375.º do Código de Processo Civil) – medidas processuais precisamente vocacionadas para assegurar o efeito útil da decisão, a proferir na acção principal.

<sup>799</sup> *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 690. WAGNER não vê, também, na eventualidade de uma das partes pôr em causa a validade ou existência de convenção de prova, na instância, onde aquela é invocada, motivo especialmente gerador de morosidade processual, concebendo que tanto representa apenas uma (pouco significativa) entre múltiplas causas que as partes podem usar como fonte de dilação do período de pendência processual. Entende, por isso, que tal eventual causa de morosidade deve ser combatida de acordo com os meios processuais para tanto normativamente previstos, com carácter geral, devendo a particular questão, relativa à convenção de prova, ser decidida no processo primário. Partilhamos deste entendimento, como princípio, não obstante se poderem configurar hipóteses em que, assumindo a questão a resolver, especial complexidade, aconselhável fosse assistir ao decisor a faculdade de conhecer da questão em incidente próprio, bem como de, no que diz respeito a eventual pretensão indemnizatória, dela conhecer em incidente ou remeter o seu conhecimento para processo secundário.

decisão, cujo conseqüente menor grau de adequação não assuma dimensão relevante.<sup>800</sup>

Tanto reflecte-se no plano decisório concreto, quando, no âmbito de uma particular acção, se afere do relevo processual de convenção constitutiva de novos meios de prova, celebrada entre as partes.

Na medida em que, quando se considera a problemática da prova atípica, a relação entre a admissibilidade desta e a contenção processual, sobressai, fundamentalmente, a tensão que se estabelece entre o direito à prova e a dimensão de celeridade processual, importa, em caso de incompatibilidade, proceder a ponderação entre os dois valores implicados nos pólos em causa – adequação e eficácia da decisão –, de modo a, em exercício de concordância prática, salvaguardar, no mínimo, o *núcleo irredutível* de cada uma daquelas dimensões, condições que são, em conjunto, de garantia de *tutela jurisdicional efectiva*.<sup>801</sup>

A existência de dissonância entre os dois pólos, bem como o seu grau, porém, só é apurável em concreto – no contexto de cada acção –, em aferição e conciliação que traduz em actividade da exclusiva competência do tribunal.

A convenção introdutora de novos meios de prova não será, assim, *per se* compatível ou incompatível com o princípio da celeridade processual. Razão por que o direito conferido às partes (de, por meio de convenção, conceder relevo processual a meio de prova não constante do elenco legal) poderá prevalecer ou não na acção, quando nela invocado, em função do contexto que nesta se viva, sob o crivo da ponderação jurisdicional, a que aquele se encontra subordinado.

Tal meio de prova pode, a título de exemplo, ser o único meio de prova efectivamente requerido pelas partes, não implicando maior delonga ou dispêndio que aqueles a que haveria lugar se estivessem em causa meios de prova legalmente tipificados. Não existirão, neste caso, obstáculos, relacionados com a eficácia e a eficiência processuais, potencialmente justificadores da restrição de admissibilidade processual do regime convencionado pelas partes. Hipótese em que não se suscitarão dúvidas quanto à sua vigência na instância.

Concluimos, pois, que, sob o ponto de vista do enquadramento teleológico, se afigura justificável a possibilidade de restrição jurisdicional da admissibilidade de

---

<sup>800</sup> O *Bundesgerichtshof* (BGH) sublinha a importância que a adequada gestão do tempo processual assume, no âmbito da efectividade do direito à prova, em acórdão de dia 15 de Julho de 2014 (VI ZR 124/14), onde nota que, se o direito (a pronúncia em juízo), constante do art. 103, Abs.1 *Grundgesetz* (GG), não é incompatível com a promoção legal da celeridade processual, através de disposições com carácter preclusivo, o legislador deve ser especialmente cauteloso sempre que prevê normas com essa natureza, atenta a gravidade das conseqüências que delas podem advir para as garantias processuais das partes.

<sup>801</sup>Na abstracta hipótese de absoluta incompatibilidade, entre os dois núcleos, prevalecerá o primeiro (relativo à adequação), por ser preferível solução justa não realizada que erro judiciário cumprido na prática. Sobre as conseqüências jurídicas geradas por este tipo de acto, em sede de responsabilidade indemnizatória, *vide* Paula Costa e SILVA, “A ideia de Estado de Direito e a responsabilidade do Estado por erro judiciário: The King can do [no] wrong”, *O Direito*, 142.º, 2010, I, pp. 39-80.

relevo processual da modalidade de convenções de prova introdutoras de prova atípica, se, em concreto, se apurar que aquelas conflituam com a observância do princípio da celeridade processual. Com o que acompanhamos WAGNER, quando sustenta que o tribunal não está obrigado à produção de prova, mesmo que esta se encontre prevista em convenção das partes, quando tanto implique uma “ampliação da dimensão do conflito para além do necessário” (“...den Rechtsstreit also über das notwendige Mass hinaus *aufblähen* würden”).<sup>802</sup> Este tipo de fundamento restritivo só se afigurará justificável, porém, *quando* a prova em causa se afigure impertinente ante a factualidade controvertida (por dizer respeito a factualidade outra que não aquela, cuja ocorrência cumpre esclarecer ou por se revelar manifestamente inapta a proporcionar esclarecimento relativamente ao *thema probandum*)<sup>803</sup> ou *quando* atingido um particular tipo de tensão entre os valores implicados (se a observância do regime convencional envolver a violação do núcleo essencial da dimensão da *eficácia*,<sup>804</sup> enquanto valência da contensão processual, desde que tal restrição não importe a violação do núcleo do direito à *prova*). Não representará, em suma, fundamento restritivo válido, a invocação da estrita circunstância de a observância do regime convencional, introdutor de prova atípica, implicar a mobilização de mais meios

<sup>802</sup> *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 690.

<sup>803</sup> Estes fundamentos de recusa encontram aplicação, no âmbito das presunções judiciais, quando o tribunal apure que o alegado facto base da presunção não é susceptível de conduzir ao facto presumido ou quando conclua que, não obstante a existência dessa conexão, a prova requerida se revela flagrantemente inapta a proporcionar comprovação processual do facto base. Relativamente ao primeiro aspecto, o *Bundesgerichtshof* (BGH) observa, em decisão proferida em 25 de Outubro de 2012 (I ZR 167/11), que, não obstante se dever permitir que as partes esgotem todas as possibilidades de produzir prova, relativamente a factos indiciários, tanto não significa que se deva admitir a produção de todas as provas requeridas. O juiz deve, diferentemente, “analisar, antes da instrução”, se a “totalidade dos indícios apresentados – suposta a sua exactidão – o poderiam convencer da veracidade do facto fundamental”, incumbindo-lhe, por outro lado, caso conclua em sentido negativo, expô-lo “de forma compreensível nos motivos da sua sentença”. Assim se exprime o tribunal: “*Er darf und muss vor der Beweiserhebung prüfen, ob der Indizienbeweis schlüssig ist, ob also die Gesamtheit aller vorgetragenen Indizien – ihre Richtigkeit unterstellt – ihn von der Wahrheit der Haupttatsache überzeugen würde. Führt diese Prüfung zu dem Ergebnis, dass der Nachweis der in Rede stehenden Hilfstatsachen na der Überzeugungsbildung nichts ändern würde, dar ein Beweisantrag, der eine Hilfstatsache betrifft, abgelehnt werden. Die wesentlichen Gesichtspunkte für diese Überzeugungsbildung muss der Tatrichter in den Gründen seiner Entscheidung nachvollziehbar darlegen*”. Em nenhum caso (de recurso a presunção ou a outro meio de prova), porém, é de exigir, como requisito de produção de prova, que a parte tenha absoluta certeza, relativamente à veracidade da versão factual que alega. Como o mesmo tribunal sublinha, em acórdão proferido em 16 de Abril de 2015 (IX ZR 195/14), não se pode impedir a parte de comprovar aspectos de facto “sobre os quais nem ela própria tem conhecimento seguro e também não o pode alcançar” (*über die sie selbst kein zuverlässiges Wissen besitzt und auch nicht Erlangen kann*). Exceptuando, embora, a hipótese de a proibição de prova poder ser recusada, quando estejam em causa versões factuais alegadas de modo arbitrário, “sem referências palpáveis ou à toa” (“*aufs Geratewohl*” oder “*ins Blaue hinein*”), o tribunal refere dever haver “moderação” na aferição dessa arbitrariedade, entendendo que esta só se verificará “na falta de quaisquer indícios factuais” (*Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist Zurückhaltung geboten; in der Regel wird sie nur beim Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte, gerechtfertigt werden können*). Desoneradas se encontram, também, as partes (como o tribunal igualmente nota), de antecipar qual seja o provável resultado da prova, sob pena de inadmissível exigência de “prévia apreciação da prova” (*vorweggenommenen Beweiswürdigung*).

<sup>804</sup> Quer na concreta acção, onde tal ponderação é feita, quer em outras acções (pendentes ou a propor, no mesmo tribunal), cuja eficácia possa ser centralmente afectada, de modo reflexo, pela excessiva morosidade da acção, onde a convenção de prova foi invocada.

e maior período de pendência da instância, consubstanciando, em consequência, fonte de menor celeridade e contenção processuais.

### *b.2. Enquadramento normativo*

Resta indagar se, esta limitação (jurisdicional), até agora ponderada considerando apenas as suas razões justificadoras, merece arrimo legal.

Adensando a análise, e dado que todas as modalidades de convenções de prova (e, portanto, também este tipo convencional) se encontram subordinadas às condições especiais de validade anteriormente mencionadas, importa verificar, a este propósito, se, a existir apoio legal para a limitação que sustentamos, ele decorre ou não das referidas condições (indisponibilidade do direito realizando, dificuldade do exercício do direito à prova e razões de ordem pública fundamentantes da determinação legal).

Prendendo-se os fundamentos da restrição com razões atinentes aos fins propugnados pela necessidade de contenção processual, não constituem base válida de restrição os limites que se relacionam com a dificuldade de exercício do direito à prova ou com a natureza indisponível do direito substantivo feito valer judicialmente na acção em causa.

Melhor ponderação merece o limite que se relaciona com as razões de ordem pública que constituam fundamento das determinações legais relativas à prova.

As normas processuais tuteladoras, com carácter geral, da economia processual, aplicam-se a todas as fases processuais e, conforme o *supra* exposto, assumem natureza imperativa por contenderem com interesses que suplantam os interesses privados de cada uma das partes.

Atenta a equivalência que, para este efeito, estabelecemos<sup>805</sup> entre razões relacionadas com a ordem pública e razões relacionadas com interesses não meramente individuais (atenta a circunstância de o conceito de ordem pública não ser, no âmbito do preceito em causa, tomado em sentido restrito, qualquer que seja o critério para esse efeito considerável),<sup>806</sup> o segmento normativo em causa abrange todas as normas imperativas com relevo no domínio do direito da prova, pelo que também a violação convencional dos referidos princípios constitui fundamento de invalidade da convenção.

Não se nos afigura, contudo, que a salvaguarda dos valores associados à contenção processual imponha, neste caso, conclusão no sentido da *invalidade* da convenção de prova.

A concluir-se existir incompatibilidade entre a produção do novo meio de prova e a prossecução de valores associados à contenção processual, tanto não afecta a validade da convenção, não deixando esta de validamente dar origem a novo meio de prova convocável em juízo. Em causa estará apenas, nesta particular hipótese, a

---

<sup>805</sup> No âmbito do art. 345.º, n.º 2 do Código Civil.

<sup>806</sup> *Vide, supra*, as observações expendidas em sede de condições específicas de validade das convenções de prova.

ponderação, em concreto, das consequências decorrentes da produção de meio de prova convencionalmente previsto. Ponderação a que estão subordinados também os meios de prova típicos. Apesar de validamente convencionalizada a ampliação dos meios de prova, estes, uma vez criados (e, assim, constantes do leque de meios de prova processualmente convocáveis na acção), passam a estar subordinados ao regime geral aplicável aos demais meios processuais (constantes do elenco legal) igualmente disponíveis.

Sobre o decisor impenderá, como MUSIELAK sublinha,<sup>807</sup> o dever de, de modo *devidamente fundamentado*, impedir a junção ou produção prova, quando tanto se afigure impertinente ou em colisão com o princípio de celeridade processual. Controlo a ter lugar quanto a *todos* os meios de prova invocáveis em juízo, independentemente da natureza legal ou convencional do meio de prova em causa. Em simetria, se não é admissível que o tribunal recuse a produção ou junção de meios *legais* de prova com base em critérios quantitativos ou de estrita racionalização de custos, estes critérios não representarão, também, fundamento válido de recusa de produção ou junção de meios de prova de fonte *convencional*.

Incumbindo ao juiz, nos termos do art. 6.º, n.º 1 do Código de Processo Civil, cumprir o dever de, ao longo de todo o processo, “providenciar pelo seu andamento célere, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório”, o desenvolvimento dessa actividade de acordo com as directrizes de articulação valorativa enunciadas garantirá que tal função seja cumprida em exercício de uma *gestão processual* equilibrada e sensata, em ordem a, em conformidade com a mesma norma, lograr a balanceada realização dos vários valores em presença, garantindo, em simultâneo, a *justa composição* do litígio em *prazo razoável*.<sup>808</sup>

---

<sup>807</sup> Relativamente ao poder de apreciação da pertinência da realização de diligências de prova requeridas pelas partes, MUSIELAK, em perspectiva que partilhamos, revela-se especialmente cauteloso, sustentando que a decisão de recusa de produção de prova, quando relativa à utilidade desta para a boa decisão da causa, pressuporá que se tenha por assente a sua total irrelevância (“Nur wenn der völlige Unwert eines Beweismittels feststeht, darf es abgelehnt werden;”), o que, a título ilustrativo, diz verificar-se, quando o resultado da produção de prova já efectuada prejudica qualquer hipótese de o requerimento de prova indeferido ter utilidade por não poder conduzir a que a convicção já formada pelo julgador possa ser abalada, *Grundkurs ZPO*, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1998, p. 238. Em sentido particularmente exigente, que partilhamos, o *Bundesgerichtshof* (BGH) sublinha, no acórdão proferido em 16 de Abril de 2015 (IX ZR 195/14), que existe inadmissível antecipação das provas (“*unzulässige Beweisantizipation*”) quando se recusa a produção de prova testemunhal, invocando, o tribunal, não atribuir relevância a estes depoimentos, em virtude de ter já formado convicção.

<sup>808</sup> No que diz respeito à natureza, função e limites do princípio da gestão processual, *vide*, com especial interesse, Miguel MESQUITA, “A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno processo civil”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 143, n. 3983, Novembro-Dezembro, 2013, especialmente pp. 140 e ss. Em trabalho de “relojaria jurídica”, o autor lida com a matéria sensível da flexibilização do princípio do pedido, mediante articulação “com pinças” entre diversos princípios processuais (designadamente as máximas da gestão, do contraditório e da cooperação, da efectividade e da economia processuais), sendo, no enquadramento que assim explicita, que, a par da dimensão da gestão processual, propugna (em consonância com solução germânica) a defesa de uma ideia de “gestão material” (*materielle Prozessleitung*), com base na qual suporta a possibilidade de equilibrada flexibilização do segundo sentido do princípio do pedido. Sobre as origens históricas do dever de gestão processual, no âmbito do sistema jurídico português, Paula Costa e SILVA recorda que aquele se encontrava já previsto nas Ordenações Manuelinas e Filipinas, “A ordem do juízo de D. João III e o regime processual experimental”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 68, Janeiro, 2008, p. 263.

Em síntese, uma vez concedida vida jurídica ao meio de prova, objecto de convenção das partes, este fica, à semelhança do que acontece com os demais meios de prova, subordinado a todos os princípios e normas processuais relevantes, nesse domínio, designadamente ao princípio da economia processual e às consequências processuais dele decorrentes. De tal convenção resulta tão só o acréscimo privado das fontes de fundamentação de convicção do decisor, em sede de decisão da matéria de facto; possibilidade concedida pela expressa abdicação legal do princípio do *numerus clausus*, quanto às modalidades de prova, sendo que o controlo, quanto à compatibilidade entre a produção desse novo meio de prova e a economia processual é realizável *a posteriori*, de acordo com as regras gerais, destinadas a garantir que (sem prejuízo da adequação decisória) o exercício de direitos processuais não configure fonte de prejuízo para a eficiência processual e eficácia de decisão.

A impossibilidade de fazer uso de *novo meio de prova*, criado por via de convenção de prova, decorrerá, em suma, da circunstância de, em concreto, o tribunal (à semelhança do que pode suceder com meio de prova de fonte legal) concluir que o recurso a tal meio, no âmbito de determinada acção, configura forma de grave compromisso do princípio da economia processual, que não a invalidade da convenção criadora de tal meio de prova.

Diferente tratamento merecerá a convenção que, além de inovar, nesse plano, crie regime nos termos do qual, independentemente de quaisquer considerações concretas, directamente se furte tal meio de prova aos princípios e normas processuais de cariz imperativo (em que se inclui o da economia processual). Tal convenção padecerá já, *per se*, de nulidade, por violação da terceira condição material de validade – não pela atipicidade que dela resulta, mas pela ilicitude do regime a que convencionalmente se subordina tal atipicidade.<sup>809</sup>

---

<sup>809</sup> As normas processuais imperativas, objecto de violação convencional, não são, nesta circunstância, as que elencam os meios de prova (atenta a natureza não imperativa ou taxativa de tal elenco); antes a normatividade concessora, ao juiz, de poderes de controlo, em sede de prova. Hipótese em que a condição de validade, enunciada em terceiro lugar (no âmbito do art. 345.º do Código Civil) intervirá, no plano da ilicitude primária, enquanto critério não autónomo (antes ancilar do critério enunciado) de escrutínio da validade da convenção.

## **Subsecção VI - Enquadramento classificativo de algumas figuras**

Importa, agora, depois de considerado o problema da admissibilidade, atentar na problemática discernida como segundo núcleo essencial de reflexão, no âmbito da prova atípica – o relativo à identificação de hipóteses susceptíveis de representar meios de prova não constantes do elenco legal e, assim, representativos de prova atípica.

### a) Perícia arbitral

#### a.1) Considerações gerais

a.1.1) Uma hipótese de frequente verificação na prática (como WAGNER sublinha)<sup>810</sup> e sobre a qual se pondera no contexto da prova atípica, é aquela em que as partes conferem a terceiros poderes para, com carácter vinculativo, apurar se determinado facto se verificou ou não.

Trata-se de situação enquadrável no âmbito do actual n.º 4 do art. 1.º da Lei de Arbitragem Voluntária,<sup>811</sup> onde se contempla a possibilidade de as partes poderem acordar submeter a arbitragem: para além das questões de natureza contenciosa, em sentido estrito, “*quaisquer outras* que requeiram a intervenção de um decisor imparcial, designadamente as relacionadas com a necessidade de precisar, completar e adaptar contratos de prestações duradouras a novas circunstâncias” (itálico nosso).

Assim se assegura, por via normativa, o que, como WAGNER (em tom crítico) nota, conduz parte da doutrina a classificar como processual o acordo celebrado entre as partes (mesmo quando constituído, este, fora do contexto arbitral) – garantir a imparcialidade do terceiro e a observância de garantias processuais fundamentais (designadamente as concernentes ao princípio do contraditório) como qualidades necessariamente associáveis à actividade do terceiro perito.<sup>812</sup>

No âmbito da possibilidade assim legalmente aberta, incluem-se diversas hipóteses, concebíveis em abstracto, sendo a todas comum a circunstância de se cometer a terceiro, que intervém com carácter *vinculativo*, actividade *não* derentora de contencioso, em sentido estrito.<sup>813</sup>

---

<sup>810</sup> O autor destaca a crescente intensidade com que, na prática, se tem vindo a recorrer a esta figura, designadamente ao nível do que designa por arbitragem de qualidade (*Qualitätsarbitrage*), avaliação de empresas e direito dos seguros, *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 655.

<sup>811</sup> Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro. Tal possibilidade representa matéria que já se encontrava prevista no n.º 3 do art. 1.º do diploma antecedente (Lei n.º 31/86, de 29 de Agosto).

<sup>812</sup> *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 661. Garantias que a doutrina que vê, no acordo em causa, um pacto jurídico-material, procura assegurar a montante, por via do controlo da correcção ou acerto de conteúdo da pronúncia do terceiro.

<sup>813</sup> A imperatividade do parecer emitido é, porém, passível de ser subordinada a diferentes conformações. Na actual redacção §84, Abs. 1, 1 da *Versicherungsvertragsgesetz*, subordinado à epígrafe *Sachverständigenverfahren* (a que WAGNER alude, quando se reporta ao anterior §64 do mesmo corpo normativo), prevê-se a possibilidade de fixação, por terceiro, da factualidade de que constitui

Adentro desse perímetro, relevam, na prática, sobretudo, dois grupos de situações: em primeiro lugar, aquela em que, intervindo, o terceiro toma parte no *processo de construção do regime contratual* (que FAZZALARI expressamente exclui do domínio do *arbitrato*<sup>814</sup>); em segundo lugar, aquela em que o escopo da actividade do terceiro contende com o *apuramento de factos*.<sup>815</sup>

Incluem-se no âmbito da primeira, designadamente, as hipóteses em que o terceiro supra lacunas do teor negocial (designadamente por omissão de cláusulas interpretativas, a que MARINONI se refere, no âmbito das convenções de prova)<sup>816</sup>,

---

pressuposto a responsabilização de companhia de seguros. Modera-se, porém, o grau de vinculatividade da pronúncia do perito, mediante previsão de que o seu teor não se imporá se houver manifesta dissonância entre a pronúncia pericial e a realidade (“Sollen nach dem Vertrag einzelne Voraussetzungen des Anspruchs aus der Versicherung oder die Höhe des Schadens durch Sachverständige festgestellt werden, ist die getroffene Feststellung nicht verbindlich, wenn sie offenbar von der wirklichen Sachlage erheblich abweicht”). Em contexto de emissão de parecer relativamente a hipótese em que as partes cometem a terceiro função de avaliação de bens, cujo teor assumem como vinculativo, SINDE MONTEIRO observa que este tipo de previsão negocial se pode, em abstracto, enquadrar no âmbito da arbitragem (*Schiedsvereinbarung*) ou do contrato de perícia arbitral em sentido estrito (*Schiedsgutachtenvertrag im engeren Sinn*), vindo a concluir, no caso, estar em causa a segunda hipótese por não se verificarem requisitos cuja reunião teria de se cumprir para que proferível decisão arbitral. Observa, por outro lado que, sobre as partes, impende, nesse contexto, o dever de cooperação com o terceiro avaliador, a fim de que este adequadamente se desincumba da função a que se vinculou, notando, de outro passo, que a este se impõe o dever de rectificar a conclusão que tenha apurado se, a superveniência de elementos de ponderação, determinar a alteração da avaliação definida, “Pactos familiares, perícia contratual e avaliação de empresas”, *Colectânea de Jurisprudência*, Ano 10, Tomo 3, 2002, Coimbra, pp. 5-29. Em comentário sobre acórdão relativo ao mesmo caso, Dário Moura Vicente pronunciou-se também no sentido de que o negócio jurídico celebrado entre as partes representa perícia contratual vinculante, que não convenção de arbitragem, «Convenção de arbitragem, perícia contratual e avaliação vinculante», *Cadernos de Direito Privado*, n.º 8, Outubro-Dezembro, 2000, pp. 44-56.

<sup>814</sup> Do “*arbitrato*” separa, o autor, no plano classificativo, o “*arbitraggio*”, notando ser este a via pela qual as partes atribuem a um terceiro, poderes para determinação do conteúdo de um contrato, razão por que “*tal dictum* não é uma manifestação de vontade que concorre com a dos contraentes, antes um acto intelectualivo que se insere no contrato destes “*per relationem*”, única fonte da eficácia negocial”. A esta figura reconduz a hipótese de atribuição a um terceiro de poderes de intervenção vinculativa de “renegociação”, quer tanto decorra de uma cláusula de salvaguarda preventivamente antecipada pelas partes, quer da expressa concessão de poderes, aquando da mutação de circunstâncias. A par destas duas categorias distingue, ainda, a “*perizia contrattuale*”, figura através de qual as partes atribuem a um terceiro, que seleccionam pelos seus conhecimentos técnicos poderes para “determinação de um elemento”. Refere como exemplo desta possibilidade a hipótese em que as partes atribuem a um terceiro poder de determinação do preço numa compra e venda, *L’arbitrato*, UTET, Roma, 1996, pp. 10, 11 e 27.

<sup>815</sup> Nessa hipótese se integram, a título de exemplo, os processos de avaliação da sociedade Deutsche Automobil Treuhand (designadamente para efeito de apuramento de danos de viaturas), cuja notoriedade prática WAGNER evidencia, *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 655.

<sup>816</sup> Diversamente do sustentado por MARINONI, não incluímos no âmbito das convenções de prova as designadas cláusulas interpretativas, quando por estas se tomem as disposições convencionais atributivas de determinado significado a certa declaração ou definidoras de critério a observar no apuramento desse significado. Representa exemplo da primeira hipótese, a cláusula (referida pela autora) constante de contrato da companhia de seguros Anonima Infortuni, nos termos da qual se esclarece que “La parola “Assicurato” indica la persona che è oggetto dell’assicurazione”; constitui exemplo da segunda, a previsão (também citada por MARINONI) constante de contrato da Associazione

proceda a escolha de entre obrigações alternativas, determine o conteúdo de prestação (hipótese que WAGNER associa ao *arbitrium boni viri*<sup>817</sup>) ou adapte o conteúdo contratual a circunstâncias supervenientemente verificadas.

É neste primeiro domínio, que se inclui o tipo de actividade exemplificativamente mencionado pelo legislador quando, na redacção normativa, faz alusão à intervenção de terceiro movida pela “necessidade de precisar, completar e adaptar contratos de prestações duradouras a novas circunstâncias”; área onde, como JÚLIO GOMES observa, mais se faz sentir a necessidade de recurso a outros meios de tutela jurídica que não os correspondentes aos proporcionados pelo figurino clássico de exercício da actividade jurisdicional.<sup>818</sup>

---

del Commercio dei Cereali e Semi –Genova, em que se enuncia que “Tutte le condizioni, tanto manoscritte che stampate, del presente contratto, da *interpretare*, ove occorresse, *secondo gli usi commerciali della piazza di Genova*”. A diferença de posição assenta no distinto entendimento do que se compreende por regras de prova – a autora observa adoptar noção ampla desta expressão (perfilhando o seu “significato più ampio”), por ela tomando “tutte quelle norme che guidano il giudice di fronte ai vari strumenti che gli sono offerti per controllare la verità delle affermazioni delle parti”. Mais precisa se nos afigura, pois, a concepção, segundo a qual, no âmbito daquela expressão, se incluem *apenas* as regras *especificamente* relativas à natureza *particular* (relativa à prova) da actividade de esclarecimento da factualidade controvertida, que não regras (como as relativas à interpretação declarativa) em geral aplicáveis e, assim, também susceptíveis de convocação, quando a interpretação tenha por objecto declaração cujo teor virá a ser considerado, em sede de prova (no sentido de se apurar da veracidade ou não da versão factual que possa conter). Só uma vez interpretada a declaração esta é, efectivamente, usada no âmbito da extinção da dúvida factual, pelo que só a partir de então se poderá, com propriedade, identificar actividade (e consequentemente regime) de natureza probatória. Não bastará, nestes termos, que esteja em causa regra convocável *por ocasião* da prova. Concordamos, no mais, com a autora, quando sublinha que não constitui critério válido de defesa da exclusão (das regras interpretativas do âmbito das regras relativas à prova), a invocação de que “le regole di interpretazione” operam também “fuori del processo”, ao invés das “regole di prova”, actantes “solo nel processo”. Concordância que se deve não apenas ao facto de, como MARINONI assinala, tanto representar a concessão de relevo a critério relacionado com a existência de “differenza di estensione” (que não em “differenza di funzione o di struttura”), como à circunstância (prévia) de tal asserção não corresponder à verdade (quer as regras interpretativas, quer as regras da prova se revelam susceptíveis de assumir relevo fora do contexto processual).

<sup>817</sup> *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 656.

<sup>818</sup> Júlio GOMES sublinha a importância que os meios alternativos de resolução de litígios (em particular a arbitragem) podem ter para a resolução de conflitos associados a contratos de longa duração, destacando o facto de, frequentemente apresentarem “um conteúdo menos definido e de natureza mais procedimental” e de se inserirem “amíúde, no quadro de relações legais complexas, expostas a elevados factores de risco e a *contingências imprevisíveis ou de difícil previsão...*” (itálico nosso). Acompanhando René DAVID na dificuldade que este revela “em traçar a fronteira entre actividade jurisdicional e actividade contratual” quando o árbitro “desempenha um papel na formação ou na revisão de uma relação contratual”, sustenta, contudo, que quando esteja em causa a adaptação, em sede de arbitragem, de contrato de longa duração, “não é a genuína arbitragem que está em jogo: em vez de um método de solucionar conflitos, trata-se antes de preencher lacunas no contrato original”, aduzindo que, apesar de “a identidade do nome não raras vezes o que estará em jogo será tão só um método de adaptação do contrato que não representa um acto jurisdicional e se incorpora directamente na convenção. Refere, como formas alternativas de resolução deste tipo de litígios, o *permanent contract referee* (no âmbito do qual integra o med-arb, quando este seja um indivíduo), enquanto “junta de revisão de contrato”, na expressão de HOELLERING, bem como o “*mini trial*” (“processo de intercâmbio de informação confidencial e não vinculante ou uma estrutura formalizada

Respeitam ao segundo as hipóteses, acima referidas, em que as partes cometem a terceiro a incumbência de apurar a verificação ou não de determinadas versões factuais.<sup>819</sup>

---

para a renegociação por acordo, cujo objectivo é o de facilitar uma resolução pronta económica e eficaz de uma disputa complexa que envolve questões de facto e de direito, reconvertendo num problema de homens de negócios o que se tinha transformado numa disputa de juristas.”, “Cláusulas de Hardship”, *Contratos: actualidade e evolução*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1997, pp. 195 a 199. No que diz respeito à relação entre arbitragem e jurisdição, FAZZALARI, recusando o integral enquadramento de todas as modalidades em que a primeira se analisa, na segunda, atribui a (em seu entendimento, imprópria) qualificação de toda a actividade arbitral, como jurisdicional, ao equívoco em que se traduz o estabelecimento de equivalência entre actividade jurisdicional e actividade desenvolvida com base em estrutura processual, *L'arbitrato*, UTET, Roma, 1996, p.16.

<sup>819</sup> Partindo da tríplice classificação que decorre de jurisprudência do *Reichsgericht*, WAGNER distingue dois grupos de casos, referindo um primeiro (coincidente com o discernido por aquele tribunal), no âmbito do qual o terceiro completa ou ajusta o teor de um negócio jurídico, de um segundo, que entende corresponder às hipóteses de “verdadeiro parecer arbitral”. Se, no domínio do primeiro, há lugar a acção de constituição de direito (“rechtsgestaltenden”), verifica-se, no segundo, actividade de fixação fáctica (“feststellenden”). No âmbito deste segundo perímetro (cuja autónoma delimitação justifica, assim, em virtude de, contrariamente ao que sucede no primeiro, não estar em causa a intervenção, ao nível de uma relação contratual incompletamente definida, mas o apuramento de factos ou de elementos constitutivos), integra, como subgrupos, duas tipologias (que correspondem ao segundo e terceiro grupos discernidos por aquele tribunal alemão): a hipótese em que o teor do contrato não é claro para as partes, atenta a sua falta de conhecimentos (assim, por exemplo, quando cumpra, ao terceiro, definir o valor de imóvel vendido ou o montante correspondente a renda de bem locado) de um lado e, de outro lado, a hipótese em que lhe cumpra apurar factos ou elementos constitutivos de *Tatbestand*, *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 657. Cremos, porém, que a primeira destas duas sub-hipóteses participa de características comuns ao primeiro e segundo grupos. Se, por um lado, a definição do valor da renda contratual implica, no seu processo, o apuramento do facto em que se traduz o valor médio das rendas (no meio em causa) para idêntica tipologia de imóvel, não deixa de estar em causa operação por via da qual se completa o teor de regime contratual, que as partes não precisaram de modo integral. Diferentemente, quando se proceda a actividade de apuramento de valor correspondente a danos sofridos na sequência de incumprimento ou cumprimento defeituoso de obrigação decorrente relação de contratual, tratar-se-á de exclusiva actividade de apuramento de factos (incluível no âmbito do segundo grupo). O autor cinge a sua pronúncia a hipóteses incluíveis no segundo. Pronunciando-se sobre a particular hipótese em que as partes incumbem terceiro da determinação do preço, Henrique MESQUITA e Almeno de SÁ sublinham o “particular interesse” que este tipo de cláusulas assume na prática, designadamente “em domínios como o da aquisição de empresas, tanto na forma de *asset deal*, como na de *share deal*, mas também em relação a negócios envolvendo áreas de assinalável dimensão, destinadas à promoção e concretização de projectos imobiliários, cujo integral êxito está dependente da superação de obstáculos de índole jurídico-urbanística”, bem como no âmbito de “negócios caracterizados pela sua significativa projecção internacional, em que o aumento exponencial de complexidade daí resultante, aliado à premência de alcançar compromissos vinculantes, constitui obstáculo à prévia identificação do valor efectivo implicado na transacção”, “Determinação do preço por terceiro”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 141º, nº 3973, Março-Abril, 2012, p. 202. Reflectindo sobre a natureza da actividade do terceiro, explicitam que esta se traduz “em completar um acordo incompleto dentro do quadro pré-delimitado pelas partes”, em “complementação conformadora do contrato”. Sustentando que, quando o terceiro não observe os critérios que por estas (partes) tenham sido definidos, é aplicável o regime constante do art. 400.º do Código Civil, permissor da intervenção do tribunal, explicitam que esta (intervenção) pode assumir natureza correctiva (hipótese em que o tribunal desenvolve, em simultâneo, “função de controlo” e “função de determinação”) ou substitutiva da actividade do terceiro. Na ausência de especial definição, pelas partes, de critérios de determinação do preço, é ainda possível, notam os autores, o controlo jurisdicional da actividade desenvolvida pelo terceiro, agora mediante mobilização de critérios de equidade, sendo que, para que

É, este último domínio, o relevante para o presente efeito, em virtude de o facto jurídico atributivo de poderes revestir natureza convencional e de respeitar a matéria que mantém atinências com o direito da prova.

a.1.2) Importa, em primeiro lugar, determinar o sentido que as partes tenham querido atribuir a uma convenção com esta natureza.<sup>820</sup> *Dois* hipóteses se vislumbram.

Sob uma *primeira*, podem as partes ter querido celebrar acordo no sentido do reconhecimento de certos factos, remetendo a definição do seu teor para pronúncia de terceiro. Neste sentido, as partes tomariam por assente, no âmbito do conteúdo do seu acordo quanto aos factos, a versão factual que o árbitro ou árbitros viessem a apurar corresponder à verdade. A estes caberia, por incumbência daquelas, concretizar o conteúdo de tal convenção, assumindo estas (partes), antecipadamente, o conteúdo da futura pronúncia arbitral, como teor material da convenção entre si celebrada.

Quando a interpretação das declarações das partes permita concluir neste sentido, tratar-se-á de um acordo de reconhecimento de factos (válido se em causa direitos disponíveis); acordo cujo conhecimento integral de conteúdo implica a articulação entre o teor daquelas declarações (convencionais) e o conteúdo da pronúncia arbitral.

A ser invocada, num processo jurisdicional, esta fixação, ela relevaria no plano da alegação de factos que, porque assentes, se excluiriam do âmbito do *thema probandum*. Donde o pacto celebrado entre as partes não seria qualificável como convenção de prova, integrando-se, diferentemente, no âmbito dos supra aludidos *Anerkennungsverträge*.

Sob uma *segunda*, podem as partes pretender obter a referida declaração de terceiros, a quem conferem o poder de heteronomamente proceder à fixação da factualidade controvertida, sem que, contudo, tal decisão se manifeste no teor do acordo entre as partes quanto à verificação dos factos em causa. O intuito que, por regra, preside à celebração deste tipo de negócio jurídico é também o da antecipada fixação da matéria de facto, que pode vir a assumir relevo processual, em acção futura, de modo a que, se posteriormente invocado em juízo, o decisor (ante quem a definição do terceiro assumiria carácter vinculativo) não possa deixar de se pronunciar em

---

tal convocação se afigure viável, se não torna necessário que a desconformidade na determinação do preço assumia carácter “manifesto” ou “grosseiro”, *ob. cit.*, em especial pp. 211 a 224.

<sup>820</sup> No que respeita aos efeitos indirectos do tipo de pactos em causa, PELL assinala que estes podem representar instrumento valioso, no plano da prevenção da propositura de acções carecidas de fundamento e do impedimento da sua continuidade, representando factor de redução de litigância destituída de suporte jurídico - esclarecidas, as partes, quanto à real possibilidade de demonstração ou não de determinados factos, produzir-se-ia efeito profiláctico, no que diz respeito ao início ou manutenção de pendência de acções relativamente às quais as mesmas pudessem, assim, antecipadamente concluir insusceptíveis de procedência em juízo, representando “processos sem esperança” (“aussichtslosen Prozess”). Para além de evitar, *Beweisverträge im Zivilprozess*, Dike Verlag, Zürich, St. Gallen, 2012, p. 49.

sentido com ele conforme. Não exprimem, nesta hipótese<sup>821</sup>, as partes, o seu *acordo*, quanto à *verificação dos factos*, mas quanto à sua *definição por terceiro*.

É no âmbito desta segunda que se enquadra a hipótese que consideramos, sendo que esta corresponde a figura frequentemente designada por perícia arbitral e, como observado, associada à convenção de prova, bem como à prova atípica.

Justificar-se-á o estabelecimento desta conexão? Este o problema sobre o qual ora se centrará a nossa atenção.

### *a.2) Natureza da figura*

Observamos, em primeiro lugar que, quando as partes atribuem ao tribunal arbitral esta competência, o fazem, por regra, sem especificar, na convenção que celebram, se antevêem invocar a *decisão* proferida no contexto de *futura acção* (a intentar em tribunal, arbitral ou judicial, a quem incumbirá a resolução da questão jurídica)<sup>822</sup> ou se prevêem que a prolação de tal decisão será suficiente para a extinção extraprocessual do litígio que as divide, em virtude de, fixada a matéria de facto, haver consenso, entre ambas, quanto à solução a adoptar. Independentemente do uso futuro que as partes venham a dar à decisão, ela beneficia, dado o carácter vinculativo próprio da decisão arbitral, da virtualidade de vir a ser invocada num outro processo, impondo-se à contraparte e ao decisor. Consideraremos, nas observações a tecer, a hipótese,<sup>823</sup> mais abrangente, no âmbito da qual as partes dão uso máximo às potencialidades da *decisão* proferida por terceiro, árbitro, na sequência da convenção entre ambas celebrada, não se limitando a fazer uso dela nas relações que entre si estabeleçam, antes a invocando num outro processo.

De distinguir são, neste contexto, três aspectos: a celebração da *convenção*, o processo de *origem* (processo arbitral em que se profere a decisão consubstanciadora do apuramento da matéria do facto) e o processo de *destino* (em que se faz valer a prévia definição – realizada no processo de origem – da matéria de facto, cabendo aí<sup>824</sup> desta retirar ilações jurídicas).

#### *a.2.1. Delimitação por via negativa*

A actividade desenvolvida pelo tribunal arbitral, no processo de *origem*, *não* representa actividade jurisdicional completa, na medida em que não tem lugar a nota central de tal actividade: *resolução*, mediante aplicação do direito, das questões jurídicas relevantes ante a matéria de facto assente (tenha ou não, esta definição da

---

<sup>821</sup> Diferentemente do que sucede na primeira.

<sup>822</sup> E, eventualmente, a questão de facto não abrangida pela convenção em causa.

<sup>823</sup> Correspondente à segunda, ora mencionada.

<sup>824</sup> Processo de destino.

matéria de facto, decorrido da actividade de julgamento do tribunal que se pronuncia em matéria de direito) eo objecto do processo ou decisão de *impossibilidade de pronúncia* quanto ao mérito porque não reunidos os pressupostos para tanto.

A actividade desenvolvida *não* se reconduz, porém, também, como decorre da posição de LESSONA,<sup>825</sup> a mera actividade de produção de prova. Diferentemente, aos momentos processuais em que se desenvolve actividade instrutória, acresce o momento em que, com base nos elementos obtidos no contexto daquela fase processual, se profere, com carácter vinculativo, decisão quanto à matéria de facto, perdendo esta a natureza controvertida que antes assumia.

É frequente que, quando celebradas convenções do tipo a que ora nos referimos, os árbitros (decisores) assumam, no momento da produção de prova, um figurino particular, no que diz respeito ao número e qualidade das funções de que são incumbidos. Se, no âmbito *deste tipo* de acordos, se *pode* (no que respeita à decisão da matéria de facto controvertida), como sucede nos moldes gerais de exercício da actividade jurisdicional, optar pela típica distribuição intraprocessual de funções, em que ao árbitro incumbe tão só decidir a matéria de facto, com base nos elementos da prova reunidos (prova na sua terceira dimensão) ou, na ausência ou inconcludência destas, com base nos critérios de distribuição do ónus da prova, *pode*, porém, convencionar-se, nos acordos em causa, que, *além* dessa função decisória, os árbitros desenvolverão também actividade probatória executiva directa (não se limitando a ordenar prova<sup>826</sup>, a pronunciar-se quanto à actividade de prova peticionada pelas partes no âmbito do seu requerimento de prova e a gerir a actividade processual a desenvolver em sede de prova<sup>827</sup>), *intervindo como peritos*, com o que, por regra, se prescinde da designação de terceiros (relativamente à relação processual) para assunção de tal incumbência. Esta caberá aos árbitros, que a cumularão, assim, com a função de decidir. Cumulação que, como CALAMANDREI observa, se afigura juridicamente possível, atento o dever de imparcialidade ínsito ao desenvolvimento de ambas as actividades.<sup>828</sup> Se há, nesta medida, lugar a *perícia arbitral* (perícia desenvolvida por árbitros), a tanto se não resume, neste caso, a actividade arbitral.

---

<sup>825</sup> LESSONA qualifica como cláusula compromissória a incluída em *pollizze di assicurazioni contro i danni*, nos termos da qual as partes se obriguem a subordinar-se ao “juízo de peritos de modo obrigatório e irrecorrível”, refutando o enquadramento desta previsão no âmbito de convenções restritivas de meio de prova, *Trattato delle prove in materia civile*, Terza Edizione interamente riveduta, Volume Primo, Torino, UTET, 1927, pp. 67 e 68. Diríamos que, admitindo que se trata de avaliação que as partes pretendem que possa ser invocada, com carácter vinculativo, em juízo, e só sendo aquela obténivel em sede de arbitragem, aquela convenção consubstanciará sempre a natureza de cláusula arbitral. Não havendo lugar, no segundo processo, a autónomo juízo decisório, porque previamente esclarecida a controvérsia factual, não se suscita o problema da prova. O pacto celebrado ultrapassou, pois, a fronteira da mera restrição de meios de prova – previu expediente de tornar, as versões factuais em causa, não carentes de prova no processo onde o juízo arbitral, em sede de facto, seja invocado.

<sup>826</sup> Enquanto juiz *actor*, em sede de prova.

<sup>827</sup> Intervindo, nestas duas últimas hipóteses, enquanto juiz *guardiã*, em sede de prova.

<sup>828</sup> A compatibilidade entre a qualidade de perito e a qualidade de terceiro decisor é expressamente afirmada por CALAMANDREI, por contraposição à incompatibilidade entre esta última qualidade e a de testemunha (“incompatibilità psicologica fra la funzione del giudice e quella del testimone”). Refere, a este propósito, que, sendo a prova testemunhal fonte de informação, cuja consideração implica especiais cautelas, dada, designadamente, a limitação humana na percepção dos factos e a natural

Da asserção constante da segunda oração do parágrafo anterior, resulta que, na sequência de convenção em que as partes acordem solicitar a árbitros a decisão quanto a versões factuais de natureza controvertida, a realização de perícia arbitral assume carácter puramente eventual. Essa dimensão não é, pois, essencial, sendo igualmente concebível<sup>829</sup> que o esclarecimento jurisdicional, pelos árbitros, da controvérsia factual, tenha por base informação probatória cuja diversidade obedeça às regras gerais, não se circunscrevendo ou não incluindo perícias a realizar pelos árbitros ou sequer *qualquer* tipo de perícia.<sup>830</sup>

Quando se cumulem ambas as qualidades, além de, enquanto peritos, os árbitros terem, no âmbito da perícia, recolhido, filtrado (segundo os seus conhecimentos) e transportado para o processo elementos de decisão, proferem, enquanto terceiros decisores, pronúncia vinculativa apenas quanto à matéria de facto controvertida, fixando os factos.<sup>831</sup>

O processo arbitral em análise não se esgota, pois, no domínio da prova, antes o integrando, também, fundamental dimensão decisória. Esta circunscreve-se, porém, ao esclarecimento da factualidade controvertida, não se retirando (como, por regra, sucede em sede de pleno e clássico exercício da actividade jurisdicional em sede de arbitragem) daquela definição factual consequências no que diz respeito à resolução de um conflito jurídico.

Sustentar que está em causa uma *perícia* arbitral corresponde, nesta medida, a identificar tão só um aspecto (possível) de uma realidade que em muito supera aquela dimensão. Trata-se, na sua raiz, de actividade de extinção da dúvida quanto à matéria de facto, ou seja, de decisão vinculativa quanto à matéria de facto controvertida, com a particularidade de que, se verificada a referida cumulação funcional (quando tenha havido convenção nesse sentido), os dados proporcionados por perícia desenvolvida pelos próprios árbitros serem um dos elementos (porventura, o único elemento) de prova considerados como fundamento de tal decisão.

---

tendência para a sua exposição em conformidade com as estruturas e enquadramento intelectuais e psíquicos do depoente (“Il testimone, insomma, rare volte riferisce i fatti come li há percepiti, ma li riferisce come, in seguito a ciò che há percepito, gli sembra naturale e ragionevole che si siano svolti.”), se torna imprescindível um “trabalho paciente de purificação”, realizado por um “crítico sereno e desapaixonado”, em ordem a libertar o depoimento de tudo o que represente uma “supraestrutura secundária e sucessiva, derivada da subjectiva reelaboração” realizada pela testemunha, relativamente à “genuína objectividade do facto”. Tanto implica que o terceiro decisor “refaça o caminho lógico, através do qual a testemunha possa ter chegado à conclusão que refere e reconstruir que obstáculos derivados das suas condições subjectivas podem tê-lo perturbado durante este caminho”, realizando, em suma, labor de avaliação do depoimento testemunhal que dificilmente conduziria a frutos, objectivamente fidedignos se observador crítico e observado se confundissem no mesmo sujeito. Diferentemente sucede, quando esteja em causa a realização de perícia, hipótese em que, tratando-se já de avaliação de cariz técnico, o julgador beneficia da liberdade de fazer uso “da sua ciência privada”, sem recurso a perito, CALAMANDREI, Piero, “Per la definizione del fatto notorio”, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Vol. II, parte I, Anno 1925, “La Litotipo” Editrice, Padova, pp. 283, 284 e 300.

<sup>829</sup> A tanto podendo conduzir a conformação do teor convencional moldado pelas partes.

<sup>830</sup> Mesmo realizada por terceiros, relativamente aos sujeitos processuais (entre os quais o árbitro, enquanto decisor, se inclui).

<sup>831</sup> Esta última dimensão (tipo de actividade decisória – circunscrita ao nível dos factos – desenvolvida) representa, porém, dimensão sempre verificada, no âmbito da figura que se considera, independentemente de haver ou não cumulação funcional na pessoa dos árbitros decisores.

Ainda que os árbitros assumam, em simultâneo, a qualidade de peritos, não se trata, assim, de mera perícia arbitral (perícia desenvolvida por árbitros), mas de arbitragem (em que se desenvolve actividade que corresponde a apenas um segmento daquela que tem lugar no âmbito do exercício pleno da actividade jurisdicional) no contexto da qual houve lugar a perícia realizada pelos próprios árbitros.<sup>832</sup>

Consideremos, agora, o que se passa no processo de *destino*, quando nele é feito valer o fruto da decisão proferida no processo de *origem*.

Em conformidade com o acima explicitado, duas hipóteses se distinguem, neste plano, em função do *título* a que tal invocação tenha lugar.

Segundo uma *primeira*, podem as partes não invocar a decisão, enquanto tal, no processo de destino, antes nele manifestando acordo quanto à factualidade objecto de decisão no processo de origem, fazendo-o em conformidade com tal decisão. Esta é, portanto, tomada, entre as partes, como base da concordância que revelam ante o tribunal de destino. Podem, por outro lado, invocando a decisão, manifestar ser o teor desta consentâneo com a sua vontade, recobrando o conteúdo decisório com o seu acordo.

Neste caso, as partes optam pela via processual do *consenso*, relativamente à dimensão factual abrangida pela concordância expressa ante o tribunal, pelo que este não proferirá decisão autónoma, quanto à matéria de facto, antes homologando o acordo das partes, quanto a ela. As partes colhem, nesta hipótese, o conteúdo da pronúncia arbitral, tomando-a como teor do seu acordo. Quando a interpretação das declarações das partes permita concluir neste sentido, tratar-se-á de contrato de reconhecimento de factos (*Anerkennungsvertrag*).<sup>833</sup>

A matéria de facto decidenda não chega, neste caso, a assumir carácter controvertido (não integrando o *thema probandum*).

Numa *segunda* hipótese, é tão só invocada, no processo de *destino*, a decisão arbitral, quanto à matéria de facto controvertida, proferida no processo de *origem*.

Neste caso, esta factualidade não chega, também, a assumir carácter controvertido, não, agora (diferentemente do que vimos suceder no âmbito da primeira hipótese), porque as partes se revelem concordantes quanto à mesma, mas porque existe acordo, entre ambas (revelado na convenção arbitral) quanto à circunstância de dever valer a definição efectuada por um terceiro, independentemente de concordarem ou não com o sentido da pronúncia. Na medida

---

<sup>832</sup> Na distinção estabelecida por CASTRO MENDES, o “arbitramento é o recurso a peritos ou arbitradores, como meio de prova; a arbitragem é o recurso a árbitros, como meio de solução de um litígio”, MENDES, João de Castro, *Direito Processual Civil*, 2º Vol., AAFDL, Lisboa, p. 474. Na perícia arbitral o decisor assume (quando se considere esta expressão classificativa) a dupla função de *árbitro* e de *arbitrador*.

<sup>833</sup> Quer o acordo de atribuição de poderes decisórios aos árbitros, relativamente à matéria de facto, quer o eventual acordo (formal ou não) que, em corroboração do intento que presidiu ao primeiro, as partes celebrem, exprimindo o seu acordo mediante absorção da decisão arbitral, sendo apenas este o invocado em juízo. Nesta hipótese, não se torna perceptível, no processo de destino, a fonte de onde promana o conteúdo decorrente desse acordo.

em que a controvérsia foi, por consentimento de ambas, extinta em sede arbitral), não chega a haver litígio, quanto a esse aspecto, no processo de *destino*, impondo-se, neste, a decisão arbitral.

À *semelhança* do que acontece, quando está em causa acordo quanto aos factos (primeira hipótese considerada), a decisão proferida no processo de origem constitui fundamento da matéria de facto decidenda *sem que*, por não estar em causa matéria controvertida, este fundamento represente *meio de prova*.

Porque sobre a matéria de facto (que assume natureza controversa no processo de *origem*) já foi proferida decisão com carácter vinculativo, o tribunal do processo de *destino* já não se pronunciará quanto à mesma, no sentido de resolver a dúvida sobre aspectos de facto com relevo no âmbito da acção que nele se encontra pendente. Abster-se-á de proferir, quanto a ela, decisão autónoma, remetendo para a decisão já proferida, a que ora assim se concede relevo nesta outra instância. Não se trata, pois, de um fundamento de decisão da matéria de facto controvertida; antes de fundamento que permite dela (decisão) prescindir, porque à mesma já houve lugar, em momento anterior. Razão por que *não está* em causa um *meio de prova*.<sup>834</sup>

A circunstância de estar em causa uma decisão jurisdicional que se impõe numa outra instância remete o olhar para a figura do caso julgado. Não se confunde, porém, com este.<sup>835</sup> O caso julgado forma-se sobre a solução jurídica definida relativamente à problemática suscitada por uma determinada matéria de facto.<sup>836</sup> Esta decisão assume, por isso, natureza vinculativa, independentemente da vontade das partes, sendo do conhecimento oficioso do tribunal, dada a relevância de interesses (que suplantam os das partes), no sentido de que não haja contradição entre duas instâncias, quanto à derença jurídica de um mesmo litígio e de que, portanto, não haja repetição de acções.

Como Maria José CAPELO observa, sob o alcance da força do caso julgado não se encontra já a definição da matéria de facto.<sup>837</sup> Esta definição pode, na verdade,

---

<sup>834</sup> Sendo junto ao processo o suporte documental de que a decisão arbitral consta, aquele representa prova (documental) não relativamente à controvérsia factual que, no processo de destino, integra o *thema probandum*, mas relativamente ao facto em que se traduz a promúncia arbitral.

<sup>835</sup> Caso julgado que, na presente hipótese, manifestaria a sua força, quer sob o ponto de vista *negativo* (impedindo o tribunal de se pronunciar, quanto à mesma matéria – controvérsia factual), quer sob o ponto de vista *positivo* (impondo que o tribunal respeite a decisão proferida, tomando o teor dela decorrente, como fundamento fáctico sobre o qual construirá a solução jurídica).

<sup>836</sup> Sublinhando a relação a estabelecer entre o efeito preclusivo do caso julgado e o âmbito dos fundamentos da acção e da defesa adutíveis no processo que culmina com a decisão transitada, Paula Costa e SILVA exclui, desse domínio, o pedido reconvenicional que, podendo ter sido formulado na acção em causa, o não foi, e “A natureza processual da tutela do terceiro adquirente de boa fé e a título oneroso. Excepção, reconvenção e eficácia preclusiva do caso julgado”, *O Direit.*, ano 141.º, 2009, I, pp. 234 e ss.

<sup>837</sup> Maria José CAPELO pronuncia-se no sentido de que, de acordo com o regime adoptado no âmbito do sistema legal português, o caso julgado abrange tão só a parte dispositiva da sentença, que não ““todos os pontos prejudiciais em sentido lato” que representem apenas “labore logico””. Reflectindo sobre a razão de ser do regime, a autora nota que a tutela da “graduação dos esforços” das partes, bem como o princípio do dispositivo prevaleceram sobre a certeza, a paz social, a economia processual e a não

assumir relevo distinto em diferentes acções, ainda que pendentes, entre as mesmas partes, consoante o título a que nelas tal matéria seja convocada e contextualizada, bem como atenta a informação de que, em cada acção, se possa dispor, enquanto fundamento da decisão a proferir. A circunstância de se ter concluído, na acção 1, que o facto x se verificou, não invalida, assim, que, na acção 2, se venha a concluir que o mesmo facto não ocorreu.

Na hipótese da figura que consideramos, porém, a decisão, quanto à matéria de facto proferida no processo de *origem*, impõe-se no processo de *destino*, sendo que tanto depende, porém, de manifestação de vontade, nesse processo, de quem assuma a qualidade de parte relativamente ao primeiro processo.

O regime em causa não se confunde também com o do *valor extraprocessual das provas*.<sup>838</sup> Segundo este<sup>839</sup>, se alguma das partes manifestar interesse nesse sentido, a prova produzida num processo (de *origem*) pode ser aproveitada num outro

---

contradição entre decisões, enquanto vantagens associáveis a um sistema que, dada a maior amplitude que concede à matéria abrangida pelo caso julgado, designa por “amplexivo”, *A sentença entre a autoridade e a prova em busca de traços distintivos do caso julgado civil*, Coimbra, 2010, pp. 83 a 85. De tanto excepciona a hipótese, hoje regulada no art. 91.º, 2 do Código de Processo Civil, em que legalmente se concede que a decisão sobre outras questões assuma (se verificadas as condições para tanto previstas) força de caso julgado, *ob. cit.*, pp. 81 a 83. De notar, por outro lado, que, nos termos dos art.ºs 623.º e 624.º do Código de Processo Civil, os factos que integram os pressupostos de punição e os elementos do tipo legal, bem como os que respeitam às formas do crime julgados, provados no âmbito de processo penal findo com condenação definitiva se têm por verificados, a título de presunção ilidível, relativamente a terceiros, no âmbito de acções civis, em que se discutem relações jurídicas dependentes da prática de infracção. Têm-se, também, por presumivelmente, não verificados, com carácter ilidível, no âmbito de quaisquer acções civis, factos que tenham sido imputados ao arguido, no âmbito de processo penal findo com decisão de absolvição, transitado em julgado, com fundamento na circunstância de tais factos não terem sido praticados. Para uma visão crítica do regime adoptado, pugnando “por um regime de independência das jurisdições” e defendendo um entendimento relativo da possibilidade de conhecimento oficioso de factos, pelo juiz, por força do exercício das suas funções (art.412.º), *vd. autora e ob. cit.*, pp. 330 e ss. e 553 e ss., respectivamente. Sobre as virtualidades da não inclusão da decisão sobre questões prejudiciais, no âmbito do caso julgado, *vd. Miguel MESQUITA, Reconvenção e Excepção no Processo Civil, O dilema da escolha entre a Reconvenção e a Excepção e o Problema da Falta de Exercício do Direito de Reconvir no Processo Civil*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 74 a 82.

<sup>838</sup> Cfr. art. 421.º do Código de Processo Civil. De notar que, nos termos do art. 279.º, n.º 3 do Código de Processo Civil, se prevê, actualmente, um regime que, não sendo, embora, e bem, nominalmente referenciado, pelo legislador, como representando uma hipótese de valor extraprocessual da prova, constitui uma circunstância em que a actividade de prova desenvolvida num processo, assume relevo num outro processo. Com três importantes diferenças, porém, relativamente ao regime do valor extraprocessual da prova a que nos referimos no corpo do texto: estando em causa, embora, um *diferente* processo, trata-se necessariamente da mesma acção (porque idênticos os sujeitos, causa de pedir e pedido); a prova em causa, no âmbito deste segundo contexto, não se circunscreve a prova por depoimento ou a perícia; a extrapolação da prova, do primeiro para o segundo processo, abrange não apenas o conteúdo informativo (prova na sua terceira dimensão) obtido no primeiro processo, como ainda a decisão quanto à matéria de facto controvertida (prova na sua quarta dimensão), proferida com base naquele substracto informacional, pelo que o decisor, no segundo processo, se encontra vinculado pela decisão quanto a esse aspecto proferida pelo anterior juiz da mesma causa.

<sup>839</sup> Consideramos a figura, atendendo à forma como se encontra moldada no âmbito do regime processual português.

processo (de *destino*), desde que aquele se revele pelo menos igualmente garantístico, relativamente a este último.

Neste caso, porém, o tribunal de *destino* não fica vinculado pela decisão proferida pelo tribunal de origem, quanto à matéria de facto controvertida. O referido regime destina-se, apenas, a permitir que possa ser objecto de apreciação, no processo de *destino*, o material probatório<sup>840</sup> promanado de prova testemunhal, por depoimento ou pericial já produzidas (no processo de *origem*), evitando-se a repetição de toda a actividade instrutória, que tal produção implica. O tribunal de *destino* conserva, porém, liberdade de apreciação no que diz respeito às ilações a retirar de tais elementos ao nível da decisão da matéria de facto controvertida que venha a proferir, assim se mantendo intocada a independência decisória de cada juiz.

Confrontando, em síntese, a figura que ora consideramos com o instituto do caso julgado e com o regime do valor extraprocessual das provas, verifica-se que partilha com ambos a circunstância de uma dimensão integrante de um processo (de origem) ser feita valer num outro processo (de destino).

Comunga, com o caso julgado, o facto de essa dimensão (invocada no segundo processo) ser uma decisão, permitindo, essa invocação, que não tenha de ser proferida a correspondente decisão, no processo de destino. Distancia-os o *facto* de, no primeiro, estar em causa decisão final (jurídica) e de, neste, estar em causa a decisão, quanto à matéria de facto, bem como a conexa *circunstância* de a primeira decisão impedir, sempre, que haja lugar a segunda decisão, tratando-se (a existência da primeira decisão e o seu relevo no segundo processo) de matéria do conhecimento oficioso do tribunal, enquanto a segunda só gera tal impedimento, caso seja invocada no processo de destino por uma ou ambas as partes.

Comunga, com o regime do valor extraprocessual das provas, o facto de ambos manterem relação com a fixação processual da matéria de facto. Separa-os a circunstância de, na hipótese que ora consideramos, se tratar de *decisão* proferida, no processo de origem e feita valer no segundo processo, enquanto na primeira hipótese (valor extraprocessual das provas) está em causa *prova* (na sua terceira dimensão) produzida no processo de origem, que servirá de base à decisão sobre a matéria de facto controvertida a proferir no processo de destino. Distancia-os, também, o facto de, na primeira hipótese, a prova ser, por regra, produzida no contexto de um processo (de *origem*) onde é desenvolvida actividade jurisdicional completa, enquanto, na segunda, se trata de processo onde se desenvolve actividade correspondente a apenas um segmento de actividade jurisdicional (actividade jurisdicional *segmentada*) – correspondente à decisão da matéria de facto.

Tanto não obsta, contudo, a que a informação probatória de que se pretenda fazer uso no processo de *destino* possa ser a obtida em processo de *origem*, onde a actividade jurisdicional desenvolvida assumo este carácter fraccionado. Nessa hipótese, porém, apesar de o processo de *origem* ser processo arbitral com esta particularidade, a relação que se estabelece entre o processo de *origem* e o processo de *destino* é a que decorre, nos termos gerais, do regime do valor extraprocessual da

---

<sup>840</sup> Prova na sua terceira dimensão.

prova, não assumindo qualquer especificidade decorrente dos poderes limitados dos árbitros (circunscritos à matéria de facto) ou da eventual circunstância de, em simultâneo, a qualidade de peritos.

*a.2.2. Delimitação por via positiva*

Apurado aquilo a que *não* se reconduz a hipótese que consideramos, importa verificar em que se *traduz*.<sup>841</sup>

Cumprе sublinhar, para este efeito, a distinção entre a *convenção* celebrada entre as partes e a *decisão* proferida (na sequência da celebração de tal *convenção*), no processo de *origem*.

A *convenção* celebrada entre as partes constitui *convenção de arbitragem* que se distingue das típicas convenções arbitrais pelo facto de conferir aos árbitros poderes para decidir apenas sobre matéria de facto, acordando as partes quanto ao modo de extinção do litígio apenas no que diz respeito a essa dimensão. A tanto se cinge o objecto da controvérsia submetida a apreciação arbitral.

Como as demais *convenções de arbitragem*, pode, contudo, conter, acrescidamente, cláusulas relativas ao regime da prova a observar nesse processo (de *origem*), revestindo, nessa medida, *também*, a natureza da convenção da prova. Esta assumirá a particularidade de estabelecer um regime de *prova* diverso do comum, sob o ponto de vista subjectivo, quando atribua aos árbitros, igualmente, a função de peritos. Trata-se, nesse caso, de uma convenção da prova que altera o regime legal, no que diz respeito à prova, na sua segunda dimensão, modificando os termos de produção de um meio da prova – perícia – no que concerne aos sujeitos. Consubstancia, por outro lado, prova convencional diversa, mas não atípica, dado que o meio da prova em causa (pericial) se encontra legalmente tipificado.

Considerando, agora, a *decisão* proferida (quanto à matéria de facto controvertida) no termo desse processo de *origem*, esta representa, no processo de *destino*, quando nele for feita valer, a decisão relevante quanto à matéria de facto a que respeita. Esta matéria não integrará, portanto, o tema da prova, encontrando-se a controvérsia que quanto a ela pudesse existir já pacificada pela decisão proferida no primeiro processo.

A convenção de arbitragem não constitui, assim, convenção de prova, no âmbito do processo de *destino*. Representa apenas convenção com base na qual se tornou possível a prolação, no primeiro processo, de decisão que dispensa que, no segundo processo, haja lugar a produção de prova e decisão quanto a tal matéria. Tanto sucede, porém, tão só porque a matéria perdeu, com a decisão proferida, carácter controvertido. Não incidindo sobre esta qualquer dúvida, não constitui objecto de prova. Não regula, assim, a convenção de arbitragem em causa (ao

---

<sup>841</sup> Para tratamento monográfico da figura, vide Mauro BOVE, *La perizia arbitrale*, Torino, Giappichelli, 2001.

contrário do que sucede nas convenções de prova) o regime da prova a que deva haver lugar, no *segundo* processo; antes cria os pressupostos necessários para que, neste, se prescindia da actividade probatória, bem como dos actos processuais (decisórios) que lhe são subseqüentes.<sup>842</sup>

Cumpra referir, em última observação, que, para que dotada de efeito vinculativo ante o decisor, não é prescindível que tal decisão (pronunciada no processo de *origem*) seja proferida no contexto de processo arbitral. Atenta a natureza independente do terceiro decisor, no âmbito do exercício da actividade jurisdicional, não são, por norma, a este, oponíveis decisões fixadas por um qualquer terceiro, mas, nos termos legais (designadamente em conformidade com o regime do caso julgado), tão só as que tenham sido proferidas por terceiro, em exercício de actividade jurisdicional (o mesmo é dizer, por outro tribunal). A tanto acresce a hipótese em que as partes optem, no que respeita à definição da matéria de facto, pela via intraprocessual do consenso, contexto em que a comunidade recua na exigência de observância da garantia de imparcialidade objectiva, permitindo que aquelas delimitem o âmbito do litígio, que querem ver resolvido pelo tribunal.

Quanto, porém, ao que não seja objecto desse pleno consenso entre os litigantes (enquadrando-se, assim, estes, na via intraprocessual do dissenso), não se prescinde do recurso a meios capazes de assegurar a prossecução de tal escopo (máxima coincidência entre a decisão jurisdicional e a realidade), pelo que não se abdica de que a controvérsia tenha de ser extinta no plano da jurisdição (seja esta exercida no processo onde o conflito jurídico é dirimido, seja, como na hipótese que ora se considera, em processo anterior), enquadramento a que são co-naturais garantias processuais que potenciam o alcance do máximo grau possível de compatibilidade entre a decisão e o real.

Se as partes podem fazer recair sobre si o encargo de fixar a matéria de facto, mediante a celebração de acordo em que revelem consenso, quanto à verificação ou não de uma dada versão factual, já não lhes é dado (ainda que quanto a tanto exista entre ambas consenso) confiar tal tarefa a um qualquer terceiro (como sucede em algumas das hipóteses sobre que EICKMANN labora) de modo a que a pronúncia daquele se imponha, *enquanto tal*, ao tribunal.<sup>843</sup> Tanto representaria depositar nas mãos de

---

<sup>842</sup> WAGNER trata a perícia arbitral, no âmbito da poderação sobre as convenções de prova. Fá-lo, contudo, por tomar por referência o amplo do domínio que, na prática, se associa à problemática das convenções de prova. Não deixa, nesses termos, de sublinhar a heterogeneidade da natureza dos negócios jurídicos incluíveis sob essa vasta concepção da figura, esclarecendo que, nesta, se incluem todos os acordos "...mit denen die Parteien auf die Feststellung und Würdigung entscheidungserheblicher Tatsachen durch das Gericht Einfluss zu nehmen suchen", assim envolvendo "nicht allein Dispositionen über das Beweisrecht der §§355ff ZPO, sondern sämtliche Versuche der Parteien, den Inhalt der gerichtlichen Entscheidung im Wege einer Vereinbarung zu beeinflussen", *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 608.

<sup>843</sup> EICKMANN designa o acordo através do qual as partes convencionem transferir para um terceiro (que não o tribunal) a determinação de factos por "Schiedsgutachtenvertrag". No âmbito da noção inclui três tipologias: a dos acordos através dos quais as partes transferem para terceiro o completamento da sua vontade negocial ("...wenn die Parteien einem Dritten die Ergänzung ihres Vertragswillens übertragen..."), a dos acordos em que ao terceiro incumbe esclarecer um determinado aspecto técnico-jurídico ou contratual ("... der Dritte einen bereits vorhandenen, dem Unkundigen aber verborgenen

Vertrags- oder Rechtsinhalt klarzustellen hat...”) e a dos acordos em que a actividade do terceiro se reconduza à fixação de factos ou outros elementos constantes da previsão normativa (“...wenn der Dritte tatsächliche wie rechtliche Anspruchsvoraussetzungen oder sonstige Tatbestandmerkmale mit verbindliche Wirkung feststellen soll”), *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochumer juristische Studien Nr. 57, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1987, p. 45. A análise do autor incide, sobretudo, no tratamento do problema classificação de tais convenções como acordos de direito material ou de direito processual. Ao primeiro tipo de pactos, EICKMANN atribui inequívoca natureza jurídico-material (“*Unbestritten ein rein materiell-rechtlicher Charakter wird der ersten Fallgruppe zugesprochen*”), *ob. cit.*, p. 45 (itálico nosso). Reportando-se aos dois últimos tipos de acordos, explicita serem, *em abstracto*, sustentáveis duas possibilidades: uma primeira, no sentido de que estariam em causa pactos com cariz jurídico-material (a que se associaria a aplicação dos §§317 e ss. BGB - em que se verifica a intervenção de um terceiro para concretização do conteúdo contratual) e uma segunda, no sentido de que estariam em causa acordos de índole jurídico-processual (hipótese em que se aplicariam os §§1025 e ss. da ZPO, reguladores do regime da arbitragem). Indica, como principais argumentos invocados por cada uma das perspectivas, quanto à primeira, a circunstância de se tratar de acordos relativos a hipóteses em que a intervenção do perito assume carácter vinculativo, conduzindo à extinção da necessidade de prova, dando-se por assente o facto em conformidade com a pronúncia do terceiro, *ob. cit.*, p. 46; quanto à segunda, o facto de o principal efeito destes acordos ocorrer no âmbito processual, onde se impõem, com carácter vinculativo para as partes e para o decisor, excluindo a aplicação da regra sobre a livre apreciação da prova constante dos §§286 e 287 ZPO, *ob. cit.*, p. 47. A opção por uma ou outra das visões importaria, além de efeitos no que concerne à classificação conceitual, também consequências de natureza prática, no que diz respeito às implicações da junção ou não do parecer ao processo: tratando-se de contrato jurídico-material, a não junção do parecer implicaria, para o tribunal, a impossibilidade de pronúncia. A visão que propugna a natureza jurídico-processual destes pactos temporizaria, por sua vez, com diferentes soluções, referindo o autor a de recusa de pronúncia em virtude de o acordo tornar inviável a decisão judicial (salvo se o contrato fosse celebrado na pendência da acção) ou a pronúncia judicial consentânea com a ausência de produção de prova (*ob. cit.*, p. 48). Expressando a posição que *adopta*, EICKMANN distingue duas hipóteses: aquela em que o acordo é celebrado antes do processo, daquela em que tal celebração tem lugar já na pendência da instância ou tendo em vista um processo concreto. Sustenta, na primeira hipótese, a natureza jurídico-material do contrato celebrado, e, na segunda, a sua natureza jurídico-processual. Quanto à primeira hipótese, apresenta como principais razões para a celebração do acordo, quer o intuito de prevenir um litígio, quer a circunstância de ser inviável a previsão contratual, pelas partes, de todos os aspectos relevantes (representando uma forma de regulação parcial de um todo contratual – “...als Teilregelung eines Gesamtvertrages...”). Acrescenta que o acordo não é, *por regra*, concluído visando um eventual processo, não produzindo efeitos processuais e que, quando assim não acontece (repercutindo-se processualmente), a natureza *excepcional* e *mediata* desses efeitos impede que o contrato seja enquadrado, enquanto acordo processual (*ob. cit.*, pp. 48 a 53). Argui que, na segunda hipótese, o principal escopo visado pelas partes se traduz na aceleração e simplificação do processo. Enuncia, como exemplo, a circunstância em que as partes estabeleçam que o perito deve proceder ao apuramento de saldo com base na contabilidade comercial, esclarecendo que tanto permite prescindir da exposição detalhada, pelas partes, das versões factuais que sustentam, bem como da explicitação, pelo tribunal, da factualidade com natureza controvertida, a impor a necessidade de recolha de prova. Tratar-se-ia, nesta medida, na perspectiva do autor, de um contrato de prova. Tanto não se confundiria, porém, explicita, com o carácter vinculativo, para o tribunal, do teor do parecer proferido, pelo que não se trataria de um acordo sobre a necessidade de prova, dado que o contrato celebrado, entre as partes, não circunscreveria a amplitude do seu juízo de apreciação da prova (*ob. cit.*, pp. 53 a 56). Afigura-se-nos (em conformidade com o que deixámos dito em texto, e que ora reconvocamos, para mais clara pronúncia, quanto à posição de EICKMANN) que, para efeito de classificação do pacto celebrado entre as partes, cabe distinguir duas hipóteses (de acordo com critério em parte diverso do adoptado pelo autor): uma primeira, em que lhe incumbe o exercício de uma função de desenvolvimento, em substituição das partes, da actividade de autoregulação que a estas assiste. Neste âmbito, reconhece-se aos privados, liberdade para, mediante recurso à via contratual e em manifestação do exercício da sua autonomia jurídica, conformarem as suas relações jurídicas substantivas, desde que em respeito pelos parâmetros ou fronteiras juridicamente definidos como limites para esse efeito. Através dos contratos em análise, as partes podem, porém, delegar tal actividade em terceiro. Assim, quando incumbam este

do múnus de completar o regime contratual convencionado (suprindo lacunas) ou de adaptar esse regime a novas circunstâncias. Embora, nesta hipótese, o terceiro seja convocado, por norma, atendendo às especiais capacidades e conhecimentos (associadas ou não à sua formação técnica) que revela para desenvolver tal actividade (tal como sucede, quando o terceiro intervém na qualidade de perito, em sede de instrução), esta (actividade) desliga-se do âmbito da prova. Em causa está, na verdade, não o apuramento da verificação de determinados factos relevantes, ao nível do regime aplicável à relação jurídica que une as partes, mas a construção do próprio regime. O terceiro intervém no plano da construção dos direitos e deveres que assistem a cada uma das partes. A *actividade* que lhe é cometida assume cariz jurídico-material. Quando o terceiro é chamado a pronunciar-se quanto a matéria de cariz jurídico, está em causa o esclarecimento de aspecto estritamente relacionado com o domínio do direito, assim alheio ao plano dos factos e, conseqüentemente, da prova. Nesta sede releva a distinção que supra sublinhámos entre o parecer pericial e o parecer em sentido próprio (alheio ao terreno probatório). Diferentemente sucede, quando ao terceiro se cometem funções de determinação ou apuramento da verificação de determinada factualidade (respeite esta a hipótese que integre a normatividade legalmente aplicável ou regras jurídicas definidas pelas partes), circunstância em que a actividade do terceiro se associa à actividade de decisão da matéria de facto. O que se observou vale, independentemente de o acordo ter sido celebrado antes ou depois do início da instância. O pacto não assume, em qualquer das hipóteses, índole material, na medida em que, nele, as partes não procedem à *definição do* regime jurídico *material* que lhes é aplicável, antes definindo (e só na primeira hipótese) o *modo* (mediante intervenção de terceiro) como tal definição terá lugar. Em qualquer uma das hipóteses, porém, está em causa a diluição de *matéria* com que o ente decisor lida na actividade jurisdicional de derrenção do litígio. Caso tal diluição se destine a ser utilizável, pelas partes, em processo, o acordo produzirá efeitos *processuais* directos, podendo, no que diz respeito, à sede de celebração de acordo, ser celebrado dentro ou fora do processo (sendo, sob esse ponto de vista, *intra* ou *extraprocessual*), bem como antes ou depois do início da instância (assim anterior ou posterior ao seu início e, conseqüentemente, em período de pré ou pós pendência *processual*). Por outro lado, a actividade do terceiro poderá ter lugar no seio de um processo jurisdicional (arbitral) ou não, também este podendo ser um critério de atribuição de carácter processual ou não processual ao acordo celebrado. A atribuição de cariz material, processual ou puramente não processual ao acordo em causa dependerá, assim (como decorre do anteriormente observado na Parte I), da perspectiva ou ângulo de análise que, em concreto, para tanto (actividade classificativa) se perfilhe. Quando as partes prevejam que a actividade, do terceiro, de pronúncia, quanto aos factos, decorra fora do quadro do processo arbitral, podem conceber-se duas possibilidades: a de as partes estabelecerem que essa pronúncia assume, perante o tribunal, carácter vinculativo ou a de contemplarem que o terceiro desenvolverá actividade analítica a submeter, nos termos gerais, à livre apreciação do decisor. No primeiro caso, está em causa pacto que não consubstancia convenção de prova, na medida em que, por seu intermédio, as partes visam eliminar a controvérsia factual, que não regular os termos em que a mesma será objecto de esclarecimento em juízo. Acordo inválido pelas razões expostas em texto (salvo se, como também *supra* salvaguardado, da interpretação do pacto se puder retirar estar em causa um acordo de reconhecimento de factos que envolve a remissão para a actividade de terceiro). No segundo caso, tratar-se-á de pacto previsor de perícia extrajudicial. Nesta hipótese, a informação proporcionada pelo perito apenas será subsumível à ponderação crítica do decisor, quando aquela forma de produção de prova pericial se encontrar legalmente contemplada. A não ser assim (como sucede no âmbito do sistema processual civil português - *vd.* arts. 467.º e ss. do Código de Processo Civil), estará em causa convenção de prova que não cria um novo meio de prova – antes institui um diferente regime (menos garantístico) de produção de prova típica. Pacto de prova por isso respeitante ao procedimento probatório e, nessa medida, inválido nos termos e pelas razões *supra* alvitrados e que melhor explicitaremos quando, adiante, nos pronunciarmos quanto a essa particular categoria de convenções de prova. Afigura-se-nos, porém, que, mesmo quando válido o pacto celebrado, não é dado às partes estabelecer que a não junção ao processo da pronúncia de terceiro, iniba o tribunal de proferir decisão. Se as partes podem restringir os fundamentos de decisão, quanto à matéria de facto a pronunciar e se, a qualquer momento, podem, por acordo, pôr termo à instância (assim impedindo a pronúncia jurisdicional), já não lhes será dado impor a suspensão do processo, para pronúncia de decisão, quanto à matéria de facto, até efectiva junção da pronúncia do terceiro. Caso, invocado o pacto, aquela não seja junta de imediato, cremos haver fundamento para suspensão do processo por determinação do juiz, nos termos do previsto no n.º 1 do art. 272.º do Código de Processo Civil. Pensável é, por outro lado, que as

terceiro, a definição da base factual da decisão do caso, perdendo a comunidade (no âmbito de via processual que é de dissenso), qualquer controlo quanto à probidade do teor decisório (em sede de matéria de facto) e, conseqüentemente, quanto à adequada realização do direito no caso, esvanecendo-se o sentido da garantia constitucional de independência do decisor jurisdicional e, conseqüentemente, a prossecução do essencial valor (cujo relevo público é sublinhado por BETTI)<sup>844</sup> que lhe está associado – conceder procedência à pretensão da parte que logre demonstrar reunir os pressupostos necessários para beneficiar da protecção do Direito.

É em homenagem à tutela de tais valores que SCHÜLLER se pronuncia no sentido da invalidade deste tipo de pactos [que qualifica como convenções de prova (representativas de acordos civis)], observando que a defesa de posição inversa implicaria reconhecer, às partes, o direito a vincular o juiz através de um contrato de exame pericial substantivo.<sup>845</sup>

A maior amplitude de liberdade de disposição possível que a ordem jurídica<sup>846</sup> permite às partes é que, não havendo consenso, quanto à verificação ou não da factualidade, mas havendo concordância, quanto ao sujeito que deve proferir decisão, aquelas o possam designar como ente a quem incumba o exercício da actividade jurisdicional no sentido da eliminação da dúvida quanto à factualidade controvertida. Tanto acontecerá, assim, no quadro de um processo que, por ser o observado no âmbito do processo jurisdicional, oferece as garantias (designadamente de igualdade, contraditoriedade e imparcialidade), cuja observância é indispensável para que esteja assegurado um grau mínimo de imparcialidade objectiva.

Impõe-se, por isso, o recurso ao único contexto em que, encontrando-se asseguradas tais garantias (decisão em contexto de processo jurisdicional), as partes beneficiam da possibilidade de seleccionar o terceiro decisor – a arbitragem.

Ao contrário do que sucede no âmbito do regime do valor extraprocessual das provas, contemporiza-se, na hipótese que ora consideramos, com a possibilidade de o primeiro processo se revelar menos garantístico que o segundo, o que se compreende, quando se considere que, neste domínio, há acordo das partes (manifestado na

---

partes expressamente convencionem que o exercício jurisdicional do direito substantivo só seja possível após obtenção de parecer pericial (determinando, na expressão de WAGNER, *dilatorischen Klageverzicht, haverá*, nesta hipótese, lugar a absolvição do réu da instância), bem como que associem responsabilidade indemnizatória ao não cumprimento do dever de solicitação do parecer ou de emissão deste. De salvaguardar, porém, no que diz respeito aos limites à dilação convencional da propositura da acção, hipóteses excepcionais (como aquela em que se traduza a extinção do sujeito jurídico incumbido de emitir pronúncia ou a insolvência da contraparte). Sobre as várias conseqüências associadas, pela jurisprudência alemã, à não junção do parecer, bem como sobre excepções à limitação convencional do momento de exercício do direito de acção, *vd. WAGNER, Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, pp. 660, 661 e 667.

<sup>844</sup> *Diritto Processuale Civile Italiano*, 2ª ed., Corredatta della recente giurisprudenza, Roma, Foro Italiano, 1936, XXXVI, p. 45.

<sup>845</sup> *Die Wirksamkeit von Beweisverträgen nach geltendem Prozeßrecht*, Göttingen, 1932, p. 31.

<sup>846</sup> Referimo-nos à ordem jurídica portuguesa, sendo que se nos afigura ser, o padrão de regime por esta adoptado, o mais consentâneo com o sentido da realização jurisdicional do direito, independentemente do sistema jurídico que em particular se considere.

celebração da convenção de arbitragem) quanto ao carácter suficiente das garantias observadas no processo de origem, bem como que este será regido por normas processuais, necessariamente, respeitadoras das garantias processuais fundamentais, na medida em que, quando não assim, tanto constituirá, nos termos legais, fundamento de nulidade da convenção de arbitragem, não representando, em consequência, esta, acordo susceptível de constituir base válida para regular decurso do processo arbitral.

### *a.2.3. Conclusão*

Do exposto se retira haver lugar a perícia, em sentido amplo, sempre que seja solicitada a intervenção de um especialista para, no âmbito da área de especialidade em que se enquadra, se pronunciar.

A intervenção processual deste pode, ter, no essencial, por fito, permitir reconstruir ou completar a construção de regime contratual ou extinguir a dúvida, quanto à factualidade controvertida. Neste segundo domínio, a intervenção do perito pode, ainda, no quadro da intenção das partes, destinar-se a fornecer ao decisor elementos para pronúncia jurisdicional (hipótese em que a perícia configura meio de prova). A pronúncia do perito assumirá, neste caso, sempre carácter não vinculativo. Pretendendo-se, diferentemente, quando se convoca a intervenção de perito (tão só nessa qualidade), cometer-lhe a função de fixar a factualidade sobre cuja verificação existe dúvida, pode-se associar a essa fixação carácter definitivo ou não. Nesta última hipótese, a pronúncia pericial representará parecer destituído de efeito vinculativo, podendo ou não vir a decidir-se ou a actuar em conformidade com ele. Quando, porém, se lhe associe feição de pronúncia vinculativa, esta revelar-se-á operativa entre as partes. No que, contudo, concerne a terceiro que exerça actividade jurisdicional, tal pronúncia só lhe será oponível, quando aquela fixação tenha decorrido no contexto de actividade jurisdicional suportada em acordo das partes, o que, no plano normativo, actualmente se viabiliza (a título geral),<sup>847</sup> quando a estas se concede a possibilidade de, mediante convenção de arbitragem, cometerem a terceiro a pronúncia, com carácter definitivo, quanto à verificação ou não de dada matéria de facto. Tanto não configura convenção de prova – antes a celebração de pacto que confere, aos árbitros, poderes decisórios em matéria de facto, no processo de origem e que, no processo destino, permite prescindir de decisão quanto à matéria de facto e, em consequência, da produção de prova que a esta por regra antecede. O teor de perícia regulada por contrato (*Schiedsgutachten Vertrag*) ou perícia contratual só assumirá, assim, no processo de destino, relevo vinculativo para o tribunal, quando enquadrável no âmbito da arbitragem (*Schiedsvereinbarung*).

---

<sup>847</sup> Salvaguardada, assim, diversa previsão legal, de natureza especial. De referir, a título de exemplo, o art. 50.º do Regime de Contrato de Seguro (D.L. n.º 72/2008, de 16 de Abril), subordinado à epígrafe Perícia Arbitral, nos termos do qual “1 — Em caso de divergência na determinação das causas, circunstâncias e consequências do sinistro, esse apuramento pode ser cometido a peritos árbitros nomeados pelas partes, nos termos previstos no contrato ou em convenção posterior. 2 — Salvo convenção em contrário, a determinação pelos peritos árbitros das causas, circunstâncias e consequências do sinistro é vinculativa para o segurador, para o tomador do seguro e para o segurado”.

Tanto, sem embargo de poderem as partes assumir o teor da pronúncia pericial como objecto de acordo, entre si, quanto ao facto, hipótese em que a factualidade assim assente se impõe ao decisor não enquanto fruto da pronúncia de outrem, mas do consenso logrado entre as partes, quanto à factualidade objecto do litígio.

Em resposta à questão com que se iniciou a reflexão sobre esta figura, dir-se-á que a convenção através da qual as partes confirmam a árbitros o poder de definir, com carácter vinculativo, a matéria de facto controvertida, nunca assume a natureza de convenção de prova, no processo de destino. Representa, no processo de origem, convenção de arbitragem para exercício de actividade jurisdicional segmentada (circunscrita à pronúncia quanto à matéria de facto). Como nas demais convenções de arbitragem, podem as partes introduzir alterações no âmbito do regime de prova, hipótese em que aquelas convenções assumem também a feição de convenções de prova, sendo que, enquanto tal, podem aos árbitros ser cometidas atribuições directas, em sede de prova, mediante cumulação da qualidade de peritos à qualidade de decisor. Está em causa, nesta hipótese, prova convencional (porque o regime jurídico instituído pelas partes tem por facto jurídico gerador o acordo entre as partes celebrado) e diversa (porque o regime jurídico previsto em convenção é diferente do legalmente previsto), mas não atípica, por estar em causa tipo ou categoria de meio de prova (pericial) constante do elenco legal.

Nestes termos, nenhum dos factos jurídicos em causa (acordo celebrado entre as partes e pronúncia de terceiro) assume natureza de direito material (diferentemente do que corresponde ao entendimento sustentado por WAGNER<sup>848</sup>). Em causa se nos afigura não estarem também figuras de natureza mista. Situamo-nos, pois, na área da visão que enquadra as hipóteses que consideramos sob um ponto de vista processual (conquanto, como decorre do exposto, não as entendamos integráveis no domínio de negócio de confissão, nem no âmbito das convenções relativas à apreciação da prova,<sup>849</sup> não adoptando, por outro lado, a perspectiva de HABSCHIED, no que diz respeito aos efeitos que associa ao pacto em causa<sup>850</sup>).

---

<sup>848</sup> O autor toma posição, quanto a este tema, distanciando-se, propositadamente, do plano da problemática associada aos efeitos decorrentes das qualificações adoptáveis (dimensão que, para esse efeito, entende representar “lastro dogmático” (*dogmatischen Ballast*) a não considerar, *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 693. Concordamos, porém, com o autor, quando nota que não constitui argumento válido, no sentido da insustentabilidade da visão material do acordo em causa, a invocação de que tal perspectiva implicaria (em dissonância com o que por regra corresponde ao interesse das partes) a dilação do vencimento da obrigação negocial (o seu cumprimento não seria exigível, enquanto não houvesse lugar à emissão da pronúncia pericial). Essa não é, na verdade, uma consequência necessariamente associável ao acordo em causa, independentemente da sua classificação como material ou processual, sendo que, por outro lado, tal efeito lhe pode ser agregado, qualquer que seja a qualificação adoptada.

<sup>849</sup> Para perspectiva das várias concepções propostas no âmbito da senda doutrinal que qualifica o pacto em causa como negócio processual, *vd.* WAGNER, *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, pp. 658 e ss.

<sup>850</sup> O autor concebe o acordo celebrado entre as partes como acordo processual, completado por efeitos obrigacionais jurídico materiais, “Das Schiedsgutachten Ein Grenzgebiet zwischen materiellen Recht und Prozessrecht”, *Das deutsche Privatrecht der Mitte des 20. Jahrhunderts, Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80 Geburtstag*, Berlin und Frankfurt, 1956, espec. pp. 801 e ss. Cremos estar em causa negócio jurídico não definidor de obrigações, antes de pressupostos de facto, sendo que, na sequência dessa determinação (em momento posterior à celebração do acordo e com carácter autónomo, relativamente

## b) Comportamento processual das partes

A consideração processual, ao nível da decisão da matéria de facto controvertida, do *comportamento processual* das partes<sup>851</sup> é qualificada, por alguma doutrina (assim, designadamente, por MONTESANO)<sup>852</sup> como hipótese de prova atípica.

Afigura-se-nos que a hipótese referida não constitui manifestação de prova atípica por duas ordens de razões.

Em primeiro lugar, porque a entendemos uma concretização de um meio de prova legalmente tipificado (as presunções judiciais).<sup>853</sup> Na verdade, o facto de, normativamente, se contemplar a possibilidade de tomar o comportamento processual das partes como fundamento de decisão da matéria de facto controvertida, corresponde a previsão legal da possibilidade de recurso, pelo decisor, ao meio de prova (em sentido amplo)<sup>854</sup> em que se traduzem as presunções judiciais, conferindo-se a este a possibilidade de, tomando por facto base circunstância factual distinta (a conduta processual da parte) da que normalmente corresponde à factualidade em que a presunção se suporta, daí retirar inferência relativamente à verificação ou não de versão factual que integre a temática controvertida. Consubstancia, em suma, concessão, conferida ao juiz, pelo legislador, da possibilidade de se socorrer de presunção judicial para considerar assente um facto (presumido) com base num outro facto (base da presunção), com a especialidade de, este último facto, ser um facto processual (praticado no processo) e não, como na generalidade das presunções (judiciais e legais) um facto relativo a realidade de ocorrência extraprocessual e associado ao objecto da causa.<sup>855</sup> Como ANDRIOLI observa, o comportamento das

---

a este), se dispõe de base fáctica para, mobilizando o critério jurídico aplicável, determinar se há ou não lugar ao nascimento de dever jurídico de índole substantiva.

<sup>851</sup> Esta possibilidade encontra-se contemplada, no âmbito do sistema processual português, no art. 417.º, n.º 2 do Código de Processo Civil, onde, no contexto da regulação do dever de cooperação, se prevê que o tribunal “aprecia livremente o valor de recusa para efeitos probatórios ...”.

<sup>852</sup> Qualificação que decorre da enunciação, pelo autor, como “dado positivo” no sentido da admissibilidade das provas atípicas, a previsão, constante do art. 116, 2.º parágrafo do Codice di Procedura Civile, nos termos do qual o “juiz pode retirar argumentos de prova das respostas que as partes dão à norma do artigo seguinte, pela sua recusa injustificada em consentir a inspecção que aquele tenha ordenado e, em geral, pelo comportamento das partes no processo”, «Le “Prove atipiche” nelle “presunzioni” e negli “argomenti” del giudice civile», *Studi in memoria di Salvatore Satta*, Volume Secondo, 1982, Cedam, Padova, p. 1001.

<sup>853</sup> No sentido de que se trata de meio de prova, posicionado a par dos demais legalmente tipificados, Antunes VARELA, Miguel BEZERRA e Sampaio e NORA, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, Reimpressão, 2006, p. 469. Liebman observa tratar-se de elemento objecto de livre apreciação por parte do decisor,

<sup>854</sup> Também aqui não está, pois, em causa meio de prova, em sentido estrito, dado que, embora aquela conduta represente fundamento comprovativo de factualidade controvertida, não se trata, atenta a natureza presuntiva (de índole judicial) da base decisória em análise, de canal (*meio*) de transporte de informação empírica da realidade para o processo, antes raciocínio inferencial, enquadrável no âmbito do fundamento lógico-indutivo.

<sup>855</sup> Para além do especial cariz que assume no quadro das bases densas de extinção da controvérsia, em sede de matéria de facto, este fundamento decisório constitui, nessa feição, forma de promover a imparcialidade objectiva, quer por, estimulando, a título *preventivo*, a adição de informação probatória

partes configura, nesta hipótese, “complexo de circunstâncias, das quais é dado retirar a prova de factos directamente influentes na fundamentação da decisão” [“ragioni del decidere”].<sup>856</sup>

Em segundo lugar porque, ainda que a recondução a um meio de prova constante do catálogo legal não se verificasse, sempre a circunstância de estar em causa fundamento decisório legalmente previsto conduziria a concluir no sentido da inexistência da referida marca de atipicidade.<sup>857 858</sup>

### c) Modelos executivos de meios de prova

Também não se enquadram, no âmbito da prova atípica, hipóteses que se reconduzem tão só à adopção de um diferente modelo de operacionalização de meios

---

ao processo, potenciar a probabilidade de a decisão quanto à matéria de facto reconstituir mais fielmente a realidade (aproximando-se da verdade); quer por, da omissão de não colaboração mediante prolação de decisão de sentido desfavorável à parte não colaborante, retirar a consequência decisória mais provavelmente coincidente com a realidade (os actos conducentes à geração da impossibilidade de prova terão, na sua base, a tentativa de impedir a possibilidade de comprovação de facto que a parte em causa sabe verdadeiro e desfavorável à sua posição).

<sup>856</sup> *Commento al Codice di Procedura Civile*, vol. I, Napoli, 1961, p.337.

<sup>857</sup> Barbosa MOREIRA sustenta que, quando o legislador concede ao juiz a possibilidade de retirar consequências probatórias da recusa de uma das partes em colaborar para a descoberta da verdade, está em causa prova indiciária, pelo que aquela prova “será “típica” ou “atípica” consoante a lei tenha ou não disciplinado essa matéria”, “Observaciones sobre las llamadas pruebas atípicas”, *Revista de Derecho Procesal*, n.º 3, 1999, p. 549. Na verdade, e como o autor observa, há lugar à “operação mental” através da qual se passa “da certeza sobre um facto conhecido à convicção sobre outro desconhecido”, pelo que se trata de um fundamento de decisão da matéria de facto integrável na categoria das presunções judiciais. A particularidade distintiva que detectamos, relativamente à generalidade das presunções judiciais, reside na circunstância de (como observado no corpo do texto) o facto base da presunção não ser um facto material, antes facto relativo à conduta processual das partes (o que em nada contende com a referida classificação – enquanto presunção). Entendemos, contudo (como também *supra* notado), que este meio de prova corresponderá sempre a prova típica, desde que legalmente contemplado (mesmo que assim, por hipótese, não sucedesse com a prova por presunção, enquanto categoria geral), por corresponder a tipo ou meio de prova legalmente previsto, conquanto tal previsão se encontre, sob o ponto de vista sistemático, em ponto diverso daquele em que se encontra a previsão da generalidade dos meios de prova.

<sup>858</sup> Diferente será sustentar que, conferindo, neste caso, o legislador, relevo probatório a um elemento que, se assim não fosse, o não teria (ainda que se trate de presunção, o facto tomado por base desta não corresponde ao tipo de factos admitidos para tal efeito na concepção geral da figura da presunção), tanto revela abertura do sistema para a consideração, em juízo, de elementos outros que não os legalmente previstos, em sede de regime da prova. Tal argumento revela-se, contudo, reversível, dado poder ser-lhe contraposto que a necessidade, sentida pelo legislador, de expressamente consagrar a possibilidade de ser concedido relevo a este tipo de informação resulta, precisamente, da circunstância de aquele considerar que, salvo sua expressa autorização em contrário, aqueles elementos não são jurisdicionalmente releváveis. Por idêntica razão, não se afigura também o raciocínio de DE STEFANO quando sustenta que, da circunstância de o legislador italiano ter expressamente previsto a possibilidade de válida celebração de um particular tipo de convenções de prova (concernentes ao ónus da prova), se pode retirar que o problema relativo à admissibilidade de convenções de prova merece, em abstracto, resposta afirmativa, *Studi sugli accordi processuale*, Milano, Giuffrè, 1959, p. 65.

de prova típicos. Neste domínio se incluem, *quer* as situações em que há lugar a mera congregação ou realização conjunta de meios de prova tipificados, cuja implantação prática PERROT sublinha,<sup>859</sup> *quer* os casos que consubstanciam a adopção de uma distinta forma de produção de um *meio de prova*, já constante do elenco legal. Enquadra-se, no âmbito da *primeira hipótese* (enquanto manifestação de congregação de meios de prova), a figura da testemunha-perita, caracterizada pela concentração, na mesma pessoa, de duas qualidades distintas (que CARNELUTTI sublinha)<sup>860</sup> dotadas de relevo processual, em matéria de prova.

Também nesse contexto se inclui (se não legalmente contemplada)<sup>861</sup>, enquanto manifestação de realização conjunta de meios de prova tipificados, a circunstância em que haja lugar a inquirição testemunhal, no local objecto de inspecção judicial<sup>862</sup> e aquando desta.

Respeitam à *segunda hipótese* os casos em que há lugar a produção de prova típica em termos diversos dos legalmente previstos, designadamente mediante prestação, por escrito, de depoimento a realizar, nos termos legais, oralmente, em frequente subversão da categoria de prova em causa por prova documental, mediante classificação, a este último título, de meio de prova que não se reconduz à noção de documento, enquanto meio de prova, conquanto constante de suporte documental. Porque (como acima sublinhado, aquando da explicitação, a propósito dos vários meios de prova legalmente contemplados) não é indiferente a transmissão da informação por via oral ou em suporte documental, atentas as virtualidades do princípio da imediação, estas convenções de prova, além de não conterem previsão de prova atípica (não dando, nas palavras de EICKMANN, origem a real expansão dos meios de prova – *Erweiterung der Beweismittel*<sup>863</sup>), não se revelam susceptíveis de ser validamente celebradas.<sup>864</sup>

---

<sup>859</sup> Retratando a tendência, nos Estados Europeus, para a conciliação, num mesmo acto, de dimensões próprias de diferentes meios de prova, o autor refere que “...medidas de instrução diferentes podem ser utilizadas cumulativamente. Nota-se, aliás, que, nos textos mais recentes, o legislador se esforça por organizar a sua realização simultânea. Por exemplo, por ocasião de uma “constatation judiciaire”, o juiz pode, ao mesmo tempo, proceder sem interrupção à audição de certos testemunhos e ao interrogatório das partes, “Das Recht aus Beweis”, *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmäßige Ordnung*, Giesecking-Verlag, Bielefeld, 1985, p. 102.

<sup>860</sup> Distinção (entre testemunha e perito), que CARNELUTTI sublinha mediante recurso ao critério do “encargo” (*incarico*): se “a testemunha narra o que viu ou soube *sem encargo (incarico)*”, o perito descreve “o que viu ou soube *por incumbência* do juiz”, A apreensão do conhecimento transmitido pelo sujeito depoente tem, pois, na hipótese de perícia, génese na decisão jurisdicional que ordena a realização de tal diligência de prova. Diferentemente, a testemunha depõe sobre conhecimento cuja aquisição não tem por base qualquer intervenção decisória do tribunal. Acresce o autor ser essa particularidade “o cordão umbilical que liga o perito ao juiz e não à testemunha”, dela extraindo também que o perito representa *uma parte do juiz* entendido como órgão complexo e, nessa medida, “parte do tribunal”, “Prove civili e prove penali”, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1925, p. 24.

<sup>861</sup> E se, em entendimento diferente do que se nos afigura ser de sustentar, a inspecção judicial for compreendida, como tipo de meio de prova.

<sup>862</sup> Possibilidade enquadrável no art. 501.º do Código de Processo Civil.

<sup>863</sup> EICKMANN adverte para o perigo de equívoco classificativo, quando observa que diversas hipóteses em que, *aparentemente*, está em causa uma convenção previsora de um meio de prova não previsto na Zivilprozessordnung se reconduzem, na verdade, a acordos de produção de prova, segundo o regime da

Porque relativas ao regime de execução de meios de prova típicos, as convenções de prova previsoras destas hipóteses incluem-se, assim, na segunda modalidade deste tipo negocial, que não na primeira, pelo que não consubstanciam fontes de prova atípica.

#### d) Apreciação final

Difícilmente, nesta medida, se descortina um meio de prova verdadeiramente novo, isto é, um meio de prova que, por não se enquadrar em nenhum dos tipos legais (individual ou conjuntamente considerados), corresponda a autêntica prova atípica; circunstância também fomentada pela noção ampla de documento adoptada, no contexto do sistema jurídico português.<sup>865</sup>

Não obstante a possibilidade de, como nota COMOGLIO<sup>866</sup>, o progresso científico tornar exequíveis vias de comprovação factual integráveis no quadro dos tipos de

---

prova livre (*Freibeweisverfahren*); procedimento a que associa a virtualidade de poder contribuir para a aceleração do processo e redução de custos. Dá como exemplo de pacto desta natureza aquele em que as partes convencionem que o apuramento da verificação ou não de um determinado conjunto de factos deverá ter lugar com base na informação proporcionada por declarações prestadas por via escrita e telefónica, *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochumer juristische Studien Nr. 57, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1987, pp. 42 e 46.

<sup>864</sup> Em sentido diverso se pronuncia Barbosa MOREIRA, quando, reflectindo sobre a possibilidade e o sentido que pode assumir a observância de uma forma de produção de prova diversa da legalmente prevista (única forma que tem por concebível do que designa por atipicidade e que encontra acolhimento, no âmbito do sistema processual brasileiro), observa que, não obstante o cumprimento de “disposições formais representar uma garantia importante para as partes”, a adopção de “uma forma distinta da prevista na lei não implica, sempre e necessariamente, submeter os litigantes a uma diminuição das suas garantias. O legislador pensou na forma que parecia mais apta para assegurá-las; mas não é de excluir *a priori* que haja outra igualmente capaz de o fazer”, assim se compreendendo que, por a divergência de forma não representar algo de necessariamente negativo, o legislador não considere tais formas de produção de prova forçosamente ilícitas, antes autorizando que, conservando-se aquelas na esfera da licitude, as mesmas sejam processualmente tidas em consideração, “Observaciones sobre las llamadas pruebas atípicas”, *Revista de Derecho Procesal*, n.º 3, 1999, pp. 546 e 547.

<sup>865</sup> Sob a perspectiva de Remédio MARQUES, o problema da atipicidade só é suscetível no “plano empírico”, na medida em que “o catálogo legal dos meios de prova inclui todas as *fontes materiais de aquisição* de meios destinados a formar a convicção do tribunal; *id est*, meios de conhecimento da realidade fenomenológica, tal como é alegada pelas partes) – conhecimento directo ou sensorial (*máxime*, inspecção judicial) e conhecimento indirecto através do recurso a determinadas tecnologias ou metodologias científicas, no quadro da prova científica, e as declarações de ciência ou os documentos”, “A aquisição e a valoração probatória de factos (des)favoráveis ao depoente ou à parte chamada a prestar informações ou esclarecimentos”, *Julgar*, Janeiro-Abril, 2012, p. 141.

<sup>866</sup> Grande parte dos meios de prova qualificados como atípicos enquadram-se, na verdade, como observado, nas categorias de meios de prova legalmente tipificados. Esta particularidade é salientada por COMOGLIO, quando sublinha que o progresso científico não representará realidade capaz de sufragar uma “atipicidade incontrolada”, “já que a evolução das modernas técnicas de investigação não justificam *per se* a adopção de novos meios, mas, como aconteceu com o *test* imuno-hematológico para definição da paternidade ou maternidade biológicas, conduz no máximo a um afinamento ulterior dos instrumentos de conhecimento já existentes, sem subverter as categorias fundamentais do direito probatório”, “Le prove”, *Trattato di diritto privato*, Torino, UTET, 1985, vol. XIX, pp. 175 e 176.

prova, já legalmente previstos, discerne-se, de modo acrescido, a possibilidade (potenciada pelo desenvolvimento tecnológico) de surgirem novos meios de prova, correspondentes, designadamente, a instrumentos de verificação ou aferição de informação, em que os elementos informativos proporcionados não impliquem intervenção construtiva humana. Assim, por exemplo, com novas formas de aferição da velocidade de circulação ou da composição química de determinados materiais, bem como de localização física de pessoas e bens. A efectiva consideração, porém, da informação por estes proporcionada, em sede de decisão da matéria de facto controvertida, pressuporá, na prática, na generalidade dos casos, a definição normativa das condições da sua mobilização processual, designadamente no que diz respeito à confirmação de valia científica e definição de margens de erro, sob pena de o conteúdo informativo proporcionado tender a ser desconsiderado pelo decisor quando, em sede de exercício do poder de livre apreciação crítica da prova (na sua terceira dimensão), sobre ele se pronunciar, por não dispor de elementos que lhe permitam aferir do acerto da informação veiculada pelo meio de prova em causa. Com tal previsão normativa, o meio de prova passará a integrar-se no catálogo legal, assim se transmutando em fonte de prova típica, independentemente de essa previsão constar ou não de legislação avulsa.<sup>867</sup>

---

<sup>867</sup> Temo-nos vindo a referir a convenções através das quais se estabelece um regime de prova diverso do legalmente previsto. Questão diferente é a de saber se é ou não admissível a exclusão, por convenção, da possibilidade de recurso à prova atípica. O problema só é hipotizável no contexto de sistemas jurídicos, em que o recurso a tal tipo de prova seja considerado possível. Dentro destes cabe ainda distinguir aqueles, como o português, em que existe norma expressa nesse sentido, daqueles em que tanto não acontece. No que diz respeito aos primeiros, pode-se impor, como condição de tal admissibilidade, que as partes cheguem a acordo, nesse sentido, isto é, pode-se estabelecer que só é admissível a prova atípica que tenha suporte convencional. Neste caso, o relevo processual de prova atípica pressuporá que ambas as partes tenham consentido no seu uso. A celebração de pacto no sentido da impossibilidade de recurso a esse tipo de meio de prova não virá, nesta medida, retirar nenhum direito a qualquer uma das partes, individualmente consideradas. As declarações emitidas não equivalem a renúncia ao direito de mobilização de prova atípica, dado que aquelas só o adquiririam após a celebração de pacto, em sentido diverso (no sentido da admissibilidade de prova atípica). O acordo em causa não inviabilizará também a possibilidade de celebração futura de convenção entre as partes, no sentido da admissibilidade de recurso a prova atípica, dado que a autonomia privada contratual respeita não apenas à possibilidade de, por livre vontade das partes, celebrar acordo, como ainda à possibilidade de, no uso da mesma vontade, a este pôr termo, mediante concordante manifestação de vontade, de sentido contrário (revogação). Não se vislumbra, portanto, neste contexto, fundamento de invalidade, quanto às convenções que ora se consideram. As partes ficam, na sequência da sua celebração, na mesma situação em que se encontrariam se não tivessem celebrado ou se, tendo havido lugar a essa celebração, lhe tivesse sucedido acordo revogatório – situação de impossibilidade de unilateral mobilização de meios de prova atípicos. Quando, porém, se tenha por admissível a unilateral convocação de prova atípica no processo, a celebração de convenção, em sentido contrário (no sentido da inadmissibilidade da possibilidade de recurso a esse tipo de prova) não se revela já tão neutra, no plano dos efeitos, como a que vimos de considerar. Nesta hipótese, limita-se, convencionalmente, um direito que legalmente assiste às partes (independentemente da celebração de pacto de prova), pelo que representa, para todos os efeitos, uma convenção restritiva de meios de prova. A conclusão a retirar quanto à sua admissibilidade não será, por isso, diferente daquela que seja aplicável, no âmbito do mesmo sistema jurídico, quanto às convenções restritivas de meios de prova típicos. Nos sistemas jurídicos em que não exista regime legal expresso, quanto a esta matéria, o percurso de raciocínio a adoptar será o mesmo, com a diferença de que implica o prévio labor que, no primeiro tipo de sistemas, a existência de norma legal dispensa - a ausência desta impõe que, anteriormente, se proceda a uma interpretação integrada do sistema jurídico, de modo a concluir no sentido da admissibilidade ou

## Secção II - Convenções restritivas de meios de prova

Consideram-se englobadas, nesta modalidade de convenções de prova (cujo relevo prático KOHLER e LESSONA demonstram não se circunscrever à actualidade<sup>868</sup>), todas as que produzam efeito restritivo dos meios de prova *legalmente* admissíveis,<sup>869</sup>

---

inadmissibilidade da possibilidade de mobilização de prova atípica, com a divergência de posições doutrinárias e jurisprudenciais a que tanto por regra conduz. Caso se conclua em sentido positivo, valem as considerações acabadas de tecer. Caso se conclua em sentido negativo, a convenção revela-se inócua, dado prever uma proibição que já resulta do sistema jurídico no contexto do qual é celebrada. Ponderando sobre a admissibilidade destes pactos, no âmbito do sistema jurídico italiano, em que não existe previsão expressa, quanto à possibilidade de recurso a prova atípica, PEZZANI sustenta que, se se admitisse a interpretação nos termos da qual a prova atípica é mobilizável, “o eventual pacto que limitasse ou excluísse o seu uso [de prova atípica] apresentaria as mesmas características “ontológicas” dos acordos, vistos anteriormente, de exclusão convencional da prova típica”. A autora não partilha, contudo, daquela interpretação (no sentido da admissibilidade de prova atípica), discordando de alguns dos argumentos que lhe servem de base e manifestando reservas quanto ao resultado a que tanto conduziria. Refere, a este último propósito, que a defesa do contrário implicaria que “todas as provas atípicas seriam admissíveis e sem limites”. Esta última discordância deve, porém, associar-se à circunstância de, adoptando uma perspectiva ampla, a autora incluir no âmbito da prova atípica toda a prova diversa, bem como de situar no mesmo plano de análise a prova ilícita, como resulta da equivalência que estabelece entre os três conceitos, quando se refere a “prova atípica, no sentido de prova ilicitamente adquirida”, *Il regime convenzionale delle prove*, Milano, 2009, pp. 288 e 290.

<sup>868</sup> KOHLER refere a inclusão de cláusulas, com esta natureza, em fontes da baixa Idade Média, designadamente no *Liber Consuetudinis Mediolanensis*, de 1216, e nos *Statuta Pisana*, de 1233. Nestas duas hipóteses, a restrição opera mediante exclusão da possibilidade de recurso a meios de prova que não o documental, “*Ueber processrechtliche Verträge und Creationen*”, *Gesammelte Beiträge zum Zivilprozess*, Neudruck der Ausgabe, Berlin, 1894, Scientia Verl., 1969 - X, p. 156. Como exemplo de pacto nulo restritivo de meio de prova, LESSONA enuncia as *Norme sul personale ferroviario*, nos termos das quais “o mal que afectar um operário deve ser provado apenas segundo os modos estabelecidos nessas mesmas normas”, *Trattato delle prove in materia civile*, Terza Edizione interamente riveduta, Volume Primo, Torino, UTET, 1927, pp. 68 e 69.

<sup>869</sup> No que, em particular, diz respeito aos acordos geradores de efeito de restrição ou exclusão dos meios de prova (*Beschränkung und Ausschluss der Beweismittel*), EICKMANN adopta, como posição de princípio, que aqueles se reconduzem à categoria de convenções de prova. De tanto, faz decorrer que tais acordos assumem natureza processual. Salva guarda, porém (diferentemente do que sucede com DICKHOFF), que podem revestir natureza puramente material, quando o surgimento do conteúdo de uma relação jurídica esteja dependente da sua comprovação, por uma determinada forma. Refere, a título de exemplo (a que DICKHOFF também alude, sem entrar no referido discernimento quanto à possível conotação substantiva do pacto), a hipótese em que as partes convencionem que a responsabilidade da entidade seguradora se circunscreve a bens, objecto de um catálogo. Neste contexto, questiona-se se, na sequência de incêndio em que tenham sido destruídos bens ainda não catalogados, a prova da existência destes bens pode ser feita mediante recurso a prova testemunhal, *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochumer juristische Studien Nr. 57, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1987, pp. 43 e 44. Afigura-se-nos ser de formular algumas observações. Uma primeira, no sentido de que o acordo referido conforma a relação jurídica substantiva, circunscrevendo o objecto contratual. Tal circunscrição assume tão só a particularidade de ser feita por referência a um suporte documental – um catálogo: só os bens dele constantes se têm por abrangidos pelo contrato de seguro. Trata-se, sob este ponto de vista, de um contrato de índole material (quando destruídos bens não constantes do catálogo, carecerá,

neste contexto, de autonomia o problema dos tipos de meios de prova mobilizáveis para comprovação da existência destes, uma vez que tais objectos se não incluem no âmbito de responsabilidade da ré, não beneficiando, em consequência, de pertinência para a acção, a matéria factual a eles relativa). Daí não decorre, porém, que represente, necessariamente, em simultâneo, um contrato de prova no âmbito do objecto do contrato de seguro. Sê-lo-á, se, do regime convencional, se retirar que a prova do leque de bens constante do catálogo apenas pode ser feita mediante exibição deste. Nesta hipótese, o pacto em causa representará também um contrato restritivo de meios de prova. Assim o qualifica KNECHT, *Die Beweisverträge im Zivilprozeß*, Freiburg im Breisgau, Buchdruckerei Rudolf Rosswog, 1937, p. 40. Não é, contudo, em abstracto excluível que, considerando-se abrangidos, pelo contrato de seguro, apenas os bens identificados no catálogo, as partes admitam que a prova das peças dele constantes possa ser feita mediante exibição do catálogo em causa ou por outra via (por exemplo, mediante prestação de depoimento testemunhal pelo fotógrafo que tenha elaborado o catálogo, em que aquele enuncie as peças que dele ficaram a constar). Admitindo que consubstancia convenção de prova, a classificação, do pacto, como processual ou não, poderá, como explicitado no capítulo relativo à natureza das convenções de prova, ser considerada sob múltiplas perspectivas. Assim, será, por exemplo, processual se celebrado no processo e extraprocessual se celebrado fora desse contexto; processual se destinado a produzir efeitos no contexto de instância jurisdicional, não processual se celebrado com o intuito de regular tão só as relações privadas, entre os contraentes; processual na medida em que não relativo à resposta para a questão em que se traduz o pedido (concernente ao mérito da acção) formulado pelo autor. Uma última nota, para salientar que a validade do exemplo de convenção que se considera, nesta sua dimensão (enquanto pacto de prova), dependerá da observância ou não, em concreto, dos condicionalismos de validade juridicamente definidos e aplicáveis a este tipo contratual. No que diz respeito ao sistema português, e no que especificamente concerne aos critérios constantes da norma reguladora da validade das convenções de prova, concluindo-se não estar em causa matéria substantiva indisponível, nem, aparentemente, a violação de normas da prova justificadas por razões de ordem pública, importaria indagar se tal circunscrição se revela ou não geradora, na acção, de um excessivo grau de dificuldade do exercício do direito à prova. Reportando-se a hipótese similar, CHIOVENDA considera que o contrato através do qual as partes convencionem que, em caso de acidente, a prova de existência de objecto seguro só se possa fazer mediante documento escrito não constitui um contrato de prova, antes uma limitação da responsabilidade da seguradora, notando: “Del resto spesso vanno sotto il nome di *contratti di prova* certe clausole contrattuali che hanno realmente un contenuto di diritto sostanziale. Così la clausola che la esistenza di oggetti assicurati *non possa* provarsi in caso di sinistro se non com una scrittura, è in realtà una limitazione della responsabilità dell’assicuratore alle cose risultanti dalla scrittura...”, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Vol. I, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1957, p. 65. À semelhança do que vimos de expor, relativamente à hipótese anterior, cremos que tanto dependerá dos termos em que a convenção seja celebrada. Se, por exemplo, as partes convencionarem que a seguradora apenas responderá relativamente aos danos sofridos, quanto a objectos constantes de documento junto ao contrato, estará em causa pacto (de índole substantiva) em que, por referência a este documento, se restringe o objecto contratual; não deixará, porém, o pacto, de configurar *também* convenção de prova se dele se retirar que, para comprovar o *tipo de bens* cobertos pelo contrato de seguro (os constantes do catálogo), apenas tal catálogo será mobilizável. Tratar-se-á, nesta hipótese, de pacto que consubstancia, igualmente, verdadeira convenção restritiva dos meios de prova. Representará também convenção de prova (do mesmo tipo) se do pacto decorrer que a *existência*, ao tempo do sinistro, do objecto coberto pelo contrato de seguro, só poderá ser comprovada por via documental. Esta última previsão é passível de constar de contrato de seguro, cujo objecto não seja limitado por referência a qualquer documento, hipótese em que a cláusula em que a este se aluda assume a estrita natureza de acordo de prova, sem atinência com a delimitação do âmbito objectivo de risco abrangido por aquele contrato. Segundo o mesmo autor, a convenção nos termos da qual as partes acordem que uma declaração de quitação apenas constitui prova do pagamento da última prestação vencida, não representa uma convenção de prova, antes uma “declaração de vontade através da qual se mantém a controvérsia relativamente às prestações anteriores”, *ob. cit.*, p. 65. Entendemos que, em si, a declaração de quitação não extingue a controvérsia, relativamente a qualquer uma das prestações. Invocada processualmente a excepção peremptória extintiva de pagamento da última prestação (a que o documento respeita), o facto conserva, processualmente, natureza controvertida, caso a sua verificação seja contestada pelo credor, vindo-se a extinguir a controvérsia quanto a esse aspecto da matéria de facto apenas quando, com base na prova documental, o tribunal o considere provado. O

independentemente (como WAGNER explicita)<sup>870</sup> *da* via por que tal efeito opere: quer por via *positiva* (mediante previsão convencional da necessidade de recurso a determinado meio de prova),<sup>871</sup> quer por via *negativa* (mediante convenção - *directa*, na expressão de PEZZANI<sup>872</sup> - no sentido da impossibilidade de recurso a um ou vários meios de prova),<sup>873</sup> bem como *da* repercussão que a convenção, no seu conjunto, importe ao nível do número de meios de prova que, na sequência da sua celebração, passam a estar processualmente disponíveis<sup>874</sup>, e, em sintonia com EICKMANN, do

---

efeito da convenção traduz-se, nesta medida, em restringir a *aptidão probatória* do documento a um *determinado facto* (pagamento da prestação a que se refere), pelo que representa convenção *restritiva* dos meios de prova (por exclusão daquele) quanto *aos factos* em que se consubstancia o pagamento das demais prestações.

<sup>870</sup> *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 683.

<sup>871</sup> Com o que os meios de prova admissíveis se *restringirão* aos mencionados.

<sup>872</sup> *Il regime convenzionale delle prove*, Milano, Giuffrè, 2009, p. 209. A autora refere ser mais frequente o recurso ao primeiro tipo de formulação, bem como ser o intuito mais comum a este tipo de pactos, a concessão de prevalência à prova documental.

<sup>873</sup> Com o que os meios de prova admissíveis se *restringirão* aos não mencionados.

<sup>874</sup> Porque não verificados os referidos pressupostos, não representa convenção de prova o pacto objecto de análise, no âmbito do acórdão proferido, pelo Tribunal da Relação do Porto, no âmbito de recurso de apelação, proferido em 30 de Maio de 2013, no Processo 2577/10.3TBGDM-A.P1 (disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)). Estava em causa a impugnação de decisão de improcedência de oposição à execução, no contexto de acção executiva proposta por sociedade franqueadora contra o gerente de sociedade com quem a primeira havia celebrado contrato de franquia. Tal acção havia sido intentada com base em cheques emitidos, por este gerente, sobre contas pessoais, e que, uma vez apresentados a pagamento, foram devolvidos com fundamento em falta de provisão (quanto a dois dos títulos executivos) e com fundamento em encerramento de conta (quanto aos restantes dois). Os referidos títulos haviam perdido o seu carácter abstracto (adveniente da natureza cambiária), em virtude do não cumprimento do prazo de oito dias, previsto nos arts. 29.º e 40.º da Lei Uniforme relativa ao Cheque (quanto a três deles), bem como da circunstância de não ter sido observado o prazo de seis meses, constante do art. 52.º do mesmo diploma. Razão por que impedia sobre a exequente o ónus de alegar e demonstrar a existência de vínculo obrigacional entre os dois sujeitos processuais. Aquela invoca a celebração de contrato de franquia com a sociedade de que o executado é gerente, constando dos autos também um contrato-promessa celebrado com este. Do primeiro contrato constavam os seguintes segmentos textuais: “não existe qualquer cláusula verbal ou escrita que não conste do presente contrato de franquia” e “Considerando todas as negociações preliminares, os contraentes declaram que o presente contrato, assim como todos os anexos, reflectem a vontade última dos contraentes e constituem a expressão fidedigna daquela”. O *tribunal ad quem* qualificou estas passagens como convenções de prova, fundamentando tal entendimento nos seguintes termos: “Esses dois trechos valem como convenção de prova, tanto por excluírem meios de prova, como por excluírem objectos de prova, ou seja, neste último aspecto dos objectos de prova, negam a possibilidade de ser provado qualquer facto ou cláusula que interesse ao contrato de franquia e que não possa ser directamente provado(a) através do suporte escrito desse contrato. Porque no contrato de franquia só se tratam de direitos disponíveis e não existe qualquer imperativo de ordem pública, seja na respectiva regulação, seja em qualquer detalhe relativo à reconstituição através de prova, resta concluir que a exequente e a E... estabeleceram convenção sobre provas inteiramente válida, sendo essa validade reconhecida no art. 345.º do Código Civil.”. A título conclusivo, sumária, em obediência ao previsto na anterior redacção do art. 713.º, n.º 7 do Código de Processo Civil, que: “1 - Porque no contrato de franquia ou franchising só se tratam de direitos disponíveis e não existe qualquer imperativo de ordem pública, seja na respectiva regulação, seja em qualquer detalhe relativo à reconstituição de factos ou cláusulas através de prova não escrita, é válida a convenção sobre prova, exarada nesse contrato, que limita a natureza e o objecto da prova que se possa vir a produzir sobre factos e cláusulas do mesmo contrato, tudo conforme previsão do artigo 345 do Código Civil; 2 - Essa restrição à produção de prova estabelece obstáculo à admissibilidade da prova testemunhal e até à admissibilidade da prova por confissão, instituindo como único elemento de prova atendível, como previsto na convenção sobre prova, o texto escrito que suporta todo o contrato de

critério classificativo dos meios de prova, que se tome por referência (independentemente, assim, de a restrição respeitar a uma categoria tipológica de

---

franquia; 3 - A convenção de prova válida à luz do artigo 345 do Código Civil tanto pode excluir meios de prova, como pode excluir objecto da prova, ou seja, neste último aspecto do objecto da prova, nega, conforme convencionado, a possibilidade de ser provado qualquer facto ou cláusula que interesse ao contrato de franquia e que não possa ser directamente provado(a) através do respectivo suporte escrito". Tanto, parece-nos justificar três observações, que se restringem ao domínio das apreciações tecidas no acórdão relativamente a tais trechos contratuais. A primeira, no sentido de que, das normas constantes do artigo 345.º do Código Civil, apenas decorre a admissibilidade de celebração de convenções que invertam o ónus da prova e de convenções que excluam algum meio legal de prova ou que admitam um meio de prova diverso dos legais, só essas sendo qualificáveis como convenções de prova. Previsão legal congruente com o entendimento doutrinal que, como acima exposto, se nos afigura de adoptar. Não se enquadram, portanto, nesse âmbito classificativo, as convenções por intermédio das quais as partes directamente cheguem a acordo quanto a determinado facto, tornando desnecessária a produção de prova. Como o tribunal refere, está em causa, no contrato em apreço, convenção que "limita o objecto da prova" e, nessa medida, acordo que, excluindo a factualidade, a que se reporta, do universo da matéria controvertida, a retira do domínio da carência de prova. Este tipo contratual não se inclui, assim, nas espécies constantes do art. 345.º do Código Civil, não representando convenção de prova. Razão por que, não só o art. 345.º do Código Civil não prevê esse tipo negocial, como não tinha de o prever, por não se enquadrar no seu âmbito aplicativo (restrito que é ao domínio da prova). Em segunda observação, cumpre esclarecer que tanto não retira, porém, qualquer efeito vinculativo ao acordo celebrado. Este representa, não uma convenção de prova (que tem por objecto a definição do regime observável no labor de esclarecimento da matéria factual controvertida), mas convenção relativa aos próprios factos que, assim, perdem, em virtude desta (convenção), a sua natureza controvertida. Com o que as partes não excluam a possibilidade de recurso a determinados meios de prova; antes eliminam, mais radicalmente, a necessidade de recurso à actividade de prova. Por força do acordado entre exequente e a sociedade E, extingue-se a possibilidade de discussão quanto à existência de quaisquer cláusulas *não constantes* do contrato de franquia, ficando, tal matéria, assim, definitivamente fixada. Não se trata, pois, de limitar os meios de prova convocáveis para demonstração da existência de outras cláusulas que não as constantes do contrato escrito de franquia; antes se esclarece, em declaração conjunta, não existirem quaisquer outras cláusulas, assim extinguindo qualquer dúvida quanto a tal dimensão da matéria de facto, retirando-a do *thema probandum*. Diferente seria se as partes estipulassem, em reprodução do previsto no art. 394.º do Código Civil, ser inadmissível, para demonstração da existência de convenções contrárias ou adicionais ao conteúdo do contrato de franquia, o recurso, pelas partes, à prova testemunhal. Tanto consubstanciaria convenção de prova, embora de reflexo inócuo, sob o ponto de vista do efeito jurisdiccional associado à autonomia contratual, em virtude de tal efeito decorrer já do regime legal aplicável. Estaria em causa também uma convenção de prova (agora com autónomo efeito restritivo) se as partes houvessem previsto a impossibilidade de mobilização da prova documental ou por confissão como suportes de decisão da matéria de facto. Como o tribunal intui, a exequente "confinou-se [em termos probatórios] a um ponto muito mais extremo do que o da mera proibição da prova testemunhal". Não, porém, porque se tenham excluído mais meios de prova (para além da prova testemunhal), mas porque, chegando a acordo quanto à factualidade em causa, se eliminou a dúvida que, quanto a tal matéria, pudesse existir e, portanto, a necessidade de recurso à prova, independentemente do tipo de meio em que esta se pudesse consubstanciar. Em suma, havendo, por acordo, *exclusão* do objecto de prova, não só tal acordo não representa convenção de prova, como torna desnecessária (justamente porque não haverá lugar a prova), quanto à matéria a que respeite, a celebração de convenção de prova (designadamente de convenção restritiva de meios de prova). Em terceira observação, cumpre notar que, no que diz respeito ao teor das cláusulas *integrantes* do contrato de franquia, a prova se fará, nesta hipótese, por via documental. A mobilização de outros meios de prova (designadamente da prova testemunhal) poder-se-ia, contudo, afigurar útil, caso o contrato não tivesse sido reduzido a escrito (o que poderia acontecer, sem prejuízo para a validade do mesmo, em virtude da sua natureza consensual, e sem limitação quanto à amplitude dos meios de prova convocáveis, atenta a circunstância de não se prever a redução à forma escrita sequer enquanto formalidade *ad probationem*).

meio de prova ou apenas a uma espécie de meio de prova enquadrável num particular tipo).<sup>875</sup>

Estas as convenções de prova que MARINONI<sup>876</sup> e DE STEFANO<sup>877</sup> designam por pactos “que limitam a prova” (*clausole che limitano le prove*), assim tomando, nesta expressão, a prova na sua primeira dimensão.<sup>878</sup>

À sua admissibilidade se revela avesso LESSONA, quando, na esteira de FERRARA (que invoca), observa deverem ter-se, tais pactos, por inválidos, explicitando que o referido limite à liberdade contratual deve relevar, independentemente de os meios

---

<sup>875</sup> EICKMANN inclui no âmbito das convenções restritivas dos meios de prova não apenas aquelas em que se restringe um ou mais meios de prova legalmente permitidos como ainda aqueles em que se circunscreve a dimensão quantitativa ou a tipologia de meios de prova legalmente previstos. Como exemplo da primeira hipótese enuncia a circunstância em que as partes num contrato de seguro que tem por objecto um acervo bibliográfico convençionem que a responsabilidade pela perda só pode ter lugar relativamente a bens catalogados, restringindo a esta prova documental a demonstração da sua existência. Como exemplo da segunda refere aquela em que as partes reduzam o número de testemunhas admissível ou circunscrevam a prova documental a prova mediante documentos autênticos, *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochumer juristische Studien Nr. 57, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1987, pp. 42 e 43. A restrição convencional pode, a título de exemplo, circunscrever os meios de prova mobilizáveis à prova documental ou, mais estritamente, a um particular tipo de documentos. Nesta última hipótese se enquadra também a cláusula, referida por MARINONI, nos termos da qual as partes prevejam que a prova do peso de mercadoria só pode ser feita por recurso a um de dois tipos de documentos (“lettera di porto” ou “bollettino di consegna”), bem como a cláusula, identificada, pela mesma autora, em contrato da Soc. Na. Seta Artificiale, no sentido de que apenas o recibo representa prova de pagamento, “*Clausole probatorie nella pratica commerciale e civile*”, *Rivista di Diritto Processuale civile*, 1938, I, pp. 17 e 18.

<sup>876</sup> A autora nota que este tipo de acordos corresponde à modalidade mais relevante (“se non altro numericamente”) das convenções de prova, integrando-os, sob o ponto de vista classificativo, na categoria, mais ampla, das “*clausole sugli strumenti di prova*”, “*Clausole probatorie nella pratica commerciale e civile*”, *Rivista di Diritto Processuale civile*, 1938, I, p.16.

<sup>877</sup> *Studi sugli accordi processuale*, Milano, Giuffrè, 1959, p. 24.

<sup>878</sup> Não é indiferente a designação das convenções em causa como pactos ou como cláusulas. Na verdade, consubstanciam contratos (em sentido amplo) que podem ou não figurar sob a forma de cláusula num outro negócio jurídico. Nesta última hipótese (a mais frequente), assumirão a natureza de cláusula-negócio, à semelhança do que, por regra, também sucede relativamente à convenção de arbitragem. Suscitam-se, pois, quanto a ambas, problemas comuns, designadamente no que diz respeito aos reflexos da invalidade do negócio, onde estão contidas, no negócio em que se traduzem. Sublinhando os aspectos que (no que respeita à cláusula compromissória) a levam a defender entendimento diferente do correspondente à visão relativizadora de SALVANESCHI, PEZZANI pronuncia-se no sentido de que, por regra, em ambas as hipóteses a cláusula-negócio beneficia de autonomia, *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pp. 81 a 95. Tanto conduz a que, por princípio, não obstante a invalidade do negócio “receptor” da cláusula, o tribunal arbitral será competente para conhecer desse vício (porque incólume a convenção de arbitragem), sendo que (porque ileza a convenção de prova) será de observar, na acção relativa à invalidade do contrato, o regime probatório decorrente da cláusula-negócio relativa à prova. Afigura-se ser esse o regime mais adequado, quanto aos dois tipos de cláusulas. Razão por que, a previsão, *de iure constituendo*, quanto à convenção de prova, de solução equivalente à que hoje vigora (atento o art. 18.º, n.º 2 da Lei da Arbitragem Voluntária – Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro) relativamente à convenção de arbitragem, obviaria à maior incerteza (quanto à conservação do acordo) que decorre da aplicação do regime geral da redução dos negócios jurídicos (art. 292.º do Código Civil).

de prova em causa se encontrarem legalmente previsto, a título geral ou especial.<sup>879</sup> No sentido da ineficácia processual deste tipo de pacto se pronuncia, por outro lado, SCHÜLLER, salvaguardando, contudo, que, estando em causa convenção de prova que representa contrato de direito privado quanto ao *Tatbestand* (não um verdadeiro contrato processual, segundo o critério que adopta), do seu incumprimento poderão decorrer consequências de natureza indemnizatória (a fazer valer em acção autónoma) para o inadimplente. Nestes termos, os efeitos do pacto só se repercutirão processualmente se, sendo as partes fieis ao estipulado (cumprindo o regime por si fixado), não requererem, em juízo, a produção do meio de prova objecto de restrição.<sup>880</sup>

Para entendimento com contornos particulares, propende MICHELI, quando sustenta que, ante pacto excludente de prova testemunhal, beneficia, o juiz, de liberdade para, de acordo com o critério previsto no art. 2721 do Codice Civile, admitir ou não a produção do meio de prova em causa.<sup>881</sup>

Se as convenções de prova consideradas no ponto anterior (relativas à prova atípica, identificando-se tais pactos com os que importam a criação de meios de prova diversos dos legais), são, por regra, associadas (se lícitas)<sup>882</sup> à promoção da imparcialidade objectiva (por implicarem a criação de mais fontes de informação e, assim, de maior probabilidade de alcance da verdade), as convenções restritivas são, frequentemente, associadas ao risco de redução desta.<sup>883</sup> Abrir-se-ia, por seu intermédio (pela limitação, que delas decorre, de acesso a informação), uma janela processual que poderia constituir fonte potenciadora da não correspondência da base de decisão à realidade o que, afectando parte do processo decisório global (o segmento relativo à decisão da matéria de facto), contaminaria, por via indirecta, o grau de imparcialidade objectiva da decisão final.<sup>884</sup> A este argumento apela BERNHARDT, quando observa que a restrição processual de meios de prova pode pôr em

<sup>879</sup> *Trattato delle prove in materia civile*, Terza Edizione interamente riveduta, Volume Primo, Torino, UTET, 1927, pp. 65 e ss..

<sup>880</sup> “Die prozessualen Wirkungen dieser Vereinbarungen ergeben sich also nur mittelbar im Falle der Vertragstreue”, *Die Wirksamkeit von Beweisverträgen nach geltendem Prozeßrecht*, Göttingen, 1932, pp. 28 e ss.

<sup>881</sup> *L'onere della prova*, Padova, CEDAM, 1966, p. 244, nota de rodapé 192. Nos termos da referida norma, a prova testemunhal de contratos não é admitida, quando o objecto exceda o valor de €2,58. Concede-se, porém, ao tribunal, a faculdade de superar tal limite, atendendo à qualidade das partes, natureza do contrato ou a qualquer outra circunstância. Transpondo tal critério para a hipótese em causa, dele resultaria beneficiar o tribunal da possibilidade de, ante o pacto de prova restritivo, admitir, não obstante, a prestação de depoimento testemunhal, contanto que fundamentasse tal opção num dos mencionados critérios. Tanto significa, cremos, sustentar que a convenção de prova é válida, restando, porém, a sua eficácia, na dependência de opção jurisdicional a realizar em concreto.

<sup>882</sup> Em visão debatível, contudo, como decorre do explicitado no ponto anterior.

<sup>883</sup> Em consonância, CHIOVENDA enquadra-se no âmbito de doutrina de sentido contrário à admissibilidade deste tipo de pacto de prova. Explicita-o, quando afirma ter por ineficazes os contratos através dos quais se pretenda excluir meios de prova, invocando, para tanto, que, por essa via, se regula “uma actividade pública em termos diversos da legal” (observação que estende aos pactos através dos quais se atribua valor a certos meios de prova ou se dispensem “formalidades na assunção da prova”), *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Vol. I, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1957, p. 65.

<sup>884</sup> Tomamos, para este efeito, por decisão final, não a decisão com que a acção culmina, mas a decisão que toma a base factual por assento, quando configurada, esta, na sua versão final, seja ou não essa decisão a decisão da causa.

causa a adequada reconstrução processual da verdade.<sup>885</sup> Rebatido por EICKMANN, os argumentos por este invocados não se revelam, contudo, integralmente convincentes<sup>886</sup>, o mesmo valendo relativamente aos aduzidos por WAGNER.<sup>887</sup>

Tal como as convenções previsoras de novos meios de prova podem, como acima notado, importar compromisso da fidedignidade da informação probatória e, assim, da capacidade de alcance da verdade, também o efeito pretendido e obtido na sequência da celebração de convenção restritiva de meios de prova pode, como nota DICKHOFF, ser o oposto – intensificação da imparcialidade, mediante eliminação de meios de prova mais falíveis, porque mais susceptíveis de introduzirem informação errónea no processo.<sup>888</sup> Assim, também o sublinha PELLI.<sup>889</sup> De resto, é o próprio legislador quem, como veremos *infra*, se socorre dessa técnica como forma de aprimoramento do grau de filtragem das possíveis fontes de afectação da nitidez da imagem da realidade, que seja dada ao tribunal captar através da prova<sup>890</sup>. Em

---

<sup>885</sup> *Das Zivilprozessrecht*, 3. Auflage, Berlin, Gruyter, 1968, p. 229.

<sup>886</sup> EICKMANN invoca, no essencial, a disponibilidade que às partes assiste de produzir ou não prova, com o que está ao seu alcance produzir tal efeito (limitador da possibilidade de alcance da verdade), sobretudo no âmbito da prova testemunhal, na medida em que não assiste, ao juiz, o poder de ordenar a produção oficiosa deste tipo de meio de prova, *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochumer juristische Studien Nr. 57, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1987, p. 88. Esse efeito, porém, assume natureza mais gravosa, quando esteja em causa a renúncia antecipada à possibilidade de recorrer a determinado meio de prova, que quando, às partes, continua a assistir, até ao último momento, a possibilidade de exercer ou não o direito a mobilizar, no processo, o meio de prova em causa, assim lhes remanescendo a possibilidade de poder contribuir para o adequado esclarecimento processual da controvérsia factual.

<sup>887</sup> Em abono da validade de pactos relativos aos meios de prova, WAGNER invoca a circunstância de, nos termos legais, as partes disporem dos meios de prova, referindo, de modo particular, o §399 e o §404, Abs. 4 da *Zivilprozessordnung*, de acordo com os quais as partes podem, respectivamente, prescindir de testemunha por si oferecida e, por acordo, designar perito (ficando, nesta última hipótese, o tribunal vinculado a designar o perito indicado, não obstante lhe assistir a faculdade de reduzir o número de peritos, cuja designação tenha sido requerida). Os poderes assim exercidos pelas partes não equivalem, porém, aos que desenvolvem, quando dispõem dos meios de prova por via convencional, na medida em que, nesta segunda hipótese, regulam *antecipadamente*, o exercício do direito à prova, quando, na primeira a disposição respeita ao momento do exercício e, no que respeita à primeira norma indicada, mesmo a momento avançado da fase de exercício, *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p.687.

<sup>888</sup> O autor observa que à restrição de meios de prova pode presidir a intenção de que a produção de prova obedeça a maiores exigências de rigor técnico ("*mehr technischen Art ihrer Durchführung*"), *Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeß*, Buchdruckerei Franz Linke, Berlin, 1941, p. 17.

<sup>889</sup> A autora refere que as convenções restritivas de meios de prova podem representar meios de promoção do grau de esclarecimento da verdade, em sede processual (impedindo-se a absorção processual de informação pouco credível) quando, a título de exemplo, por seu intermédio se proíba que possa prestar depoimento quem tenha interesse pessoal quanto ao rumo do processo. Evidencia, por outro lado, como interesse susceptível de legitimamente determinar a celebração deste tipo de convenções o intuito de impedir a revelação de informações, cujo carácter sigiloso interesse às partes manter, *Beweisverträge im Zivilprozess*, Dike Verlag, Zürich, St. Gallen, 2012, p. 52.

<sup>890</sup> A tanto se associa a restrição normativa da amplitude do tipo de meios de prova passíveis de ser objecto de livre apreciação pelo decisor. A maior ou menor intensidade do recurso a técnicas restritivas do relevo deste princípio constitui reflexo, sob o ponto de vista histórico, do uso mais ou menos abusivo

idêntico sentido, WAGNER sublinha a circunstância de cláusulas desta natureza se encontrarem previstas no âmbito de regulações jurídicas com relevo internacional.<sup>891</sup>

---

do poder jurisdicional retirável dessa máxima processual. Referindo-se ao processo penal, AMODIO associa o surgimento do princípio da livre apreciação da prova à afirmação, no contexto do iluminismo europeu, dos ideais de “liberdade e de racionalidade” que, libertando o juiz do sistema legal de provas próprio do sistema medieval, permitem que se “coloque em primeiro plano o indivíduo e o bom senso conatural ao seu agir”. Observa, porém, ter-se verificado, no séc. XIX, um afastamento de tal orientação, incorrendo-se no vício oposto ao medieval, mediante substituição da “liberdade como supremacia da razão” pela “liberdade como primado da esfera emotiva”, concedendo-se ao juiz a faculdade de julgar segundo a sua “íntima convicção”, entendendo por esta as razões ligadas “ao foro interno do inexprimível e do irracional”, por si justificadoras da decisão de facto, cuja oponibilidade às partes se verificava independentemente de fundamentação. A regulamentação sistemática da prova, em livro autónomo do Codice di Procedura Penale italiano de 1989, corresponde, na perspectiva do autor, à referência temporal de inversão, no contexto deste sistema jurídico, daquela tendência permissora do uso “ilimitado e incontrollável da prova” pelo juiz, mediante reintrodução de critérios normativos disciplinadores da actividade probatória e de decisão da matéria de facto., “Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Nuova serie, a. 42, n.º 1, Gennaio-Marzo, 1999, Milano, pp. 3 a 5. CARNELUTTI reconduz a dois os objectivos prosseguidos com a disciplina legal da actividade probatória: a segurança da investigação (*sicurezza della ricerca*) e a economia da investigação (*economia della ricerca*), sustentando que, por intermédio daquela, se usa a “experiência acumulada para a eliminação de erros (quanto ao primeiro fito) ou de actos supérfluos (quanto ao segundo), *La prova civile*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 28. Demarca-se, porém, da avaliação quanto à efectiva capacidade, por tal regulação, de prossecução daqueles escopos. Se partilhamos da posição deste autor, quando associa aqueles fins ao regime jurídico da prova, afigura-se-nos, contudo, poder padecer de algum excesso a afirmação que faz, a pp. 32 e 33 da mesma obra, no sentido de que “basta um *mínimo limite* à liberdade de investigação do juiz para que o processo de investigação da realidade degenere em processo formal de fixação;...”, aduzindo para tanto que quando “a investigação da verdade material é limitada no sentido em que esta não possa ser conhecida *em todos os casos e com todos os meios*, seja o limite imposto mais ou menos rigoroso, o resultado é sempre este: *não se trata já de uma investigação da verdade material, mas de um processo de fixação formal dos factos*”. Na verdade, algumas das limitações de prova legalmente previstas têm como sua razão justificativa, atento o objectivo de segurança da investigação, evitar que o recurso a determinados meios de prova ou a adopção de certo procedimento probatório possa conduzir a um prejuízo no que diz respeito ao grau de coincidência entre a informação processualmente absorvida e a realidade. Pense-se, por exemplo, nas hipóteses em que se impede o recurso a prova testemunhal ou a presunção judicial (cfr. arts. 393.º e 351.º do Código Civil), em que se impõe a prevalência da prova documental sobre outros meios de prova (cfr. art. 607.º, n.º 5, parte final do Código de Processo Civil) ou em que não se prescinde da oralidade e da imediação que esta proporciona (cfr. art. 500.º do Código de Processo Civil).

<sup>891</sup> Entre as razões passíveis de conduzir as partes a celebrar acordos restritivos de meios de prova, WAGNER salienta o interesse em salvaguardar a privacidade do teor de determinados documentos. Procurando sublinhar a legitimidade de motivos com essa ou similar natureza, o autor sublinha a circunstância de tal possibilidade ser objecto de previsão nos arts. 19.º, 2.ª frase (“The parties and the conciliator undertake that the conciliator will not act as an arbitrator or as a representative or counsel of a party in any arbitral or judicial proceedings in respect of a dispute that is the subject of the conciliation proceedings. The parties also undertake that they will not present the conciliator as a witness in any such proceedings) e 20.º (The parties undertake not to rely on or introduce as evidence in arbitral or judicial proceedings, whether or not such proceedings relate to the dispute that is the subject of the conciliation proceedings; (a) Views expressed or suggestions made by the other party in respect of a possible settlement of the dispute; (b) Admissions made by the other party in the course of the conciliation proceedings; (c) Proposals made by the conciliator; (d) The fact that the other party had indicated his willingness to accept a proposal for settlement made by the conciliator”) do Regulamento de Conciliação da UNCITRAL, bem como ao Regulamento da Câmara de Comércio Internacional [as disposições a que o autor se referia foram, entretanto, revogadas, sendo que, considerando o novo Regulamento, em vigor de 1 de Janeiro de 2014, assumem especial interesse, para o presente efeito, o

WAGNER observa, a este propósito, não ser de ceder à tentação de excessivamente valorizar o escopo processual da descoberta da verdade, em desmesurada consideração (“normativen überhöhung”) do §138, Abs. 1, antes se devendo procurar conciliar este com o princípio da autonomia privada – máxima que, na visão do autor, assume natureza substantiva e encontra reflexo processual, no princípio do dispositivo (*Verhandlungsmaxime*, representando, assim, este, “*verfahrensrechtlichen Folgeprinzipien*” do primeiro).<sup>892</sup>

Não é, assim, decisivo no sentido da inadmissibilidade da restrição dos meios legais de prova, o argumento de que tanto circunscreve a possibilidade de descoberta da verdade.<sup>893</sup>

---

teor dos arts. 9.º, n.º 2 (“Unless required to do so by applicable law and in the absence of any agreement of the parties to the contrary, a party shall not in any manner produce as evidence in any judicial, arbitral or similar proceedings: a) any documents, statements or communications which are submitted by another party or by the Mediator in or for the Proceedings, unless they can be obtained independently by the party seeking to produce them in the judicial, arbitral or similar proceedings; b) any views expressed or suggestions made by any party within the Proceedings with regard to the dispute or the possible settlement of the dispute; c) any admissions made by another party within the Proceedings; d) any views or proposals put forward by the Mediator within the Proceedings; or e) the fact that any party indicated within the Proceedings that it was ready to accept a proposal for a settlement”) e 10.º, n.º 3 (“Unless all of the parties agree otherwise in writing, a Mediator shall not act nor shall have acted in any judicial, arbitral or similar proceedings relating to the dispute which is or was the subject of the Proceedings under the Rules, whether as a judge, an arbitrator, an expert or a representative or advisor of a party”), *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 684. Sobre a compatibilidade entre cláusula de confidencialidade, em sede de arbitragem, e o regime constitucional, bem como sobre a relação entre tal previsão convencional e a execução da decisão arbitral, vide Paula Costa e SILVA, “A execução em Portugal de decisões arbitrais nacionais e estrangeiras”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 67, Setembro, 2007, pp. 629-682, pp. 631 e ss.

<sup>892</sup> *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 686. Esse raciocínio defronta-se, porém, com a objecção, que *supra* referimos (por aplicação às convenções constitutivas de novos meios de prova) e que *infra* recordaremos (quanto à presente modalidade de convenções), relativamente ao significado e dimensão da efectiva vigência do princípio do dispositivo, no plano da *prova*. Na esteira de LIEBMAN, Miguel MESQUITA ensina que o princípio do pedido se deve autonomizar do princípio do dispositivo, entendendo respeitar, este último, exclusivamente “à ideia de alegação de factos” e discernindo, quanto ao primeiro, dois distintos sentidos (um, relativo ao momento do início da instância, outro relativo ao seu termo), “A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno processo civil”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 143, n. 3983, Novembro-Dezembro, 2013, pp. 135 e ss. É considerando a primeira dimensão do primeiro sentido que CARNELUTTI observa a correlatividade existente entre acção e jurisdição, notando que “*non si può dare azione senza Giurisdizione, né Giurisdizione senza azione*”, “Profilo dei rapporti tra diritto e processo”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XIV, 1960, p. 178. Em visão complexiva, Mariana FRANÇA GOUVEIA inclui ambas as dimensões no âmbito do princípio do dispositivo, “O princípio dispositivo e a alegação de factos em processo civil”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73, n.ºs 2/3, Abril-Setembro, 2013, p. 602. Paula Costa e SILVA compreende no “princípio da disponibilidade objectiva” o “princípio do dispositivo, relativo à matéria de facto, e o princípio do pedido, referente ao pedido”, *O Dogma da Irrelevância da Vontade na Interpretação e nos Vícios do Acto Postulativo Acto e Processo*, Coimbra Editora, 2003, pp. 563 e ss.

<sup>893</sup> Ainda que o fosse, daí não decorreria, também aqui, como consequência necessária, conclusão no sentido da inadmissibilidade de celebração deste tipo de pactos, num dado sistema jurídico, mas tão só a inferência de que, sob um ponto de vista abstracto, não seria desejável a previsão dessa admissibilidade. A primeira conclusão só seria fundamentamente alcançável (porque contextualmente

Não procede, por outro lado, a arguição de que a restrição convencional de meios de prova conflitua com a livre apreciação da prova (“freie richterliche Beweiswürdigung”). Em tal fundamento argumentativo se centra a posição de SCHÜLLER, quando nele ancora a defesa da ineficácia processual deste tipo de pactos.<sup>894</sup>

Como WAGNER nota, tal fundamento carece de base de sustentação (“geht in Wahrheit ins Leere”), na medida em que os acordos em causa não respeitam à valoração da prova produzida, antes excluindo *ab initio* a invocação de provas que, de outro modo, poderiam, *a posteriori*, ser objecto de valoração.<sup>895</sup> Diferentemente, SACHSE não sente necessidade de rebater o argumento, como pressuposto para sustentar a validade desta modalidade convencional – concordando que o pacto em causa interfere com o princípio da livre apreciação da prova pelo decisor, defende, porém, que tal princípio é, em certas hipóteses, derogável pelas partes, não representando, então, aquela ingerência, causa de invalidade do acordo. Em apoio deste entendimento (sustentador da supletividade do princípio), SACHSE invoca uma hipótese normativa (correspondente ao então §126 da Versicherungsertragsgesetz) representativa de exemplo em que o legislador concede que o meio de prova se reconduza a um só. A tanto contra-argumenta, oportunamente, SCHÜLLER (para quem o princípio em causa assume natureza imperativa), que tal previsão legal, além de assumir natureza excepcional (porque relativa a situação de emergência)<sup>896</sup>, não permite retirar a ilação extraída por SACHSE, na medida em que “o que é permitido ao

---

situada: referida a um particular ordenamento jurídico) quando das *coordenadas* caracterizadoras do sistema jurídico em análise se pudesse retirar ter o legislador pretendido impedir a circunscrição convencional dos meios de prova processualmente mobilizáveis, designadamente (admita-se) por entender que tanto poderia implicar prejuízo para o adequado alcance da descoberta da verdade, sendo esse o regime vigente no domínio de tal sistema. Como decorre do que *infra* se dirá, no corpo do texto, constituirá indício nesse sentido a existência de um elenco legal de meios de prova, relativamente ao qual não esteja normativamente firmada natureza supletiva. Tal definição corresponderá, na ausência de previsão ou indício contrário, a delimitação do perímetro de meios, cuja possibilidade de utilização é tomada por necessária para assegurar a efectividade do direito a exercer pronúncia justificativa, bem como para descoberta da verdade. Na ausência de elenco legal, a conclusão a apurar seria de sentido positivo (admissibilidade de convenções restritivas de meios de prova), quando dessa ausência se pudesse retirar ter sido intenção do legislador deixar ao critério das partes a definição dos meios de prova convocáveis; seria de sentido negativo (inadmissibilidade de convenções restritivas de meios de prova), quando se pudesse apurar ter tal ausência decorrido da intenção de imperativamente assegurar a possibilidade de recurso a qualquer meio de prova. A conclusão a apurar, haverá, em suma, qualquer que seja o seu sentido (admissibilidade ou inadmissibilidade deste tipo de pactos), de encontrar suporte nos traços caracterizadores do sistema jurídico em causa, sendo que a existência de um elenco legal de meios de prova (cuja natureza, aberta ou fechada, não se encontre normativamente esclarecida de modo claro) é traço a considerar e a conciliar com outros elementos, no labor interpretativo a desenvolver. Tanto, em consonância com o que *supra* expusemos a propósito da invocação do argumento literal como base de sustentação de entendimento, no sentido da admissibilidade de válida celebração de convenções constitutivas de meios de prova.

<sup>894</sup> “Dieser Vertoß gegen den die unabänderlich die gesamte Zivilprozeßprozessordnung beherrschenden Grundsatz der freien Beweiswürdigung nimmt derartigen Verträgen jegliche prozessuale Wirkung”, *Die Wirksamkeit von Beweisverträgen nach geltendem Prozeßrecht*, Göttingen, 1932, p. 29.

<sup>895</sup> *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 686.

<sup>896</sup> Razão por que, na qualidade de excepção, confirma a vigência inderrogável do princípio enquanto regra.

legislador não é permitido, nem de longe, ao privado” (*Was dem Gesetzgeber gestattet ist, ist dem Privatmann noch lange nicht erlaubt*).<sup>897</sup>

Como o exposto permite antever, WAGNER situa-se em posição oposta à ocupada pela doutrina anteriormente mencionada, sustentando, ao invés desta, a admissibilidade dos pactos em análise. Invoca, para tanto, a liberdade de que as partes dispõem relativamente aos meios de prova - *das Recht zur Benennung eines Beweismittels*.<sup>898</sup> Também EICKMANN alicerça a admissibilidade destes acordos na circunstância de às partes assistir o direito de oferecer e produzir meios de prova em juízo<sup>899</sup>. O mesmo sucede com PEZZANI, quando escreve: “Come durante l’istruzione probatoria la parte interessata può decidere di avvalersi di una prova e non anche di un’altra che sarebbe ammissibile, non si vede perche la stessa non possa impegnarsi in via stragiudiziale a tenere lo stesso comportamento”.<sup>900</sup>

Importa, contudo, notar que a circunstância de às partes assistir a indiscutível faculdade de *exercerem* ou não o direito de requerer a junção ou produção de determinado meio de prova, tanto se não confunde com a possibilidade de

---

<sup>897</sup> *Die Wirksamkeit von Beweisverträgen nach geltendem Prozeßrecht*, Göttingen, 1932, p. 30.

<sup>898</sup> *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 686.

<sup>899</sup> *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochumer juristische Studien, Nr. 57, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1987, p. 86 (“Die Zulässigkeit und Wirksamkeit dieser Verträge wird damit begründet, dass die Benennung und Produktion von Beweismitteln im Zivilprozess der Verfügung der Parteien unterliege...”).

<sup>900</sup> *Il regime convenzionale delle prove*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 218 e 219. Reforçando a ideia, PEZZANI invoca, mais à frente, que “...a parte interessada em utilizar a seu favor uma determinada prova lícita e admissível, por força do princípio da liberdade de disposição das provas, pode também decidir não se valer delas não as deduzindo ou não as produzindo. Este direito da parte de seleccionar através de que prova se defende pode ser exercido, no nosso entendimento, também numa fase anterior ao processo, através de estipulações em acordo negocial. Em substância, portanto, as partes podem sempre excluir qualquer uma das diversas provas atípicas que possa utilizar com base nas teorias acima expostas”, *Il regime convenzionale delle prove*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 288 e 289. A autora distingue, porém, a existência, no quadro do direito italiano, de uma hipótese em que a admissibilidade de celebração de convenção de prova encontra suporte normativo. Ante exposto apoio legal, não se torna, nesse caso, necessário o recurso a princípios normativos como via de sustentação da admissibilidade de tal pacto. Trata-se do art. 2725 do Codice Civile, de cujo primeiro parágrafo decorre a possibilidade de as partes convencionalmente preverem que um contrato deve ser provado por escrito, bem como que, nessa hipótese, a prova testemunhal não será, por princípio, admitida (a norma ressalva as exceções constantes do n.º 3 do artigo anterior). Representa, esse pacto, um exemplo do que *infra* viremos a designar por convenção de prova especialmente regulada. Em abono da posição que sustenta, observa PEZZANI, por outro lado, que: “Con le intese con le quali i privati si accordano per limitare l’esercizio dei loro poteri probatori non vengono alterati equilibri del sistema che dovrebbero rimanere nel controllo della legge, ma semplicemente si esercita il potere di disponibilità delle prove che l’ordinamento giuridico riconosce a ciascuna parte”, contrariamente ao que sucede quando, por via de convenção ampliadora, há lugar a “superamento convenzionale dei limiti posti dalla legge”. Não será, porém, indiscutível a inofensividade da presente modalidade de convenção de provas para o equilíbrio do sistema. Atente-se que, nesta hipótese, as partes não estão de acordo quanto aos factos e que, nesse plano (via intraprocessual do dissenso, em que, assim se situam), incumbe à comunidade a extinção da controvérsia, sendo que, o cumprimento de tal função obedecerá a um só parâmetro – o do discernimento da verdade. Parâmetro cuja efectiva observância *pode* ser comprometida pela restrição pactícia de meios de prova. Não obstante estar em causa, como PEZZANI nota, negócio jurídico por via do qual os sujeitos processuais auto-limitam os seus poderes, em sede de prova, essa auto-limitação pode repercutir-se em área que supera o espaço puramente privado.

antecipadamente renunciarem à *titularidade* do direito, assim eliminando a opção (de recurso ou não ao meio de prova em causa) de que, de outro modo, beneficiaria quanto ao exercício. Em contraponto com WAGNER<sup>901</sup>, seguimos, quanto a este

---

<sup>901</sup> WAGNER exclui a interpretação nos termos da qual se estabeleça uma ligação directa entre o regime previsto no §295 ZPO e a conclusão no sentido da admissibilidade de celebração de convenções processuais, explicitando não ser essa (a regulação alternativa do processo) a matéria objecto de regulação por aquela norma, dado reportar-se esta tão somente à renúncia à sindicância de um vício processual pré-existente (e nessa medida, à sua sanção). Fora do âmbito aplicativo da norma (que mais à frente salvaguarda entender ser de aplicação restrita às hipóteses de violação de disposições legais que regulem o decurso do processo e a forma dos actos processuais) se situam, portanto, quer a renúncia antecipada, quer as convenções processuais. Não deixa, porém, de retirar ilações daquele regime, para esta última problemática (do processo convencional), concluindo que “se é possível que uma parte processual declare posteriormente e de forma unilateral a renúncia ao cumprimento de uma norma processual, também terá de ser possível que as partes acordem antecipadamente e de forma contratual um processo alternativo ao legalmente previsto”. É, este último, o passo de raciocínio que se nos afigura poder revelar-se excessivo, dado que as duas hipóteses não são absolutamente assimiláveis. Na verdade, a renúncia antecipada ao exercício de um direito não se confunde com o seu não exercício, uma vez constituído. O autor salvaguarda a possibilidade de existirem razões objectivas susceptíveis de conduzir à quebra de continuidade entre o regime do §295 e a conclusão que dele retira, ao nível da admissibilidade de celebração de contratos processuais, salientando o esforço de BAUMGÄRTEL no sentido de garantir (em sede de apuramento das referidas razões objectivas) a liberdade de decisão das partes e de evitar restrições excessivas e imponderadas, mediante renúncia antecipada. WAGNER relativiza, contudo, o relevo dessa argumentação por apelo à existência de acrescidas garantias de preservação de tal liberdade (inexistentes ao tempo de BAUMGÄRTEL), designadamente as asseguradas pela superveniência das restrições das possibilidades de celebração de convenções processuais introduzidas pelo regime criado pela AGBG [(Allgemeinen Geschäftsbedingungen Gesetz) – este regime foi, entretanto, sistematicamente transferido para o BGB, deixando de ser tratado em diploma autónomo], em ordem à tutela da parte mais débil. Desta circunstância, associada às garantias proporcionadas pelos §§138 (relativo ao regime da usura e ao relevo da ordem pública, enquanto limite ao exercício da liberdade contratual) e 242 (previsor do princípio da boa-fé) do BGB, retira WAGNER encontrarem-se reunidas as condições necessárias à adequada protecção dos sujeitos jurídicos ante possíveis abusos desenvolvidos pela contraparte. Tal tutela retiraria, à possibilidade de risco (que existiria, quando não existente aquela protecção), a qualidade de razão objectiva determinante da possibilidade de disposição antecipada, em sede processual, *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, pp. 67 e 68. Cremos, contudo, que tanto não retira a ausência de identidade entre as hipóteses de renúncia antecipada e de não exercício, pelo que, a sustentar-se a admissibilidade de renúncia antecipada a direitos processuais (e sem embargo de os hipotéticos limites especiais a estabelecer se poderem afigurar mais ténues, atenta a existência das garantias gerais que o autor explicita), a sede de suporte de tal possibilidade não poderá ser a que permite ancorar a possibilidade de não exercício de um direito. Nem em sentido oposto (isto é, no sentido da associação entre os dois problemas – “*Zusammenhang der beiden Problemkomplexe*”) releva a circunstância, invocada pelo mesmo autor, de no §295, Abs. 2 da ZPO se fazer alusão a critério que também deve pautar a decisão sobre a admissibilidade de celebração de negócios processuais: o da renunciabilidade da matéria. Na verdade, o facto de, em ambos os casos, ter de estar em causa matéria susceptível de renúncia não significa que as condições impostas como requisitos de validade, quando a renúncia decorra do não exercício do direito devam ser as mesmas a ter em consideração, quando se trate de renúncia antecipada. Os pólos entre os quais se não nos afigura legítimo o estabelecimento de ligação horizontal (“*Querverbindung*”) são o da renúncia antecipada e o do não exercício. Não se contesta a associação entre normatividade supletiva e possibilidade de renúncia, só sendo admitida esta última, quando esteja em causa a primeira. WAGNER, porém, invoca a propriedade desta última associação como argumento de legitimação do primeiro tipo de nexos. LESSONA pronuncia-se a este respeito, quando se reporta a pactos por via dos quais se alterem as normas de prova relativas ao pagamento das rendas efectuado pelo inquilino, revelando-se em dessintonia com MONTUORI. Rebate os argumentos por este invocados, no sentido da admissibilidade de tais convenções, sublinhando que a possibilidade, legalmente admitida, de ser lei estrangeira a regular o regime de prova, não se confunde com a substituição de

aspecto, LESSONA, quando observa que o não exercício do direito à prova representa realidade bem diversa da renúncia “a valersi d’una prova”<sup>902 903</sup>, bem como EICKMANN,

---

normatividade interna por regime convencional, bem como que “a renúncia a fazer-se valer de uma prova em juízo” é algo de distinto, relativamente à “renúncia preventiva a valer-se de uma prova”, *Trattato delle prove in materia civile*, Terza Edizione interamente riveduta, Volume Primo, Torino, UTET, 1927, pp. 69 e 70.

<sup>902</sup> *Trattato delle prove in materia civile*, Terza Edizione interamente riveduta, Volume Primo, Torino, UTET, 1927, p. 70. Não existe, pois, equivalência, para este efeito, entre a opção pelo não exercício de um direito e a antecipada renúncia a esse exercício. A diferente intensidade, no que diz respeito à liberdade do titular do direito (maior na primeira hipótese que na segunda), conduz a que, da admissibilidade da prática de acto em que a liberdade de exercício se conserva até ao momento em que esse exercício pode ter lugar, não se possa retirar a admissibilidade de prática de acto (celebração de acordo) em que tal liberdade é de imediato cerceada. Ou seja, da admissibilidade de acto limitativamente restritivo da liberdade das partes não se pode retirar a admissibilidade de acto amplamente restritivo dessa liberdade. Do menos não se extrai o mais. Da admissibilidade de não exercício não é, assim, inferível a admissibilidade de antecipada eliminação da possibilidade de exercício. É distinto o grau de tutela do sujeito processual a quem seja liminarmente vedada a possibilidade de se socorrer dos diversos meios legais de prova, daquele que não é objecto de tal limitação, restando-lhe a possibilidade de, aquando do momento do seu exercício optou fazer ou não uso de tal garantia. Este último o estatuto jurídico individual mais compatível com o relevo (na dupla dimensão que assume) que comunitariamente representa a possibilidade de ampla disponibilidade dos meios previamente escrutinados pelo legislador, como adequados ao fornecimento de informação probatória. Tanto não significa, porém, que as convenções restritivas de meios de prova sejam inadmissíveis, quando outro o fundamento sustentador da sua admissibilidade.

<sup>903</sup> A distinção entre estas duas dimensões (titularidade e exercício) não assume natureza puramente escolástica, antes se reflectindo, ao nível do regime jurídico a adoptar. Podemos já observar esse reflexo quando notámos a maior gravidade que a renúncia à titularidade assume, sob o ponto de vista das garantias integrantes do estatuto do sujeito jurídico em causa. Diversidade que permite compreender que o legislador possa condescender com o não exercício, mas não com a renúncia à titularidade. A tanto não se circunscreve, porém, o relevo prático da diferenciação. É a circunstância de considerar que a renúncia à titularidade e o não exercício são comportamentos “perfeitamente equivalentes sob o plano ontológico e não podem ser distinguidos” (*Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 222) que leva PEZANNI a pôr em causa a justificabilidade da aplicação às convenções de prova do limite à autonomia privada, em que se traduz a imposição, como condição de validade deste tipo negocial, que o objecto da acção não respeite a direitos indisponíveis. Assim raciocina: se as partes podem, na pendência da acção relativa a direitos indisponíveis, não oferecer certo meio de prova, também dele devem poder abdicar extrajudicialmente (por via de convenção) do direito a tal oferecimento, pelo que a indisponibilidade do direito não deveria representar obstáculo à possibilidade de válida celebração deste tipo de negócios jurídicos. O que antes observámos quanto à diferença entre renúncia antecipada e não exercício – conducente ao relevo da distinção (e do conseqüentemente diverso tratamento normativo) no âmbito de qualquer acção (independentemente da natureza disponível ou não dos direitos nela em causa) – permite rebater a legitimação que a autora pretende retirar do menos para o mais, no âmbito de acções relativas a direitos indisponíveis (relevando, essa diferença – no sentido de do menos, se não poder extrair o mais - no âmbito das acções concebidas como um todo, neste universo se inclui também o particular tipo de acções a que a autora se refere. A observação que tece permite, contudo, que remanesça uma dúvida: se o exercício ou não exercício dos direitos associados à prova representa uma via possível de efectiva *disposição*, no processo, de um direito *indisponível*, não deveria ser, às partes, retirada qualquer margem de liberdade (quer quanto à possibilidade de renúncia, quer quanto à possibilidade de não exercício) em sede de prova, no âmbito de acções relativas a direitos indisponíveis? Como lograr, porém, assegurar a proibição de não exercício quando, na generalidade das hipóteses, o tribunal desconhece que tipo de prova está ao alcance das partes produzir ou oferecer? Ao invés, será sempre possível actuar ao primeiro nível, impedindo a válida celebração de qualquer tipo de convenção de prova. Ao que se pode contra-argumentar: iniba-se, então, a possibilidade de não exercício, nos casos em que o tribunal tome conhecimento de que existe prova relevante para a boa decisão da causa que, contudo, as partes não carregam para a instância. A

quando sublinha que o critério para avaliar da admissibilidade de celebração de convenção de prova (e, em geral, de contratos que tenham por objecto matéria processual e relativamente aos quais a lei não se pronuncie expressamente no sentido da sua admissibilidade ou inadmissibilidade) se prende, não com a circunstância de se facultar à parte que a prática de o acto processual em causa tenha ou não lugar, mas com o facto de a normatividade objecto do contrato assumir carácter imperativo ou dispositivo (o que dependerá do tipo de interesses por seu intermédio tutelados).<sup>904</sup>

Por outro lado, tal como o princípio do dispositivo não representa (como acima se observou) argumento válido, no sentido da defesa da admissibilidade de prova atípica, não consubstanciará também (pelas mesmas razões, então aduzidas) base sustentável de procedência de posição sustentadora da validade de convenções restritivas dos meios de prova mobilizáveis em juízo.

O problema (relativo à admissibilidade ou não da celebração de convenções que excluam a possibilidade de mobilização de meios de prova, legalmente previstos) não se suscita, no âmbito do sistema jurídico português, dada a existência de menção normativa expressa no sentido da admissibilidade de celebração de convenções produtoras deste efeito restritivo.<sup>905</sup> Quando não assim, porém, a ausência de referência literal à possibilidade de limitação do elenco legal de meios de prova, associada à circunstância de estes corresponderem a prévia selecção, realizada pelo legislador, que assim os elegeu como fontes úteis e credíveis de informação probatória, tenderia a conduzir (à semelhança do que sucede, em idêntica hipótese, quanto a convenção ampliadora do elenco legal dos meios de prova) a concluir no sentido da não abertura ao relevo do exercício da autonomia privada das partes neste domínio. Interpretação que, a confirmar-se, equivaleria à vigência, nessa hipótese, do princípio da taxatividade ou do *numerus clausus*, num duplo sentido – como sinónimo de fechamento do sistema à possibilidade de alteração do leque de meios de prova processualmente disponíveis pelas partes, quer no sentido do seu aumento, quer no sentido da sua circunscrição, a significar taxatividade ante os efeitos decorrentes de actividade negocial atinente aos meios de prova, quer aqueles (efeitos) se manifestem

---

neutralização da inacção das partes já acontece, porém, no quadro do direito vigente, por via indirecta – mediante produção oficiosa de prova. Constitui, assim, esta, forma de (entre outros escopos) impedir a disposição processual de direitos indisponíveis, sem que para tanto seja necessário interferir com a liberdade de opção das partes, relativamente ao exercício ou não do direito à prova. Não obstante as dúvidas que revela quanto à aplicabilidade de tal limite de validade (natureza indisponível do direito realizando na acção a que o pacto respeita), relativamente às convenções de prova, PEZANNI não ousa concluir no sentido da inaplicabilidade, a tais acordos, da referida condição de validade. Opta, diferentemente, por solução que qualifica de “ricostruzione mediana”, sustentando que, não obstante inválida a convenção, a declaração de tal invalidade pressuporia a sua invocação pela parte interessada na vigência, na instância, do regime convencional (*Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 222).

<sup>904</sup> *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochumer juristische Studien Nr. 57, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1987, p. 23.

<sup>905</sup> Cfr. art. 345.º, n.º 2 do Código Civil, por interpretação “*a contrario*”.

por excesso, quer por defeito (relativamente aos meios de prova constantes do elenco legal).<sup>906</sup>

De salvaguardar, por fim, que, quando se possa concluir no sentido da validade de convenções restritivas de meios de prova (seja porque tanto resulte de previsão legal, seja porque elementos interpretativos permitam apurar tal sentido conclusivo), da admissibilidade de celebração de tais convenções não se extrai (contrariamente ao defendido por WAGNER), com carácter necessário, a admissibilidade de eliminação, a título singular, por via de pacto de prova, da prática de actos particulares consubstanciadores de actividade instrutória.<sup>907</sup>

### **Secção III – Convenções quanto a factos de admissibilidade de prova especialmente regulada**

Como acima anunciado, será este o momento em que nos pronunciaremos sobre as *convenções de prova conflituantes e não conflituantes*, enquanto modalidades de convenções de prova relativas a factos, cuja prova se encontra legalmente regulada

---

<sup>906</sup> De observar que, representando, as convenções restritivas, vias de limitação da possibilidade de recurso a meios legais de prova, apenas estes podem ser objecto de tal restrição negocial. Razão por que, não constituindo, a inspecção judicial e a exibição de coisa, autênticos meios de prova (pelas razões acima aduzidas), não estará ao alcance das partes a possibilidade de, por via negocial, extinguirem o seu relevo na concreta acção a que tal convenção restritiva se reporte. Invocando, embora, razões distintas (relacionadas com o carácter imperativo da normatividade relativa à apreciação da prova), PEZZANI pronuncia-se também no sentido da insusceptibilidade de restrição convencional da prerrogativa, legalmente concedida ao decisor, de, nos termos do previsto no art. 118 do Codice di Procedura Civile, determinar a realização de inspecção judicial.

<sup>907</sup> A título exemplificativo, do facto de as partes poderem convencionar a impossibilidade de recurso a prova pericial, não significa que possam, por tal via negocial, prever que (em hipóteses em que haja realização de perícia, porque não pacticiamente eliminada a perícia, enquanto meio de prova processualmente mobilizável) a faculdade de, o decisor poder oficiosamente determinar a realização de segunda perícia (art. 487.º, n.º 2 do Código de Processo Civil). Em sentido diverso, WAGNER considera admissível que as partes restrinjam, convencionalmente, a possibilidade (prevista no §412, Abs. 1 da *Zivilprozessordnung*) de o tribunal ordenar a produção de nova perícia, pelo mesmo ou por outro perito, *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 690. Cremos, contudo, que só aparentemente essa previsão representará um *minus*, relativamente à possibilidade de restringir, por via negocial, a possibilidade de recurso à perícia. Na verdade, nesta última hipótese, impede-se que o tribunal possa dispor de informação técnica, proporcionada por perito, enquanto base de decisão. O juiz decidirá, então, com base no conteúdo proporcionado pelos elementos de prova remanescentes, cuja veracidade controlará de acordo com as vias processuais de que em geral dispõe para o efeito. Diferentemente, na segunda hipótese, as partes condicionam os próprios meios disponíveis pelo tribunal para aferir da correcção da informação disponibilizada pelo meio de prova em que a perícia se traduz, sendo certo que, tratando-se de matéria especializada, dificilmente disporá, o decisor, de conhecimentos que lhe permitam, a título autónomo, apreciar a exacta adequação ou não da informação prestada, bem como chegar a alcançar raciocínio conclusivo próprio quanto à questão controvertida. O controlo da correcção da prova pericial ocorre, por via de regra, mediante recurso a nova pronúncia pericial. Pelo fechamento pactício desta possibilidade, as partes imporiam, na prática, na generalidade das hipóteses, que o tribunal decidisse de acordo com o teor da primeira pronúncia, assim determinando, com carácter, nas mais das vezes, vinculativo, o teor da decisão a proferir relativamente à matéria de facto controvertida, objecto de juízo pericial.

no que diz respeito ao tipo de meios de prova processualmente convocáveis para exercício de pronúncia justificativa quanto aos mesmos. Regulação legal que, por respeitar a previsões pontuais, cria o que PERROT designa por “*ilôts de preuve légale*”.<sup>908</sup>

Estão em causa, pois, na sede que ora consideramos (regime convencional da prova), hipóteses em que as convenções *restritivas* ou *ampliadoras* dos meios de prova, legalmente previstos respeitam a factos relativamente aos quais a lei estabelece regime restritivo, no que diz respeito ao tipo de meios de prova convocáveis (*factos de admissibilidade de prova legalmente regulada de modo especial*).<sup>909</sup>

Com esta restrição (relativa aos meios mobilizáveis), o legislador visa assegurar que a decisão judicial, quanto a temáticas factuais (controvertidas) dotadas de especial importância, assente em base particularmente fidedigna. Acentua, assim, o grau de exigência no que diz respeito ao nível de apuramento da imparcialidade objectiva do alicerce em que se sustenta a decisão da controvérsia relativa à matéria de facto.

Especiais cautelas, cuja justificação extravasa a mera tutela dos interesses das partes. São, também, razões relacionadas com a protecção de interesses de terceiros e com a promoção da qualidade e do acerto decisório (dimensão que, como observado, assume também relevo público) as que determinam o teor normativo.

### ***Subsecção I - Vias de restrição legal de meios de prova***

O efeito limitador, assim imposto pelo legislador, pode (à semelhança do que observámos acontecer no âmbito da restrição operada por via convencional) operar mediante explicitação de que a comprovação da versão factual apenas terá lugar mediante convocação de meio de prova particularmente credível (limitação por via *positiva*) ou, diferentemente, por exclusão dos meios de prova a que se associa maior fragilidade, no que diz respeito à aptidão para reconstituir com fidelidade a realidade ocorrida (limitação por via *negativa*).

---

<sup>908</sup> É esse o sentido atribuído à expressão pelo autor, quando refere a existência, em todos os sistemas, de tal tipo de regime jurídico, “Das Recht aus Beweis”, *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmäßige Ordnung*, Gieseking-Verlag, Bielefeld, 1985, p. 113.

<sup>909</sup> Distinguem-se, assim, duas áreas, no que diz respeito à regulação legal da liberdade de selecção, pelas partes, dos fundamentos de decisão da factualidade controvertida: uma *primeira*, de *limitação* dessa liberdade (onde se distingue um grau de condicionamento mais acentuado, quando se impõe o recurso a certo meio de prova, de um outro, de circunscrição menos intensa, quando se delimita o universo dos fundamentos mobilizáveis, de entre os legalmente admitidos); uma *segunda*, de concessão de liberdade (onde se distingue um grau – padrão, correspondente à possibilidade de livre escolha de meios de prova, de entre os constantes do elenco legal; a este pode acrescer, como sucede no direito português, um grau suplementar de livre exercício da selecção de meios de prova, mediante concessão da possibilidade de válida celebração de convenções de prova).

O mesmo é dizer que a circunscrição legal assenta em prévia hierarquização, estabelecida pelo legislador (conquanto de modo não expresso), no que diz respeito à probabilidade de aproximação à verdade, da informação proporcionada por cada meio de prova. Ordenação que se repercute, duplamente, no que diz respeito ao regime da prova: ao nível da limitação legal de recurso a meio de prova e ao nível do valor especialmente atribuído, pelo legislador, aos meios de prova típicos. Considerando a organização hierárquica dos meios de prova, em função do valor que legalmente lhes é atribuído, em pirâmide cuja base seja integrada pelos meios de prova providos, sob a óptica do legislador, de menor força probatória e cujo vértice corresponda à localização dos meios de prova, dotados de maior valor probatório, a primeira forma legal de operacionalização do efeito limitador (por via *positiva*, ou seja, mediante enunciação do meio de prova admissível) reportar-se-á aos meios de prova localizados no topo da pirâmide e a segunda (realizada por via *negativa*, isto é, por referência aos meios de prova não convocáveis) aos que se situam nos primeiros estratos, basilares, da mesma representação.<sup>910</sup>

Importa, a este propósito, apurar se as partes beneficiam, quando assim, da possibilidade de celebrar convenções que importem a alteração de tal efeito restritivo. O que equivale a indagar se a admissibilidade, normativamente contemplada no art. 345.º, n.º 2 do Código Civil, de celebração de convenções de prova modificadoras (por redução ou intensificação da extensão) do espectro dos tipos de meios de prova convocáveis vale amplamente ou se merece ser objecto de circunscrição neste particular contexto.

---

<sup>910</sup> A par do referido sentido legal restritivo (determinado de acordo com padrão de cariz objectivo), distingue-se a hipótese em que a restrição normativa assenta em critério de índole subjectiva. Assim, quando, por exemplo, legalmente se impede que o depoimento testemunhal seja prestado por quem assuma a qualidade de parte (vd. art. 496.º do Código de Processo Civil, cujo teor encontra proximidade no art. 246 do Codice di Procedura Civile) ou por determinada categoria de sujeitos jurídicos (assim sucedia no âmbito dos arts. 247 e 248 do *Codice di Procedura Civile* – entretanto declarados inconstitucionais -, nos termos dos quais se previa ser inadmissível, em determinadas circunstâncias, a prestação de depoimento por certos familiares das partes, bem como por menores de catorze anos. Sobre o teor destes preceitos, razões e termos da sua eliminação da ordem jurídica italiana, vd. PEZZANI, *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pp. 199 e ss. Sobre a mencionada declaração de inconstitucionalidade, vd., SPIAZZI, “Prova Testimoniale, Diritto Processuale Civile”, *Nuovissimo Digesto*, pp. 84 a 85). Conquanto apurado, o segundo tipo de restrição referido, com base em critério diverso (subjectivo), não são distintas, no essencial, as razões que o determinam, quando cotejadas com as que *matricialmente* presidem ao primeiro – subtraindo-se (no segundo domínio) o depoente à situação de ser colocado na alternativa (criada pela especial posição que ocupa) entre cumprir o dever de verdade ou gerar prejuízo para si ou para entes que lhe são próximos, minora-se o risco de (à semelhança do que sucede na *primeira hipótese*) ao tribunal ser proporcionada versão dos factos não coincidente com a realidade e, assim, de inadequação da decisão proferida, quanto à matéria de facto controvertida. Porque assim, as observações que tecermos relativamente às convenções conflituantes com restrição legal operada com base em critério objectivo, valerão, igualmente, relativamente a pactos, cujo teor se revele dissonante com normas restritivas desenhadas com base em critério de pendor subjectivo, com a particularidade de, quanto a este último tipo de acordos, às razões aduzidas se poderem somar motivos relacionados com a tutela de terceiros não intervenientes no pacto. Para explicitação do entendimento de CHIOVENDA (no que concerne às razões das limitações legais de índole objectiva), por contraposição ao sustentado por outros sectores da doutrina (sobretudo italiana), vd. a *autora e obra cit.*, pp.196 e ss.

Cabe distinguir várias hipóteses.

### I.1. Convenção em caso de restrição legal de meios de prova por via *positiva*

Consideremos, *em primeiro lugar*, as hipóteses em que o legislador associou, com carácter imperativo, a possibilidade de confirmação processual da versão de uma dada versão factual a um particular meio de prova (em regulação legal especial da admissibilidade de prova por *via positiva*).<sup>911</sup>

Tanto acontece, tipicamente, por referência à prova documental.

1. Admita-se que, nesse contexto, as partes prevêem, convencionalmente, a possibilidade de o facto ser comprovado mediante convocação de outro meio de prova que não o legalmente previsto. Assim se, por exemplo, consagrando-se legalmente que a *validade* do contrato de mútuo, de valor superior a €2500, depende da redução a documento particular assinado pelo mutuário,<sup>912</sup> as partes previrem convencionalmente que a *prova* de celebração de tal contrato pode ter lugar mediante recurso a outro meio de prova (não documental).

Constituindo, nesta hipótese legal, o documento particular, formalidade *ad substantiam*, a não observância de forma escrita determina a *invalidade* (por nulidade) do contrato.<sup>913</sup>

1.1. Nestes termos, quando, na sequência da estipulação, por si convencionalmente prevista, relativa à *prova* da celebração do contrato, as partes não o reduzam a escrito, infringem normatividade imperativa, relativa às condições de válido *surgimento*, no universo jurídico, da relação contratual. Não tendo esta (relação jurídica) sido validamente constituída (sob o ponto de vista jurídico), prejudicado fica o

---

<sup>911</sup> Aqui, em sentido amplo, enquanto base densa para justificar ou fundamentar (comprovar) a verificação de determinada versão de um facto; modo não restrito ao fundamento demonstrativo que anteriormente dilucidámos. Sobre a relação entre a prova e demonstração, *vide* FLOYD, “Prova versus demonstração: Wittgenstein sobre Gödel, Tarski e a verdade”, *Revista Portuguesa de Filosofia*, Tomo 58, N. 3, Julho-Setembro, Braga, 2002, pp. 605-632.

<sup>912</sup> Cfr. art. 1143.º do Código Civil.

<sup>913</sup> Cfr. art. 220.º do Código Civil, de onde decorre, como corolário, a invalidade de cláusula, prevista pelas partes, relativa, não à prova, mas à forma a observar, no sentido de que o contrato obedecerá a forma não coincidente com a legalmente prevista, nem (em articulação com o disposto no art. 364.º, n.º 1 do Código Civil) com documento de valor probatório superior.

problema (distinto, como LESSONA nota)<sup>914</sup>, sito a jusante, relativo à prova da forma observada, aquando do seu nascimento.<sup>915</sup>

1.2. Se, em consonância com o convencionado, e em respeito pela normatividade relativa às condições formais de nascimento da relação jurídica, as partes reduzirem o contrato a escrito, mas pretenderem de tanto fazer prova mediante recurso a meio comprovativo não documental, emerge, com autonomia, o problema da prova.<sup>916</sup> Problema a que o sistema jurídico dá normativamente resposta quando, reportando-se a hipótese em que a lei exija “...como forma de declaração negocial, documento autêntico, autenticado ou particular”, prevê que “não pode este ser substituído por outro *meio de prova* ou por outro *documento* que não seja de força probatória superior”.<sup>917</sup>

1.2.1. Assim impõe, como único meio de prova admissível da observância da forma escrita, a exibição do próprio documento, pelo que inválida será a convenção de

---

<sup>914</sup> Distinguindo entre prova e forma, o autor precisa se a forma é parte substancial do negócio jurídico, a prova é “il mezzo di accertarne al bisogno la esistenza”, *Trattato delle prove in materia civile*, Terza Edizione interamente riveduta, Volume Primo, Torino, UTET, 1927, p.4.

<sup>915</sup> De notar que o regime convencional regulador da dimensão formal pode não se circunscrever à forma do negócio jurídico, sendo frequente, no âmbito das convenções de prova, que as partes prevejam a forma a observar, no que diz respeito às notificações a realizar no âmbito das relações contratuais entre si constituídas. Nesta hipótese se enquadra a cláusula identificada por PEZZANI em contrato de seguro da Allianz-Ras s.p.a., nos termos da qual: “Tutte le comunicazioni alle quali il Contraente o l’Assicurato sono tenuti devono essere fatte con lettera raccomandata o faz alla direzione della Società oppure all’Agenzia alla quale è stata assegnata la polizza” (*Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 210). Previsões passíveis de se repercutir, de modo decisivo, em sede de prova, quando se não admita outro meio de demonstração de realização da notificação que não o documento em que se consubstancia a forma, quanto àquela (notificação) convencionalmente prevista. Este o problema sobre que centralmente incidiu a pronúncia da Corte di Cassazione em aresto de 2 febbraio 1994, n. 1070, *Repertorio del Foro Italiano*, 1994, Prova Civile in genere, n. 10 (citado por PATTI, *Le prove Parte generale*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, p. 282). Estava em causa um contrato de seguro agrícola de que constava que as garantias contratuais entrariam em vigor a partir das 12h do dia posterior ao da notificação postal do contrato de seguro, tendo-se esta por realizada na data constante do carimbo aposto pelos serviços postais. Formulando, o autor (segurado), pedido de condenação da ré no pagamento de indemnização decorrente da verificação de danos abrangidos pelo contrato de seguro, o tribunal veio a considerar improcedente o pedido, em virtude de a data de ocorrência dos danos ser posterior à data constante do carimbo postal, não obstante o autor se propor demonstrar, mediante recurso a outros meios de prova, que a notificação houvera ocorrido em momento anterior. Considerou, nessa sede, improcedente a argumentação do autor, no sentido da aplicabilidade dos arts. 1366 (interpretação de acordo com a boa-fé) e 1370 (interpretação desfavorável ao predisponente) do Codice Civile. Invocando o disposto no art. 1322 (relativo à autonomia contratual) do mesmo corpo normativo, pronunciou-se, diferentemente, no sentido de que, quando as partes (em exercício dessa autonomia) prevejam que um determinado facto deve ser demonstrado, através de certo meio de prova (no caso, documental), não será admissível o recurso a outro meio de prova que lhe não seja equiparável (condições que a prova testemunhal ou o recurso a presunções judiciais não reuniriam). Cremos, porém, não ser liminarmente excluível a possibilidade de sustentar que, ante previsão convencional com aquela natureza, fique excluído o relevo de qualquer outro meio de prova, que não o constante do pacto, quando se atente na particularidade de não estar em causa forma relativa a declaração negocial.

<sup>916</sup> Assim sucede se convencionarem que a prova de observância da forma escrita pode ser feita mediante o depoimento de testemunhas presentes no acto de celebração.

<sup>917</sup> Cfr. art. 364.º, n.º 1 do Código Civil. Itálico nosso.

prova, nos termos da qual prevejam as partes que a comprovação de celebração, formalmente válida, do contrato possa ter lugar, mediante mobilização de outro meio de prova.

1.2.2. Podem, contudo, as partes determinar, convencionalmente, que o contrato obedeça a *forma* escrita mais exigente (documento autêntico, por exemplo). Quando assim, de tanto decorrerá, em *primeiro lugar*, passar a ser essa a forma a observar com carácter imperativo.<sup>918</sup> Conquanto de origem convencional, a previsão, das partes, quanto à *forma* a observar, assume carácter tão vinculativo (enquanto subsistente) quanto o associado à forma legalmente imposta<sup>919</sup>. Donde, não só, por um lado, o contrato padecerá de nulidade, quando não observada a *forma* convencionalmente prevista, como, por outro lado, a *prova* da celebração só poderá ser realizada mediante apresentação desse tipo de documento contratual (o correspondente à formalidade exigida).

Substituindo, o teor da convenção (não qualificável como convenção de prova, quando o seu teor se circunscrever à forma), o regime legal relativo à forma, e beneficiando, este regime contratual (porque validamente instituído), enquanto *lex contractus*,<sup>920</sup> da mesma força vinculativa que caracterizaria aquele regime (se não derogado), aplicar-se-á, ante o segundo (regime *convencional* relativo à forma) a mesma regra (relativa aos meios de *prova* mobilizáveis) que seria aplicável ante o primeiro (regime *legal* relativo à forma).

Ainda que, assim, na decorrência da estipulação contratual, quanto à *forma*, as partes nada prevejam, quanto à *prova* ou criem, quanto a esta matéria (*prova*), regime diferente do legalmente previsto, este impor-se-á.

1.2.3. *i)* Porque assim, quando à regra, relativa à *forma*, façam, as partes, acrescer regra, relativa à *prova*, coincidente com a directriz legal (meio de prova correspondente à forma a observar), não estará em causa (quando considerado o meio de prova que supletivamente se imporia não fosse a convenção, quanto à forma) convenção *ampliadora* (sob o ponto de vista quantitativo), dado que o meio de prova convencionalmente contemplado *substitui* aquele que, nos termos legais, se imporia se não tivessem as partes convencionalmente criado nova regra relativa à forma a observar,<sup>921</sup> assuma tal substituição cariz imperativo ou, quando se logre ilidir a presunção legal, quanto à necessidade de observância da formalidade prevista pelas

---

<sup>918</sup> Cfr. art. 223.º, n.º 1 do Código Civil.

<sup>919</sup> Imposição legal, que tem lugar em termos supletivamente relativos, na medida em que o teor normativo apenas é alterável, no sentido do incremento do grau de formalidade.

<sup>920</sup> SOUSA RIBEIRO faz uso da expressão em contexto em que explicita o relevo e as repercussões da válida manifestação de vontade em sede contratual: “A vinculação contratual contém sempre, pois, pela natureza e função do contrato, algo de estraneidade e de alienidade para o(s) obrigado(s), algo que, se é desencadeado pelo seu querer, dele se autonomiza, e a ele, se for caso disso, se impõe. Faz sentido, nesta perspectiva, a imagem da “fusão de vontades”, como dando origem a uma *lex contractus* que já não está na disponibilidade individual de cada um dos declarantes”, *O problema do contrato As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 72.

<sup>921</sup> A substituição relativa à forma a observar, determina a substituição do meio de prova a observar.

partes, cariz facultativo.<sup>922</sup> Por outro lado, o meio de prova que convencionalmente se prevê representa *inovação* relativamente aos que, *quanto a esse facto*, a lei supletivamente contempla,<sup>923</sup> mas *não inovação* relativamente aos meios de prova beneficiários de previsão legal geral (integrados no catálogo legal). A inovação ocorre, assim, mediante convocação de um tipo de prova constante do quadro de meios legais de prova previsto para a generalidade dos factos.

Neste sentido, trata-se, sob o ponto de vista *qualitativo*, de convenção inovadora, na medida em que se extravasa o domínio da categoria de meio de prova associado, por lei, ao facto em causa. Esta ampliação só assumirá, porém, relevo *quantitativo* (relativo às possibilidades de eleição de um, entre *vários*, meios de prova como decorrência da selecção de uma forma) num plano hipotético ou conjectural, na medida em que, em vez do meio de prova por si previsto (como consequência da regra convencional quanto à forma), as partes podem (mediante revogação da convenção ou se ilidida a presunção de que, mediante tal convenção, as partes só se quiseram vincular pela forma convencional)<sup>924</sup> fazer uso do meio de prova legalmente consagrado. Uma vez, porém, celebrado o contrato sob uma determinada forma (a convencionalmente prevista ou a legalmente contemplada, quando aquela previsão tenha assumido natureza alternativa), deixa de assistir às partes a possibilidade de eleger um meio de prova com esta não coincidente. As partes beneficiam, assim, tão só da possibilidade de, na sequência da celebração da convenção, optar por uma ou outra forma e, em corolário, por um ou outro meio de prova (com aquela necessariamente coincidente).

O efeito inovador da convenção que ora se considera (previsora de nova forma e de novo meio de prova, consonante com a inovação formal) não conflitua, nem com a teleologia da norma legal que associa uma forma ao facto em causa, nem com a extensão legal de tal associação restritiva ao plano da prova.<sup>925</sup> No que diz respeito à

---

<sup>922</sup> Cfr. art. 223.º, n.º 1, parte final do Código Civil (... presume-se, neste caso, que as partes não se querem vincular senão pela forma convencional). Cariz substitutivo imperativo ou facultativo, ante o meio de prova supletivamente previsto, consoante a formalidade convencional assumida também cariz substitutivo ou imperativo, relativamente à formalidade legalmente prevista. Consumada a substituição (fosse esta imperativa ou facultativa) quanto à forma, imperiosamente haverá lugar a substituição, quanto ao meio de prova (necessariamente coincidente com a formalidade observada).

<sup>923</sup> Supletivamente, quanto a documento com força probatória superior; imperativamente, quanto a documento com menor valor probatório.

<sup>924</sup> Cfr. art. 223.º, n.º 1 *in fine* do Código Civil.

<sup>925</sup> Sublinhando a distinção entre forma e prova contratual, GIORGIANNI observa que "...quando as partes estejam, cada uma por seu lado, subjectivamente "certas" relativamente aos factos passados, a incerteza subjectiva dos terceiros – e em particular do juiz – repercute-se sobre as suas relações jurídicas, através do perigo, ínsito no processo, que essa incerteza do juiz impeça a descoberta da verdade, ou melhor se transmute em "certeza" meramente formal, afastando-se da realidade dos factos ocorridos. Esse perigo induz as partes, quando o possam, a preconstituir as provas mais idóneas a dar a certeza, como as documentais. É evidente que, quando a lei impõe, diferentemente, uma determinada "forma" para o acto ou o negócio, estamos fora do campo da "certeza" e das "provas", já que a falta de "forma" torna, pelo menos, juridicamente irrelevante a actividade dos privados", "Accertamento (negozio di)", *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1958, vol. I, pp. 228 e 229. Acresceríamos quatro notas: i) a de que tanto vale também quando a necessidade de observância de uma determinada forma decorra de convenção celebrada entre os particulares; ii) de que não vale se a formalidade legalmente imposta o for a título puramente *ad probationem*; iii) que a necessidade de adopção de uma certa forma

primeira (forma), o que se pretende com a ligação do facto – celebração do contrato – a uma formalidade – documento particular – é, mediante previsão de excepção à regra da consensualidade, criar solenidade formal, que induza os sujeitos a reflectir sobre o relevo do acto que praticam, bem como a conferir segurança e certeza quanto à circunstância de este ter sido celebrado<sup>926</sup>, com o que de garantístico tanto importa, também para terceiros e para o comércio jurídico no seu conjunto.<sup>927</sup> Tal intencionalidade não é contrariada (antes reforçada) pela circunstância de as partes preverem a necessidade de observância de formalidade mais exigente.

No que diz respeito à segunda (restrição legal do meio de prova), visa-se garantir a absoluta coincidência entre a factualidade ocorrida e a factualidade dada por processualmente assente, relativamente ao tema controvertido (observância ou não da forma e, em consequência, por se tratar de formalidade *ad substantiam*, válida ou inválida celebração do contrato), coincidência que se assegura mediante exibição da própria realidade (documento – forma documental) sobre cuja ocorrência se indaga (a forma contratual observada). Objectivo salvaguardado, quando o convencionado, pelas partes, quanto ao meio de prova, acompanha o que pelas mesmas seja convencionado, quanto à forma.

ii) Em consonância com tal razão de ser normativa, o efeito restritivo da autonomia privada assume carácter relativo, valendo apenas para convenções (relativas à forma) que reduzam o grau de formalidade, bem como para convenções (de prova) que autorizem que a comprovação do facto possa ter lugar mediante meio de prova não coincidente com o correspondente à forma a observar. Assim decorre expressamente do previsto no art. 364.º, n.º 1 do Código Civil,<sup>928</sup> donde se retira, a

---

se reflecte, ao nível da prova; iv) e que quer numa hipótese, quer noutra, está sempre em causa o valor da certeza jurídica.

<sup>926</sup> São sobretudo garantias relativas à prova da celebração do negócio jurídico, aquelas que o Tribunal de Justiça da União Europeia (terceira secção) associa às exigências de forma impostas pelo art. 23.º, n.º 2 do Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000 (relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões, em matéria civil e comercial), para efeitos de validade formal de pacto de jurisdição, quando, no Processo C-322/14 (*Jaouad El Majdoub contra CarsOnTheWeb.Deutschland GmbH*), em acórdão proferido em 21 de Maio de 2015, se pronunciou no sentido de que “a técnica de aceitação por «clic» das condições gerais de um contrato de compra e venda (...) celebrado por via eletrónica, que contém um pacto atributivo de jurisdição, constitui uma comunicação por via eletrónica que permite um registo duradouro desse pacto, na aceção desta disposição, quando esta técnica torna possível imprimir e gravar o texto dessas condições gerais antes da celebração do contrato”, sublinhando, em sede de fundamentação, que “as exigências de forma estabelecidas pelo referido artigo têm por função assegurar que o consentimento seja efetivamente provado”.

<sup>927</sup> Sobre as vantagens e inconvenientes do formalismo negocial, vide Carlos Mota PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2005, pp. 428 a 430. Para enquadramento das regras relativas à forma no âmbito das limitações à liberdade contratual, vide Antunes VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 250 e ss.

<sup>928</sup> “Quando a lei exigir, como forma da declaração negocial, documento autêntico, autenticado ou particular, não pode este ser substituído por outro meio de prova ou por outro documento que não seja de força probatória superior”. Se, no segundo segmento (“por documento que não seja de força

*contrario*, a admissibilidade de convenções em que se preveja a necessidade de observância de forma que consubstancie meio de prova a que seja reconhecida maior capacidade comprovativa.

O carácter *conflituante* da convenção de prova só se verificará, assim, caso o meio de prova previsto não se identifique com o formal (decorra, a forma a observar, da lei ou de válida convenção das partes, pressupondo, esta última, que o acordo, relativo à forma, contemple forma mais exigente que a legalmente prevista).<sup>929</sup>

## 2.

2.1. Estando em causa (na alusão legal à necessidade de observância de determinada forma) mera e inequívoca formalidade *ad probationem*, a validade de convenção de prova, no sentido de ser admissível meio de prova que não o correspondente ao documento que legalmente se associe à forma (sem que a sua observância represente condição de validade do negócio jurídico), decorre do art. 364.º, n.º 2 do Código Civil,<sup>930</sup> na medida em que, se, nos termos deste, é, neste caso, admissível a substituição, para efeitos probatórios, do documento em causa, por confissão, ainda que não seja celebrada convenção entre as partes, tal substituição não deixará de se poder verificar pelo facto de esta se encontrar convencionalmente prevista. A convenção de prova limitar-se-á, nesta hipótese, a reproduzir o regime legal, sendo que, a fidelidade a este, representa condição de validade deste pacto (de prova).<sup>931</sup>

---

probatória superior”), está em causa requisito de validade da convenção de forma, no primeiro (“não pode este ser substituído por outro meio de prova”) a referência normativa respeita às convenções de prova. A celebração de convenção de prova válida e dotada de efeito útil pressuporá, assim, quando em causa formalidade *ad substantiam*, que a alteração convencional das regras, quanto à prova decorra da alteração convencional das regras, quanto à forma e que esta corresponda a formalidade documental a que legalmente seja atribuído maior valor probatório que à formalidade de observância supletiva.

<sup>929</sup> Às partes não será dado, assim, lograr que a factualidade em causa se considere processualmente assente por outra via que não seja a exibição de documento escrito, quando este seja legalmente configurado o único meio de prova admissível para o efeito. É também o intuito de evitar o desrespeito dessa restrição que, como Miguel MESQUITA observa, justifica a causa de ineficácia da revelia constante da alínea d) do art. 568.º do Código de Processo Civil (correspondente à al. d) do art. 485.º do mesmo corpo normativo, à data em que o autor escrevia, por isso se reportando a esse preceito), “A revelia no processo ordinário”, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Lebre de Freitas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 1114.

<sup>930</sup> “Se, porém, resultar claramente da lei que o documento é exigido apenas para prova da declaração, pode ser substituído por confissão expressa, judicial ou extrajudicial, contanto que, neste último caso, a confissão conste de documento de igual ou superior valor probatório.”

<sup>931</sup> No sentido de que, quando esteja em causa previsão legal de formalidade *ad probationem*, as partes podem, por acordo ou renúncia (explícitos ou implícitos), superar o limite normativamente imposto, *vide* GIBIINO, *La Prova Testimoniale nel Processo Civile*, Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1970, p. 44. O autor alicerça a sua posição no pressuposto de que os limites em causa são ditados “per l’esclusiva tutela di interessi privatistici”, que não em atenção “all’ordine publico”. Cremos, porém, que tal critério pode não se revelar suficientemente seguro, no sentido de permitir concluir pela supletividade da norma, na medida em que a imperatividade não se circunscreve ao âmbito da tutela de interesses colectivos. Não são, na verdade, estranhas ao domínio da imperatividade, as hipóteses regulativas a que presida o intuito, do legislador, de assegurar, com carácter inderrogável, a tutela de

A alusão que, neste contexto, se faça à sua natureza ampliadora só vale na medida em que se tome por referência o meio de prova correspondente à forma facultativamente observável (contrariamente ao que sucede, quando a formalidade é *ad substantiam*, admite-se aqui outro meio de prova que não o correspondente ao documento em que se traduz a formalidade legal), que não em sentido próprio (por não acrescer qualquer meio de prova aos legalmente previstos como admissíveis, quanto à matéria factual em causa). Tal ampliação não resulta, porém, com carácter inovador, do regime convencional, dado que sempre decorreria do regime legal, ainda que a convenção entre as partes não houvesse sido validamente celebrada.

2.2. Ante formalidade *ad probationem*, as partes poderão também celebrar convenção de forma (impondo a redução do negócio a determinado tipo de documento escrito), hipótese em que a observância da formalidade nela contemplada passará a constituir condição de validade do negócio jurídico em causa. Formalidade que, para poder vir a ser mobilizada como meio de prova, deverá corresponder a forma idêntica à que legalmente se prevê a título facultativo ou a forma de valor probatório superior àquela.

*i)* Se a forma convencional corresponder a forma de valor *inferior* ao legal, o negócio não se terá por validamente celebrado se não observada aquela forma (convencionalmente estabelecida), pelo que, verificada tal inobservância, a nulidade negocial preclui o problema da prova. Quando observada a forma convencional, a prova da celebração do negócio só poderá ter lugar, porém, mediante confissão, nos termos legais.

*ii)* Se a forma convencional prevista corresponder à *forma legal* ou a forma de valor *superior*, o negócio só se terá por validamente celebrado, quando observada essa formalidade, pelo que, em virtude da estipulação das partes, da sua não observância decorrerá também a nulidade do contrato, o que, a verificar-se, extingue o problema da prova, tudo se passando como se se tratasse de formalidade *ad substantiam* legal. Irrelevante, será, pois, nesta hipótese, a confirmação da celebração do contrato por confissão. Observada a formalidade convencionalmente prevista, será, o documento que a consubstancia, o meio de prova convocável para comprovação de validade formal do negócio jurídico.

2.3. Quando não celebrada convenção relativa à forma a observar, poderão ainda, as partes, celebrar, com sentido útil, convenção de prova para circunscrever a prova admissível a um dos meios legalmente admissíveis (limitando-a, por exemplo, a confissão judicial) ou para reforçar a força probatória do documento de que conste confissão extrajudicial, tornando o regime da prova mais exigente que o legalmente previsto, mediante redução dos meios de prova convocáveis.

---

interesses privados. Pode, pois, haver um interesse público na tutela, com carácter imodificável, de interesses privados.

## I.2. Convenção em caso de restrição legal de meios de prova por via *negativa*

Quando o efeito legal restritivo se faça (em regulação legal especial da admissibilidade de prova por *via negativa*), mediante referência à *impossibilidade* de mobilização de determinados meios de prova<sup>932</sup> – por exclusão da possibilidade de convocação de meios de prova dotados de menor capacidade probatória –, a aferição da validade de convenções de prova com efeito restritivo ou ampliador far-se-á também, tomando como referência a teleologia da norma restritiva.

Pretende-se, por tal via (*negativa*), como observado, evitar que a comprovação de um determinado facto se possa fazer mediante recurso a meio de prova mais frágil (normalmente prova testemunhal,<sup>933</sup> a que se associam, a este nível de regime, as presunções judiciais)<sup>934</sup> e, porque assim, “poco affidabili”, na expressão de PEZZANI, para assegurar a formação de convicção suficientemente “aderente à verdade”.<sup>935</sup> Fragilidade que, no essencial, resulta, quanto à prova testemunhal, da facilidade com que pode ser moldado o teor das declarações prestadas pelos depoentes, bem como da natural falibilidade cognitiva e expressiva humana e, quanto às presunções, da circunstância de operarem com base em raciocínio meramente presuntivo, assente em razões de probabilidade, com base no qual se infere, de facto base, certeza

<sup>932</sup> Localizados, como acima observado, na base da pirâmide a que se aludiu.

<sup>933</sup> Cfr., no âmbito do sistema português, em especial os arts. 392.º (“A prova por testemunhas é admitida em todos os casos em que não seja directa ou indirectamente afastada”), 393.º (“1. Se a declaração negocial, por disposição da lei ou estipulação das partes, houver de ser reduzida a escrito ou necessitar de ser provada por escrito, não é admitida prova testemunhal. 2. Também não é admitida prova por testemunhas, quando o facto estiver plenamente provado por documento ou por outro meio com força probatória plena. 3. As regras dos números anteriores não são aplicáveis à simples interpretação do contexto do documento”), 394.º (“1. É inadmissível a prova por testemunhas, se tiver por objecto quaisquer convenções contrárias ou adicionais ao conteúdo de documento autêntico ou dos documentos particulares mencionados nos arts. 373.º a 379.º, quer as convenções sejam anteriores à formação do documento ou contemporâneas dele, quer sejam posteriores. 2. A proibição do número anterior aplica-se ao acordo simulatório e ao negócio dissimulado, quando invocados pelos simuladores. 3. O disposto nos números anteriores não é aplicável a terceiros”) e 395.º (“As disposições dos artigos precedentes são aplicáveis ao cumprimento, remissão, novação, compensação e, de um modo geral, aos contratos extintivos da relação obrigacional, mas não aos factos extintivos de obrigação, quando invocados por terceiro.”) do Código Civil.

<sup>934</sup> Cfr. art. 351.º do Código Civil: “As presunções judiciais só são admitidas nos casos e termos em que é admitida a prova testemunhal”. A norma encontra equivalência no art. 2729 do Codice Civile (“Le presunzioni non si possono ammettere nei casi in cui la legge esclude la prova per testimoni”). Os arts. 2721 e 2722, do mesmo diploma, representam hipóteses concretizadoras desta previsão (impossibilidade de recurso a prova testemunhal – e, em consequência da associação estabelecida pelo primeiro preceito enunciado na presente nota, a presunção judicial). Do primeiro, decorre (como já *supra* havéramos observado) a regra da inadmissibilidade de recurso a prova testemunhal como meio de prova da celebração de contrato de valor superior a €2,58 (“La prova per testimoni dei contratti non è ammessa quando il valore dell'oggetto eccede euro 2,58”). Do segundo, resulta a impossibilidade de mobilização de prova testemunhal para demonstração da celebração de acordo de conteúdo adicional ou contrário ao constante de documento, onde se encontre formalizado negócio jurídico, quando se invoque que aquele acordo é anterior ou contemporâneo a este contrato (“La prova per testimoni non è ammessa se ha per oggetto patti aggiunti o contrari al contenuto di un documento, per i quali si alleggi che la stipulazione è stata anteriore o contemporanea”).

<sup>935</sup> “...la formazione di un convincimento giudiziale sufficientemente aderente al vero”, *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 200.

relativamente à versão factual controvertida.<sup>936</sup> Mobilizáveis em juízo continuarão, pois, a ser, os demais meios de prova legalmente previstos.

A razão de ser da restrição operada, legalmente, mediante norma excludente de meios de prova, não poderá, como nota KOHLER<sup>937</sup> (na esteira de LIPARI<sup>938</sup> e BETTI<sup>939</sup>), ser posta em causa por convenção de prova de sentido contrário, sob pena de, por via de acordos desta natureza, se minar (*untergraben*) e aniquilar (*vernichten*) na prática, a imperatividade normativa (de sentido proibitivo, relativamente à admissibilidade de recurso a prova testemunhal).<sup>940</sup>

Assim, tal pacto será validamente celebrável, com sentido útil para as partes, no que aos tipos de meios de prova concerne, sobretudo, em duas hipóteses: uma, de feição ampliadora; outra, de feição restritiva. No âmbito da *primeira*, poderão as partes celebrar convenção nos termos da qual se torne possível o recurso a meios de prova que excedem os que, constando do catálogo legal, correspondem, *a contrario* (ou seja, por exclusão, atenta a via negativa de delimitação que o legislador mobiliza), aos que são legalmente permitidos, quanto aos factos em causa. Assim sucederá se as partes contemplarem em convenção de prova (que assumirá a natureza de convenção *ampliadora, inovadora e constitutiva* de prova atípica), a possibilidade de recurso a meio de prova não previsto, a título geral, na lei e não equiparável ao meio de prova por esta (lei) excluído relativamente à factualidade a que a norma restritiva respeita. No âmbito da *segunda* hipótese, é dado às partes (porque tanto não se afigura incompatível com a restrição legal que se considera, nem com a sua razão de ser) celebrar convenções de prova restritivas, nos termos das quais, no que diz respeito aos meios restantes (constantes do catálogo legal e não excluídos por via de restrição legal), se preveja só serem mobilizáveis alguns deles. Os motivos determinantes da restrição legal não são, em síntese, ofendidos, quando as partes prevejam, convencionalmente, e em respeito pelas específicas condições de validade deste tipo de negócio jurídico, a impossibilidade de recurso a um dos meios de prova que, nos termos legais, continuem a ser susceptíveis de ser por si processualmente convocados,

---

<sup>936</sup> Em breve sinopse sobre a origem histórica e razões justificativas da restrição legal do recurso à figura da presunção judicial, bem como sobre os diferentes entendimentos doutrinários, quanto aos motivos determinantes das manifestações de preterição legal da prova testemunhal, PEZANNI, *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pp. 185 e ss. e 196 e ss.

<sup>937</sup> „...solche Verträge, welche dahin abzielten, dass bezüglich eines bestimmten civilistischen Rechtsverhältnisses der Zeugenbeweis zugelassen würde, wären der Zeugenbeweis zugelassen würde, wären das beste Mittel, um die bekannte Bestimmung des Code Civil über den Ausschluss des Zeugenbeweises zu untergraben und in praxi zu vernichten“, “Ueber processrechtliche Verträge und Creationen“, *Gesammelte Beiträge zum Zivilprocess*, Neudruck der Ausgabe, Berlin, 1894, Scientia Verl., 1969 - X, pp. 156 e 157.

<sup>938</sup> “Contratti di prova, comentario a Cass., 18 giugno 1934”, *Il Circolo Giuridico*, Nuova Serie, Anno VI, Fasc. I, Gennaio-Marzo, 1935 – XIII-C.C.P., p. 7.

<sup>939</sup> *Diritto Processuale Civile Italiano*, 2ª ed., Corredatta della recente giurisprudenza, Roma, Foro Italiano, 1936, XXXVI, p. 327.

<sup>940</sup> Também LESSONA considera de ordem pública as normas que proíbem o recurso à prova testemunhal, *Trattato delle prove in materia civile*, Terza Edizione interamente riveduta, Volume IV, Torino, UTET, 1927, p. 69

quanto àquele facto concreto (quer não contemplem, as partes, a substituição do meio de prova convencionalmente eliminado, por qualquer outro, quer prevejam a sua substituição por outro meio de prova, desde que este último não seja equiparável ao legalmente proibido).<sup>941</sup>

Nenhum dos efeitos (ampliador ou restritivo) da convenção de prova celebrada nos referidos contextos *de não conflitualidade* se revela incompatível com o carácter imperativo da norma legal especialmente reguladora (em sentido restritivo) da admissibilidade de prova do facto, pelo que, e desde que cumpridas as demais condições comuns às diversas modalidades de convenções de prova, bem como dos negócios jurídicos em geral, tal convenção será válida.<sup>942</sup>

---

<sup>941</sup> Esta observação (no sentido da admissibilidade de restrição convencional do espaço de liberdade que o legislador conceda no âmbito de factos de prova especialmente regulada) vale também no que diz respeito à eliminação, por via pactícia, das excepções, legalmente previstas, à proibição de recurso ao meio de prova em causa. Assim, a título de exemplo, no domínio do sistema jurídico italiano, as exclusões normativas de mobilização de prova testemunhal, constantes dos enunciados arts. 2721 e 2722 do Codice Civile, carecem de ser conciliadas com uma série de cadeia de excepções. Assim, a primeira proibição assume carácter relativo, na medida em que, não obstante a regra ser, como acima apurado, a da impossibilidade de recurso a testemunhas, se concede (na segunda frase da mesma norma) ao decisor a possibilidade de superar tal limitação (permitindo a mobilização dessa prova) “tenuto conto della qualità delle parti, della natura del contratto e di ogni altra circostanza”. Por outro lado, prevê-se, no art. 2723, que, quando se invoque terem-se celebrado acordos adicionais ou de sentido contrário ao teor do negócio matriz, constante do documento, possa, o tribunal, autorizar a produção de prova testemunhal se, considerando a qualidade das partes, a natureza do contrato e outras circunstâncias, se afigurar verosímil a celebração de tais convenções posteriores (“Qualora si allegghi che, dopo la formazione di un documento, è stato stipulato un patto aggiunto o contrario al contenuto di esso, l'autorità giudiziaria può consentire la prova per testimoni soltanto se, avuto riguardo alla qualità delle parti, alla natura del contratto e a ogni altra circostanza, appare verosimile che siano state fatte aggiunte o modificazioni verbali”). O regime proibitivo a que fizemos referência é porém, temperado pela previsão, constante do art. 2724, no sentido de que as mencionadas barreiras à admissibilidade de produção de prova testemunhal não se verificam (pelo que este constituirá o primeiro ponto a verificar quando, em concreto, se pretenda aferir quais os meios de prova mobilizáveis) em três circunstâncias: quando exista princípio de prova por escrito, quando o contraente se encontrou moral ou materialmente impedido de obter prova escrita ou em caso de perda, não culposa, do documento (“La prova per testimoni è ammessa in ogni caso: 1) quando vi è un principio di prova per iscritto: questo è costituito da qualsiasi scritto, proveniente dalla persona contro la quale è diretta la domanda o dal suo rappresentante, che faccia apparire verosimile il fatto allegato; 2) quando il contraente è stato nell'impossibilità morale o materiale di procurarsi una prova scritta; 3) quando il contraente ha senza sua colpa perduto il documento che gli forniva la prova”). Representando, a concretização destas hipóteses de não aplicação da previsão proibitiva, a delimitação de margem de liberdade que devolve às partes a possibilidade de se socorrerem de prova testemunhal, nada obsta a que estas dela prescindam por via negocial, prevendo, em convenção de prova, não ser admissível o recurso a prova testemunhal mesmo nas hipóteses em que, nos termos da lei (em conjugação, eventual, com a necessidade de ponderação jurisdicional) tanto se afigurasse possível. No sentido da validade de tais pactos se pronuncia PEZZANI, *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pp. 218 e 219. Essa será, por outro lado, a única resposta coerente quando, em simultâneo, se sustente, em sede geral, a possibilidade de válida celebração de convenções restritivas de meios de prova

### ***Subsecção II - Apreciação conjunta***

Ante a questão com que se iniciou a reflexão, quanto a este ponto particular [nos termos da qual se indagava da subordinação ou não, das convenções relativas a meios de prova, às condições consubstanciadas nas restrições legais vindas de referir (condicionadoras do tipo de meios legais de prova admissíveis, quanto a certo tipo de factos) e às condições de validade constantes do art. 345.º do Código Civil], conclui-se que as primeiras (condições) não acrescem às segundas, antes representando hipótese que se integra no tipo de normatividade em causa na condição de validade enunciada em terceiro lugar (ofensa de normas legais relativas à prova determinadas por razões de ordem pública). Condição que, ante as especiais restrições normativas sobre que ponderamos (relativas aos meios de prova mobilizáveis), intervém, nesta sede, com carácter ancilar (a título de apuramento do critério enunciativo de definição da normatividade, relativa à prova, susceptível de derrogação por via convencional, na parte em que deste se retira<sup>943</sup> ser admissível a válida celebração de convenções, restritivas ou ampliadoras, relativas aos meios de prova).

---

<sup>943</sup> No n.º 2 do art. 345.º do Código Civil.

## Capítulo II - Convenções relativas ao procedimento de prova

### Secção I – Considerações gerais

Na modalidade de convenções de prova ora em análise (que MARINONI integra no âmbito das “clausole sulla modalità delle prove”<sup>944</sup> e que KOHLER classifica como “*Verträge bezüglich der Ordnung des Processverfahrens*”<sup>945</sup>), o conceito de prova é considerado enquanto actividade (prova na segunda dimensão).

A actividade processual, relevante no domínio da prova, abarca todos os momentos (acima enunciados) a que o respectivo regime jurídico respeita: quer os integrantes da fase pré-decisória, quer os que, superado (na expressão de ANDRIOLI) o momento da “maturità istruttoria”,<sup>946</sup> se enquadram já na fase decisória (da matéria factual controvertida). Divergem, contudo, os sujeitos processuais que a desenvolvem: as partes e o juiz na primeira fase; somente o juiz na segunda fase. Se as convenções de prova a que nos reportámos no ponto anterior respeitam, essencialmente, à primeira fase, e se, as que consideraremos no capítulo seguinte, concernem à segunda, aquelas de que ora tratamos são de relevo transversal a ambos os momentos.<sup>947</sup>

Se o exercício jurisdicional dos direitos realizando depende da possibilidade de serem praticados actos processuais que assegurem tal exercício, os termos (operacionalizantes) a que a prática processual de tais actos obedeça, condicionará, decisivamente, a realizabilidade dos objectivos que presidem às normas que os prevêm.

---

<sup>944</sup> “Clausole probatorie nella pratica commerciale e civile”, *Rivista di Diritto Processuale civile*, 1938, I, p. 35.

<sup>945</sup> “Ueber processrechtliche Verträge und Creationen”, *Gesammelte Beiträge zum Zivilprocess*, Neudruck der Ausgabe, Berlin, 1894, Scientia Verl., 1969 – X, pp. 150 e ss..

<sup>946</sup> ANDRIOLI refere a “maturità istruttoria” da causa como o momento em que deixa de haver lugar a mais diligências de prova, seja porque esgotado o momento em que as partes podem requerer a junção ou produção da prova e desenvolver a correspondente actividade (bem como o tribunal promover officiosa produção de prova), seja porque o juiz entende terem-se reunido os elementos de prova necessários à decisão fundamentada da matéria de facto controvertida, *Commento al Codice di Procedura Civile*, vol. I, Napoli, 1961, pp. 55 a 57. Entendendo, porém, que só em casos em que seja possível sustentar que, de modo patente e irredutível, a acrescida produção de prova se revela *absolutamente* destituída de relevo, porque insusceptível de, de qualquer modo, alterar o sentido do convencimento entretanto formado pelo decisor, afigura-se-nos que a segunda dimensão associada à expressão carece de significado prático expressivo.

<sup>947</sup> A título de exemplo, o condicionamento da tramitação a observar, tanto pode (em abstracto) ter lugar, mediante fixação convencional, de um prazo diferente do legalmente previsto para oferecer meios de prova (assim se regulando a fase pré-decisória), como definindo uma diferente baliza temporal para prolação de decisão, quanto à matéria de facto controvertida (hipótese em que a regulação pactícia respeita à fase decisória). Cumpre, ainda, notar que (como acima antecipado, a propósito das convenções previsoras de novos meios de prova) é a respeito destas convenções (relativas à tramitação) que, no âmbito do regime convencional da prova, mais se suscita o problema da prova ilícita.

A realização mediada (por intermédio do recurso a juízo) do direito material depende, assim, não apenas da existência de rede normativa adjectiva reguladora dos direitos, faculdades, ónus e deveres processuais que integram a esfera jurídica dos vários sujeitos com intervenção na lide, como ainda, em conformidade com o que CALAMANDREI observa<sup>948</sup>, de estrutura organizada e sequencial (também regulada, normativamente, de acordo com padrões de racionalidade que DENTI sublinha<sup>949</sup>) em que tais conteúdos da esfera jurídica processual obterão a possibilidade de ganhar vida.

A garantia dos direitos realizando pressupõe, nesta medida, que os direitos processuais estejam, por sua vez, garantidos pela existência de uma estrutura procedimental – o processo – que, em primeiro lugar, permita o estabelecimento de conexão entre a abstracção da previsão (material e adjectiva) e a realidade prática e que, em segundo lugar, estabeleça essa conexão de forma adequada (de modo a viabilizar a efectiva materialização do concedido).<sup>950</sup>

---

<sup>948</sup> Concebendo o processo como “um método de racionalização, pré-fixado e ordenado pela lei, que as partes e os juízes devem seguir etapa por etapa, de acordo com uma sucessão pré-estabelecida e uma coordenação dialéctica, com o fim de obter uma sentença justa” e associando às normas de direito processual um fundamento racional, CALAMANDREI entende o processo como uma via de assegurar a prolação de uma decisão em ordem à preservação da paz social, de onde extrai a imprescindibilidade de observância daquele método como condição de concepção da jurisdição, enquanto *fundamentum reipublicae*. Daí retira a proibição de livre modificabilidade das regras processuais: “Não pode [o Estado] permitir que as formas de fazer justiça, que comprometem a autoridade do Estado, sejam abandonadas à improvisação e à multiforme fantasia individual e, portanto, traduzindo a sua regulamentação em disposições jurídicas uniformes, quis assegurar que o método pelo qual se realiza a justiça, a mais augusta das missões do Estado, corresponda em todo o caso à razão: uma razão de Estado reduzida a operações obrigatórias e iguais para todos”. Vendo, nesta medida, a normatividade processual como uma “espécie de “lógica codificada””, transpõe para o processo a expressão de MIRKINE-GUETZEVITCH, para suportar a visão do processo enquanto forma de “racionalização do poder”, Piero CALAMANDREI, *Proceso y democracia*, EJEA, Buenos Aires, 1960, pp. 27, 32, 33 e 35. A possibilidade de alteração de tais normas racionalizadoras do poder pressupõe, em congruência, que tanto seja autorizado pelo titular do poder, pela via adequada de expressão – o poder legislativo. Parece-nos, portanto, ser de distinguir, no que diz respeito à admissibilidade de prova diversa, o plano da sua adequação do plano da sua efectiva possibilidade, atento o direito constituído. Planos, cuja delimitação frequentemente se não considera, quando se sustenta ou repudia aquele tipo de prova, invocando razões relativas às suas potencialidades ou aos perigos que encerra, independentemente (sobretudo, quando não haja norma previsora dessa possibilidade) do regime jurídico vigente.

<sup>949</sup> O autor nota, após acentuar os fundamentais traços, ao nível do processo, dos contextos jusnaturalista e iluminista, que “a categoria do procedimento” representa “o produto científico da racionalização do poder judiciário como poder burocraticamente organizado; qual poder “racional” que, segundo WEBER, constitui a forma especificamente moderna de administração, caracterizada pelo exercício regulado das funções, no âmbito de competências precisas e com ordenação hierárquica das funções”, “Dottrine del processo e riforme giudiziarie tra illuminismo e codificazioni”, *Un progetto per la giustizia civile*, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 105.

<sup>950</sup> Em concordância com RÖDIG, TEIXEIRA DE SOUSA considera que “processo é método”, “Aspectos metodológicos e didácticos do direito processual civil”, salientando a importância relativa que aquele assume como condição para prolação de decisão justa, pois que se “a metodologia jurídica define as regras que garantem a racionalidade e o controlo da argumentação em direito”, devendo a estrutura do processo civil permitir “a reprodução de todas as premissas indispensáveis a uma argumentação racional e controlável”, “essa estrutura ideal do processo não garante mais do que uma correcção formal daquela decisão, pois que a estratégia escolhida pelas partes e a resposta do tribunal são susceptíveis de serem decisivamente influenciadas por insuficiências de alegação ou de prova,

O particular relevo que a possibilidade de alteração das regras processuais nesta dimensão procedimental (operacionalizante) pode assumir decorre, por isso, da circunstância de, por seu intermédio, se poder decisiva ou significativamente condicionar a garantia de apropriado exercício dos direitos subjectivos substantivos e processuais, bem como da actividade jurisdicional.

Se o procedimento representa dimensão comum a *toda* a actividade processual (devendo revestir, por isso, objecto de especial atenção reflexiva, as convenções introdutoras de alterações ao regime normativo procedimental), a circunstância de ser mediante a *actividade instrutória* e de decisão da matéria de facto controvertida que se reconstrói, de forma decisiva, a realidade factual a ser considerada na decisão, torna a adequação do *procedimento* a observar, durante esta fase (relativa à *prova*), particularmente importante e, em consequência, como nota MARINONI,<sup>951</sup> acrescidamente relevante a ponderação acerca da possibilidade de válida celebração de convenções processuais, que tenham esta matéria por objecto (convenções relativas ao procedimento de prova)<sup>952</sup>.

Tomamos, para este efeito, a noção de procedimento, em sentido amplo, nela incluindo, não só a tramitação, enquanto iter ou conjunto sequencial de actos conducente à prossecução de um objectivo (prolação de decisão), como também os pressupostos e forma de cada um dos actos processuais susceptíveis de integrar esse percurso.<sup>953</sup> Consideraremos, em consonância, integradas, na presente modalidade, as

---

preclusões ou cominações”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. 35, nº 2, 1994, p. 344.

<sup>951</sup> Não obstante reconhecer que este tipo de convenções assumem menor relevo prático que as anteriormente consideradas, sublinha que “dal punto di vista della teoria generale del processo non è inferiore, perche anche queste come quele rivelano una ingerenza dei privati nel centro più *vitale* del processo”, “Clausole probatorie nella pratica commerciale e civile”, *Rivista di Diritto Processuale civile*, 1938, I, p. 35 (itálico nosso).

<sup>952</sup> Cumpre, neste contexto, explicitar que, no âmbito das normas processuais reguladoras da actividade dos sujeitos processuais, se distinguem as normas *previsoras* (da possibilidade ou impossibilidade de actuação processual e seu conteúdo) e as normas *operacionalizadoras* (da actividade processual permitida). A título exemplificativo, incluir-se-á, entre as primeiras, a norma de que resulta a concessão às partes da faculdade de invocar factos (art. 5.º, n.º 1 do Código de Processo Civil). A mera previsão da possibilidade de tal invocação careceria, porém, de relevo útil, não fosse a existência de normas viabilizadoras (operacionalizadoras) do efectivo exercício daquela alegação, mediante explicitação e regulação dos meios e forma a que obedecerá a prática dos actos correspondentes (apresentação, sob a forma escrita, de petição ou réplica, pelo autor, de contestação, pelo réu, em articulados a oferecer, em prazos definidos, e de que deverão constar determinados elementos, com carácter necessário). Se, no domínio da primeira modalidade de convenções de prova (relativas aos meios de prova), as normas pacticiamente derogadas se integram na primeira categoria, as normas cujo teor é substituído pelo regime constante da segunda modalidade de convenções (relativas ao procedimento de prova) podem (atenta a noção ampla de procedimento que adoptamos) integrar-se em qualquer uma das referidas categorias de normatividade.

<sup>953</sup> De notar, por outro lado, que, como sublinhado por CALAMANDREI, se distingue, na doutrina alemã, a noção de *Verfahren* (enquanto método “pré-estabelecido por disposições expressas de carácter instrumental” sobre “a forma e a ordem cronológica das diversas actividades que devem ser realizadas pelas pessoas que cooperam na criação do acto final” “em sucessão dialéctica” “de operações, juridicamente reguladas em vista desse fim”), da noção (mais restrita, porque circunscrita ao âmbito jurisdicional) de *Prozess*, *Proceso y democracia*, EJEA, Buenos Aires, 1960, pp. 49 e 50. Designações que encontram correspondência nos conceitos de procedimento e de processo, em sentido estrito. DENTI enquadra o procedimento como noção geral que representa, também, dimensão do processo

convenções de prova que introduzam modificações, ao nível da ordem das fases processuais a esse nível (probatório) relevante, bem como da forma dos actos instrutórios a praticar e dos pressupostos legais da sua realização.<sup>954</sup>

## Secção II – Problema da admissibilidade

O problema relativo à admissibilidade dos pactos de prova, que ora consideramos assume contornos diversos, relativamente aos que se destacaram no âmbito da modalidade de convenções de prova considerada no capítulo anterior<sup>955</sup>, pelo facto de não se encontrar literalmente prevista a possibilidade de celebração desta especial modalidade de convenção.

Do art. 345.º do Código Civil não decorre, sob o ponto de vista literal, esta possibilidade, pelo que cabe apurar se o elenco que dele consta, quanto às modalidades de convenções admissíveis, é taxativo, *bem como* definir as condições de validade a que (se admissíveis outras modalidades convencionais) tais tipos de convenções devem obedecer. A resposta a estas duas questões apenas será possível, de modo definitivo, a final do presente estudo, dado que o problema, que ora se considera, surgirá também a propósito de outra modalidade de convenções de prova,

---

desenvolvido em juízo, explicitando que a “análise do processo em termos de procedimento” permite compreender os momentos que o integram como “*atti*” “che sono il modo d’esercizio di *situazioni giuridiche soggettivi*”, produtoras de efeitos “in capo ad altri *soggetti*”. Como aspectos do “procedimento-processo” “che possono dare corpo a questa dimensione del significato di “giudizio”, destaca a natureza dialéctica e (subjectivamente) policêntrica da estrutura processual, “La tutela della riservatezza: profili processuali”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Settembre, 1998, Anno LII, N.º 3, Milano, Dott. A. - Giuffrè Editore, pp. 789 e 790. De observar, ainda, que, embora as normas relativas à prova possam assumir relevo em contextos procedimentais de distinta natureza (dotados ou destituídos de carácter processual) e, assim, no domínio amplo abrangido pela primeira noção (*Verfahren*), a circunstância de considerarmos apenas as convenções de prova invocadas em juízo determina que, na presente sede, o conceito centralmente relevante seja o que assume âmbito aplicativo mais circunscrito (*Prozess*). Ressalvam-se, contudo, desse relevo apenas associado à noção estrita, as convenções que regulem os termos de produção, extrajudicial, de prova a invocar em juízo. Recupera, nesta particular hipótese, relevo, também ao nível da reflexão que ora desenvolvemos, o conceito de procedimento, em virtude de estar em causa prova constituída na área conceitual da noção de *Verfahren*, mas produtora de efeitos, no espaço abrangido pelo conceito de *Prozess*. Sob o ponto de vista de CHIOVENDA, a noção de “forma del procedimento” inclui, como CAVALLONE recorda, “o modo como é regulada a disciplina da recolha de prova”, reservando-se, para o domínio da “funzione della prova” a apreciação do material de prova, “Forme del procedimento e funzione della prova (ottant’anni dopo Chiovenda)”, *Rivista di Diritto processuale*, Aprile-Giugno, 2006, Anno LXI, Seconda Serie, N. 2, Cedam, pp. 417 e 418. Tomando por referência tal repartição, as convenções de prova que ora consideramos circunscrevem-se ao domínio de regulação incluível no âmbito da primeira expressão.

<sup>954</sup> Constitui exemplo de pacto com esta natureza, a cláusula, identificada, por MARINONI, num contrato da sociedade R. G. Dun e Co, nos termos da qual: “R. G. Dun e Co. non possono *in nessun modo essere richiesti di divulgare le fonti*, alle quali è stata attinta un’informazione, nè i mezzi usati per ottenerla”, em virtude de a impossibilidade de mobilização da prova testemunhal se circunscreve à particular factualidade enunciada pelas partes, em virtude de, como a autora nota, por essa via regularem, os contratantes, os pressupostos de recusa legítima de observância do dever de cooperação, consubstanciando “*esenzione convenzionale dell’obbligo di testimonianza*”, “*Clausole probatorie nella pratica commerciale e civile*”, *Rivista di Diritto Processuale civile*, 1938, I, p. 36.

<sup>955</sup> Bem como relativamente aos que se considerarão no capítulo seguinte.

também não expressamente previstas na lei, sobre cuja admissibilidade igualmente se ponderará, no capítulo seguinte.

Por ora, procuraremos concluir tão só se as convenções de prova, que tenham por objecto as regras adjectivas relativas ao procedimento probatório, são ou não válidas.

### ***Subsecção I - Condições hipotéticas de validade***

I.1. Cumpre indagar, numa primeira fase, se, admitindo (apenas para efeitos de raciocínio) como hipoteticamente admissível a válida celebração, deste particular tipo de convenções, se justificam, quanto a elas, as condições específicas de validade previstas quanto às convenções constantes da enunciação legal (art. 345.º do Código Civil).

Dado o efeito neutral que o processo deve ter, no que diz respeito à natureza disponível ou indisponível da matéria realizanda, o regime *legal* encontra-se, nas suas diversas dimensões, concebido de forma a preservar essa inocuidade. A admitir-se, porém, como possível, a autodeterminação reguladora *das partes*, em tais domínios, mediante a celebração de convenções de provas que tenham por objecto o procedimento, abrir-se-ia caminho para que, através da alteração das regras legais procedimentais, as partes pudessem produzir ou tornar factível um efeito potencialmente transmutador da natureza da matéria jurídica, objecto de tratamento processual. A modificação das regras procedimentais probatórias revela-se, na verdade, particularmente apta a tornar, na prática, disponível, em sede de realização por via processual, matérias de natureza indisponível. Pense-se, por exemplo, na hipótese em que, no âmbito de acção em que estejam em causa direitos indisponíveis e em que assuma especial relevo, para a boa decisão da causa, o esclarecimento de aspecto de natureza técnica e de elevada complexidade,<sup>956</sup> as partes prevejam, em convenção de prova, que o perito será o designado, com carácter definitivo, pelas partes<sup>957</sup> ou que não haverá lugar a segunda perícia.<sup>958</sup>

Ante a importância que a actividade das partes e o procedimento assim podem ter, no que respeita à possibilidade de convolação da natureza da matéria, objecto do processo, não deverá, tal tipo de convenções, poder ser celebrado no âmbito de direitos materialmente indisponíveis.

Por estarem em causa convenções potencialmente geradoras de risco para a efectiva manutenção da natureza indisponível dos direitos realizandos, justificar-se-ia, a aplicação do primeiro limite constante do art. 345.º, n.º 1 do Código Civil, como condição destinada a evitar que, por via da conformação (negocial) procedimental, pudesse haver conversão de *matéria indisponível*, em *matéria disponível*, em prejuízo da característica da *neutralidade instrumental* que o regime processual deve assumir.

---

<sup>956</sup> Por isso, de mais difícil compreensão e controlo pelo decisor.

<sup>957</sup> Em regime diverso do previsto no art. 467.º, n.º 2, *in fine* do Código de Processo Civil.

<sup>958</sup> Em derrogação do previsto nos arts. 487.º e ss. do Código de Processo Civil.

A limitação convencional de prazos, a alteração pactícia da ordem das fases processuais, dos pressupostos ou da forma dos actos instrutórios podem, por outro lado (partindo agora do *domínio do disponível para o indisponível*), contribuir para tornar *indisponível* (enquanto insusceptíveis de ser efectivamente exercidos em juízo), ou de difícil exercício processual, os direitos subjectivos realizando (cuja satisfação, por via processual, se deve conservar *disponível*, sob pena de compromisso do real cumprimento da função instrumental do processo).

A indisponibilidade (criada por via de convenção de prova) que ora se considera, diz respeito à impossibilidade de exercício do direito de cuja realização o processo é instrumento, independentemente de – de acordo com o critério relevante, no âmbito da anterior condição de validade – tal direito ser, *per se*, disponível ou indisponível<sup>959</sup>, por via processual, pelo que a convenção de prova (que se revele contendente com a manutenção de tal disponibilidade) representará, nesta sede, fonte de redução da capacidade instrumental do processo, no plano probatório, em prejuízo da característica da *efectividade instrumental* que o regime processual deve também assumir.

O facto de o tipo de procedimento adoptado, quanto às fases processuais relativas à *prova*, condicionar (de forma ainda mais intensa que o procedimento a observar em outros momentos do processo) o grau de efectiva possibilidade de exercício de pronúncia justificativa e, conseqüentemente, por via indirecta, o exercício processual do direito que se pretende fazer valer, sempre conduziria, assim, a considerar inadmissíveis tais convenções quando, em conformidade com o requisito de validade previsto no art. 345.º, n.º 1 do Código Civil, tanto tornasse excessivamente difícil o exercício do direito. A manutenção desta condição de validade revelar-se-ia essencial, em síntese, para assegurar que os direitos de cuja realização o processo é instrumento, não se tornassem dificilmente exercitáveis ou insusceptíveis de exercício, por via processual e, portanto, indisponíveis a esse título.

A circunstância de a imperatividade normativa (adjectiva e substantiva) se impor aos contraentes conduziria, por fim, a que a validade de tais convenções sempre ficasse dependente do respeito por normas (adjectivas, porque relativas à prova) a cuja previsão subjazam razões de ordem pública (na interpretação que sustentamos desta expressão), como decorre do previsto no art. 345.º, n.º 2, do Código Civil. Razão por que também quanto a estas convenções, se imporia a aplicação da condição de validade enunciada em terceiro lugar.

---

<sup>959</sup> Distingue-se, assim, a disponibilidade do direito, enquanto possibilidade de exercer (por via mediata, se em juízo, ou por via imediata) as faculdades que, nos termos do regime jurídico aplicável, aquele encerra (primeiro tipo de disponibilidade), da disponibilidade do direito, enquanto possibilidade de alterar os termos em que tal conteúdo se encontra normativamente moldado (segundo tipo de disponibilidade). A indisponibilidade reportada, ao direito realizando, é, no âmbito da condição de validade enunciada em segundo lugar, do primeiro tipo. Visa-se, impedindo a válida celebração de convenções de prova (quando violadora desta condição), assegurar a disponibilidade (do primeiro tipo) do direito realizando. Diferentemente, por intermédio da condição de validade enunciada, em primeiro lugar, pretende-se assegurar a indisponibilidade (de segundo tipo) do direito realizando. *Vide*, quanto a este último aspecto, o *supra* exposto, no capítulo I da Parte II (relativo às condições específicas de validade das convenções de prova), quanto à primeira condição de validade constante do n.º 1 do art. 345.º do Código Civil.

I.2. Concluindo merecerem relevo, quanto às convenções de prova que ora se consideram, todos os parâmetros de validade aplicáveis às convenções de prova literalmente constantes das normas referidas, e sendo, em consequência, estes os parâmetros a considerar quando se afira do carácter lícito ou ilícito deste tipo de pactos, cumpre indagar se, atentos estes limites, será admissível a celebração de tais convenções, dado que, como observado, o art. 345.º do Código Civil não se lhes refere, prevendo apenas a possibilidade de celebração de convenções produtoras de dois tipos de efeitos processuais ao nível do regime da prova: modificação (por criação de meios de prova não constantes do elenco legal ou restrição dos meios de prova legalmente previstos) do elenco legal dos meios de prova e alteração das regras do ónus da prova.

Concluir-se-á em sentido negativo (inadmissibilidade de tais convenções), caso se apure que a celebração das convenções de prova em causa implicaria *sempre* a violação de alguma das referidas condições de validade, em virtude de constituírem, estas, condições de verificação *cumulativa* para que se possa concluir no sentido da licitude do acordo.

As duas primeiras condições não seriam desrespeitadas, com carácter necessário, em todas as convenções deste tipo. Hipotizáveis são, na verdade, convenções sobre o procedimento de prova celebradas para produzir efeitos no âmbito de acções em que não esteja em causa matéria realizando indisponível, bem como convenções, deste tipo, criadoras de um diferente regime procedimental adjectivo que não faça perigar o adequado exercício do direito realizando.

Resta, portanto, apurar se todas as normas legais *procedimentais* relativas à prova assumem natureza *imperativa*,<sup>960</sup> caso em que a derrogação normativa (em que o teor da *convenção* de prova se consubstancia) se revelaria sempre contrária ao limite de validade enunciado em terceiro lugar, quanto a este tipo de negócios jurídicos, padecendo o pacto de invalidade.<sup>961</sup> A ausência de menção, desta modalidade negocial, no elenco constante do art. 345.º do Código Civil, explicar-se-ia, então, atenta a circunstância de este tipo de convenção nunca se revelar susceptível de cumprir todos os requisitos de validade.

---

<sup>960</sup> O mesmo é dizer (atento o sentido, acima explicitado, deste segmento normativo) se tais normas legais são determinadas por razões de *ordem pública*.

<sup>961</sup> Tanto representa indagar, mediante mobilização, a título autónomo, do critério enunciado em terceiro lugar, da natureza convencionável ou não do presente tipo de matéria relativo à prova, apurando da *licitude primária* do tipo de pacto em causa. Só na hipótese de conclusão, em sentido afirmativo, cumprirá averiguar se o tratamento, pelas partes, de matéria que previamente se apurou constituir objecto passível de convenção, obedece às condições de validade legalmente impostas quanto à alteração, por privados, do regime normativo em causa (sede em que se indaga da licitude secundária do acordo).

## **Subsecção II – Condição de validade relativa à imperatividade normativa**

Cumpra, pois, indagar da natureza, supletiva ou imperativa, das normas de prova com carácter *procedimental*.

### II.1. Critério de determinação das normas procedimentais supletivas

Adentro da multiplicidade de natureza das diversas normas processuais, discerne-se um bloco de regras caracterizado por índole necessária e absolutamente imperativa – o conjunto normativo agregador dos conteúdos indissociáveis da natureza jurisdicional da actividade exercida, qualquer que seja o contexto em que esta se desenvolva. Assim, por exemplo, com as normas previsoras dos princípios do contraditório e da igualdade. As convenções de prova institutivas de regime colidente com regras legais que concretizem aqueles princípios, no âmbito da prova, representarão, porque assim, facto jurídico violador de normatividade imperativa, padecendo, em consequência, de nulidade. Tanto exclui a adesão a posições que propugnem, de modo global (independentemente da natureza e tipo da norma procedimental em causa) a invalidade de convenções derogadoras de normas legais relativas ao procedimento de prova.

A circunstância de legalmente se prever a admissibilidade de celebração de convenções, quando tenham por objecto determinadas normas procedimentais probatórias exclui, por outro lado, que se possa liminarmente afirmar, de modo fundado, serem inválidos os acordos enquadráveis na modalidade de pactos que ora consideramos.

Apenas *determinadas* normas procedimentais beneficiarão, pois, da possibilidade de ser objecto de alteração, por via negocial. A *multiplicidade extensiva e qualitativa* de tais normas, torna, assim, inviável definir, a título geral, a categoria de convenções relativas ao procedimento de prova, como modalidade convencional validamente celebrável.<sup>962</sup> Dificilmente realizável se afiguraria, por outro lado, em alternativa, enunciar legalmente as normas procedimentais a que se concedesse carácter supletivo (e assim, natureza modificável por convenção de prova), quer porque tanto representaria o recurso a técnica que tendencialmente peca por omissão de conteúdos e implica a introdução de alterações na redacção do preceito a que se aplique sempre que se pretenda retirar ou acrescentar normatividade supletiva, quer porque o encaixe desse teor no âmbito da norma previsoras do regime das convenções de prova (art. 345.º do Código Civil) implicaria a inserção, neste, de segmento estruturalmente distinto, quando cotejado com a estrutura que preside à concepção da norma em causa.

---

<sup>962</sup> Já não assim, por exemplo (como acima se verificou), no que diz respeito às convenções relativas a meios de prova – atenta a proximidade de natureza das normas que a eles respeitam, torna-se possível, sob o ponto de vista de técnica legislativa, proceder ao seu enquadramento e regulação no âmbito de uma mesma modalidade ou categoria convencional (como sucede no âmbito do art. 345.º do Código Civil).

Acresce, por outro lado, a tal tipo de normatividade adjectiva (relativa ao procedimento e, assim, também ao procedimento de prova), uma segunda característica – a de intensa *intercapilaridade normativa* : a significar que, tratando-se de regras que perpassam todos os momentos processuais relativos à prova, mantêm conexões com amplo universo de outras normas processuais, pelo que a previsão da possibilidade de mutação, por convenção, de uma norma legal procedimental deve ser acompanhada pela garantia de preservação de normas que com ela mantenham relação e cujo teor se pretenda conservar incólume.

Assim, ainda que a construção de elenco de normas procedimentais, relativas à prova, dotada de carácter supletivo, fosse, em abstracto, possível e desejável, sempre se revelaria incompatível com a especificação dos particulares condicionamentos a que a modulação de cada norma deve obedecer de modo a não contender com os valores justificadores da imperatividade da norma em causa (quando e na medida em que tal imperatividade se conserve), nem com a imperatividade de normas com ela em relação próxima. A circunstância, pois, de estarem em causa regras jurídicas, cuja inserção na rede normativa do *sistema* jurídico assume manifestação e relevo especialmente intensos, permite compreender o temor, revelado por PEZZANI, de que por via deste tipo convencional, o conjunto organizado e estruturado de normas concebido pelo legislador, se transforme em mero “apparato di norme”.<sup>963</sup>

A regulação específica das condições de válida alteração do conteúdo de *cada* norma procedimental, relativa à prova (necessária, atenta a característica enunciada, de nem todas as normas inseríveis nessa categoria beneficiarem de idêntica possibilidade de modificação por via negocial), revelar-se-ia, porque assim, de realização inatingível mediante singela previsão de condições de validade de carácter geral (aplicáveis à generalidade das convenções de prova) como o são as que constam do art. 345.º do Código Civil. Termos em que (e sem embargo da cumulativa aplicação das condições gerais), por norma, se imporá a existência de normatividade especificamente reguladora dos termos de válida modulação das normas procedimentais.

Conjugando, assim, a tendencial imutabilidade do teor deste tipo de normatividade (para que as razões que lhe presidem apontam) com a importância que pode assumir (para a boa decisão do litígio) a possibilidade de pontual adaptação, em cada caso concreto, de *determinados* aspectos do regime de procedimento probatório, a opção legislativa manifesta-se no sentido de directamente conceder, a *determinadas* normas procedimentais (àquelas que respeitem a dimensões, cuja *flexibilização* concreta pode assumir maior importância e que o legislador não conceba como inderrogáveis), natureza supletiva, de forma (em maior ou menor grau) condicionada.

Quando em causa esteja autorização de derrogação, a realizar por via convencional,<sup>964</sup> o legislador fá-lo em *pinçamento normativo* disperso, seleccionando as normas a tornar passíveis de modificação e prevendo *in situ* (no ponto sistemático

---

<sup>963</sup> *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 166.

<sup>964</sup> Explicitamos a natureza da fonte de modificação do regime legal supletivo, na medida em que aquela pode ocorrer por outras vias, designadamente na sequência de exercício, pelo juiz, dos poderes de gestão processual e de adequação formal, como *infra* melhor se explicitará.

em que estas se localizem, que não em norma reguladora, a título conjunto, da matéria em questão) os condicionamentos a que a válida modificação do regime processual obedecerá. Assim sucede quanto a normas, cujo condicionamento modificativo (mediante negócio jurídico) seja, em abstracto, susceptível de ser definido, de modo adequado, pelo legislador, e relativamente às quais a concreta decisão (opção) de efectiva modificação (assim normativamente viabilizada) possa ser tornada dependente da vontade das partes (ficando, contudo, condicionada, a sua validade, à circunstância de, uma vez consumada tal opção, a sua materialização em acordo ocorrer em conformidade com as condições de validade legalmente previstas).<sup>965</sup>

Em causa estão, nestas hipóteses, *convenções de prova especialmente reguladas*, porque vigente, quanto a elas, regime jurídico específico (relativamente ao que releva quanto à generalidade de convenções de prova), expressamente concessor de carácter supletivo a normas de natureza procedimental.<sup>966</sup>

Em visão distinta, EICKMANN procura evidenciar (em termos, cuja consistência é, como aquele refere, questionada por SCHNEIDER)<sup>967</sup> a natureza supletiva das normas procedimentais reportando-se ao então §377, Abs. 4 da *Zivilprozessordnung*<sup>968</sup>, bem

---

<sup>965</sup> Assim, por exemplo, no que diz respeito à possibilidade de inquirição das testemunhas pelos mandatários judiciais, cujo regime condicionante se encontra previsto no art. 517.º do Código de Processo Civil. O sistema processual civil italiano contempla, desde 2009, no art. 257 bis do Codice di Procedura Civile (introduzido pela Legge di Reforma n. 69/2009, de 18 de Junho e regulamentado pelo Decreto de 17 de Fevereiro, publicado na Gazzetta Ufficiale de 1 de Março de 2010, n. 49), a possibilidade de prestação extrajudicial de depoimento testemunhal, em termos diversos, porém, do que sucede no âmbito do regime português. De acordo com aquela norma, tanto pressupõe a existência de acordo entre as partes, bem como de autorização judicial, sendo que o juiz decide considerando a natureza da causa e outras circunstâncias que tome por relevantes. Nos termos do decreto referido, há lugar ao envio, para a testemunha, das questões a que esta deve responder por escrito, em modelo ministerial. Cabe ao depoente proceder à entrega (por correio ou em mão) de tais respostas no tribunal, uma vez preenchido e assinado o referido documento. Assinatura que deve ser objecto de reconhecimento, sendo este acto gratuito. Sobre tal regime, *vide* FABIANI, “Note sulla nuova figura di testimonianza (c.d. scritta) introdotta dalla legge n. 69 del 2009”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile.*, n. 3, 2011, pp. 823-844.

<sup>966</sup> Fora desse âmbito se situam, pois, as hipóteses em que está em causa a produção extrajudicial de prova constituída que as partes invocam no processo mediante “imprópria utilização do instrumento da produção documental”, na expressão de LOMBARDO. Identificando estas hipóteses como manifestações de prova atípica, o autor admite, a “título eventual”, a admissibilidade dessa transformação, “Profili delle prove civili atipiche”, [www. Judicium.it](http://www.Judicium.it), p. 9.

<sup>967</sup> Contestação no essencial relacionada com as implicações que o acordo privado pode importar para a celeridade do processo e que EICKMANN procura rebater invocando, designadamente, o interesse das partes na célere resolução do litígio, poupança de custos e tempo, bem como o poder do juiz em velar pela preservação desse valor.

<sup>968</sup> Desse preceito resultava a admissibilidade de a produção de prova testemunhal obedecer à prova escrita, do que era pressuposto a existência de acordo entre as partes. A norma, então vigente, foi, entretanto, revogada. Ao tribunal assiste, porém, nos termos dos Abs. 3, do mesmo preceito, a faculdade de autorizar que uma testemunha deponha, por escrito, quando entenda que tanto se afigura suficiente, considerando a pessoa do depoente e o teor da pergunta, sem embargo de poder convocar a pessoa em causa a prestar esclarecimentos orais, quando tanto se afigure imprescindível para o esclarecimento da controvérsia factual (“Das Gericht kann eine schriftliche Beantwortung der Beweisfrage anordnen, wenn es dies im Hinblick auf den Inhalt der Beweisfrage und die Person des Zeugen für ausreichend erachtet. Der Zeuge ist darauf hinzuweisen, dass er zur Vernehmung geladen

como ao §295, Abs. 1 do mesmo corpo normativo.<sup>969</sup> Estes representariam, sob o seu ponto de vista, fundamentos para sustentar a natureza supletiva da norma prevista no §355, Abs. 1 daquele diploma (norma de que resulta que só em casos legalmente previstos pode, a produção de prova, decorrer perante apenas um dos membros do tribunal ou perante outro tribunal)<sup>970</sup>.<sup>971</sup> Tratar-se-ia, porém, de uma supletividade de natureza particular, na medida em que o autor sustenta que ao juiz se reservaria a

---

werden kann. Das Gericht ordnet die Ladung des Zeugen an, wenn es dies zur weiteren Klärung der Beweisfrage für notwendig erachtet“).

<sup>969</sup> Nos termos desta norma, a violação de regra relativa ao procedimento e, em particular, à forma de um acto processual, deixa de poder ser invocada se a parte renunciou à observância dessa formalidade ou não arguiu o vício na primeira audiência oral feita com base nesse procedimento ou em que a este se tenha feito referência, não obstante presente, a parte e a irregularidade fosse ou devesse ser do seu conhecimento.

<sup>970</sup> Por essa via se criariam excepções à observância do que designa e é legalmente referenciado por imediação da instrução (*Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme*). O âmbito da expressão abrange, contudo, não apenas o significado que, por regra, se associa ao princípio da imediação em sentido estrito (enquanto máxima que propugna o contacto directo entre o tribunal e o canal de informação probatória ou, quando este não exista, com a própria realidade, enquanto forma que “permite ao responsável pelo julgamento captar uma série valiosa de elementos (através do que pode perguntar, observar e depreender do depoimento, da pessoa e das reacções do inquirido) sobre a realidade dos factos...”, VARELA, ANTUNES, BEZERRA, MIGUEL, NORA, SAMPAIO e, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, Reimpressão, 2006, p. 657), como também ao princípio da plenitude da assistência dos juízes (enquanto máxima que proíbe a intervenção na decisão da matéria de facto de juízes que não tenham assistido a todos os actos de instrução e discussão praticados na audiência final – art. 605.º, n.º 1 do C.P.C.). Reportando-se ao primeiro sentido, REMÉDIO MARQUES associa, ao princípio da imediação, duas dimensões fundamentais, quando explicita: “Segundo este princípio, o julgador deve ter, por um lado, o contacto mais próximo e directo possível com as pessoas ou com as coisas que servem de meios de prova; e, por outro, as pessoas (*in casu*, as testemunhas, as partes e os *peritos*) devem situar-se na relação mais directa possível com os factos a provar”, *Acção Declarativa à luz do Código Revisto (pelo Decreto-Lei N.º 303/2007, de 24 de Agosto)*, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2011, pp. 392 e 393. O princípio de imediação reflecte-se, assim, sob esta perspectiva, quer no plano da actividade instrutória de produção de prova, quer no plano da apreciação da prova, conduzindo, nesta última, ao discernimento de um motivo de privilegiamento (enquanto fundamento da formação de convicção) dos meios de prova que mantenham um nexos mais próximo da realidade a que respeitam. Constituem exemplos de desvios admissíveis, no quadro da ZPO, ao referido princípio, as hipóteses previstas nos §§ 372, Abs. 2 (em que se prevê a possibilidade de delegação da diligência de inspecção judicial, em apenas um dos membros do tribunal ou num outro tribunal), 375 (de que constam as condições nos termos das quais a prestação de depoimento testemunhal pode ter lugar perante apenas um dos membros do tribunal ou perante outro tribunal), 402 (de que resulta a aplicação à prova pericial das disposições sobre a prova testemunhal, no que não se revele conflituante com o regime daquela), 434 (em que se prevê a possibilidade de, verificadas determinadas circunstâncias, um documento ser exibido ante apenas um dos juízes ou outro tribunal), 451 (em que se contempla a aplicação do regime da prova testemunhal à inquirição de parte) e 479 (previsor da possibilidade de prestação de juramento ante apenas um dos juízes que integram o tribunal ou ante outro tribunal).

<sup>971</sup> As dúvidas com que nos debatemos, quanto à fundamentação invocada, prendem-se com a natureza expressa com que, no §295 o legislador restringe, as excepções admissíveis, às hipóteses previstas na lei; com a dificuldade que vemos (no que diz respeito ao §377) em, da previsão legal de um especial e preciso tipo de derrogação, se retirar a supletividade da generalidade das normas procedimentais, bem como (relativamente ao §355) com os obstáculos com que nos deparamos, quando ensaiamos estabelecer equivalência entre a outorga (legal) de natureza dispositiva a uma determinada norma e o mero estabelecimento da ininvocabilidade do vício decorrente da violação da norma.

possibilidade de decidir, em concreto, aplicar ou não, no processo, o regime procedimental constante da convenção privada.<sup>972</sup>

Perspectiva diversa da propugnada por PEZZANI, sob cuja concepção as normas procedimentais assumem natureza imperativa, atentas as razões que teleologicamente as determinam.<sup>973</sup>

Importa, acrescidamente, observar que os fundamentos justificativos da solução (geral) de não subordinação, do decisor, no âmbito do tipo de matéria que se considera, a regime convencional fixado pelas partes, se prendem, também, com razões relacionadas com a difícil realizabilidade prática de solução inversa, atenta a problemática que, como PEZZANI nota, tanto envolveria, no que concerne à “interpretação do *dictat* das partes”, bem como à constante mutação das regras de tramitação a observar pelo tribunal, com a associada quebra da racionalidade e funcionamento padronizado em escala, que a efectividade de prestação de serviço público (administração de justiça), de acesso tendencialmente universal, pressupõe.

A tanto se somam razões relacionadas com a tutela de terceiros (relativamente às partes), intervenientes em juízo (e, assim, subordinados às regras processuais), mas não celebrantes da convenção de prova, cujos interesses poderiam (não obstante o efeito relativo do caso julgado)<sup>974</sup> ser indevidamente afectados pelo teor pactício, se válido e eficaz este acordo, criador, na expressão da mesma autora, de procedimento “personalizzato”.<sup>975</sup>

---

<sup>972</sup> *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochumer juristische Studien Nr. 57, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1987, p. 85. *Infra* retornaremos a este ponto.

<sup>973</sup> A autora concretiza o seu entendimento por alusão a convenção de prova de que resulte regime jurídico, nos termos do qual a inquirição de testemunhas possa ter lugar de acordo com o método da *cross examination*, assim derogando as partes a norma proibitiva da inquirição directa das testemunhas pelas partes, constante do art. 253 do Codice di Procedura Civile, bem como o critério normativo previsto na parte final do art. 244 do mesmo diploma, nos termos da qual cada testemunha deve ser interrogada sobre os factos a cuja prova a prestação de depoimento foi adstrita pela parte requerente. Considerando que esta previsão tem por razão de ser, quer a agilização da tarefa do decisor na actividade de avaliação da valia da pronúncia, quer a maior facilidade do exercício do contraditório pela parte oposta, quer facilitar o exercício (pela clareza que permite no que diz respeito à individualização da matéria objecto de inquirição), pelo depoente, do direito de recusa a depor, conclui a autora no sentido da imperatividade do regime normativo derogado e, conseqüentemente, da nulidade da convenção de prova, *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pp. 157 e ss. Além de ser diverso (relativamente ao italiano) o regime de inquirição de testemunhas, a associação da prestação de depoimento testemunhal a factos concretos carece, hoje, de pertinência no âmbito do sistema processual português, atenta a circunstância de a base instrutória ter sido substituída pela enunciação de temas de prova, tendo-se eliminado, em congruência (no âmbito da reforma introduzida pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho), o limite do número de factos, relativamente aos quais cada testemunha era admitida a depor, nos termos do anterior art. 633.º do Código de Processo Civil.

<sup>974</sup> Aqui não suficiente, assim, enquanto “escudo” garantidor da não afectação sujeitos terceiros, relativamente às partes.

<sup>975</sup> *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pp. 157 e 158. Pense-se, por exemplo, na hipótese de as partes convencionarem que a testemunha não assistirá o direito de recusar depor, ainda que verificada e invocada, pelo depoente, qualquer das hipóteses contempladas no art. 497.º, n.º 1 do Código de Processo Civil ou que a testemunha notificada para comparecer deverá requerer o pagamento das despesas de deslocação num determinado prazo peremptório, após a notificação (com o que adoptariam, as partes, regime distinto do previsto no art. 525.º do Código de

## II.2. Sujeitos processuais com aptidão conformativa das normas procedimentais da prova

Normas procedimentais há, contudo, cuja susceptibilidade de modificação não deve ser directamente concedida pelo legislador às partes, antes devendo implicar (atenta a maior sensibilidade dos valores por seu intermédio tutelados) a realização de ponderação, em concreto, relativamente à propriedade e adequação da possibilidade de modificação. Ponderação e modificação a operar, nestes casos, pelo terceiro decisor. A concessão desta possibilidade pode operar, tanto mediante recurso, também para este efeito, à referida técnica de *pinçamento normativo* disperso,<sup>976</sup> como mediante genérica atribuição, a este sujeito processual, do poder de modificação do regime processual procedimental.<sup>977</sup>

---

Processo Civil). Previsões desta natureza gerariam, não apenas regra desfavorecedora da posição do terceiro relativamente à que decorreria da aplicação do regime legal, como ainda desfavorecimento violador do princípio da desigualdade (na medida em que o terceiro em causa seria objecto de limitação não incidente sobre outros terceiros, actuantes em posição processual equivalente, no âmbito de acções onde não houvesse sido celebrada convenção de prova com o teor constante da celebrada entre as partes). Havíamos já convocado, *supra*, a atenção para o último aspecto referido no corpo do texto (relevo do estatuto de terceiros). Na verdade, este aspecto assume relevo também em dois contextos diversos - quer no âmbito da reflexão acerca da natureza indisponível de matéria jurídica, quer no domínio da celebração de convenções ampliadoras de meios de prova, em casos de prova de admissibilidade legalmente regulada de forma especial.

<sup>976</sup> Assim, por exemplo, no âmbito do regime do depoimento testemunhal, onde, na norma constante do art. 518.º do Código de Processo Civil, se prevê a possibilidade de o juiz autorizar que, em circunstâncias e sob condições particulares, o depoimento seja, prestado por escrito: “1. Quando se verificar impossibilidade ou grave dificuldade de comparência no tribunal, pode o juiz autorizar, havendo acordo das partes, que o depoimento da testemunha seja prestado através de documento escrito, datado e assinado pelo seu autor, do qual conste relação discriminada dos factos a que assistiu ou que verificou pessoalmente e das razões de ciência invocadas.” O acordo das partes, a que no preceito se alude (à semelhança do que sucede no âmbito do art. 6.º, adiante citado), relativamente ao procedimento de prova a adoptar não se confunde com convenção de prova. Se nesta é a vontade das partes, convencionalmente expressa, a fonte de modificação procedimental, incumbindo ao decisor tão só função de controlo de validade, naquela é a decisão judicial o facto jurídico gerador de modificação procedimental, consubstanciando o acordo das partes apenas um pressuposto da regularidade do acto decisório.

<sup>977</sup> Assim, por exemplo, relativamente à generalidade das normas procedimentais (onde se incluem, consequentemente, também as normas procedimentais relativas à prova), o regime constante dos arts. 547.º (previsor do princípio da adequação formal: “O juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e *adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo*”) e 6.º (previsor do dever de gestão processual: “1. Cumpre ao juiz, sem prejuízo do ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo officiosamente as diligências necessárias ao normal presseguimento da acção, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório e, ouvidas as partes, *adoptando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável*”) do Código de Processo Civil (itálico nosso).

Dada a triplicidade do que CALAMANDREI designa *sujeitos do processo*,<sup>978</sup> importa, assim, que a adaptabilidade do regime processual seja perspectivada, sob o ponto de vista subjectivo, considerando, tanto os sujeitos que se situam na base da pirâmide figurativa da relação processual (as partes), quanto o sujeito que ocupa o seu vértice (juiz).

O relevo do tipo de *sujeito* a quem é reconhecida legitimidade para modelar o teor (assim maleabilizável) das regras processuais manifesta-se, não só nas diferentes condições, normativamente impostas, de modificação do regime legal,<sup>979</sup> como ainda no carácter, facultativo ou não, de consumação dessa alteração.

O exercício desta faculdade (de conformação do regime processual) pelo decisor não é, na verdade, desenvolvido ao mesmo título a que o é pelas partes. Se, para estas, constitui forma de desenvolvimento do direito à autodeterminação, sob a via (na hipótese de celebração de convenção) da liberdade contratual (em sentido amplo), para aquele representa forma de concretização, no caso singular, da autodeterminação da comunidade, quanto à forma de prestação jurisdicional. O decisor constitui, nesta hipótese, o mediador da *voluntas* comunitária no que diz respeito à melhor forma procedimental de exercício da actividade jurisdicional, no âmbito da particular realidade que cada instância representa.<sup>980</sup>

---

<sup>978</sup> A fim de distinguir os sujeitos que integram a relação jurídica processual dos demais que intervêm processualmente, CALAMANDREI diferencia, correspondentemente, os “sujeitos do processo” das “pessoas do processo”, *Istituzioni di diritto processuale civile: secondo il nuovo codice*, Vol. I, Cedam 1943, p. 8. Sob outro prisma, Miguel MESQUITA autonomiza, no âmbito do processo executivo, os “terceiros-partes” (demandados, conquanto não constantes do título executivo) dos “terceiros estranhos” (não demandados), *Apreensão de Bens em Processo Executivo e Oposição de Terceiro*, 2.ª Edição revista e aumentada, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 39 e ss. Para reflexão (culminante em conclusão de sentido positivo) sobre a compatibilidade entre a legitimidade indirecta por via de substituição processual e a acção executiva, Paula Costa e SILVA, “Acção executiva fundada em sentença e substituição processual”, *Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Faculdade de Direito de Lisboa, Lex, pp. 153-173. Sobre a noção de substituição processual e razão de ser do regime na particular hipótese de transmissão de coisa ou direito litigioso, vide a mesma autora, *Repensando a transmissão da Coisa ou Direito em Litígio, Contribuição para o Estudo da Substituição Processual*, Coimbra Editora, 2009. Relativamente a dois particulares problemas processuais, relacionados, designadamente, com terceiro ao título executivo e terceiro relativamente à relação objecto da relação material controvertida, vide Maria José CAPELO, em, respectivamente, “O novo regime de execução das dívidas comuns fundadas em título diverso de sentença, à luz da nova redacção do art. 825.º do Código de Processo Civil”, *Lex Familiae Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 1, n.º 2, Julho-Dezembro, 2004, pp. 123-125, “Ainda o artigo 825.º do Código de Processo Civil: o alcance e o valor da declaração de comunicabilidade da dívida”, *Lex Familiae Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 3, n.º 5, Janeiro-Junho, 2006, pp. 57-63 e “A intervenção do responsável civil na acção de indemnização fundada em acidente de viação”, *Sub Iudice*, 17, 2000, pp. 31-42.

<sup>979</sup> Condições que, como observado, correspondem, designadamente, quanto às partes, às previstas no âmbito do regime regulador de cada convenção de prova especialmente regulada e, quanto ao juiz, às condições de que depende o correcto exercício dos poderes de gestão e de adequação formais.

<sup>980</sup> Além do processo-procedimento, dos sujeitos e outros intervenientes processuais, da relação processual e das normas jurídicas (legais ou convencionais) que regem todas estas dimensões, releva o fenómeno processual – o processo enquanto realidade que está (instância), não confundível com os diversos elementos que o integram, dotado de existência própria, perdurável no tempo (conquanto com natureza necessariamente transitória) e de natureza interna dinâmica.

Tudo o que se repercute na natureza, obrigatória ou não, da realização de tal adaptação, bem como no tipo de hipóteses normativas a que se associam uma e outra legitimidades.

No que diz respeito ao carácter obrigatório da conformação, ele existirá, se verificados os pressupostos de aplicação da norma procedimental em causa, quando a competência conformativa incumba ao juiz. Representando esta adaptação, para tal sujeito processual, um dever, fica fora do alcance do seu livre arbítrio a opção por ser ou não *longa manus* da comunidade, quanto à avaliação da necessidade e vantagens de proceder, *in casu*, a esse exercício flexibilizador do procedimento.<sup>981</sup> Trata-se, nesta medida, de actividade devida, que implica o exercício de poderes discricionários, sendo que estes não equivalem a poderes facultativos.

Diferentemente, quando se trate de adaptação realizável pelas partes, constituindo tal possibilidade forma de autodeterminação reguladora adjectiva, destinada a conceder relevo processual à vontade das partes, apenas a estas incumbe decidir no sentido de optar ou não pelo exercício da faculdade (de conformação) que lhes assiste.

No que respeita às normas moduláveis em concreto (pelos sujeitos processuais), cumpre discernir as que se revelam dúcteis apenas ante modelação desenvolvida pelo decisor, daquelas cujo teor se afigura moldável também mediante intervenção modificadora desenvolvida pelas partes. Reservar-se-á à exclusiva competência do decisor (em dispositividade normativa relativa, sob o ponto de vista subjectivo<sup>982</sup>) a possibilidade de alteração de normas, cujo fundamento se prende com razões de que (no entendimento legislativo) apenas a comunidade possa dispor e que representem normatividade passível de ser em concreto modulada. Permitir-se-á a adaptação, pelas partes, do teor das normas, cuja razão de ser (porque relativa a interesses, cuja garantia não impõe que apenas a comunidade possa dispor, a título

---

<sup>981</sup> Diferente será o problema relacionado com a possibilidade ou não de controlo, em sede de recurso, da bondade da decisão tomada, quanto à adaptação do procedimento, bem como quanto ao teor de tal adaptação. O que se reconduz à questão de saber se tal decisão deve ou não ser concebida como despacho discricionário ou de mero expediente. Nos termos do regime previsto no art. 630.º, n.º 2 do Código de Processo Civil, não é, por princípio, admissível recurso das decisões de simplificação ou de agilização processual, nem das decisões de adequação formal. De notar, porém, que, em desvio, à regra da inimpugnabilidade e de agilização processuais, bem como de adequação formal, são sempre objecto passível de recurso as decisões que, sendo proferidas ao abrigo do exercício de poderes de gestão processual e de adequação formal, contendam com a admissibilidade de meios de prova, bem como com os princípios do contraditório, da igualdade ou da aquisição processual. Cfr. art. 630.º, n.º 2 do Código de Processo Civil. Com esta especificação, o legislador observa (conquanto de forma densamente particularizada, atenta a enunciação dos particulares fundamentos releváveis), a solução que parte da doutrina propunha, no âmbito da anterior redacção do art. 679.º do Código de Processo Civil, no sentido de distinguir, para efeitos de recurso, a decisão de adequar ou não a tramitação, do conteúdo de tal adaptação, quando essa houvesse sido a opção do juiz. Assim o propugnava, assente em pressupostos definidos por TEIXEIRA DE SOUSA, MADEIRA DE BRITO, "O novo princípio da adequação formal", *Aspectos do Novo Processo Civil*, Lex, Lisboa, 1997, p. 67.

<sup>982</sup> A natureza disponível, quanto ao conteúdo (o mesmo é dizer, no plano da regulação), da normatividade relativa à dimensão procedimental da prova assumirá carácter subjectivamente relativo, quando o objecto regulável se revele disponível para um tipo de sujeitos (decisor), mas não para outros.

exclusivo, do regime jurídico em causa) contemporize com a conformação privada. As normas passíveis de ser objecto de conformação pelas partes representam também objecto passível de modificação pelo legislador, pelo que os poderes deste se revelam mais amplos no que diz respeito à extensão da normatividade modificável.<sup>983</sup>

Quando a faculdade de conformação do teor normativo seja reconhecida às *partes*, o grau de liberdade de que estas disponham dependerá da circunstância de poderem construir autonomamente solução alternativa, à supletivamente prevista ou de tão só poderem optar pela via alternativa cujo teor já se encontra legalmente determinado. Na primeira hipótese, o exercício de tal liberdade pressuporá, por princípio, a necessidade de observância de um conjunto exigente de pressupostos.<sup>984</sup> Condições que poderão revestir menor exigência quando, na segunda hipótese, se trate apenas de optar por solução, cujo conteúdo o legislador mais densamente.

Também quando a adaptação do regime procedimental fique reservada à competência do decisor, a este pode ser concedido maior ou menor grau de liberdade conformativa (impondo-se ou não, designadamente, a necessidade de obtenção de prévia anuência das partes).<sup>985</sup>

O legislador português optou, em síntese, no âmbito das normas *procedimentais* relativas à prova, pela conciliação entre a atribuição de aptidão moduladora ao decisor e às partes, optando, quanto a estas (em selecção da técnica menos concessora de liberdade), pela indicação da solução alternativa e, quanto ao segundo, pela previsão de hipóteses em que lhe é dado conformar, com elevado grau de liberdade, o regime procedimental aplicável, em simultâneo com a previsão de hipóteses em que a possibilidade de modificar as regras processuais se encontra densamente condicionada.

Por outro lado, se a concessão de tal poder conformador acontece, relativamente às partes, de modo pontualizado, relativamente a aspectos delimitados do regime jurídico relativo ao procedimento de prova, tem lugar, no que diz respeito ao juiz, quer com carácter concreto (discriminando pontuais hipóteses em que tal

---

<sup>983</sup> Se a todas as normas processuais se associa, de forma mais ou intensa, a prossecução de interesse de relevo colectivo (público, nas duas dimensões que distinguimos), a preponderância é, contudo, mais acentuada em particulares categorias de normas, sendo que o controlo na concessão de poderes de modificação do teor da norma se elevará na proporção do aumento de tal preponderância. Se, como observado no corpo do texto, o menor grau de relevância daquele interesse corresponde a hipóteses em que é dado às *partes* modificar o regime normativo, o maior grau de intensidade desse interesse determinará que apenas ao *legislador* seja concedida essa possibilidade. Em grau intermédio se situam as hipóteses em que se concede ao *decisor* concreta aptidão conformativa. Esta graduação reflecte-se também no âmbito das normas procedimentais probatórias. Estas situar-se-ão, assim, por norma, no nível intermédio, correspondendo a normatividade susceptível de merecer modulação adaptativa pelo decisor. Apenas um núcleo restrito – objecto de expressa salvaguarda legal – se encontra ao alcance do poder modulador das partes.

<sup>984</sup> Pense-se, por exemplo, quanto às normas processuais gerais, nas condições de validade dos pactos de jurisdição (cfr. art. 94.º do Código de Processo Civil).

<sup>985</sup> Assim, por exemplo, quanto à possibilidade (*prevista em desvio ao princípio regra da oralidade e da imediação*) de redução dos depoimentos testemunhais a escrito, pelas partes, a pressupor o acordo entre estas (cfr. art. 517.º do Código de Processo Civil).

intervenção é admissível), quer de modo genérico (sem particularização das espécies normativas, relativas ao procedimento, sobre que tal poder pode incidir).

Atribui, nesta última hipótese, ao primeiro, de modo amplo, o poder-dever de, em conformidade com o princípio da adequação formal,<sup>986</sup> realizar adaptação do procedimento, na expressão de TEIXEIRA DE SOUSA,<sup>987</sup> a nível *macro* (considerando este no seu conjunto), bem como, a nível *micro* (no plano de cada uma das fases integrantes daquele procedimento), o poder-dever de gestão processual.<sup>988</sup>

A selecção das referidas técnicas divisoras de legitimidade, no que diz respeito à concessão de aptidão modeladora das normas reguladoras do procedimento, permite concluir não ter pretendido, o legislador, atribuir, às partes, uma genérica capacidade reguladora procedimental, optando, diferentemente, por definição precisa das concretas hipóteses em que tal conformação lhes é acessível.<sup>989</sup>

A especial confiança, realizada de modo concreto, a diferentes sujeitos processuais, da possibilidade de alteração de normas procedimentais concretas, denota um particular cuidado na determinação dos casos, em que tal adaptação é possível, bem como na diferenciada repartição de poderes, o que indicia não se ter querido incluir este tipo de convenções de prova no âmbito aplicativo de normatividade<sup>990</sup> concessora de natureza supletiva, com carácter genérico (conquanto condicionado, no que diz respeito aos pressupostos de validade convencional) a normas jurídicas relativas à prova.

### II.3. Selectividade das convenções

Quando associado, o que vem de se observar, à ausência de menção literal, em tal normatividade, deste tipo de convenções, bem como às razões que determinam a teleologia das normas adjectivas procedimentais, reforça o sentido interpretativo do art. 345.º do Código Civil, no sentido de ter sido deliberada a não inclusão, no seu

---

<sup>986</sup> Cfr. art. 547.º do Código de Processo Civil: “o juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos actos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo”. Este princípio encontrava-se regulado no art. 265.º-A da redacção do Código de Processo Civil anterior às modificações introduzidas pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Agosto. E referência ao regime então vigente, bem como aos seus antecedentes, MADEIRA DE BRITO, “O novo princípio da adequação formal”, *Aspectos do Novo Processo Civil*, Lex, Lisboa, 1997, pp. 31 e ss.

<sup>987</sup> Em exposição oral, no âmbito de conferência sobre o novo regime do Código de Processo Civil.

<sup>988</sup> Cfr. art. 6.º, n.ºs 1 e 2, do Código de Processo Civil e, em particular, a parte final do n.º 1: “... adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável”.

<sup>989</sup> Quando o faz, não se abdicadas virtualidades que, como nota CAPONI, o princípio da legalidade encerra enquanto causa de “fixação de uma normatividade de fonte simultaneamente superior e externa relativamente aos protagonistas” da “vicenda processuale”, enquanto “strumento principe” de combate “à ineficiência do processo” e de concessão de “certeza às garantias das partes”. Sem prescindir do reconhecimento de relevo processual a tal princípio, retira-se, o decisor, do domínio “dei panni striminziti dell’esegeta”, e, as regras processuais, do fechamento da “propria autoreferenzialità normativa”, em benefício do “arricchimento del sistema processuale”, “Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Settembre 1998, Anno LXII, supplementi al n.3, Giuffrè, Milano, p. 119.

<sup>990</sup> Art. 345.º do Código Civil.

âmbito, das convenções que tenham por objecto a regulação do regime *procedimental* da prova.

A definição dos termos de dispositividade dessas normas realiza-se, pois, a um outro nível - de forma disseminada, que não na sede “central” a que corresponde o referido preceito. O tratamento deste aspecto (natureza supletiva ou não) tem, conseqüentemente, lugar, quanto a estas normas, segundo critério distinto relativamente ao que se observa quanto às convenções que tenham por objecto os meios de prova ou as regras relativas ao ónus da prova.

A alteração das regras procedimentais só se torna, assim, possível, para as partes, por via convencional, nos casos especial e concretamente previstos na lei (consubstanciados nas hipóteses de convenções de prova especialmente reguladas), pelo que as normas, dessa natureza (relativas ao procedimento de prova), não incluíveis nesse grupo de casos (determinadas por razões de ordem pública impeditivas da possibilidade de abertura do regime jurídico que preconizam à intervenção auto-reguladora das partes), terão, ante as partes, natureza imperativa.<sup>991</sup>

---

<sup>991</sup> Dado que o regime legal, constante do art. 345.º do Código Civil, faculta a restrição de meios de prova, mas não, na interpretação que adoptamos, a alteração das regras relativas ao procedimento de prova (esta possível só ante indicação nesse sentido), torna-se relevante, precisar, em cada caso, que tipo de normas reguladoras do direito da prova estão em causa, no âmbito da convenção de prova celebrada. Este problema suscita-se, designadamente, quando as partes celebrem pacto nos termos do qual se vede a possibilidade de realização de inspecção judicial. Representando esta, na perspectiva que sustentamos e que supra expusemos, não um meio de prova, mas um modo de produção de prova, as normas que a regulam respeitam ao procedimento de prova. Está, nesta medida, vedada às partes a possibilidade de convencionalmente impedirem que o ente decisor (a quem cabe a gestão dos termos da tramitação processual) possa optar por tal via procedimental de recolha de informação. Podem, contudo, as partes, assumir, por acordo, o compromisso de não *requerer* a realização de inspecção, dado que tanto não compromete o normal decurso da sequência de actos em que o processo se traduz e que o julgador tome por mais adequada para a boa decisão da causa. EICKMANN enuncia um caso em que este problema assume relevo, quando se refere a uma convenção de prova em que as partes prevêem que a realização de inspecção judicial seria substituída pela realização de uma filmagem, enquadrando este pacto na modalidade de convenções relativas à produção de prova – *Vereinbarungen über das Beweisverfahren* - (e não aos meios de prova - *Beweismittelverträge*). Tratava-se de hipótese em que o proponente da acção (que adquirira ao Réu uma casa de fim-de-semana na ilha de Creta) formula, em sede de petição inicial, pedido de redução do preço de compra, em virtude de defeitos, cuja existência invoca e que o Réu contesta. Sem que tanto tenha sido requerido por qualquer das partes, o tribunal profere decisão, no sentido de realização de inspecção, ante o que as partes convencionam e solicitam ao tribunal que, atentos os custos de deslocação a Creta, dispense a inspecção judicial, aceitando, em alternativa, uma filmagem exhaustiva do objecto da inspecção. O problema, a que EICKMANN procura responder, é o de saber se o tribunal deve retroceder na sua decisão. Para tanto, considera as duas dimensões envolvidas, neste caso, na relação que se estabelece entre as partes e o tribunal – por um lado, a que concerne à convenção de prova e aos efeitos que desta possam dimanar para o tribunal; por outro lado, a do pedido formulado pelas partes, no sentido da não realização da diligência. Em visão que partilhamos, o autor vem a pronunciar-se, quanto à primeira dimensão do problema, no sentido de que o tribunal não fica, na sequência do convencionado, impedido de realizar a diligência probatória; tanto não obsta, contudo, considerando a segunda dimensão do problema, a que, atento o pedido formulado, possa aquele vir a decidir, no sentido da sua não realização. Em suma, o “tribunal pode, mas não tem de realizar a recolha de prova sob a forma desejada pelas partes”, *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochumer juristische Studien Nr. 57, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1987, pp. 31 e 86. Se tanto vale, quando há lugar a convenção, no sentido da substituição de um modo de produção de prova por outro, por maioria de

Nestes termos, e ainda que tais convenções de prova, celebradas entre as partes, tendo por objecto a modificação do regime da prova, na sua dimensão procedimental, respeitem a acção em que não esteja em causa matéria indisponível e não tornem excessivamente difícil o exercício do direito à prova, padecerão de invalidade, por não superarem o crivo em que se traduz a condição material de validade, enunciada em terceiro lugar, aqui interveniente, a título autónomo, no desempenho da função de delimitação das normas passíveis de ser objecto de acordo entre as partes.

Razão por que se revela congruente a não inclusão de tal modalidade de convenções de prova, no âmbito aplicativo do art. 345.º do Código Civil. A omissão de referência literal a este tipo convencional não representa, em suma, qualquer omissão de previsão (lacuna), nem absoluta recusa de admissibilidade de válida celebração deste tipo de convenções de prova, antes consequência da deliberada opção por relegar para referência pontual e concreta, a realizar pelo legislador, a menção das hipóteses em que as normas procedimentais probatórias podem ser objecto de convenção privada.

Em resposta à questão com que abriu a reflexão sobre a validade de convenções que tenham por objecto o regime jurídico relativo ao procedimento de prova, em que se demandava se tal modalidade convencional não se encontra prevista no art. 345.º do Código Civil por nunca superar a condição de validade enunciada em terceiro lugar, cumpre responder (em congregação das conclusões que foram sendo apuradas, ao longo das observações expendidas), que há hipóteses em que a categoria de convenções de prova, em análise, preenche a referida condição de validade. Hipóteses que se reconduzem a regimes jurídicos *especialmente* reguladores da validade de convenções de prova, relativos a normas procedimentais, relativas à prova, a que o legislador confere (conquanto condicionadamente) carácter dispositivo.

As convenções de prova situáveis fora deste perímetro não superarão (porque modificadoras do regime jurídico constante de normas imperativas – determinadas por razões de ordem pública) o filtro correspondente à condição de validade enunciada em terceiro lugar.<sup>992</sup>

---

razão valerá quando, como sucede na hipótese de que partimos, se acorde no sentido da não realização de qualquer diligência destinada a proporcionar a percepção, pelo tribunal, da realidade física, objecto de prova.

<sup>992</sup> EICKMANN alude a convenção, nos termos da qual as partes se obrigavam a, em substituição do perito, elaborar todo o conjunto de informações e medições necessário, *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochumer juristische Studien, Nr. 57, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1987, pp. Representa, este, um pacto de prova integrável na modalidade convencional que ora consideramos, atenta a noção lata de procedimento (inclusiva não só da tramitação, enquanto iter ou conjunto sequencial de actos, como também os *pressupostos* e forma de cada um dos actos processuais) que, para este efeito, *supra* referimos adoptar. Propunham-se, as partes, nos termos do conteúdo do regime convencional, cumular, num mesmo sujeito, diferentes qualidades. Se tanto não é impossível em abstracto (pense-se, por exemplo, na figura da testemunha-perita ou do árbitro-perito), a cumulação aqui pretendida (parte-perita ou parte-verificadora não judicial qualificada), revela-se, porém, fonte de invalidade do acordo celebrado (por violação da condição de validade enunciada em terceiro lugar, no âmbito do art. 345.º do Código Civil), atenta a incompatibilidade entre as duas posições: devendo o perito e o verificador não

A circunstância de a admissibilidade de celebração de convenções relativas ao procedimento de prova não constar do art. 345.º do Código Civil não representa, assim, lacuna, nem decorre da impossibilidade de válida celebração, antes sendo corolário da opção por regulação *descentralizada* desta matéria, pelo que o âmbito de licitude primária do presente tipo de convenções corresponde ao âmbito de convenções de prova legalmente reguladas.

Atento o exposto, cumpre evidenciar, em *primeiro lugar*, que nem todas as convenções de prova relativas ao procedimento de prova serão inválidas. Por duas circunstâncias (diversas das aduzidas por PEZZANI, quando conclui em idêntico sentido)<sup>993</sup>.

---

judicial oferecer garantias de independência e *imparcialidade* (garantias que, como acima observado, se justificam também por razões de interesse público), não poderão tais funções ser exercidas por quem é *parte*. Tanto não impedirá, porém, estas, de, realizando, extraprocessualmente, de forma isolada ou conjunta, as diligências em causa, chegarem a acordo (a exprimir em juízo), relativamente à factualidade controvertida que se pretendia ver esclarecida com base na informação pericial ou de atestação, com o que lhe retiram essa natureza (controversa), enveredando pela via intraprocessual do consenso. Nos termos em que aparece enunciado o regime pactício, a convenção padeceria, porém, de nulidade. Também no âmbito desta modalidade de convenções de prova se inclui outra hipótese, aventada por CAPPELLETTI. No sentido de justificar a importância da admissibilidade do que designa por prova atípica, o autor observa não lhe parecer razoável que “o juiz que se convença, por uma multiplicidade de elementos e argumentos, da correcção de um reconhecimento de pessoa com fotografias, não possa incluir tal meio de prova atípico entre os elementos do seu convencimento”, contanto que “tal reconhecimento” não se verifique “em violação da garantia do contraditório, ou de qualquer outra garantia que assista ao arguido em virtude de norma constitucional”, “La «natura» delle norme sulle prove”, *Rivista di Diritto Processuale*, Volume XXIV, II Serie, anno 1969, Cedam, Padova, p. 96. Considerando o carácter genérico com que refere o exemplo em causa, torna-se difícil apurar se se trata ou não de prova verdadeiramente diversa da legalmente prevista, dado que concebemos que se possa enquadrar, no âmbito da prova testemunhal ou da prova mediante depoimento de parte em que ao depoente seja pedido que se pronuncie sobre o conteúdo de fotografia que lhe seja exibida. Quando legalmente prevista esta possibilidade (como se afigura suceder no âmbito do regime constante do art. 516.º, n.º 1 do Código de Processo Civil – admitindo, o legislador, que a testemunha possa exigir a consulta de documentos, não deixará aquele de autorizar, igualmente, a possibilidade de que, para mais clara e profunda apreensão do conhecimento e da credibilidade do depoente, este seja confrontado, em sede de inquirição, com a exibição de documento), não representará, o regime convencional, sequer fonte de prova diversa. Não constituirá, em qualquer hipótese (previsão legal ou não) fonte de prova atípica.

<sup>993</sup> A autora sustenta que a validade da convenção de prova dependerá do tipo de norma, relativa à prova, objecto de tal acordo. Distingue, adentro do universo em que esta normatividade se analisa, regras de índole processual e regras de índole substantiva, adoptando, para esse efeito, como critério distintivo, o da localização sistemática das normas em causa. Toma, assim, por normas processuais, as constantes do Codice di Procedura Civile e por normas materiais as constantes do Codice Civile, concluindo no sentido da inderrogabilidade das primeiras, em virtude de estarem em causas regras “estrita e exclusivamente atinentes ao processo enquanto tal” e, assim, determinadas por razões de superior interesse público. No que concerne às normas da prova com carácter substantivo, sustenta ser de apurar quais as que beneficiam de natureza supletiva, distinguindo-as das que assumem natureza imperativa, pp. 171 e ss). Assume, pois, a este segundo nível, como salvaguarda, posição distinta da propugnada por ANDRIOLI, para quem a bipartição entre normas de prova processuais e materiais encontraria correspondência na bipartição entre normas imperativas e normas supletivas (“Prova in genere (Diritto civile)”, *Nuovo Digesto Italiano*, Torino, 1939, vol. XVII, Torino, UTET, p. 825. Em tal passagem, no contexto da referência à posição de REDENTI, ANDRIOLI refere que “a invalidade dos contratos de prova deve ser aplicada nos limites, nos quais as normas que derogam, têm justificação processual; conseqüentemente deverão considerar-se válidos, quando as normas sobre as provas

As convenções sobre o procedimento de prova revelar-se-ão imunes à consequência da nulidade, quando reproduzam o regime legal (supletivo) que sempre se observaria na ausência de tal convenção ou regime legal imperativo. Pactos que podem assumir alguma utilidade por representarem a explicitação, por via convencional, do regime jurídico aplicável em futura acção pendente entre as partes. Tornando claro para estas, o procedimento de prova a observar, constitui fonte de elucidação. Não se prossegue, porém, por seu intermédio, o objectivo que por regra se almeja com a celebração desta categoria de negócios jurídicos – a alteração do regime legalmente previsto. Revelam-se, portanto, sob este ponto de vista (de capacidade de mutação das regras processuais aplicáveis), *absolutamente* inócuos.

As convenções de prova podem, por outro lado, ser fonte indutora, *válida*, da alteração do regime de *procedimento* de prova que, em conformidade com o legalmente previsto, seria o supletivamente aplicável.

Assim quando, a par de uma solução legal aplicável a título subsidiário, se encontre também legalmente prevista solução alternativamente adoptável, caso as partes manifestem vontade nesse sentido. Estão, neste caso, em causa, as hipóteses, acima enunciadas, de *convenções de prova especialmente reguladas*, em que o legislador concede, de modo concreto, natureza supletiva, ante as partes, a determinadas normas relativas ao procedimento de prova, expressamente regulando, de modo específico, a possibilidade e os termos de válida celebração de convenções de prova, quanto a particulares domínios do regime normativo regulador do procedimento de prova, particularizando, designadamente, o seu teor.

As convenções de prova celebradas introduzem, nestas circunstâncias, alterações ao regime (de prova) que, na sua ausência, se aplicaria. Tais modificações não consubstanciam, porém, por norma, pelas razões expostas, a adopção de um regime jurídico autonomamente criado pelas partes – tão só a reprodução, por estas, do regime legalmente previsto como alternativo ao regime regra (de aplicação subsidiária).

A celebração da convenção de prova é, nestes termos, indispensável, enquanto causa determinante da aplicação de regime diverso do legalmente previsto, a título supletivo, mas irrelevante (ou com diminuto relevo) no que diz respeito à definição do núcleo do seu particular conteúdo.

Tendencialmente neutras, no que concerne à interferência na definição construtiva do regime procedimental, relevantes no que diz respeito à aplicabilidade de regime procedimental alternativo, legalmente pré-determinado, apenas sob um ponto de vista relativo se podem dizer indiferentes.<sup>994</sup> Dir-se-ão, por isso,

---

encontram a sua base na tutela de interesses substantivos” ). Cremos, diferentemente, como decorre do *supra* exposto, que as normas relativas à prova assumem sempre natureza adjectiva. Tanto não nos conduz, contudo, a sustentar que, em virtude de assim ser, assumem carácter necessariamente imperativo. Importará, diferentemente, mediante adequada ponderação, a realizar através da mobilização dos cânones jurídicos interpretativos aplicáveis, concluir num sentido ou noutro, qualquer que seja a localização sistemática da norma em causa.

<sup>994</sup> Recorde-se a hipótese, acima referida, prevista no art. 274.º, n.º 2 do Código de Processo Civil.

*relativamente inócuas*, porquanto a inocuidade se manifesta tão só no que respeita ao conteúdo do regime jurídico alternativo.<sup>995</sup>

As convenções de prova, em matéria de procedimento probatório, revelam-se, assim, susceptíveis de ser validamente celebradas nos termos acabados de definir, sendo que o regime delas constante beneficia do mesmo grau de vinculatividade de que beneficiaria o regime legal, se não derogado pelas partes.

De observar, em *segundo lugar*, que, como *infra* melhor se explicitará, o que vimos de sustentar não significa que as convenções de prova incidentes sobre normas procedimentais sejam, quando inválidas, destituídas de qualquer efeito útil, no âmbito da acção em que sejam feitas valer.

### **Secção III – Condições de validade de convenções especialmente reguladas**

De indagar, porém, se, quando o pacto de prova se insira no segundo enquadramento delineado (convenções de prova especialmente reguladas), a circunstância de existir um regime que, a título exclusivo, respeita a este tipo de

---

<sup>995</sup> Considerando o ora exposto, bem como o antes observado, relativamente à constituição convencional de novos meios de prova, observa-se que a prova recolhida de outro processo não representa uma hipótese de prova atípica, por não estar em causa o recurso a meio de prova não constantes do elenco legal. Constitui, diferentemente, prova diversa no que diz respeito à tramitação da prova, no segundo processo. A diversidade relativa à tramitação não respeita, porém, à sequência ou pressupostos da produção de prova, mas à sede ou local de produção (instância distinta daquela em que a prova é produzida). Será também deste tipo (enquadrando-se, assim, na segunda modalidade de pactos de prova que distinguimos) a convenção em que se preveja tal possibilidade. No âmbito do sistema português, contudo, dada a existência de expressa previsão legal, no que diz respeito à possibilidade de a prova poder ter valor extraprocessual (cfr. art. 421.º do Código de Processo Civil), a invocação deste (valor) não se inclui no domínio de regime de prova diverso do legal, antes do regime de prova legalmente previsto, ainda que dotado de natureza especial ante o regime-regra (em que a prova de natureza constituenda, considerada em sede de decisão, é aquela que tenha sido produzida no processo onde é proferida a decisão a que tal matéria serve de suporte). De notar, por outro lado, que, segundo tal regime, o valor extraprocessual da prova pode ser feito valer a título subjectivamente unilateral (ou seja, na sequência da iniciativa de uma das partes), pelo que pode não ter na sua base qualquer convenção. Diferente entendimento (no que diz respeito à dissociação entre o valor extraprocessual da prova e a prova atípica) é o perfilhado por CAVALLONE. Em comentário crítico, quanto ao teor do projecto de *legge delega*, para introdução de novo Codice di Procedura Civile, aprovado, pelo Conselho de Ministros, em 8 de Maio de 1981, o autor lamenta o facto de daquele programa de reforma não constar qualquer referência à prova atípica. Enunciando o que designa por prova documental atípica, bem como a prova que é *produzida fora do processo*, onde é feita valer, como exemplos de aspectos (dessa temática), que gostaria de ver tratados legalmente, sublinha ser, o segundo, o aspecto mais relevante daquele tipo de prova (atípica), “Oralità e disciplina delle prove nella riforma del diritto processuale civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, Vol.XXXIX, II Serie, anno1984, p. 696. No âmbito deste segundo domínio se inclui o problema do valor extraprocessual da prova.

convenções (regulando a sua validade), faz com que perca acuidade a aplicação dos critérios de controlo de validade constantes do art. 345.º do Código Civil (norma onde, como se observou, se não faz menção a esta modalidade de pactos de prova).

Previstos, estes, no contexto da norma que regula, com carácter *geral*, a admissibilidade de válida celebração de convenções de prova, tais critérios revelam-se aplicáveis a todas as tipologias de pactos incidentes sobre normatividade relativa à prova, pelo que acrescerão às condições que, em particular, decorram de norma em especial previsora da possibilidade de celebração de convenção relativamente a um particular aspecto do regime jurídico do procedimento de prova. Porque este tipo de pactos não deixa de se integrar na categoria geral das convenções de prova, ser-lhe-ão aplicáveis as normas que valham quanto a estas, no que não seja incompatível com o regime para aquelas concebido a título especial.

Incompatibilidade que não se verifica na relação entre os dois grupos de normas que ora se cotejam (regime de cada convenção de prova especialmente regulada e regime geral das convenções de prova).

A invalidade da convenção (relativa ao procedimento de prova e objecto de regulação legal especial) não deixará, em consequência, de se verificar, quando estejam em causa direitos indisponíveis e a alteração das normas em causa se revele apta a permitir a transmutação daqueles direitos, em matéria disponível, bem como quando essa modificação torne excessivamente difícil ou impossível o exercício do direito realizando ou quando implique a violação de normas, relativas à prova, dotadas de natureza imperativa.<sup>996</sup>

---

<sup>996</sup> Pense-se, por exemplo, na hipótese de, em exercício de faculdade prevista no art. 517.º do Código de Processo Civil (inquirição de testemunhas pelos mandatários judiciais), as partes convencionarem que tal inquirição terá lugar sem admissibilidade de exercício do princípio do contraditório (convenção inválida por violação da condição específica de validade enunciada em terceiro lugar). A convenção de prova padecerá de nulidade, considerando a mesma condição *particular* de validade, se nela se previr que a inquirição decorrerá em termos diversos dos previstos na norma em causa (sem necessidade, por exemplo, de redução a escrito, em acta, dos depoimentos prestados). Diferente será a hipótese em que, não obstante o regime convencional se revelar consentâneo com o regime normativo, os termos em que a inquirição efectivamente tem lugar não correspondem àquelas directrizes. Estando em causa a prática de actos processuais em violação das regras regentes do processo, a nulidade relevável respeita a estes e não à convenção de prova. Inválida seria também a convenção de prova em que, no âmbito do regime vigente, antes da entrada em vigor da Lei n.º 61/2008, de 31 de Outubro, as partes convencionassem que a inquirição de testemunhas teria lugar, por acordo das partes, relativamente à factualidade controvertida em acção de divórcio consentimento (convenção inválida por violação da condição específica de validade enunciada em primeiro lugar). A circunstância de a comunidade então impor, com carácter imperativo, a verificação de requisitos mínimos para que pudesse haver lugar a dissolução do vínculo matrimonial, conduzia a que a matéria factual não devesse ser passível de tratamento procedimental dotado de válvulas de abertura, directa ou indirecta, à conformação privada. Alterado tal condicionamento, mediante permissão da possibilidade de extinção do casamento por consentimento, entre os cônjuges, independentemente da verificação de quaisquer pressupostos, deixará de se revelar pertinente (também no âmbito das acções de divórcio ou separação sem consentimento de um dos cônjuges), o fechamento à possibilidade daquela conformação (quando assente, esta, na vontade das partes e suportada em hipótese normativamente prevista, como a constante do art. 517.º do Código de Processo Civil)? Se às partes é dado provocar a extinção do casamento, mediante requerimento nesse sentido formulado ante autoridade pública, ser-lhes-á também permitida, em acção destinada a produzir o mesmo efeito jurídico, a possibilidade de (se quanto a tanto alcançarem acordo)

Uma vez invocada, processualmente, convenção de prova, a conclusão relativamente à sua nulidade ou não dependerá, assim, também aqui, da avaliação que o decisor em concreto desenvolva relativamente à validade de tal convenção na acção em causa, o mesmo é dizer, do sentido da sua pronúncia quanto à invalidade ou não desse negócio jurídico, considerando os critérios especialmente previstos relativamente à particular convenção de prova objecto de decisão, bem como os em geral aplicáveis às convenções de prova.<sup>997</sup> Pressupõe, portanto, uma ponderação decisória, fundamentada, a realizar pelo terceiro imparcial.

A circunstância de nem todas as normas procedimentais que se impõem como inderrogáveis, ante as partes, manterem tal natureza, relativamente ao juiz, conduz à observação que sublinharemos na segunda ressalva. Como BÜLOW nota, também nesta hipótese está em causa direito dispositivo, conquanto tal dispositividade se circunscreva à pessoa do decisor.<sup>998</sup>

---

convencionarem, em uso da faculdade legalmente prevista, que as testemunhas serão inquiridas pelos mandatários? Cremos que não é da circunstância de a ordem jurídica permitir a livre extinção do casamento, por consenso, que resulta a possibilidade de as partes poderem dispor da prova, nesse tipo de acções. Da faculdade permitida às partes em caso de *consenso* quanto à solução para o conflito não são extraíveis ilações quanto à liberdade das mesmas partes, no mesmo tipo de processos, quando exista *dissenso* relativamente ao mesmo aspecto. Quando, porém, juridicamente se contempla (como sucede no ordenamento jurídico português) a admissibilidade de válida celebração de convenções de prova (assim se permitindo a conformação privada em caso de *dissenso* quanto ao conteúdo da solução que ponha termo ao litígio), a indisponibilidade da relação jurídica substantiva deixa, no âmbito do regime jurídico civil (relativo ao divórcio) que referimos, de representar fundamento de invalidade da convenção de prova. A diferente chega WAGNER, no âmbito do direito alemão (*Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988. p. 688), sem que tanto signifique, contudo, ser diverso, o nosso entendimento, relativamente àquele que o autor propugna. É distinto, na verdade, o pressuposto normativo de que WAGNER parte, na medida em que se refere ao §1566, Abs. 1 do BGB, nos termos do qual inilidivelmente se presume a ruptura do casamento, quando tenha decorrido um ano de separação de facto, se o divórcio for requerido por ambos os cônjuges ou se o réu consentir (“Es wird unwiderlegbar vermutet, dass die Ehe gescheitert ist, wenn die Ehegatten seit einem Jahr getrennt leben und beide Ehegatten die Scheidung beantragen oder der Antragsgegner der Scheidung zustimmt”).

<sup>997</sup> Conclui-se, nestes termos, relevarem, quanto às convenções de prova que se consideram, condições de validade, cuja aplicabilidade, nesta sede, se começou por admitir (na subsecção I da Secção anterior) a título de mera hipótese.

<sup>998</sup> Seguimos, pois, quanto a este aspecto, a perspectiva de BÜLOW, por igualmente não entendermos que apenas as normas, cujo regime jurídico possa ser alterado pelas partes (que já não as modificáveis pelo juiz) sejam qualificáveis como dispositivas (“Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung”, *Archiv für die zivilistische Praxis*, 64, 1881, p.78). O que, assumindo posição distinta da propugnada por SCHIEDERMAIR (*Vereinbarungen im Zivilprozeß*, Ludwig Röhrscheid, Bonn, 1935, p. 52), equivale a sustentar que a natureza dispositiva ou não das normas jurídicas não é aferível apenas em relação aos sujeitos processuais que ocupam a posição de partes. Nem, porém, todas as hipóteses que BÜLOW enuncia, a título de normatividade beneficiária desta classificação, se nos afiguram incluíveis no âmbito deste círculo. Se, como refere, nele se integram as normas relativas à tramitação do processo (quando ao juiz se concedam poderes de adequação formal ou de gestão processual), já não assim quando se consagra o princípio da livre apreciação da prova pelo decisor. A circunstância de, neste caso, o juiz decidir de acordo com critério em que a sua vontade (na apreciação da prova), exercida de modo discricionário (que não arbitrário, na medida em que juridicamente conformado), assume papel preponderante, não significa que, por essa via, se altere normatividade de outro modo subsidiariamente aplicável. Diferentemente, o exercício de tais amplos poderes de apreciação tem lugar em cumprimento de norma legal (que, ademais, entendemos imperativa, como *infra* se explicitará).

Assistindo a este poderes de adequação formal e gestão processual, beneficia de mais amplo (relativamente às partes) poder conformador do procedimento de prova.<sup>999</sup>

Excluídas as normas que, também ante o juiz, se revelam imodificáveis, distingue-se, pois, o conjunto (maioritário) de regras, cujo conteúdo está ao alcance do seu poder conformador.

Importa conciliar esta geral capacidade moduladora do procedimento com o significado que assume a invocação processual de uma convenção de prova que tenha por objecto normatividade jurídica de índole procedimental e dotada de natureza imperativa ante as partes. Atenta a natureza imperativa, relativamente às partes, da normatividade objecto de modificação em sede de convenção de prova, esta padecerá de nulidade.

A pretensão, processualmente expressa, no sentido da vigência, no concreto processo, de um regime jurídico convencional, a que há lugar quando a convenção de prova é invocada em juízo, traduz o pedido ou requerimento de que seja proferida decisão permissora da operatividade ou aplicação do teor da convenção e, assim, da modificação, em conformidade, do regime processual aplicável.

Quer o negócio jurídico processual seja válido, quer seja inválido – o que, por princípio, só se apurará, com carácter vinculativo, após concreta avaliação e decisão na instância –, há sempre lugar a manifestação de vontade, pelas partes, no sentido de que seja adoptada a solução procedimental constante da convenção, modificando-se, em conformidade, as regras processuais aplicáveis na acção.

Caso o decisor venha a concluir que a convenção é inválida, esta deixa, enquanto tal, de ser fonte das alterações procedimentais que, por seu intermédio, as partes propugnavam. O negócio jurídico não será, em consequência, o facto jurídico produtor de tais modificações.

Não se nos afigura, assim, validamente celebrável, convenção nos termos da qual, como sucede no exemplo hipotizado por EICKMANN, as partes convençionem que as testemunhas serão ouvidas por via telefónica<sup>1000</sup>, sem embargo de o juiz assim o poder decidir, por acto próprio, com base nos poderes de conformação da lide que oficiosamente lhe assistem, quando com tal amplitude legalmente se tenha concebido a extensão do poder de adequação formal.

Resta, contudo, a eventualidade de, por via da interpretação do teor da convenção, em conjugação com os termos em que o pedido é processualmente formulado, se apurar ser intenção das partes que o regime constante do acordo se aplique no processo, independentemente da validade ou invalidade deste último.

---

<sup>999</sup> A concessão de tais poderes implica, nota Mariana França GOUVEIA, a concepção do juiz enquanto sujeito com “visão pró-activa das regras instrumentais que aplica”, sendo que, só mediante efectiva, adequada e equilibrada execução dessa prerrogativa, pelo decisor, em ordem a obter a “justa composição do litígio”, o escopo normativo de inclusão deste princípio no “xadrez” processual, se cumpre, *Regime Processual Experimental*, Almedina, 2006, p. 32.

<sup>1000</sup> *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochumer juristische Studien Nr. 57, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1987, p. 41.

Nesta hipótese, a invocação processual da convenção configurará formulação de pretensão *ampla* de vigência do regime de procedimento de prova (diverso do legal), constante do acordo, representando, então, o pedido, dirigido ao terceiro decisor (de conceder relevo ao acordo, no processo), pretensão no sentido de aplicação do regime constante da convenção, ainda quando esta não possa constituir a causa jurisdicional de tal aplicação. Envolve, neste caso, tal pedido, o requerimento de que, mesmo que a vigência, na instância, do regime jurídico previsto no pacto de prova, não possa ter por fonte a convenção celebrada, a aplicação de tais regras opere por via do exercício dos poderes de adequação e gestão processuais que assistem ao decisor. Que assim se conclua não é indiferente, no que diz respeito aos termos de exercício da actividade jurisdicional, ao abrigo do princípio do inquisitório (no que respeita à conformação do processo), na medida em que, ante tal pedido, se torna imperioso, para o decisor, justificar, em sede de fundamentação, a opção que realize no sentido do exercício ou não de tais poderes, quando, de outro modo, não se lhe imporia explicitar as razões que o determinassem a não adoptar, quanto à tramitação da instância, regime que não o legalmente previsto para a hipótese em causa.<sup>1001</sup>

Fundamentação em que considerará, *quer* a natureza supletiva ou imperativa, ante si, das normas cujo teor se pretende derogar, *quer* (admitindo o carácter supletivo da regra processual em causa) a adequação ou inadequação que, no processo que se considera, representaria a adopção (ao abrigo dos referidos poderes) da solução proposta.

Porque o exercício destes poderes processuais do juiz pode ser desenvolvido na sequência de solicitação de ambas as partes ou da formulação de pedido por apenas uma delas, o exposto vale, quer para a hipótese em que autor e réu se manifestam de acordo, no que diz respeito à vigência da solução constante da convenção de prova, quer nos casos em que apenas uma das partes sustenta tal aplicação, deparando-se com a invocação, pela outra, de argumentos de sentido inverso.

Acresce que a adopção do regime constante de convenção inválida pode ser officiosamente adoptado pelo decisor, no âmbito do exercício dos referidos poderes de gestão e adequação processuais (independentemente de estímulo nesse sentido desenvolvido pelas partes ou por uma delas), quando as razões de tal invalidade se prendam com a violação de normas que, imperativas embora ante as partes, não assumam tal natureza ante o juiz.<sup>1002</sup>

---

<sup>1001</sup> Também aqui releva a adequada compreensão da noção de discricionariedade, bem como das implicações que lhe estão associadas. Se tal qualidade permite alhear a decisão de controlo, em sede de recurso, não a torna cidadã do universo da arbitrariedade. Não representa, por isso, razão justificativa para, quanto a ela, prescindir de garantias processuais gerais, co-naturais ao exercício da actividade jurisdicional, designadamente a que respeita ao dever de explicitação racionalmente coerente e sustentada do teor da decisão proferida (dever de fundamentação).

<sup>1002</sup> No que diz respeito à relação entre o regime da prova livre e as convenções de prova, EICKMANN sustenta que, na sua maioria, as convenções de prova em que se apela à convocação daquele regime representam convenções relativas à produção de prova (que não quanto a novos meios de prova), sendo que uma das mais frequentes notas de contraste entre o regime legal e o convencionado diz respeito à não observância do princípio da imediação. O tribunal não fica, porém, em seu entender (como acima observado) vinculado pela convenção, sendo-lhe facultada a possibilidade de, de acordo

A adaptação processual realizada, em qualquer das mencionadas circunstâncias, pelo decisor, consubstanciará, assim, forma de assegurar a mais lograda realização processual possível dos direitos subjectivos exercidos em juízo, com o que se dá cumprimento à fundamental razão, evidenciada por MADEIRA DE BRITO, justificadora da previsão normativa do princípio da adequação formal – permitir que o processo cumpra a sua função instrumental, sem incorrer nos riscos, temidos por IHERING, associáveis à absoluta ausência da legalidade de formas, nem no perigo oposto, de não desenvolvimento, no caso concreto, da actividade jurisdicional mais adequada às particularidades de cada instância, como consequência do espartilho imposto pelo regime formal abstracta e geralmente concebido.<sup>1003</sup> Trata-se de, no quadro geral da estrutura formal abstractamente definida, dotar o processo da “plasticidade adequada a captar o *corpus magmático*” do concreto litígio.<sup>1004</sup>

A hipótese que ora consideramos (e quanto à qual admitimos poder relevar linha de raciocínio que PEZZANI expressamente exclui<sup>1005</sup>) é, assim, diversa daquela a que se reporta EICKMANN (e de que *supra* demos nota), quando observa que ao decisor deve ser reservada a possibilidade de avaliar se o regime constante da convenção, relativa ao procedimento de prova, deve ou não ser aplicado na acção.<sup>1006</sup>

---

com o juízo que formule relativamente à adequação do regime dela constante para a boa decisão da causa, optar ou não pela sua observância. O autor parece, porém, distinguir a hipótese em que, ao invés de preverem um regime de prova a observar judicialmente, as partes apresentem ao tribunal prova antecipadamente por si produzida extrajudicialmente, sustentando que, neste caso, em conformidade com o previsto no §286 ZPO, o tribunal deve ter esta informação probatória em consideração, quando proceda à decisão da matéria de facto. Invoca também, para corroboração dessa posição, a circunstância de tanto constituir manifestação do princípio do dispositivo, *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochumer juristische Studien Nr. 57, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1987, pp. 89 a 91. Afigura-se-nos, porém, que o princípio constante do referido §286 respeita ao momento da apreciação da prova, dele resultando que o tribunal apreciará livremente a prova *produzida* anteriormente *admitida*. O problema da admissibilidade de consideração processual da informação probatória suscita-se, nesta medida, em fase anterior àquela em que releva o princípio da livre apreciação, pelo que este não responde às questões relacionadas com aquele problema (da possibilidade ou impossibilidade de entrada da prova, no ambiente processual). Questão distinta, mas à margem do âmbito da presente investigação, respeita às circunstâncias em que o *tribunal* pode, por sua iniciativa, recorrer à produção de prova de acordo com as regras da *Freibeweis*.

<sup>1003</sup> “O novo princípio da adequação formal”, *Aspectos do Novo Processo Civil*, Lex, Lisboa, 1997, pp. 34 e ss.

<sup>1004</sup> A expressão é de SOARES GOMES, “Um olhar sobre a prova em demanda da verdade no processo civil”, *Revista do CEJ*, 2. Semestre 2005, Número 3, p. 128.

<sup>1005</sup> A autora sustenta dever-se negar, em absoluto, a concessão, ao decisor, da prerrogativa de alterar as normas procedimentais relativas à prova, para o que invoca a existência de princípios constitucionais inderrogáveis, bem como exigências de “coerência e controlabilidade do sistema”, *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 166. Esta objecção depara-se, porém, com a possibilidade de ser aduzido contra-argumento, no sentido de que a concessão daqueles poderes se circunscreve às espécies normativas, cuja alteração não ofenda outras regras ou princípios imperativos e se revele insusceptível de fazer perigar a unidade e a coerência do sistema processual.

<sup>1006</sup> Se o autor parte do pressuposto da validade da convenção e reserva a possibilidade de, por decisão jurisdicional, o regime dela decorrente não ser efectivamente aplicado no processo, na hipótese que tomamos, partimos da invalidade do pacto, ressaltando, contudo, a possibilidade de, por decisão jurisdicional, o regime dele constante vir a merecer aplicação na instância (conquanto não com base em assento pactício). Questionamo-nos, por outro lado, se, na primeira hipótese, está em causa uma verdadeira convenção ou mera concordância entre as partes que o juiz pode tomar ou não como mote

### Capítulo III - Convenções relativas à decisão sobre a matéria de facto controvertida

Considerar-se-ão, agora, as convenções, cujos efeitos se repercutem no domínio da prova tomada na sua quarta dimensão.

Quando nos pronunciámos sobre as várias dimensões que a prova assume, dissemos ser esta dimensão (quarta) insusceptível de ser objecto de convenção, na medida em que representa realidade existencial. Proferida decisão sobre a controvérsia factual, passa aquela a constituir resultado consumado, alheio aos efeitos de qualquer convenção. Não, assim, porém, quando o pacto seja celebrado em momento anterior a tal prolação, tendo por escopo determinar o seu conteúdo.

Se, no primeiro tipo de convenções de prova analisado, considerámos acordos que relevam na fase pré-decisória (da matéria de facto) e, na segunda modalidade de convenções de prova a que nos referimos, vimos estarem em causa convenções susceptíveis de relevar em qualquer um dos momentos processuais relativos à prova, consideraremos agora convenções, cujo domínio aplicativo se circunscreve ao momento de prolação de decisão quanto à matéria de facto controvertida, por dizerem exclusivamente respeito à fase em que o juiz, decorridos os momentos em que se desenvolve a actividade instrutória (quando a ela haja lugar), se pronuncia, extinguindo a dúvida que remanesça quanto às versões factuais processualmente relevantes, o que, quando tanto se afigure possível, fará com base nas ilações a retirar da informação colhida no decurso da actividade processual anterior.<sup>1007</sup>

Adentro das fronteiras da controvérsia processual quanto à factualidade (no interior, portanto, do perímetro probatório), vimos ser adoptável uma noção mais ou menos ampla de prova, atento o escopo<sup>1008</sup> que se lhe associe. Dada a adopção, no âmbito do art. 345.º do Código Civil, de uma noção amplíssima de prova (a incluir o próprio fundamento desonerador) será essa, como então observado, a noção a considerar para o presente efeito, muito embora supere o âmbito máximo que reconhecemos à noção de prova, em sentido próprio (âmbito amplo).

O critério que presidirá ao percurso de análise das convenções de prova relativas à decisão da matéria de facto controvertida, toma por base o tipo de efeito que o acordo de prova tenha ao nível da actividade decisora, considerando tal efeito

---

para a prática de acto próprio, ao abrigo de poderes de conformação do processo. Dúvida que se avoluma, quando ponderamos que a base que o autor invoca para sustentar tal posição reside na salvaguarda que se previa, no referido e revogado Abs. 4 do §377 da Zivilprozessordnung (nos termos do qual o decisor só autorizaria o depoimento testemunhal escrito se tanto se revelasse adequado ante o concreto circunstancialismo), justamente porque, atenta a relatividade do relevo concedido à vontade das partes, não se nos afigura inequívoco que a figura prevista em tal preceito configurasse uma verdadeira convenção de prova (*Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochumer juristische Studien Nr. 57, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1987, p. 85).

<sup>1007</sup> Razão por que, se a presente modalidade de convenções de prova contende sempre, como referido em texto, com a prova tomada na sua quarta dimensão (por nela se reflectir de modo próximo), pode igualmente relacionar-se com a prova considerada, na sua terceira dimensão (o que sucederá, quando a decisão assente em base densa).

<sup>1008</sup> Comprobativo ou não e, quando comprobativo, por via declarativa, demonstrativa ou inferencial.

sob o ângulo de relação que mantém com o tipo de base decisória (densa ou não) em que, atentos os diferentes fundamentos integráveis na noção amplíssima de prova, a decisão se revela susceptível de assentar.

Distinguiremos, em correspondência, duas *hipóteses*:<sup>1009</sup> a *hipótese* em que a convenção condiciona a liberdade do decisor, quanto à apreciação da *prova* (tomando por esta a informação proporcionada por qualquer base densa)<sup>1010</sup> e a *hipótese* em que a convenção define um sentido decisório, em convocação de regime, cujo relevo assoma em circunstâncias em que o juiz se depara ante a *impossibilidade* de decisão com fundamento na *prova*, em virtude de não serem dela retiráveis conclusões úteis para o juízo decisório ou de a ela não ter havido lugar. *Hipótese* (esta última) que se reconduz àquela em que o juiz decide, suportado em base branca, mediante recurso às regras de distribuição do ónus da prova.

Cumprе ressaltar, em conformidade com o exposto na Parte I, que, representando, a categoria de pactos que ora consideramos, modalidade de convenções de prova, se excluem, deste domínio, as convenções que, condicionando, também, embora, a *decisão* quanto à matéria de facto (por concederem *base* para essa pronúncia), consubstanciem reconhecimento (individual ou conjunto) das partes, quanto à factualidade controvertida; reconhecimento que o decisor assimila processualmente, tomando-o como suporte da decisão, quanto à matéria de facto decidenda. Considerando os diferentes planos relevantes, ao nível da resolução de um conflito jurídico a que acima nos reportámos, estar-se-á, nessas hipóteses, no domínio dos factos relativamente aos quais a pronúncia judicial assenta em definição factual realizada pelas partes, na via do consenso. Trata-se, assim, de matéria factual decidenda que se situa fora do âmbito do *thema probandum* (não assumindo natureza controvertida), em domínio alheio ao objecto da prova e, conseqüentemente, em área diversa daquela a que as convenções de prova respeitam (área do dissenso), não obstante integrar o *thema decidendum*.<sup>1011</sup>

---

<sup>1009</sup> Correspondentes a duas submodalidades de convenção de prova, relativas à decisão sobre a matéria de facto controvertida.

<sup>1010</sup> Este tipo de convenções de prova não se confunde, pois, com aquele (correspondente à primeira modalidade de convenções que considerámos – convenções relativas aos meios de prova) em que a apreciação da prova pelo decisor também é convencionalmente condicionada, mas por via indirecta. Nessa hipótese, as partes regulam actividade a desenvolver, pelo juiz, em momento que, no quadro do cronograma processual, se situa em ponto anterior, quando cotejado com aquele que ora consideramos (correspondente àquele em que o juiz decide sobre a admissão ou não do meio de prova), sendo que, da decisão (nesse momento, sito a montante), em sentido negativo, relativamente à admissibilidade do meio de prova (prova na sua primeira dimensão), decorre necessariamente (quando válida e, assim, respeitada a convenção) a consequência da impossibilidade de apreciação, em momento processual posterior, da informação proporcionável pelo meio de prova em causa (prova na sua terceira dimensão). A repercussão de tais pactos, no que diz respeito à actividade de apreciação da prova, ocorre, diferentemente, por via directa, no âmbito das convenções sobre que ora ponderamos. Relevam, a este propósito, as considerações *supra* expendidas (no âmbito da análise de argumentos adutíveis, no sentido da admissibilidade de prova atípica), relativamente ao sentido e domínio aplicativo do princípio da livre apreciação da prova.

<sup>1011</sup> Sobre o relevo da audiência, prevista no art. 183. do Codice di Procedura Civile, ao nível da definição, quer do *thema decidendum*, quer do *thema probandum*, Mario CONTE, *Le prove civili*, 2. ed., aggiornata alla legge di riforma del processo civile 18 giugno 2009, n. 69, Milano: Giuffrè, 2009, pp. 98 e ss.

## **Secção I - Convenções relativas à decisão da matéria de facto controvertida com base na apreciação da prova<sup>1012</sup>**

Consideremos a primeira submodalidade de convenções, relativas à decisão sobre a matéria de facto controvertida.

Se, quando a convenção de prova respeita ao momento da decisão, quanto à matéria de facto objecto de controvérsia, o objectivo das partes é sempre o de estabelecer regime próprio, no que diz respeito aos *critérios* que o tribunal deve adoptar no âmbito desse processo decisório, a particular categoria de convenções de prova em que ora se atenta conduz a tal efeito mediante previsão de regras, distintas das legalmente previstas, relativas à autonomia de que o decisor beneficia, quando atingido o momento de apreciar a informação probatória processualmente absorvida.

Pretendem, pois, as partes, por esta via, moldar os termos em que o decisor poderá desenvolver trabalho sobre a prova, conformando, por essa via, convencionalmente, o grau de liberdade de que este dispõe, em sede de *apreciação da prova*<sup>1013</sup> (*Beweiswürdigung*).

Tomando por referência o material de decisão em que a prova se consubstancia, trata-se, neste quadro, de, por intermédio de convenção, conformar *internamente* (isto é, adentro da área em que tal base de decisão – a prova, tomada na sua terceira dimensão – é considerada) a margem de análise de que o decisor dispõe para autonomamente proferir decisão que se ancore nesse fundamento.

### ***Subsecção I – Dimensões da liberdade de apreciação da prova pelo decisor e seu condicionamento***

Havendo, por efeito deste modelo convencional, alteração do regime legal, relativo à amplitude da margem de liberdade de apreciação da prova, pelo decisor, em sede de pronúncia quanto à matéria de facto controvertida, importará, num primeiro

---

<sup>1012</sup> Este o tipo de convenções reguladoras da actividade processual através da qual se confere efectividade ao que COMOGLIO, FERRI e TARUFFO designam por “*diritto alla valutazione delle prove dal parte del giudice*”, *Lezioni sul processo civile, I, Il processo ordinario di cognizione*, 4ª ed., il Mulino, Bologna, 2011, p. 463. Optamos pela designação referida no corpo do texto e não pela de “convenções relativas à valoração da prova”, na medida em que, na presente categoria de negócio jurídico, englobamos hipóteses em que, mediante celebração de convenção de prova, se alteram as regras processuais relativas à actividade *de* apreciação e extracção de consequências da base de trabalho densa (consolidada ou não) sobre que o decisor opera, bem como *de* formulação e expressão de conclusão relativamente à matéria factual controvertida. Trata-se, assim, de categoria convencional no âmbito da qual o condicionamento, pelas partes, da actividade valorativa do decisor é apenas um dos objectos possíveis. Indicaremos, oportunamente, a particular categoria de convenções de prova relativamente às quais tal designação se aplica com propriedade.

<sup>1013</sup> Quando tomada a prova na sua terceira dimensão.

momento, discernir quais os principais traços de tal regime (definido pelo legislador), nas diversas feições que tal liberdade pode assumir, assim se delimitando as dimensões das regras jurídicas relativas à prova susceptíveis de assumir relevo no âmbito da presente categoria de pactos de prova.

### I.1. Condicionamento legal

A área de liberdade do decisor, em sede de apreciação da prova, pode ser legalmente condicionada por três vias essenciais: *mediante* definição do *grau de conhecimento*, pelo juiz, do fruto da prova; *mediante* sobreposição, ao *sentido* de convicção do juiz, de um sentido decisório legalmente determinado; e *pela* justaposição, ao *grau de convicção* formado pelo julgador, de um grau de convicção pré-estabelecido.

As duas primeiras vias de condicionamento da liberdade do decisor, *quanto à* apreciação da prova processualmente absorvida, têm em comum a circunstância de condicionarem a liberdade do juiz *na* apreciação da prova. Este condicionamento opera, porém, em termos diversos em cada uma das referidas vias, como de seguida procuraremos explicitar.

#### I.1.1. Definição do grau de conhecimento da prova

O *primeiro* tipo ou via de limitação da liberdade (por definição do grau de conhecimento do resultado da prova), releva em hipóteses em que o legislador prevê que, ao contrário do que constitui a regra, o juiz desenvolverá uma apreciação puramente superficial ou perfunctória dos elementos proporcionados pela prova (não exigindo desta um conhecimento profundo).<sup>1014</sup> Grau cuja observância não constitui mera faculdade, antes dever cujo respeito se impõe, quando necessário à produção do efeito próprio do processo a que é normativamente associado.<sup>1015</sup> Assim acontece, por

<sup>1014</sup> LIEBMAN sublinha, a este propósito, distinguem-se várias “gradazioni della prova”, designando o grau, correspondente à hipótese que se considera, por *semiplena probatio*. No âmbito deste último, o resultado obtido revela-se tão só “credível ou verosímil”, não ficando excluída a possibilidade de se ter verificado a versão inversa da factualidade em causa. Tanto, diferentemente do que sucede no âmbito da *prova*, sede de “certezza vera e propria”, *Manuale di diritto processuale civile*, II, 4ª ed., Giuffrè, Milano, 1992, p. 77.

<sup>1015</sup> Cumpre, pois, atentar *no sentido* das fronteiras limitativas que o legislador assim define. Afigura-se visar este, norteado pelo intuito de assegurar a eficácia da acção principal, *por um lado*, circunscrever os meios de que o juiz dispõe para prolação de decisão cautelar, mediante restrição do período de pendência processual (por via da redução dos prazos relevantes nas diversas fases do procedimento) e diminuição do número de meios de prova susceptíveis de proporcionar informação em que o juiz possa alicerçar a decisão; *por outro lado*, conceder que o juiz explore superficialmente o material de prova de que dispõe (em *summaria cognitio*) e profira decisão cautelar ainda que não logre atingir o grau de convicção que corresponde ao parâmetro da certeza objectiva, exigível no âmbito da acção principal. Os termos em que o juiz é vinculado por cada um dos referidos limites não são, porém, equivalentes. [Em congruência com a superficialidade desse conhecimento, prevê-se, quanto ao grau de convicção, que a

exemplo, no âmbito dos procedimentos cautelares, em que, atenta a especial celeridade (legalmente classificada em nível de urgência), necessário para salvaguarda do efeito útil da decisão a proferir na acção principal) que os caracteriza, se prevê que haja lugar a conhecimento sumário dos elementos de prova.<sup>1016</sup>

---

providência será decretada quando “haja *probabilidade séria* de existência do direito e se mostre *suficientemente fundado* o receio da sua lesão” (art. 368.º, n.º 1 do Código de Processo Civil, itálico nosso). A possibilidade de substituição do decretamento da providência por caução e a subordinação da concessão da providência a prestação de caução representam, respectivamente, formas de procurar evitar o risco de erro de decisão decorrente da adopção daquele critério de decisão e de garantia de eliminação das consequências decorrentes da verificação desse erro (cfr. arts. 368.º, n.º 3 e 374.º, n.º 2 do Código de Processo Civil). Se, o primeiro tipo de circunscrição, consubstancia limite, cuja superação o legislador não admite em nenhuma circunstância [não sendo dado ao tribunal o poder de conceder prazos superiores aos fixados, nem admitir a produção de meios de prova em termos colidentes com os legalmente contemplados (admitindo, por exemplo, a prestação de depoimentos testemunhais em número superior ao limite máximo estabelecido pelo legislador)], o segundo tipo de previsão representa redução do *grau de conhecimento* (da prova que foi objecto de introdução no processo) e do *grau de convicção* (quanto à ilação que o decisor retira da apreciação do material de prova) com que o legislador contemporiza, *na medida* em que seja necessária para consecução do fim último da tutela cautelar (garantir a utilidade da via mediata de exercício de direitos em que se traduz a decisão da acção principal). Impende, assim, sobre o juiz, o *dever* de, quando mais lhe não seja permitido pela escassez de tempo de que dispõe (eventualmente associado à complexidade da questão a decidir ou a outros factores inviabilizadores de profundo conhecimento do material de prova ao seu alcance), desenvolver apreciação perfunctória dos elementos de prova disponíveis no processo, não lhe assistindo a prerrogativa de, adensando o *grau de conhecimento* ou de *convicção*, pôr em risco a possibilidade de realização do fim justificativo da tutela cautelar, mesmo que tanto implique (e esta implicação não tem de se verificar com carácter necessário) decidir sem que tenha cabalmente analisado toda a informação disponível e sem que tenha alcançado convicção segura relativamente ao juízo de facto que formula (antes com base em convicção que não supera o grau da mera probabilidade). Sobre si impende, porém, simultaneamente, o *dever* de, dentro das limitações temporais de que dispõe, desenvolver actividade de apreciação da prova, no sentido de alcançar o maior *grau de conhecimento* que lhe seja possível, em ordem a, atingir o máximo grau de solidez de *convicção* que se afigure viável, incluindo o da certeza objectiva, se concretizável. A redução do *grau de conhecimento* da prova não representa, assim, uma imposição legal prevalecte em qualquer contexto, antes como forma de assegurar que se profere decisão, correndo o menor risco possível de o teor da decisão não coincidir com a realidade factual, gerando decisão injusta, desde que a actividade que tal conhecimento importe não prejudique o respeito pelo período legal concedido para prolação de decisão (e, assim, o efeito útil desta). Que estes graus de conhecimento e de convicção são susceptíveis de ser atingidos no âmbito da tutela cautelar é confirmado pelo actual regime de inversão do contencioso na tutela cautelar, nos termos do qual se prevê que, se o julgador puder formar convicção segura relativamente à titularidade do direito, cuja garantia o requerente pretenda assegurar mediante propositura do procedimento cautelar, deverá, aquele, se tanto lhe for pedido, inverter o contencioso, passando a impender sobre o requerido o ónus de propor a acção principal (cfr. art. 369.º do Código de Processo Civil). Tanto revela que é possível, no âmbito da tutela cautelar, atingir grau de convicção superior ao da mera probabilidade (o que mais provavelmente tenderá a acontecer, quando o juiz logre superar o grau superficial de análise da prova), bem como que essa possibilidade não só não é contrária do espírito do legislador, como é possibilidade cujas virtualidades este explora, em sede do regime que estabelece. Para reflexão (desenvolvida em momento anterior à entrada em vigor da Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho) sobre as coordenadas desta nova configuração da relação entre procedimento cautelar e acção principal, vd. Paula COSTA E SILVA, “Cautela e certeza: breve apontamento acerca do proposto regime de inversão do contencioso na tutela cautelar”, *Revista do Ministério Público*, caderno 11, 2012, pp. 138 e Rita LYNCE DE FARIA, “Apreciação da Proposta de inversão do contencioso cautelar apresentada pela Comissão de Reforma do Código de Processo Civil”, na mesma publicação, pp. 48 a 60].

<sup>1016</sup> JAUERNIG reporta a verosimilhança a todos os tipos de decisão, distinguindo, adentro daquela, a verosimilhança própria das hipóteses em que há denso conhecimento da prova, da mera

O condicionamento da liberdade de decisão não se verifica, assim, nesta hipótese, mediante circunscrição das ilações a extrair da prova, na sequência de limitação da possibilidade de autónoma apreciação crítica do material probatório, antes por limitação do estrato de profundidade de análise do material objecto de apreciação – o juiz não vê alterados os gerais critérios que lhe conferem (quando aplicáveis) autonomia quanto às *consequências* a retirar da prova, para efeitos de conformação do *conteúdo* da decisão, antes resulta diminuído o grau de profundidade com que deve considerar a informação que lhe é dado conhecer (porque absorvida no processo).<sup>1017</sup>

Restringe-se o grau de possibilidade de *manuseamento intelectual* do meio de prova, não o tipo de sentido decisório susceptível de ser retirado da informação que este veicula, o mesmo é dizer, não o tipo de resultado susceptível de ser obtido na sequência daquela exploração racional limitada do material de prova. Restringe-se a *mecânica operativa*, não o fruto susceptível de ser feito defluir do labor com base nela desenvolvido.

### *1.1.2. Sobreposição de sentido decisório de terceiro ao sentido decisório do juiz*

Diferentemente, no segundo tipo de limitação da liberdade de decisão enunciado, é o grau de autonomia do decisor, no que diz respeito às *conclusões* a retirar da matéria proporcionada pela actividade instrutória, que está em causa, sendo que tal limitação opera mediante imposição de um sentido decisório (quanto às ilações a colher), se verificadas determinadas circunstâncias, impedindo-se, quando assim, que o decisor exprima, em decisão, a convicção que tenha formado.

---

“verosimilhança predominante” (“*überwiegende Wahrscheinlichkeit*”), própria das hipóteses em que há lugar a conhecimento perfunctório dos elementos de prova, *Zivilprozessrecht*, 29. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2007, p. 158. A decisão com base em juízo de mera verosimilhança (*Glaubhaftmachung*, a que o legislador alemão se refere no §294 da *Zivilprozessordnung*) representa, assim, via, usada pelo legislador, de proporcionar tutela efectiva. Como Remédio MARQUES observa, a possibilidade de realização, na prática (se necessário, mediante recurso à coacção) do teor da decisão a proferir, representa uma dimensão indissociável da jurisdição, pelo que a tutela jurisdicional se não encontra assegurada com a mera garantia de que, em juízo, possa haver “prova, discussão e decisão acerca da violação do direito...”, *A penhora e a reforma do processo civil Em especial a penhora de depósitos bancários e do estabelecimento*, Lex, Lisboa, 2000, p. 13. O autor pronuncia-se quanto ao relevo que a tutela cautelar assume no particular âmbito dos direitos de propriedade intelectual, em “ A arbitrabilidade dos litígios e a dedução de *providências cautelares* por empresas de medicamentos de referência, na sequência da aprovação de medicamentos genéricos”, *Julgar*, Janeiro-Abril, 2012, pp. 70 e ss.

<sup>1017</sup> Existe, ademais, limitação da liberdade de conhecimento da informação *absorvível* (em abstracto susceptível de ser produzida, mas não inserida no processo), atenta a circunscrição legal do número de meios de prova mobilizáveis. Este é, porém, um limite imposto pelo legislador e que, sob o ponto de vista convencional, encontra correspondência dos efeitos produzidos pela primeira modalidade de convenções de prova que considerámos (relativa aos meios de prova), com a particularidade de, da restrição a que, na hipótese em análise, há lugar decorrer, não a impossibilidade de recurso a um dado meio de prova, mas a limitação da extensão com que o uso do meio de prova pode ter lugar no processo.

*1.1.2.1. Níveis de liberdade de definição jurisdicional do conteúdo decisório*

No âmbito da reflexão sobre o *segundo* tipo ou via de limitação legal da liberdade (mediante sobreposição, ao sentido de convicção do juiz, de sentido decisório legalmente determinado), cumpre distinguir *três* níveis em abstracto discerníveis, quanto ao grau de liberdade de que o decisor beneficia *na* apreciação da informação susceptível de constituir fundamento de decisão da matéria de facto controvertida, no que diz respeito ao tipo de inferências de conteúdo retiráveis da prova.

A fundamental nota diferenciadora entre estes (níveis) prende-se com a relação que se estabelece entre o processo (interno) de formação de convicção por parte do julgador (de acordo com o princípio geral da livre apreciação da prova) e (quando exista) o sentido decisório previamente fixado pelo legislador e dotado de carácter vinculativo (a título condicional ou não) para o julgador. Objecto de análise será, assim, neste contexto, o critério de decisão por que o tribunal se norteia, quando profere decisão quanto à matéria de facto controvertida, bem como o grau de impacto, nessa actividade de pronúncia jurisdicional, do sentido de decisão que se encontre legalmente definido.

À ordem de enunciação, por que optaremos, dos níveis em causa, corresponde grau decrescente de margem de liberdade decisória (a que pode associar-se acrescido grau de esforço, para uma das partes, no sentido de lograr influir, em termos coincidente com a posição que sustentam) na conformação do teor da decisão a proferir).

a) Ampla liberdade de definição autónoma

Num *primeiro nível* (de base, no âmbito do qual vigora a regra de liberdade de apreciação da prova pelo juiz) incluem-se os casos em que o único critério decisório relevante será a convicção livremente formada pelo juiz, relativamente à base de decisão em que consiste a informação defluente dos meios de prova.<sup>1018</sup>

No âmbito deste primeiro perfil, o decisor nortear-se-á apenas pela conclusão que apure (quanto ao crédito que a fonte de prova merece e, em corolário, quanto à verificação ou não da versão factual (por cujo esclarecimento processualmente se pugna), em conformidade com o sentido veiculado por tal meio de prova, (relativamente à realidade ocorrida).<sup>1019</sup> Conclusão que forma na sequência de

---

<sup>1018</sup> Informação consubstanciadora de prova, quando tomada na sua terceira dimensão. Remontando a análise ao passado histórico do princípio do livre convencimento do juiz, MONTELEONE explicita as sombrias tonalidades que este assumiu no quadro da Revolução Francesa, “Alle origini del principio del libero convincimento del giudice”, *Rivista di Diritto Processuale*, Gennaio-Febbraio, 2008, Anno LXIII, Seconda Serie, N.1, Cedam, pp. 126 e ss.

<sup>1019</sup> PATTI distingue a *libertà del convincimento* da *libertà della valutazione*, notando que, em rigor, a liberdade se refere ao primeiro. O “momento di “libertà”, refere, identifica-se no “momento finale”, em que o decisor “superando uma margem de dúvida sempre presente, se “convence” da *verdade* dos factos ou ao invés declara não ter atingido a *certeza*”. Já a “*valutazione*” obedecerá sempre, ou a critério

caminho interior de ponderação conducente à formulação de juízo final quanto à matéria de facto decidenda, litigiosa e controvertida, em percurso interno que não será, nas mais das vezes, linear, nem de sentido unívoco, variando, ao longo dele, o grau de convicção e o sentido desta – partindo o juiz de uma posição de neutralidade (ausência de convicção) relativamente à verificação ou não da versão factual carecida de comprovação, tal posição orientar-se-á, num sentido ou noutro (de ocorrência ou não ocorrência da versão factual em causa), consoante a informação que vá assimilando e o impacto que esta nele cause.<sup>1020</sup>

O processo de formação de convicção tem lugar, assim, por norma, na sequência de movimentos de avanço e recuo, no que diz respeito ao *sentido* decisório, e de aumento e diminuição relativamente ao *grau* de convicção.

A conclusão (sentido decisório) que se venha a definir resulta, neste contexto, de um autónomo e exclusivo processo cognitivo e valorativo do juiz (assim interveniente como julgador).

Autonomia do processo decisório que não se confunde, contudo, com livre definição, pelo terceiro resolutor, do sentido decisório a apurar, na medida em que este será obtido mediante observância de critério legalmente determinado – *livre apreciação*<sup>1021</sup>, sendo que esta se não reconduz a *apreciação arbitrária*.<sup>1022</sup>

---

imposto, no quadro da prova legal, ou quando não, a “regras da lógica e da experiência”, *Le Prove Parte generale*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, p. 218.

<sup>1020</sup> A inicial tendência para, por hipótese, considerar, na sequência da audição de uma testemunha, a versão factual verificada, pode evoluir, após prestação de depoimento de parte ou análise de documento junto aos autos, para posição de dúvida ou de consideração da versão factual como não verificada. Tanto, sem embargo de, realizada, admita-se, inspecção judicial, o juiz retornar à convicção de que a versão factual em causa se verificou, porventura com reforçado grau de certeza, relativamente ao que atingira inicialmente. Antunes VARELA, Miguel BEZERRA e Sampaio e NORA referem, expressivamente, a este propósito, a possibilidade de, no caminho decisório, a prova se “desfazer” ou “desaparecer”, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, Reimpressão, 2006, p. 472.

<sup>1021</sup> Princípio expresso, a título individual, em diversas sedes, designadamente ao nível da prova pericial, da inspecção judicial e da prova testemunhal (arts. 389.º, 391.º e 396.º do Código Civil).

<sup>1022</sup> LIEBMAN sublinha-o referindo que ao juiz está vedado decidir a matéria de facto controvertida “in modo soggettivamente arbitrario”, devendo, o percurso decisório, obedecer a “cammino logico”, guiado pelas gerais regras da experiência ou por conhecimentos especializados (quando a natureza técnica da matéria do litígio assim o imponha), *Manuale di diritto processuale civile*, II, 4ª ed., Giuffrè, Milano, 1992, pp. 87 e 88. Em idêntico sentido, ANDRIOLI nota que “il prudente apprezzamento non equivale ad arbitrio mero”, “Prova (diritto processuale civile)”, *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1967, vol. XXV, p. 287. A livre apreciação significa, pois, tão só que o sentido decisório não está à partida determinado; não já que não obedeça a qualquer critério de construção, designadamente a exigências de racionalidade e de razoabilidade, no acto de formação da decisão, a explicitar em sede de fundamentação, de modo a permitir a compreensão do processo de formação de convicção, bem como a aferir da sua correcção (designadamente em sede de recurso). Esta configuração dos poderes de livre apreciação, através da qual se sublinha que a decisão judicial não se inscreve no âmbito da mera subjectividade do decisor (devendo, diversamente, representar juízo expresso e fundamentado de forma a poder ser objecto de controlo) fez-se sentir menos na fase histórica em que o principal objectivo foi restituir ao julgador a liberdade que se entendia excessivamente comprimida por espartilhos legais. Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, 2004, p. 139

A decisão a proferir obedece, em suma, no nível que ora consideramos e adentro do enquadramento acabado de explicitar, à convicção que se logre formar no espírito do julgador – o sentido decisório dependerá do convencimento que, ante a informação material disponível, se forme, com solidez correspondente a certeza razoável, na mente do decisor.

Este o nível relevante, no âmbito do sistema jurídico português, quando, atendendo aos depoimentos testemunhais prestados, às observações colhidas durante a inspecção, ao teor de parecer pericial ou ao conteúdo do documento particular simples sem reconhecimento de assinatura o tribunal se convencer de que os factos se verificaram ou não, proferindo decisão, quanto a matéria de facto controvertida, congruente *com* a apreciação (livremente desenvolvida) da informação proporcionada pela prova, bem como *com* a certeza interna (formada na sequência daquela ponderação) relativamente à verificação ou não da versão factual objecto de controvérsia.

A importância da convicção do decisor quanto à realidade ou não do facto é aqui total, pelo que dela completamente depende o sentido da decisão a proferir. O relevo da apreciação subjectiva (conquanto objectivamente fundamentada) da pessoa que julga, assume relevo preponderante. Correspondentemente, amplo será também o espaço de que as partes em abstracto dispõem no que diz respeito à área possível de intervenção, em ordem a influenciar o sentido de tal convicção - se ampla a margem concedida ao convencimento do tribunal, ampla será a margem de influência na construção de tal convencimento.

b) Liberdade de definição autónoma condicionada

Num *segundo nível*, enquadram-se os casos em que, na estrutura do critério decisório, se articulam a convicção formada pelo julgador (ao abrigo do princípio da livre apreciação) e sentido legalmente definido, podendo (como de seguida explicitaremos) haver lugar a decisão de acordo com um ou outro critério (convicção do julgador ou sentido fixado pelo legislador), consoante o que em concreto decorra da aplicação dos ditames normativos.<sup>1023</sup>

---

e CASTANHEIRA NEVES, *Sumários de processo criminal*, Coimbra, 1968, p. 50. Igualmente da prova, quando tomada (em sentido amplo) como informação empírica [incluindo-se nesta, quer a informação empírica de índole probatória em sentido estrito (a relevante no domínio dos fundamentos declarativo e demonstrativo), quer a informação empírica de índole factual (a relevante no âmbito do fundamento lógico-indutivo, em que as presunções judiciais se enquadram)].

<sup>1023</sup> Em referência crítica a CHIOVENDA, CAVALLONE procura (sublinhando o relevo histórico do princípio da livre apreciação) desmistificar a ideia, amplamente divulgada, no sentido de que, no âmbito do processo romano-canónico, o decisor se reconduzisse (no quadro de contexto qualificado como de prova legal) a sujeito impossibilitado de apreciar a prova e, assim, circunscrito à função “*meramente contabile*” de fantoche (“*burattino*”), que, mediante a aplicação de “*rigide e pittoresche “tariffe”*”, usava o “*ábaco em vez do cérebro*” (“*il pallottoliere invece del cervello*”), “*Forme del procedimento e funzione della prova (ottant’anni dopo Chiovenda)*”, *Rivista di Diritto Processuale*, Aprile-Giugno, 2006, Anno LXI, Seconda Serie, N. 2, Cedam, pp. 419-420.

Nesta hipótese (correspondente àquela em que ao meio de prova é atribuído valor de prova plena), a liberdade de apreciação do juiz fica condicionada pelo facto de, ao critério em que se traduz a convicção internamente formada no seu espírito, se poder sobrepor<sup>1024</sup> sentido decisório pré-definido.<sup>1025</sup>

A decisão é ditada pela lei,<sup>1026</sup> sobrepondo-se à convicção do juiz, quando esta seja de sentido coincidente com o legal ou quando subsista dúvida insanável, só sendo reatribuído relevo àquela convicção, quando o convencimento seja de sentido inverso ao legalmente determinado. Ao menor espaço de relevo reconhecido ao convencimento do tribunal, poderá associar-se, para uma das partes, maior grau de esforço no sentido de lograr contornar o sentido ditado pela lei, se diverso<sup>1027</sup> este do decorrente de decisão segundo critérios de distribuição do ónus da prova, na medida em que à parte a quem tanto interesse, caberá comprovar a não verificação da versão factual, objecto do *thema probandum*, que não apenas gerar a dúvida quanto a tal verificação. Impor-se-lhe-á, nos termos da contraposição classificativa explicitada por JAUERNIG, fazer prova do contrário (*Beweis des Gegenteils*), que não apenas contraprova (*Gegenbeweis*).<sup>1028</sup>

O teor da decisão quanto à matéria de facto controvertida, quando suportada num destes tipos de fundamento de decisão é, assim, se a sobreposição do sentido decisório legal se verificar, normativamente determinado, não relevando a convicção do decisor. Tanto compreende-se atendendo ao maior grau de credibilidade que (na avaliação do legislador) tais meios de prova oferecem, pela maior probabilidade que proporcionam de que o conteúdo informativo que deles resulta corresponda à realidade, em conseqüente incremento do grau de imparcialidade objectiva (coincidência com a verdade) do resultado extraído da prova e, assim, da base decisória.

---

<sup>1024</sup> Esta sobreposição representará, pois, uma *possibilidade*, por assumir carácter condicional (a verificar-se só se cumpridos determinados pressupostos). Trata-se, porém, de justaposição que assume, quando consumada, natureza vinculativa. COMTE nota dever, tal vinculatividade, ser compreendida no sentido de que “in assenza di prove aventi identica natura e, soprattutto, efficacia, non potrà disattenderne il contenuto”, *Le prove civili*, 2. ed., aggiornata alla legge di riforma del processo civile 18 giugno 2009, n. 69, Milano, Giuffrè, 2009, p. 29.

<sup>1025</sup> Esta a hipótese que se verifica, no âmbito do sistema jurídico português, quando o sentido da decisão a proferir, quanto a determinada versão factual, esteja legalmente pré-determinado, por relevar documento particular com reconhecimento de assinatura, documento autenticado, documento autêntico (pré-determinação quanto à fonte do conteúdo decisório, não sendo este – conteúdo – antecipável em abstracto) ou presunção legal ilidível (pré-determinação quanto ao próprio conteúdo decisório). *Cfr.* arts. 376.º, 377.º, 371.º e 350.º, n.º 2, parte final do Código Civil).

<sup>1026</sup> Como COMOGLIO, FERRI e TARUFFO referem, o facto é considerado verdadeiro “perche così vuole la norma che disciplina la prova”, *Lezioni sul processo civile, I, Il processo ordinario di cognizione*, 4ª ed., il Mulino, Bologna, 2011, p. 477.

<sup>1027</sup> Tal diversidade não é, porém, de verificação necessária, como *infra* melhor se apurará.

<sup>1028</sup> Sobre a distinção, explicitada pelo autor, entre prova principal (*Hauptbeweis*, enquanto prova a realizar pelo sujeito sobre quem impende o ónus da prova), contraprova (*Gegenbeweis*) e prova do contrário (*Beweis des Gegenteils*), *Zivilprozessrecht*, 29. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2007, pp. 158 e 159.

Só assim não acontece (não se consumando aquela sobreposição) se ocorrerem circunstâncias que permitam o ecoar de “sinais de alarme” relativamente à concreta propriedade de tal teor de decisão, o que, nos termos do regime legal, se verifica apenas se, ante outras fontes de informação (fundamentos de decisão),<sup>1029</sup> se formar, no espírito do julgador, convicção de sentido inverso ao que resulta da lei. É porque, neste contexto, o juízo do decisor só releva, assim, em determinadas circunstâncias, pelo que tal relevo assume *carácter relativo* ou *condicional*.<sup>1030</sup>

Embora o juiz parta, por princípio (quando considerado o processo valorativo íntimo do decisor, destituído de qualquer influência condicionante), internamente, de uma posição de indiferença (neutralidade) relativamente à verificação ou não da versão factual controvertida, da intervenção do critério legislativo no processo de decisão resulta que (quando processualmente assente a ocorrência do facto base da presunção legal ilidível ou quando mobilizado meio de prova<sup>1031</sup> dotado de força probatória plena), o ponto de partida do decisor deverá ser o de que se verificou a versão factual consentânea com o sentido decisório propugnado pelo legislador.

Ao critério valorativo *concreto* sobrepõe-se o critério valorativo formulado em *abstracto* (assim se neutralizando o primeiro), a partir do qual se *inicia* o processo concreto de avaliação. O processo cognitivo principia, portanto, neste ponto (artificialmente criado, quando se tenha em conta a real convicção do decisor) e dele só se pode oscilar, *no* sentido da não verificação da versão factual eleita pelo legislador e *sob condição* de que fundadamente se logre formar, no espírito do decisor,

---

<sup>1029</sup> Que não aquela que, na hipótese, se esteja a considerar e que condicione o sentido decisório. Afigura-se-nos, contudo, que a formação deste outro sentido, no espírito do julgador, não poderá ter por base uma qualquer fonte de informação. Assim, assentando esta pré-determinação do sentido decisório num juízo de probabilidade legalmente formulado pelo legislador, não nos parece que este possa ser contrariado mediante juízo de probabilidade de sentido inverso que o julgador possa formular recorrendo, por exemplo, a presunção judicial. Entre dois juízos de probabilidade, prevalecerá o legal. Montero AROCA sublinha a distinção entre o princípio da legalidade da prova (sob o qual se determinam os meios de prova mobilizáveis, não dispondo os sujeitos processuais – partes e juiz – da possibilidade de fazer uso de meios de prova distintos) do princípio da prova legal (relativo a hipóteses em que legalmente e define a eficácia probatória de “fuentes-medios”). Inclui, contudo, no âmbito das “regras legais de valoração”, tanto as que dispõem sobre o valor de um meio de prova, como as que “impõem um determinado meio de prova para prova de um determinado facto”, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Los poderes del juez y la oralidad*, Tirant lo Blanch alternativa, Valencia, 2001, p. 125. Em ambas as hipóteses há, na verdade, lugar a actividade contendente com a dimensão valorativa. Actividade valorativa de natureza diversa, porém, na medida em que, na primeira hipótese, se *altera*, por via de tal actividade, o valor de um determinado meio de prova; na segunda hipótese, a exclusão ou imposição de recurso a dado meio de prova *reflecte* a valoração, idoneidade ou crédito que o legislador, em visão hierarquizante, reconhece aos diversos meios de prova.

<sup>1030</sup> Adopta-se, assim, um sistema matizado entre a predeterminação do valor da prova e exclusão da valoração do juiz, próprias (como COMOGLIO, FERRI e TARUFFO notam, *Lezioni sul processo civile, I, II processo ordinario di cognizione*, 4ª ed., il Mulino, Bologna, 2011, p. 477) da prova legal, com a exclusão da predeterminação normativa, próprias do modelo de livre apreciação decisória.

<sup>1031</sup> A distinção que, na presente asserção, se estabelece entre presunção e meio de prova pretende repercutir a circunstância de, ao contrário do que sucede com os meios de prova em sentido *próprio*, aquela não constituir canal de transporte, para o processo, de informação empírica, colhida na realidade, como procurámos explicitar, aquando do tratamento dos fundamentos *típicos* da decisão da matéria de facto controvertida.

convicção valorativa, nesse sentido (inverso). Donde o ordenamento jurídico prescinde do “modo de ver” que informe o espírito do decisor, quando este corresponda a propensão decisória coincidente com a legalmente enunciada, só permitindo a abertura dessa janela de fundamentação da decisão (o convencimento que o juiz tenha logrado formar) quando esta se revele fonte portadora de informação, dotada do poder de infirmar a correcção da visão que o legislador formulou em abstracto.<sup>1032</sup>

A decisão não se ancorará, porque assim, na convicção do decisor (antes no critério legalmente determinado), quando o julgador internamente se encontre em situação de dúvida insanável, bem como quando a sua convicção coincida com a abstractamente eleita pelo legislador. Se o decisor ficar em situação interna de dúvida, pronunciar-se-á (não obstante a sua posição ser de hesitação) em reprodução do critério legal (consubienciado na regra jurídica relativa ao valor do meio de prova, que não nos critérios de distribuição do ónus da prova),<sup>1033</sup> no sentido da verificação da versão factual coincidente com aquela, cuja ocorrência o legislador em abstracto defende; ainda que existente, a convicção de quem julga não relevará, por outro lado, para efeito de decisão da matéria de facto controvertida, quando coincidente com a posição abstractamente assumida pelo legislador.

A liberdade de apreciação só releva, assim, enquanto apreciação inactivante (porque assente na prova do contrário) da prevalência da antevisão legal.

Esta a razão por que (em consonância com o que começámos por referir na abertura do presente ponto), quando em causa esteja fundamento decisório denso, integrável no quadro que ora se considera, o sentido de decisão a proferir decorre de regime que conjuga, em relevo alternativo, a convicção do decisor com a visão abstractamente ditada pelo legislador.

c) Ausência de liberdade de definição autónoma

Num *terceiro nível*, o juiz fica vinculado pelo critério de valoração abstracto fixado por lei, independentemente das particulares circunstâncias que se venham a verificar no processo, e, conseqüentemente, em absoluto (que não condicionalmente) impedido de exprimir o sentido decisório, resultante do seu processo valorativo interno (permissor de formação de convicção).<sup>1034</sup> O sentido de decisão será, por isso,

---

<sup>1032</sup> Sobre a legitimidade da decisão sobre a matéria de facto controvertida com base em critérios outros (de adesão, imputação e standardização) que não a verdade, *vide* LAGARDE, “Verité et légitimé dans le droit de la preuve”, *Droits Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, n.23, Paris, 1996, 31-39.

<sup>1033</sup> Este um aspecto a que *infra* retornaremos, explicitar a propósito da distinção entre ambos os fundamentos da decisão da matéria de facto controvertida.

<sup>1034</sup> Porque a prova legal representa o estabelecimento de limites ao poder de livre convencimento do decisor, PATTI distingue entre o significado negativo e o significado positivo do princípio do livre convencimento, correspondendo, o primeiro, à ausência de “sbarramento di prove legali” e, o segundo,

necessariamente, o enunciado pelo legislador.<sup>1035</sup> Constituem exemplo típico de fundamento decisório (da matéria factual controvertida), gerador deste efeito, as presunções legais inilidíveis.<sup>1036</sup>

Como PERELMAN nota, cria, por esta via desta técnica, o legislador, “un digue” de protecção de situações que “não quer ver perturbadas”, e que, assim, conserva ao abrigo de “assaults de plaideurs impénitents”, “contre toute contestation possible”, conferindo prevalência à “segurança que resulta dessa protecção” à eventual “não conformidade” das presunções, em causa, com a “realidade objectiva”.<sup>1037</sup>

### 1.1.2.2. Actividade jurisdicional decisória construtora e receptora

No âmbito dos dois últimos níveis prevalece, assim, sistema de prova legal, no que diz respeito à apreciação da prova.<sup>1038</sup>

---

ao exercício dos poderes valorativos de que o decisor beneficia em sede de apreciação da prova, *Le Prove Parte generale*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, p. 217.

<sup>1035</sup> COMOGLIO, FERRI e TARUFFO exprimem o particular contexto em que, ante este tipo de normatividade, partes e juiz se vêem integradas, notando que estes “devem considerar como verdadeiro o facto objecto de prova legal “perche così vuole la norma che disciplina quella prova”. Deixando de relevar se o facto é ou não “vero sul piano della realtà storica”, torna-se “vero per definizione”, *Lezioni sul processo civile, I, Il processo ordinario di cognizione*, 4ª ed., il Mulino, Bologna, 2011, p. 477.

<sup>1036</sup> Retratando as dúvidas de parte da doutrina quanto à compatibilidade entre este nível de força probatória (correspondente à “*incontrovertibilità della prova legale*”) e o direito a contraprova enquanto dimensão dos direitos constitucionais de acção e defesa, vide PATTI, *Le Prove Parte generale*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, p. 221.

<sup>1037</sup> “La spécificité de la preuve juridique”, *Recueils de La Société Jean Bodin pour l’Histoire Comparative des Institutions, XIX, La Preuve, Quatrième Partie : Période Contemporaine*, Editions de La Librairie Encyclopédique, Bruxelles, 1963, p. 13.

<sup>1038</sup> Esta expressão é, aqui, tomada em sentido distinto daquele que lhe é atribuído, quando referida aos tipos de prova legalmente admissíveis quanto a determinadas categorias de factos. Este último o sentido que foi considerado (a propósito dos factos, cuja admissibilidade de prova se encontra legalmente regulada) no capítulo referente às convenções relativas às tipologias de provas e subjacente ao art. 607.º, n.º 5 do Código de Processo Civil. O sistema de prova legal *quanto à apreciação* da prova (sentido que ora se considera no corpo do texto) distingue-se, assim, do sistema de prova legal *quanto à tipologia* de fundamentos decisórios. À intervenção do legislador, naquele plano (liberdade de apreciação para efeitos de definição do sentido decisório – prova legal quanto à apreciação) pode, contudo, *associar-se* intervenção legal discriminadora, também naquele outro plano (prova legal quanto à tipologia), no que diz respeito a alguns factos, objecto de prova. Assim, se a decisão jurisdicional, quanto à *generalidade* dos factos, é proferida na sequência de uma maior ou menor liberdade de apreciação do decisor, consoante o meio de prova mobilizado (de entre os múltiplos convocáveis) pelas partes ou pelo juiz, a decisão de *alguns* factos é necessariamente precedida por uma apreciação jurisdicional legalmente condicionada, o que acontece em virtude de se ter criado uma vinculação legal obrigatória entre tais factos e determinados meios de prova (associação de que resulta que a decisão, quanto a tais factos, só pode tomar por base a informação proporcionada por aqueles fundamentos), sendo que estes correspondem a hipóteses em que há lugar a circunscrição da liberdade de valoração. Assim, por exemplo, com os factos, cuja comprovação deverá necessariamente ocorrer mediante exibição de documento autêntico, por ser esta formalidade *ad substantiam*. Sobre este ponto nos pronunciamos, no âmbito das convenções relativas aos meios de prova. A propósito da prova legal,

Na medida em que, nesta hipótese, o sentido de decisão seja o legalmente pré-determinado, o juiz, pronunciando-se, embora, quanto à matéria de facto, *decide*, mas não *julga* (não valora), sendo apenas transmissor de juízo alheio.<sup>1039</sup> Intervém, assim, enquanto juiz *receptor*, que não como juiz *construtor*.<sup>1040</sup>

Embora a sobreposição (de verificação subordinada ou não à condição) deste tipo de critério legal ao raciocínio concreta e autonomamente desenvolvido pelo julgador possa gerar fenómenos de dissonância entre a realidade e a factualidade processualmente dada por assente (na medida em que passível de conduzir a que, na impossibilidade de prova do inverso, seja considerada processualmente verificada uma versão factual que efectivamente não ocorreu), o intuito que preside à previsão de tal critério será o inverso: atento o normal acontecer, entende, o legislador<sup>1041</sup>, criar a especialmente elevada possibilidade de, a uma dada circunstância (relacionada com as especificidades do fundamento decisório em causa)<sup>1042</sup>, se associar a cristalização, como processualmente assente, de um certo facto (cuja versão será coincidente com a que decorre da aplicação do critério decisório, relativo ao especial valor da prova em análise).<sup>1043</sup>

---

tomada no primeiro sentido, CASTANHEIRA NEVES sublinha que esta não é incompatível com a concepção de verdade enquanto verdade prática (que não de índole meramente teórico-científica), dado que, apesar de aquele sistema de prova implicar o estabelecimento de fronteiras inultrapassáveis, no plano da *comprovação*, tanto não colide com uma concepção de verdade determinada pela especificidade própria da intencionalidade jurídica, orientada esta que é pelo carácter prático dos objectivos que norteiam a resolução da problematidade normativa, “*Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Studia Iuridica I*, Coimbra Editora, 1993, pp. 159 e ss. Para uma análise da evolução histórica do papel do juiz e das partes em sede de prova, do princípio da prova legal e dos procedimentos de prova, no quadro do direito francês, nos sécs. XIX e XX, vide HÉMAR, “La preuve en Europe occidentale continentale aux XIX et XX siècles, Rapport General”, *Recueils de la société Jean Bodin l’histoire comparative des Institutions*, XIX, pp. 21 e ss.

<sup>1039</sup> À semelhança do que sucede quando, no segundo nível, a visão legal se sobrepõe à visão do julgador.

<sup>1040</sup> Congregando as observações, ora tecidas, com o *supra* observado na Parte I (Secção II, Subsecção II, c)), apura-se que o juiz (sempre decisor) intervirá como julgador (juiz construtor), no âmbito da decisão quanto à matéria de facto *controvertida*, sempre que o esclarecimento desta decorra das ilações que aquele extraia da prova, mediante exercício do poder de livre apreciação do conteúdo por esta veiculado. Intervém como juiz receptor, quando tal sentido se encontra pré-determinado e se lhe imponha com carácter vinculativo. É também nesta qualidade que intervém quando se pronuncia quanto à matéria de facto decidenda (não litigiosa ou litigiosa, mas *não controvertida*) - assim quando a decisão se suporta em acordo das partes quanto aos factos, em confissão expressa nos articulados, nos efeitos legalmente associados à revelia operante, bem como aos decorrentes da não impugnação factual, quando em causa factos relativamente aos quais a ausência de pronúncia seja legalmente feita equivaler a concordância com a verificação da versão factual a que, a existir pronúncia, esta se reportaria.

<sup>1041</sup> Em raciocínio presuntivo, sendo que (como *infra* cuidaremos de procurar explicitar), este não equivale a presunção.

<sup>1042</sup> Assim, por exemplo, com a intervenção de autoridade pública (ou de ente a esta para tal efeito equiparado) em sede de prova documental.

<sup>1043</sup> MONTELEONE observa a efabulação de que o princípio do livre convencimento do juiz é objecto no quadro do sistema processual italiano (refere-se ao “favoleggiato sistema di valutazione delle prove”), notando a existência de diversos limites legais à possibilidade de desenvolvimento de livre apreciação da prova pelo decisor. Sublinha, por outro lado, a relatividade do rigor do entendimento que vê no princípio da livre apreciação da prova um “fattore di progresso civile e giuridico”, atenta a possibilidade de ser veículo possível de realização, por via jurisdiccional, de fins ilegítimos, notando que tal princípio

A versão factual eleita, neste domínio, pelo legislador, corresponde à que mais verosimilmente coincidirá com a realidade e, em consequência, à que, com maior probabilidade, se revele compatível com decisão, objectivamente imparcial. A circunscrição da liberdade decisória do juiz, operada por via legal, terá, nesta medida, em vista, reduzir o risco de erro de decisão da matéria de facto controvertida, promovendo um maior grau de proximidade do teor da decisão com a verdade, pelo que a técnica de construção normativa em causa representa uma das vias desenvolvidas, pelo legislador, no sentido de fomentar a conformidade entre o conteúdo da decisão a proferir e a realidade.

As *razões* determinantes da previsão legal de casos em que se adopta critério diferente do da livre apreciação da prova pelo juiz, em sede de extracção de consequências processuais desta, não constituem, em suma, desvio às *razões* justificativas da previsão, como regra a observar nessa sede, deste último critério: intuito de assegurar a máxima imparcialidade objectiva. A concreta ponderação do julgador será, por princípio, a melhor via de garantir a maior aproximação do conteúdo da decisão à realidade dos factos. A opção pela técnica de sobreposição de sentido decisório legal ao sentido decisório autonomamente formado pelo juiz terá, assim, lugar, quando possa representar forma de mais eficazmente lograr esse objectivo, pelo que pretende ser via de obtenção de resultados qualitativamente mais apurados que os que seriam propiciados pela remissão para o prudente arbítrio do decisor.

Trata-se, em suma, de hipóteses em que o legislador condiciona, de forma mais ou menos intensa, a livre apreciação do julgador, movido, por regra, pelo escopo de reforçar o grau de imparcialidade que seria proporcionado pelo livre julgamento do *decisor* concreto, mediante imposição da adopção, por este, do critério que corresponderia ao da visão imparcial do *legislador* caso, destituído de outros elementos informativos que não os proporcionados pelo meio de prova em causa), lhe incumbisse proceder ao *julgamento* da matéria de facto controvertida.<sup>1044</sup>

---

“funziona a meraviglia” apenas quando não seja utilizado para “iludir” as garantias processuais, enquanto “strumento” de emanção “di una decisione già presa, che si trata solo di legittimare formalmente”. Advertindo (pelas razões expostas) para a circunstância de que, também em sede de prova, “non è oro tutto quel che luce”, aconselha prudência na promoção “*sic et simpliciter*” do princípio processual que ora se considera, “Alle origini del principio del libero convincimento del giudice”, *Rivista di Diritto Processuale*, Gennaio-Febbraio, 2008, Anno LXIII, Seconda Serie, N.1 , Cedam, pp. 124 e ss. e 132.

<sup>1044</sup> Como PATTI expressivamente observa, o juiz é colocado na posição *cielicamente contentarsi* com a imposição legal, *Le Prove Parte generale*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, p. 225. No que em particular concerne, no âmbito do terceiro nível, às presunções legais inilidíveis, ao juízo de probabilidade acresce, por regra, um intuito punitivo (e consequentemente preventivo, enquanto estimulante de adopção de comportamento oposto àquele que corresponde ao facto base da presunção), sendo este último (intuito) a razão justificativa da inilidibilidade. Assim, por exemplo, com a presunção de posse de má-fé (ainda que titulada), quando a aquisição da posse se tenha verificado por intermédio de acto de violência (cfr. art. 1260.º, n.º 3 do Código Civil). O sancionamento (por via de previsão de associações de consequência, que opera no quadro da construção do regime jurídico) do recurso à violência, como forma de privação de posse, verifica-se, por outro lado, no âmbito do regime do procedimento cautelar de restituição provisória da posse, nos termos do qual, em caso de esbulho violento, o decretamento da providência não é tornado dependente da demonstração do *periculum in mora*, prescindindo-se, por outro lado, para esse efeito, da prévia audição do requerido. Cfr. arts. 377.º

### 1.1.3. Desconsideração do grau de convicção do juiz

Pode, ainda, num *terceiro* tipo ou via de limitação da liberdade de apreciação, sobrepor-se, ao *grau de convicção* (que não ao *sentido* decisório, como até aqui considerámos, no âmbito do segundo tipo de limitação) formado pelo julgador, um grau de convicção pré-estabelecido (por sua vez também não confundível com o *grau de conhecimento*, este relevante no âmbito do primeiro tipo de limite que referimos na presente subsecção).

Na sequência da análise da prova pelo juiz, pode-se verificar, espontaneamente, um de dois resultados, relativamente à verificação ou não da versão factual, objecto de controvérsia – *formação conclusiva* ou *ausência de formação de conclusão*.

O julgador socorrer-se-á, nesta *última* hipótese (ausência de formação de conclusão), das regras de ónus da prova, enquanto bordão subsidiário (branco) de decisão.<sup>1045</sup> Diferentemente, na primeira hipótese, o teor da decisão a proferir, quanto à matéria de facto controvertida, será constituída pela conclusão que o juiz formule, pelo que esta decisão representará pronúnciasuportada em base densa. Quando assim, a decisão ancorar-se-á na informação proporcionada por um ou mais meios de prova, beneficiando, por princípio, o juiz, da liberdade (juridicamente conformada, nos termos acima esboçados) de (de entre os meios de prova mobilizados, no processo, quanto a cada facto) seleccionar um ou vários fundamentos probatórios (em escrutínio assente na credibilidade que cada um lhe inspira ou se encontre legalmente definida), enquanto alicerce em que fundamentará a conclusão a exprimir, em sede de decisão de facto. Excluirá, enquanto fontes relevantes de informação, os meios de prova legalmente excluídos, quanto a certo tipo de factos ou relativamente aos quais tenha desenvolvido apreciação crítica (expressa em sede de fundamentação) culminante em

---

e 378.º do Código de Processo Civil. Razões idênticas (punitiva e preventiva) justificam que o legislador permita que o comportamento processual das partes possa ser considerado como circunstância fundamentadora da decisão a proferir quanto à matéria de facto. Nesta hipótese, porém, não há lugar a limitação ao princípio geral da livre apreciação da prova – os referidos intuitos cumprem-se mediante ampliação dos fundamentos da decisão da matéria de facto controvertida, que não da circunscrição da liberdade de apreciação da informação probatória.

<sup>1045</sup> Porque assim, quanto mais extensa a possibilidade, legalmente definida, de relevo da prova, menor a probabilidade de necessidade de recurso aos critérios de distribuição do ónus da prova. Neste sentido, CAPONI sublinha, numa perspectiva de direito comparado, a especial amplitude concedida ao princípio da livre apreciação da prova (previsto no §286 da Zivilprozessordnung) no âmbito do sistema processual alemão, como circunstância que reduz o âmbito de hipóteses de decisão de acordo com os critérios de distribuição do ónus da prova (“La stessa norma sul libero convincimento possiede infine una notevole risorsa per confinare nell’ordinamento tedesco in casi meno frequenti che in altri ordinamenti l’applicazione della regola do giudizio sull’onere della prova.”), “Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001”, *Rivista di Diritto Civile*, Anno LII, N. 4, Parte Prima, Luglio-Agosto, 2006, pp. 535 e 538. A esta relação, estabelecida, pelo Autor, entre o princípio da livre apreciação e o ónus da prova, parece presidir, assim, entendimento, deste princípio, coincidente com a interpretação (acima referida) que o mesmo merece pela doutrina, que nele faz sustentar a admissibilidade de prova atípica.

conclusão, no sentido de representarem fundamentos decisórios não dotados de aptidão para, com fidelidade, retratar a realidade, assim deliberadamente *eliminando* a possibilidade de neles assentar a convicção a formar, seleccionando, como bases de pronúncia, fundamentos de decisão relativamente aos quais apure tal tipo de conclusão não se verifique.

Circunstâncias há, porém, em que aquele efeito *eliminatório* da possibilidade de a informação proporcionada por dado meio de prova constituir base de decisão, decorre, não de selecção em concreto desenvolvida pelo juiz, mas de imposição legal, mediante impedimento, abstractamente definido, de que o decisor possa fundamentar, *com carácter exclusivo*, a sua convicção, nos elementos proporcionados por um determinado meio de prova. Elementos que constituirão, por isso, mero *princípio de prova*.<sup>1046</sup>

Inviabiliza-se, por este meio, que a *convicção* do decisor se possa alicerçar neste suporte, quando desacompanhado de informação transmissora de idêntico conteúdo<sup>1047</sup>, proporcionado por outra base densa, pelo que o nível de *convencimento* susceptível de nele ser ancorado (pelo decisor) é legalmente reduzido a *grau* correspondente ao que se forma ante *mero indício*, sobrepondo-se, esta graduação, a qualquer outra que o juiz pudesse ter logrado atingir, assim restando, o íntimo e real grau de convicção deste, destituído de relevo processual. Ainda que, na sequência da apreciação da prova em causa (e apenas desta), o juiz haja logrado formar grau de convencimento que repute suficiente para se pronunciar quanto à matéria de facto controvertida (no sentido da sua verificação ou em sentido inverso), tal grau de convencimento ter-se-á, pois, como decorrência da intervenção legislativa operada no quadro deste terceiro tipo de limitação da liberdade de apreciação, como não bastante.

---

<sup>1046</sup> Para observação crítica, relativamente à referência legal a princípio de prova no art. 2724, n. 1 do Codice Civile (excepções à produção de prova testemunhal), vide CORDOPATRI, “Note in tema di “principio di prova per iscritto””, *Rivista di Diritto Processuale, Serie 2*, anno 62, N. 5, Settembre-Ottobre, 2007, pp. 1173 e 1174.

<sup>1047</sup> A ascensão de tal informação a *prova* (abandonando o estatuto de mero *princípio* ou *início* de prova) só terá, assim, lugar, quando a ela se agregue, em complemento, informação, de idêntico sentido, proveniente de outras fontes. Não se integra, pois, este tipo de limitação legal, na pura restrição de meios de prova, que vimos verificar-se, relativamente aos meios de prova, cuja admissibilidade tenha sido eliminada legalmente, quanto a determinada categoria de factos. A admissibilidade do meio de prova não é, na hipótese que ora consideramos, eliminada. Este fundamento decisório continua processualmente admissível. É, diferentemente, o grau de convicção formável sobre a prova em causa, o objecto da conformação legal, que não a possibilidade de mobilização do meio de prova. Não obstante, caso, à informação proporcionada pelo meio de prova, não se agregue informação, portadora de idêntico sentido, promanada de outro meio de prova, a primeira não será processualmente relevável, à semelhança do que sucede, quando a admissibilidade do meio de prova é, em si, excluída. Apesar de representarem vias distintas de regulação da actividade jurisdicional, o efeito último da restrição legal de meios de prova e da recondução destes a mero princípio de prova *pode*, assim, coincidir. Razão por que, apesar de o recurso à figura do princípio de prova representar uma forma de condicionamento do julgador *na* apreciação da prova, o seu efeito se pode, em última análise, vir a consubstanciar em condicionamento, quanto à liberdade *de* apreciação da prova, como *infra* melhor se explicitará, aquando do cotejo entre as várias formas de limitação convencional da actividade decisória do juiz, em sede de matéria de facto controvertida.

Este o tipo de limitação da liberdade de apreciação decisória que se verifica, no contexto do actual sistema processual português, quando, no quadro do regime do valor extraprocessual das provas se pretenda, num processo, fazer valer informação proveniente de meios de prova produzidos num outro processo, se verificadas as circunstâncias previstas nesse contexto normativo: quando o primeiro processo ofereça garantias processuais de nível inferior, relativamente às asseguradas no segundo, o conteúdo informativo proporcionado pelos meios de prova constituídos no seio do primeiro só podem relevar, neste último, a título de *princípio de prova*.<sup>1048</sup> Impede-se, por esta via, que possam, *por si sós*, constituir base de decisão, não obstante *continuarem* a ser *convocáveis* como *um dos fundamentos* da decisão a proferir relativamente à controvérsia incidente sobre dada versão factual e, assim, como prova processualmente mobilizável. Esse também o sentido da previsão normativa de que LAUKKANEN dá conta em legislação oitocentista.<sup>1049</sup>

A restrição a que o legislador assim procede, da capacidade de influência dos meios de prova, ao nível do juízo a formar pelo decisor (atenta, no exemplo dado, a sua fonte de proveniência e condições de constituição) é, em abstracto, também concebível, por referência ao meio de prova, em si considerado (independentemente do contexto em que haja lugar à sua produção).

Qualquer que seja o critério ou razão justificativa de adopção deste padrão limitador da liberdade de decisão, em sede de prova (no essencial reconduzível - como

---

<sup>1048</sup> Cfr. art. 421.º do Código de Processo Civil. Também nos termos do art.310, 3 do Codice di Procedura Civile italiano, as provas recolhidas, num processo, podem ser utilizadas, mas apenas enquanto “argomenti di prova” num outro processo. Hipótese, paralela, de limitação do poder de livre apreciação do julgador e de simultânea degradação legal do valor de informação proporcionada por meio de prova encontrava-se prevista no Código Civil de 1867, de cujo art. 2512.º constava proibição consubstanciadora do princípio “*Testis unus, testis nullus*”: “O depoimento de uma única testemunha, destituído de qualquer outra prova, não fará fé em juízo, excepto nos casos em que a lei expressamente ordenar o contrário”. Do actual Código Civil veio a constar regra oposta (art. 396.º), sendo que já no art. 621.º da versão original do Código de Processo Civil de 1961 se contemplava que a “força probatória dos depoimentos das testemunhas é apreciada livremente”, preceito cujo teor passou, praticamente intangível, para o diploma primeiramente referido. Em alusão à história da prova testemunhal no domínio do sistema italiano, e, em particular, ao critério relativo à sua apreciação pelo julgador, ANDRIOLI nota que, não obstante aquela oscilar entre duas tendências que, em abstracto, se contrapõem, estas terminam por coincidir no que diz respeito às razões determinantes da sua observância. Reporta-se à regra, instituída, no séc. XIII, por Inocêncio III, no sentido da prevalência da prova testemunhal sobre a prova escrita (apenas no âmbito obrigacional civil), bem como à regra, diversa, criada por Moulins di Enrico III (século XVI), no sentido da preponderância da prova escrita sobre a prova testemunhal. Justifica a não contraposição efectiva entre os dois regimes, considerando a diversidade de pressupostos subjacentes a cada um: se, no que diz respeito à primeira, corresponde a período em que a prova documental oferecia poucas garantias de fidedignidade, a segunda é instituída em contexto de menor gravidade no que diz respeito à prática de actos atentatórios da fidelidade documental, “Prova testimoniale (diritto processuale civile)”, *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1967, vol. XIV, pp. 329 e 330.

<sup>1049</sup> LAUKKANEN menciona, no âmbito finlandês, que na sua versão originária, o Código Processual de 1734 continha soluções de natureza idêntica, prevendo-se, por exemplo, que o depoimento de uma testemunha não podia, por si só, constituir fundamento da decisão sobre a matéria de facto controvertido, proporcionando apenas “half the proof”, em *Das Beweisrecht der Europäischen Union*, Kluwer Law International, 2004, p.118.

SCALAMOGNA salienta - a incapacidade *estrutural* para proporcionar, em termos adequados, acesso à realidade verificada)<sup>1050</sup>, o efeito é constante – exclusão da possibilidade de a informação em causa poder representar base susceptível de constituir, a título único, fundamento da decisão a proferir, quanto à matéria de facto controvertida, o que, quando perspectivado sob o ângulo do *grau de convicção* formável sobre tal prova, corresponde à sua recondução ao nível da irrelevância e, assim, ao grau da ausência de valor na escala graduadora da aptidão para informar o juízo decisório em causa.

#### 1.1.4. *Apreciação conjunta*

Os dois últimos tipos de condicionamentos de decisão da matéria de facto controvertida considerados têm em comum a circunstância de a limitação contender com o *conteúdo* da decisão a proferir.

Por vias *diferentes*, porém: o primeiro, mediante circunscrição (ou eliminação), para o decisor, da liberdade de retirar ilações próprias da informação probatória, o que normativamente se logra mediante imposição de *conteúdo* decisório, legalmente determinado, com carácter vinculativo e conseqüente *proibição* (parcial ou total, consoante se trate de circunscrição ou eliminação) de concessão de relevo à valoração do decisor; o segundo, mediante idêntica circunscrição, para o julgador, da liberdade de retirar ilações da informação probatória, sendo que, neste caso, tal efeito se produz por *proibição* de manifestação da valoração desenvolvida pelo julgador, não se sobrepondo a esta qualquer outra. Se em ambas se limita a liberdade de o juiz dotar a decisão do teor correspondente à sua convicção, tal conteúdo, será, no primeiro caso, quando esta inviabilidade se confirme (por inilidibilidade da versão legalmente eleita ou por não ilusão desta), o correspondente ao definido pelo legislador; quando, no segundo caso, essa inviabilidade se verifique (por ausência de outros fundamentos decisórios susceptíveis de proporcionar informação corroborante da convicção, que o julgador alcançou), os elementos de prova em causa perdem aptidão de suporte decisório, vedando-se a expressão do convencimento obtido, quanto à versão factual ocorrida, sem que esta seja suprida por outra visão antecipadamente definida pelo legislador. O efeito é, neste último caso, apenas neutralizante, que não criativo.

O traço de união entres estes dois tipos de condicionamento (mencionados em segundo e terceiro lugar) distingue-os do primeiramente referido, dado que neste se conserva intacta a liberdade de definição, pelo juiz, do *conteúdo* decisório, ante os elementos de que este processualmente disponha, respeitando a limitação tão só ao grau de profundidade do conhecimento da informação proporcionada pelo meio de prova relativamente ao qual tal limite releve.

---

<sup>1050</sup> A autora define os argumentos de prova enquanto elementos “autonomamente non idonei a fondare la decisione, non perche volti alla prova delle altre prove, ma perche strutturalmente non adeguatamente capaci di dimostrare i fatti oggetto della vicenda sostanziale”, “L’efficacia probatoria degli argomenti di prova”, *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LXIV, Seconda Serie, N. 5, Settembre-Ottobre, 2009, pp. 1171.

Discerne-se, porém, também, nota de *comunhão* entre as primeira e segunda vias de limitação da liberdade do decisor, em sede de apreciação da prova (assim enquadráveis num primeiro grupo), sendo, sob este ponto de vista, tais condicionamentos, perspectiváveis em contraposição ao terceiro tipo (incluível em segundo grupo) de circunscrição da actividade processual decisória do juiz. Se, no quadro do primeiro grupo, o decisor conserva o acesso à informação transmitida pelo meio de prova, condicionando-se a actividade que sobre ele desenvolva *na* apreciação da prova por aquela proporcionada, no quadro do segundo grupo pode decorrer o impedimento de que a informação veiculada seja processualmente relevada, impossibilitando-se o juiz de a considerar como base de decisão (não integrando, como PATTI salienta, os autónomos fundamentos possíveis da pronúncia a exprimir)<sup>1051</sup> se, em torno desse princípio de prova, não se reunirem suportes decisórios complementares, susceptíveis de corroborar a formação de conclusão, no sentido propugnado pelo convencimento que o juiz retira daquele. Não se limita, porque assim, apenas a liberdade do decisor *na* apreciação da prova, mas, em potência, a própria liberdade do decisor *de* apreciação da prova.

A distinção entre os diversos tipos de condicionamentos repercute-se, igualmente, ao nível dos momentos discerníveis, no âmbito da fase de decisão da matéria de facto controvertida, em que os efeitos da intervenção legal limitativa da liberdade de apreciação se produzem.

A actividade desenvolvida, a título exclusivo, pelo decisor, na fase decisória subsequente à actividade instrutória (quando a ela haja lugar), em ordem à extinção da controvérsia factual, desdobra-se (em conformidade com a diferenciação delineada no contexto da problemática relativa ao objecto das convenções de prova) em três momentos essenciais: um primeiro (de apreciação da prova), em que o decisor procede à análise da informação susceptível de servir de base à decisão; um segundo (conclusivo), em que profere decisão extintiva da controvérsia quanto à matéria de facto controvertida, distinguindo-se, adentro deste, o sub-momento decisório propriamente dito do sub-momento expressivo (em decisão formal) do sentido decisório apurado.<sup>1052</sup>

---

<sup>1051</sup> A carência de auto-suficiência do argumento de prova enquanto fundamento decisório conduz PATTI a (em consonância com ANDRIOLI e em divergência relativamente a algumas orientações jurisprudenciais) estabelecer clara fronteira delimitativa entre aquela figura e a prova, notando que “com l’espressione “argomenti di prova”” quis, o legislador, referir-se a “un *quid* diverso dalla prova”. *Quid* que cumpre “funzione sussidiaria, potendo servire a valutare e quindi eventualmente a rafforzare mezzi di prova ma non a costituire mezzi di prova essi stessi”. Sublinha, por outro lado, que, conquanto de contornos menos visíveis, aquela diferenciação se conserva mesmo ante as presunções jurídicas, pelo que àqueles se não aplicam os requisitos constantes do art. 2729 do Codice Civile, não obstante a sua força processual resultar reforçada caso tais pressupostos se cumpram. Interpretação diversa conduziria, conclui, a anular a distinção “ppresente nella legge e ineliminabile da un punto di vista logico e sistematico” entre o que qualifica como mero “strumento di carattere integrativo” (o argumento de prova) e as presunções, *Le Prove Parte generale*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, pp. 28 e 29.

<sup>1052</sup> Formação e expressão de conclusão só possíveis, nota GOLDSCHMIDT, quando a prova produzida se revele “convincente”, o que se verificará quando o meio de prova mobilizado beneficie, na qualificação que adopta, de “força probatória formal e material”. No âmbito da prova documental, o autor associa a força probatória formal à autenticidade (não falsidade) do documento e a força probatória material à fidelidade da informação que contém, sendo, a segunda, objecto de ponderação em momento posterior

O tipo de condicionamento referido em segundo lugar, porque directamente incidente sobre a capacidade de definição do conteúdo decisório, releva (quando implique associação de um sentido decisório legal à informação de prova e este prevaleça), em particular, atenta a limitação da capacidade de autónoma extracção de consequências da apreciação valorativa, no segundo momento (aquele em que tal conteúdo se constrói) – momento conclusivo; os condicionamentos mencionados em primeiro e terceiro lugares, bem como o mencionado em segundo lugar (quando o sentido legal não se justaponha ao sentido alcançado pelo juiz construtor), porque relativos às condições de conhecimento e análise da informação probatória, vêem o seu relevo remontar, com especial interesse, ao primeiro momento (aquele em que a actividade de conhecimento e apreciação tem lugar) – momento de apreciação da prova –, não deixando, embora, de igualmente se reflectir, por via indirecta, no momento conclusivo.

## I.2. Condicionamento convencional

Dos condicionamentos, de fonte *legal*, à actividade do decisor, na referida fase, passamos aos condicionamentos (relativos ao mesmo sujeito e fracção do ciclo processual) de *origem convencional*.

As convenções susceptíveis de alterar o grau de liberdade, *em sede de* apreciação da prova, podem assumir várias formas, que ora consideraremos.

### *I.2.1. Tipos de convenções condicionadoras da decisão da matéria de facto controvertida com base na prova*

Pretendendo as partes, através da celebração desta modalidade de convenções de prova, alterar o regime a esse propósito fixado pelo legislador, podemos (em consonância com os três tipos de condicionamentos legais, acima discernidos) distinguir, correspondentemente, três tipos de convenções de prova.

#### *I.2.1.1. Convenções condicionadoras do grau de conhecimento da prova*

Em respeito pela ordem de menção dos condicionamentos referidos, atentaremos, em *primeiro* lugar, nas convenções de prova, relacionáveis com o primeiro tipo de limitação da liberdade do decisor, *na* apreciação da prova. Convenções que, à semelhança do que sucede com a equivalente limitação de fonte legal, releva, em particular, no âmbito do primeiro momento (de análise da informação proporcionada pela prova processualmente absorvida) desta fase processual (de decisão da matéria de facto controvertida).

---

à apreciação da primeira, *Derecho, Derecho Penal y Proceso, II Derecho Procesal Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 206 e ss. O relevo da prova legal, a existir, neste quadro, assomará no âmbito da segunda dimensão.

Quando de fonte legal, este tipo de condicionamento reconduz-se (como observado) a hipóteses em que o legislador prevê a possibilidade de o juiz proferir decisão com base na análise puramente perfunctória dos elementos proporcionados pela prova, contemporizando (no que diz respeito à convicção formada pelo decisor, quanto à verificação ou não verificação de versão factual processualmente controvertida) com decisão proferida com base na mera verosimilhança (independentemente do particular grau de verosimilitude em causa).<sup>1053</sup>

Previsão que representa regime excepcional, ante a regra geral, nos termos da qual o conhecimento da prova produzida deve ser completo e o grau de convicção (relativamente ao sentido do esclarecimento da temática factual carecida de comprovação, atenta a matéria informativa, de índole probatória, assim completamente analisada) deve corresponder ao da certeza objectiva relativa.<sup>1054</sup>

Poderão as partes intervir, mediante convenção, neste plano do regime legal, *introduzindo mais excepções à regra ou eliminando excepções existentes?*

a) Redução convencional do grau de conhecimento da prova

A primeira dimensão da questão (introdução de acrescidas excepções à regra, mediante previsão de outras hipóteses, para além das legalmente previstas, em que o juiz possa decidir na sequência de análise superficial da prova, desobrigando-o do dever de desenvolver actividade no sentido de que o sentido decisório que apure decorra de ponderada e detida análise dos elementos de prova, assim alicerçante de fundado e consistente grau de convicção), de cujo relevo prático PELLI dá nota<sup>1055</sup>, merece resposta negativa, mesmo quando na base de tais convenções esteja o intuito de promoção da celeridade processual.

A criação da possibilidade de a prolação de decisão culminar com base em convicção menos segura (ao nível do meramente verosímil) e de a análise assumir cariz puramente superficial, gera risco acrescido no que diz respeito à adequação (à

---

<sup>1053</sup> CONSOLO associa, de forma expressiva, o factor tempo, à qualidade de “chiave di volta del bisogno di tutela caelare” (âmbito processual onde este tipo de grau de convicção mais salientemente opera), precisando, com exactidão, que a noção de *fumus* não exprime um “*standard* valutativo uniforme e costante”, antes “un connotato sistematicamente imposto dal carattere strumentale próprio del giudizio cautelare, da modulare a seconda delle varie sue ipote che vengono in considerazioni volta a volta”, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. I, Giappichelli Editore, Torino, 2011, p. 243.

<sup>1054</sup> Conquanto o grau de convicção, quanto à ocorrência ou não da temática factual, objecto de prova, deva também, como acima salvaguardámos, corresponder, quando possível, ao da certeza objectiva, considerando a informação (limitada) decisória disponível, essa convicção tenderá a corresponder, sob um ponto de vista global, a um grau menos intenso de certeza, na medida em que menos solidamente suportada.

<sup>1055</sup> Olivia PELLI dá conta de que, no âmbito do direito dos seguros, é frequente que as partes convençionem um aligeiramento do grau de exigência da apreciação jurisdicional, prevendo ser suficiente que o decisor atinja o grau de convencimento correspondente à mera probabilidade, que não à integral e objectiva convicção, *Beweisverträge im Zivilprozess*, Dike Verlag, Zürich, St. Gallen, 2012, p. 47.

correção) da decisão a proferir, pelo que lhe está associada a permissão de contexto jurisdicional de decisão em que sobremaneira se eleva a probabilidade de comissão de erro, em sede de pronúncia quanto à matéria de facto controvertida.

Os efeitos perniciosos a este (erro – não coincidência entre o teor da decisão proferida e a realidade) associados não se circunscrevem, como acima notado, ao plano das partes - *importa*, à comunidade (assumptiva da resolução do litígio), que, quando, dentro do contexto processual, as partes não logrem atingir o consenso, quanto à matéria de facto, a factualidade processualmente apurada corresponda o mais fielmente possível à realidade verificada. Tanto constitui condição indispensável para que, identificado o quadro factual efectivamente verificado, se possa, com orientação exacta (porque suportada na realidade factual ocorrida, o mesmo é dizer na verdade), seleccionar a hipótese normativa relevante no caso, assim se cumprindo a estatuição que a ela se associa, no contexto factual, cuja regulação se encontra juridicamente definida. De outro modo (quando a constelação factual dada processualmente por assente – em sede de decisão, quanto à matéria de facto controvertida –, não coincidir com a real), a regulação constante da estatuição da regra jurídica aplicar-se-á a moldura fáctica que só *figurativamente* coincide com a prevista na hipótese da regra aplicada: apesar de a representação ou *figuração* do real em que o teor da pronúncia, quanto à controvérsia factual se traduz, corresponder ao enquadramento fáctico constante da hipótese, a factualidade efectivamente verificada é diversa deste. Será, porém, sobre a reconstrução fáctica, processualmente operada, a que MONTELEONE se refere<sup>1056</sup>, que, uma vez proferida decisão, se produzirão os efeitos constantes da estatuição, o que significa que o regime jurídico que nesta se contempla se aplicará a factos que, na verdade, não são os que nela se prevêem como objecto regulado.

O erro no apuramento da matéria de facto compromete, em suma, a propriedade do enquadramento da dimensão factual do conflito, no âmbito da hipótese do critério jurídico aplicado, o que impede o adequado funcionamento da estrutura de alicerçamento do sistema jurisdicional, inviabilizando que este e, em consequência, o processo, realizem o desígnio que os justifica – constituir instrumento de adequada realização do direito no caso –, bem como que perfeitamente se cumpra o modo de autodeterminação comunitária em que o exercício da actividade jurisdicional se traduz.<sup>1057</sup>

---

<sup>1056</sup> A superação do hiato existente entre a realidade verificada e o conhecimento que o decisor tem dela constitui, como nota MONTELEONE, uma das principais funções do processo, sendo através deste que há lugar ao “ritualizar do facto para que o juiz possa revivê-lo, defini-lo e basear-se nele para individualizar e declarar o direito ante as partes, e com efeitos a elas circunscritas (*iuris dictio*)”, “Note sui rapporti tra giurisprudizione e legge nello Stato di diritto”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Marzo, 1987, Anno XLI, N.º 1, Milano, Dott. A. - Giuffrè Editore, p. 13.

<sup>1057</sup> JAUERNIG associa ambas as dimensões ao fim do processo quando nota que este serve “a realização (*Durchsetzung*) e a verificação (*Bewärung*) do direito objectivo” e que, tanto, permite o alcance da paz (*Rechtsfrieden*) e o progresso (*Fortentwicklung*) da ordem jurídica, *Zivilprozessrecht*, 29. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2007, p. 1.

O denso conhecimento da prova, *potenciador* que é do fortalecimento da convicção jurisdicional e da adequação da conclusão apurada na sequência da análise daquela (informação probatória colhida) bem como, em consequência, da adequação da decisão proferida em matéria de facto, representa, porque assim, e salvo diferente ponderação do legislador, pressuposto cuja verificação não deve ficar ao alcance da conformação negocial das partes, de modo a assegurar o respeito pela forma que, em autodeterminação, a comunidade definiu como via a adoptar para extinção dos conflitos não superados por consenso: a realização, em hetero-resolução concreta (relativamente à factualidade juridicamente conformada, subsumível em hipótese de regra jurídica) da solução geral e abstractamente definida pela comunidade nas normas por si definidas na qualidade de hetero-reguladora (ou, quando admissível, da solução decorrente de regime jurídico criado pelas partes, em exercício de poder auto-regulador).

Acresce (como segunda razão determinante do interesse público na adequação da decisão quanto à matéria de facto controvertida) que, quando o decisor profere decisão no sentido de que determinada versão factual se verificou ou não, é a comunidade, por aquele representada, que declara que, dentro dos limites da possibilidade do seu acesso à realidade, assim aconteceu. Não tem, portanto, relativamente ao conteúdo da decisão, também por esta razão, posição de indiferença; antes de responsabilidade pelo conteúdo da afirmação de que é autora.

Assunção afirmativa a que dá sequência, conferindo *definitividade* e *vinculatividade* à decisão proferida e associando *consequências* à decisão culposamente mal proferida ou, em determinadas hipóteses, com conteúdo factual que posteriormente se apura não corresponder à realidade. *Consequências* que se traduzem, no primeiro caso, na responsabilização civil pelos danos causados<sup>1058</sup> e, no segundo, na reabertura da instância e alteração da decisão, em sede de recurso de revisão.<sup>1059</sup> *Definitividade* que se materializa na imodificabilidade da decisão, enquanto efeito decorrente da formação de caso julgado; *vinculatividade* que se consubstancia na circunstância de, uma vez proferida decisão, não estar ao alcance das partes submeter-se ou não aos seus efeitos (qualidade que maximamente se evidencia no facto de a decisão - se condenatória ou mista com natureza condenatória - constituir título executivo).<sup>1060</sup>

---

<sup>1058</sup> Cfr., quanto ao regime jurídico português, a Lei n.º 67/2007, de 31/12, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 31/2008, de 17/07, especialmente nos seus artigos 12.º e ss..

<sup>1059</sup> Porque não está em causa incorrecção da decisão determinada pelo inadequado desenvolvimento, pelo decisor, da actividade jurisdicional (antes pelo facto de não lhe terem sido proporcionados todos os elementos de prova relevantes), afigura-se-nos que não se trata de um autêntico recurso, mas da concessão da possibilidade de acrescido exercício de pronúncia em juízo. O que se revela conforme com a concepção do direito à prova como forma de exercício de pronúncia processual (em exercício do contraditório ou não) em segundo grau. Cfr., relativamente ao regime processual português, os arts. 696.º e ss. do Código de Processo Civil.

<sup>1060</sup> O efeito vinculativo não se cinge, contudo, a esses sujeitos processuais. Como JAUERNIG nota, também o tribunal fica vinculado à sua própria sentença (*innerprozessuale Bindungswirkung*), manifestando-se, tal vinculação, quer sob um ponto de vista negativo (*negative Bindungswirkung*), quer sob um ponto de vista positivo (*positive Bindungswirkung*), *Zivilprozessrecht*, 29. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2007, p. 196. Em particular sobre as funções individualizadora e não individualizadora do objecto da sentença, e a sua relação com o caso julgado, no âmbito dos diversos tipos de acções

Por outro lado, importa à comunidade que a actividade jurisdicional seja desenvolvida de modo devido, assim se garantindo, quer que os meios públicos e escassos que aquela implica são afectos a actividade legítima, quer a verificação de condição necessária à obtenção da solução (para o litígio, cuja resolução determinou a sua promoção) que mais potencie a ordem, segurança e paz sociais, por serem, estes, pressupostos de realização dos fins que, em autodeterminação, a comunidade e cada um dos elementos que a integram, visam prosseguir.<sup>1061</sup>

Não sendo, pelas razões aduzidas, irrelevante, ante a comunidade, o carácter, verdadeiro ou não, do conteúdo da afirmação de que, enquanto prolatora da decisão sobre a matéria de facto controvertida, é autora, não assistirá às partes (salvo previsão normativa em sentido diverso) a possibilidade de convencionalmente limitar o “ângulo de visão” do decisor, impedindo-o (por limitação do grau de profundidade de análise da matéria probatória) de ver o que (porque no processo) está ao alcance do seu conhecimento. Impossibilidade que se conserva mesmo que tal previsão privada seja, como notado, determinada por razões valiosas para o sistema jurídico, na medida em que promotoras da celeridade processual. Estas, porém, não sobrelevam a valia das anteriormente referidas.

Porque se trata de dimensão dotada de relevo *supra partes*, não podem estas, em suma, prescindir, por *via convencional* ou outra, do normal grau de profundidade de conhecimento dos elementos de prova disponíveis no processo, não beneficiando da faculdade de alterar o doseamento, legalmente definido, entre *adequação* e *eficácia*, privilegiando, nesta hipótese, a eficácia.

A definição da medida de prevalência de um ou outro destes valores incumbe apenas a quem desenha o regime regra (legislador), sendo que, atentas as hipóteses em que este procede a adopção de regime especial neste domínio, se verifica que desenvolve tal adaptação de forma particularmente cautelosa, em detida ponderação entre desvantagens e benefícios daí susceptíveis de decorrer para os interesses envolvidos, apenas assumindo o risco que a especial tutela da *eficácia* (assim concedida, mediante previsão legal de menor grau de conhecimento da prova) gera, em situação limite – quando se conclua que a não opção por tal via implicaria prejuízo

---

declarativas, *vide* TEIXEIRA DE SOUSA, “O objecto da Sentença e o Caso Julgado Material. Estudo sobre funcionalidade processual”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 325, Abril, 1983, pp. 123 e ss.

<sup>1061</sup> O relevo comunitário da apreciação da prova mobilizável é, de modo expressivo, sublinhado pelo *Bundesgerichtshof* (BGH), a propósito da *Restitutionsklage* proposta com base na invocação de novos documentos, quando, no acórdão proferido em 21 de Outubro de 2004 (IX ZR 59/04), nota que a possibilidade de recurso ao referido meio processual, com suporte nesse fundamento, constitui garantia da “autoridade dos tribunais e da confiança da generalidade dos cidadãos na jurisprudência” (“*Autorität der Gerichte und das Vertrauen der Allgemeinheit in die Rechtsprechung*”); valores que seriam postos em causa se a reapreciação da decisão não fosse possível não obstante os seus fundamentos terem sido “abalados de modo visível para todas as pessoas e de forma insuportável para o sentimento geral de justiça” (“...*obwohl ihre Grundlagen für jedermann erkennbar in einer für das allgemeine Rechtsgefühl unertraglichen Weise erschüttert sind*”). Se tais valores se impõem, quando a prova existe e não consta do processo (determinando o deferimento de pedido de reabertura deste), por maioria de razão valerão quando aquela já tenha sido “aberta” no processo (hipótese, mais grave que a primeira, em que os motivos referidos determinarão a invalidade da modalidade de convenção de prova que ora se considera no corpo do texto).

difícilmente reparável para a utilidade da decisão a proferir na acção principal<sup>1062</sup> – e mediante previsão das necessárias salvaguardas – impondo, designadamente, que o prejuízo causado pela decisão (para o requerido) não seja consideravelmente superior ao benefício pela mesma proporcionada ao requerente,<sup>1063</sup> que tal decisão possa ser substituída pela prestação de caução pelo requerido,<sup>1064</sup> que o requerido possa ser ressarcido pelos prejuízos que indevidamente possa sofrer (para o que, a título garantístico, o juiz pode impor ao requerente a prestação de caução, mesmo que tanto não tenha sido solicitado pelo requerido e sem carência de audição deste),<sup>1065</sup> bem como, por princípio, que a definitiva decisão do litígio seja proferida em acção principal, onde o conhecimento da matéria de facto obedece à regra geral do intenso grau de conhecimento e apreciação da prova (que não à excepção do mero conhecimento perfunctório).

Na ponderação que PELLI expõe, quando observa que, se, de um lado, o tipo de convenções em causa facilita a decisão processual da factualidade controvertida, a sua celebração comporta, de outro, a desvantagem em que se traduz a insegurança jurídica que tal tipo de decisão implica,<sup>1066</sup> cremos, pois, ante o exposto, ser de conceder absoluta preponderância à segunda dimensão, concluindo no sentido da invalidade do acordo de prova que ora consideramos.

Só ao legislador assiste, em síntese, legitimidade para, em ponderação coordenada dos interesses envolvidos, aligeirar o grau de conhecimento e tratamento da informação proporcionada pelas fontes de prova, sendo que, em virtude da importância (pública e privada) da observância de profundo grau de análise da prova, enquanto garantia da correcção do conteúdo decisório, a atenuação legal do grau de exigência da sua análise ocorre sempre sob condição de que a decisão não se consolide juridicamente com base em convicção de mera verosimilhança.

#### b) Aumento convencional do grau de conhecimento da prova

Considerando a segunda dimensão do problema que enunciámos aquando da abertura da reflexão sobre o presente ponto, cabe indagar se podem as partes estabelecer, negocialmente, regime inverso àquele sobre que acabámos de atentar, prevendo, em convenção de prova, não obstante vigência de regime legal diverso, que o juiz deve conhecer profundamente a prova constante do processo.

Em causa, assim, nesta hipótese, pactos de prova através dos quais as partes prevejam que o tribunal deve desenvolver actividade de cabal e completa análise da informação proporcionada pelos meios de prova, em circunstâncias em que a lei prevê o seu conhecimento de acordo com critério de apreciação meramente perfunctória.

---

<sup>1062</sup> Cfr. art. 362.º, n.º 1, parte final do Código de Processo Civil.

<sup>1063</sup> Cfr. art. 368.º, n.º 2 do Código de Processo Civil.

<sup>1064</sup> Cfr. art. 368.º, n.º 3 do Código de Processo Civil.

<sup>1065</sup> Cfr. art. 374.º, n.º 2 do Código de Processo Civil.

<sup>1066</sup> *Beweisverträge im Zivilprozess*, Dike Verlag, Zürich, St. Gallen, 2012, p. 47.

Respeitando embora a regime jurídico convencional de sentido contrário ao criado pelas partes através de convenções de prova objecto de análise na alínea anterior (regime de adensamento, que não de aligeiramento, do grau de conhecimento da prova), a presente dimensão do problema merece (conquanto por razões diversas) resposta de sentido coincidente com o apurado relativamente àquelas.

Se o relevo supra partes da *adequação* (correção) da decisão a proferir, determina a invalidade das primeiras convenções, o relevo, também supra individual, da *eficácia* das decisões jurisdicionais determina, igualmente, a nulidade de convenções que a comprometam e, assim, dos pactos de prova que no presente momento consideramos.<sup>1067</sup>

Traduzindo-se a forma de extinção de conflitos, no quadro de sistema de justiça pública, na realização da solução normativa no caso, tanto pressupõe, não apenas que essa realização se verifique declarativamente de forma própria (do que depende a *adequação* da decisão), como ainda que tal realização se revele susceptível de se cumprir na prática, ou seja, que aquela declaração seja dotada de efeito útil, o mesmo é dizer, *eficaz*.<sup>1068</sup>

Porque ambas as dimensões – *adequação* e *eficácia* – constituem condições de *efectivo* cumprimento do regime jurídico no caso, também a ineficácia põe em causa a possibilidade de realização dos interesses públicos (nas diversas dimensões, acima discernidas) envolvidos no exercício da actividade jurisdicional. Por outro lado, o interesse comunitário na celeridade decisória tange com motivos ligados à economia de meios e de actos processuais (contenção processual) – se menor o período de

---

<sup>1067</sup> VIEIRA DE ANDRADE sublinha (em termos que, conquanto referentes ao contexto da jurisdição administrativa e não obstante desenvolvidos à margem de qualquer consideração relativa à modificação das regras jurídicas por via convencional, cremos integralmente aplicáveis no contexto que ora consideramos) o relevo da manutenção e respeito pelo critério de cognição sumária, quando definido pelo legislador: “... a relevância da juridicidade material, sobretudo nos casos de incerteza à primeira vista, não pode ser pretexto para alongar e desvirtuar o processo cautelar – que, visando uma decisão provisória ou interina, se caracteriza justamente por uma cognição sumária -, sobrecarregando-o com uma argumentação e uma instrução aprofundadas sobre o mérito da causa, como se fosse um processo principal. A referência ao “fumus”, ou seja, à “aparência” do direito visa justamente exprimir que a convicção *prima facie* do fundamento substancial da pretensão é *bastante* e é *adequada* à decisão cautelar, ao contrário do que se exige nos processos normais”, *A Justiça Administrativa*, 11.ª Edição, Almedina, 2011, p. 310.

<sup>1068</sup> Valorizando esta dimensão da prestação jurisdicional, COMOGLIO, FERRI e TARUFFO questionam que, com propriedade, se possa falar em “tutela jurisdicional dos direitos” quando aquela (dimensão) não se verifique, independentemente das razões determinantes da inefectividade. Observam, por outro lado, que, tanto, só em concreto é aferível. Assim o sublinham: “In effetti quando si dice, come accade comunemente, che il processo serve all’attuazione o alla tutela dei diritti, si compie un’affermazione forse non falsa ma astratta e quanto mai generica. Il se e come il processo svolga in concreto questa funzione sono determinati dalla quantità e dall’efficacia dei rimedi processuali previsti dall’ordinamento in un dato momento storico”; acrescentam: “Quando, come spesso accade, si verificano inconvenienti, ostacoli o insufficienze tali per cui in concreto il processo offre una tutela difficile o inadeguata, è dubbio che si possa davvero parlare di “tutela giurisdizionale dei diritti”, salvo che su di un piano puramente formale e quindi scarsamente significativo”, *Lezioni sul processo civile, I, Il processo ordinario di cognizione*, 4ª ed., il Mulino, Bologna, 2011, pp. 31 e 32.

pendência processual, menor, por regra, a dimensão dos meios implicados na resolução jurisdicional do litígio.<sup>1069</sup>

A celeridade processual representa, pois, valor também dotado de relevo *individual* (para as partes) – valor de que, na hipótese de celebração da modalidade de convenção de prova que se considera, estas abdicariam –, e *supra individual*.

Porque a imposição convencional, em acordo de prova, da necessidade de observância, pelo juiz, de grau profundo de conhecimento da prova, em hipótese em que o legislador se basta com o conhecimento perfunctório (assim soberanamente concedendo prevalência ao valor da eficácia decisória)<sup>1070</sup>, se revela susceptível de fazer perigar o efeito útil das decisões, bem como (embora em termos argumentativamente menos relevantes) a economia processual, padecerá de nulidade a convenção que naquele sentido (impositivo) disponha.

### c) Apreciação conjunta

Considerando, na sua dupla dimensão, a questão formulada, apura-se que, atentos os interesses da comunidade (enquanto ente que exerce a actividade jurisdicional e se ordena por programa próprio de evolução autodeterminada, bem como enquanto agregado constituído por elementos, cujo estatuto processual a comunidade não prescinde de, quanto a certas dimensões, imodificavelmente regular) envolvidos, o regime jurídico relativo ao grau de profundidade de conhecimento da prova [quer no sentido do seu aligeiramento, quer no sentido da preservação do normal grau de profundidade da apreciação, quando legalmente não se prevê qualquer regime excepcional], pelo juiz, assume (determinado que é, assim, por razões de ordem pública)<sup>1071</sup> natureza imperativa, pelo que, em conformidade com a

---

<sup>1069</sup> De observar que, se estes valores representam fundamento bastante para impedir, como acima observado, que as partes possam alongar (fora dos limites legalmente concedidos) o período de pendência processual (impondo, designadamente, um grau de conhecimento profundo, onde o legislador prevê um grau de conhecimento perfunctório), não constituem, porém, razão válida para atenuação (ainda que pelo legislador e diferentemente do que, quanto a este, sucede com o valor da eficácia das decisões) do normal parâmetro relativo à profundidade de conhecimento da informação em que a prova (tomada na terceira dimensão) se traduz.

<sup>1070</sup> Tanto se verifica, como observado, designadamente, no âmbito da tutela cautelar, de índole “rápida e provisória”, como Miguel MESQUITA observa, “A oposição às emissões nas relações de vizinhança”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, Coimbra Editora, 2009, p. 222.

<sup>1071</sup> Interesses públicos que, em conformidade com a distinção, acima estabelecida, representam interesses públicos *imediatos*. Ainda que este tipo de interesses não relevasse no presente contexto, nem neste igualmente preponderassem interesses individuais dos diversos sujeitos jurídicos, que integram o corpo comunitário, sempre relevariam os interesses dos sujeitos processuais em obter decisão adequada e eficaz. Interesses que assumem, não apenas natureza privada, como ainda relevo público mediato, por constituírem dimensões garantísticas de tutela jurisdicional efectiva representativos de direitos de cuja titularidade e, assim, inserção na esfera jurídica de quem figure como parte em processo, a comunidade não prescinde. Também por esta razão, por isso, se afigura insusceptível de enquadramento no âmbito jurídico da validade, regime convencional de que resulte aumento ou redução (relativamente ao parâmetro legal) do grau de conhecimento da prova pelo juiz. Porque, no que concerne aos interesses públicos envolvidos, se visa, com a invalidade do regime

condição de validade enunciada em terceiro lugar no âmbito do art. 345.º, n.º 2 do Código Civil, ora actuante a título autónomo, serão nulas as convenções de prova que o derroguem (seja mediante imposição negocial de grau de conhecimento mais profundo, que o legalmente previsto, seja mediante eliminação pactícia do menor grau de conhecimento normativamente contemplado).

A *adequação e eficácia* das decisões judiciais revelam-se, assim, fora do âmbito da livre disponibilidade das partes, excluindo-se, em consequência, do perímetro convencional, apenas ao legislador cabendo, mediante ponderação do equilíbrio a estabelecer entre ambos os valores, definir o grau de conhecimento da informação proporcionada pelos meios de prova.

#### *1.2.1.2. Convenções relativas ao sentido decisório*

Consideremos, agora, as convenções cujo relevo emerge com maior evidência no *segundo* momento (momento conclusivo) desta fase processual (de decisão extintiva da controvérsia factual).

Estas as convenções quanto às quais se afigura própria a designação “convenções relativas à valoração da prova” (“*clauseole sulla valutazione delle prove in senso stretto*”, na classificação de MARINONI<sup>1072</sup> ou “*Vertragliche Dispositionen über die Beweiswürdigung*, na qualificação de WAGNER<sup>1073</sup>), quando por esta (valoração) se tome a actividade de autónoma e crítica apreciação (dentro dos limites de extensão e intensidade de conhecimento juridicamente estabelecidos) da prova constante do processo pelo decisor (assim interveniente enquanto juiz *construtor*).

Referimos, anteriormente, que a regulação *legal* limitativa opera, a este nível, mediante condicionamento do poder jurisdicional de definição do *conteúdo* da decisão a proferir relativamente à matéria factual controvertida, mediante circunscrição, pelo legislador, da medida de liberdade de que o juiz dispõe para autonomamente extrair ilações da informação processual reconduzível a prova. Reportámos, como técnica legal de condicionamento relevante neste domínio,<sup>1074</sup> a sobreposição, ao sentido decisório decorrente da livre convicção do julgador, de sentido decisório abstracta e legalmente definido. Circunscrição que tem lugar no quadro da prova legal, mediante

---

negocial que se considera, assegurar a preservação de interesses públicos mediatos e imediatos, é a ordem pública, em sentido amplo, aquela que com tal regime de controlo da validade se preserva. Para dissociação entre a circunstância de, por regra, o processo civil, servir (no plano dos direitos realizados), direitos subjectivos privados (*Schutz subjektiver Privatrechte*) e a “concepção individualista do processo” (*individualistischen Auffassung*), JAUERNIG, *Zivilprozessrecht*, 29. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2007, p. 2.

<sup>1072</sup> “Clauseole probatorie nella pratica commerciale e civile”, *Rivista di Diritto Processuale civile*, 1938, I, p. 28.

<sup>1073</sup> *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 692.

<sup>1074</sup> Técnica que constitui a primeira, das duas que enunciámos, de restrição deste tipo de liberdade do decisor. A segunda será objecto de análise, no âmbito das convenções de prova sobre que reflectiremos no ponto seguinte.

limitação do âmbito aplicativo do princípio geral da livre apreciação da prova. Esta a máxima processual que, nas demais hipóteses, rege a actividade decisória em causa.

A modalidade de convenções de prova ora objecto de atenção caracteriza-se por interferir no grau de liberdade de apreciação (pleno ou limitado) legalmente definido, por via, designadamente, da alteração da relação abstractamente estabelecida, pelo legislador, entre o sentido decisório legal e o sentido decisório individualmente apurado pelo decisor.

a) Convenções impositivas de sentido decisório

Podendo, o regime convencional, revelar-se concessor, ao juiz, de maior ou menor amplitude de liberdade de decisão (relativamente à que decorre do regime legal), reportar-nos-emos, em primeiro lugar, às convenções que *restringem* a liberdade de apreciação do julgador, mediante atribuição a determinado meio de prova<sup>1075</sup> de maior força probatória que aquela que a este é legalmente reconhecida.

Assim quando, mediante celebração de convenção, as partes confirmam valor de prova pleníssima ou plena a meio de prova que, nos termos legais, teria valor probatório inferior, convencionando, por exemplo, que, se constante, determinada versão factual, de documento particular (cuja assinatura não se encontre reconhecida), tal facto se terá por provado (dotando o fundamento decisório de força de prova pleníssima); ou que se terá por provado, salvo demonstração do contrário (concedendo ao meio de prova força de prova plena).

As partes alteram, nesta hipótese, o regime normativo, em fechamento ou redução da área de liberdade de apreciação do decisor, deixando este de corresponder à amplitude concedida pelo legislador, para passar a ser condicionada (se se atribuir força plena – como se verifica numa das hipóteses enunciadas por MARINONI<sup>1076</sup>) ou inexistente (se em causa - como sucede em exemplos práticos enunciados por KOHLER<sup>1077</sup> e MARINONI<sup>1078</sup> - a atribuição convencional de força pleníssima).

---

<sup>1075</sup> Enquanto equivalente de base densa de decisão.

<sup>1076</sup> Referimo-nos à menção, incluída em contrato da sociedade Lambert Brothers Ltd, nos termos da qual é atribuído, a documento particular, valor de *prova semplice*. O que equivale a valor de prova plena, por isso ilidível mediante prova do contrário. A autora inclui, no âmbito deste tipo de convenções, quer as cláusulas nos termos das quais se permite o que designa por “vera e propria prova contraria” (de que é exemplo a cláusula, ora mencionada no corpo do texto), quer aquelas em que a ilisão da veracidade se faz pelo que qualifica por “prova contraria indiretta, com cui si acerta la esistenza di un errore nella formazione del documento e gli si toglie quindi valore per questa via”. Ilustra esta última hipótese por referência a cláusula, constante de contrato da sociedade londrina Maris Export & Trading Company, Limited, em que se previa: “The colliery certificate to be held as proof of weight, quality, size and description, *unless any irregularity is proved*”, “Clausele probatorie nella pratica commerciale e civile”, *Rivista di Diritto Processuale civile*, 1938, I, p. 30.

<sup>1077</sup> Enquadramos nesta modalidade de convenções de prova o acordo de prova (referido pelo autor), de cujo teor resulte que, para prova do dano (por cujo ressarcimento uma companhia de seguros é responsável), se revela suficiente a exibição de um determinado documento (*Ueber processrechtliche Verträge und Creationen*”, *Gesammelte Beiträge zum Zivilprocess*, Neudruck der Ausgabe, Berlin, 1894,

Substituem as partes, por esta via, o critério (legal) geral de liberdade de formação convicção mediante imposição de critério de decisão equivalente ao que o legislador faz valer no quadro de hipóteses normativas integráveis no sistema de prova legal. Critérios distintos, embora, pelo facto de a fonte do condicionamento não ser, neste caso, a lei, mas a vontade das partes (fonte convencional).

Se o critério de decisão vigente no quadro da prova legal se consubstancia na fixação de um sentido decisório (dependente ou não do estágio do processo interior de formação de convicção em que o juiz se encontre),<sup>1079</sup> a que o decisor fica vinculado, as convenções de prova que ora se consideram traduzem, identicamente, a definição, pelas partes, de um sentido de decisão que se torna imperativo para o juiz.<sup>1080</sup> Tanto significa ficar este obrigado a, dentro dos condicionalismos fixados no

---

Scientia Verl., 1969 – X, p. 158). Ante tal meio de prova, deixa, conseqüentemente, de ser possível demonstrar o inverso, o que equivale a atribuir força de prova pleníssima a prova documental. No mesmo domínio se inclui a previsão negocial, inserida em contrato da sociedade Sonino di Venezia, nos termos da qual “La constatazione di sanita della merce da parte dell’autorità sanitaria del luogo di partenza è *plenamente efficace* anche nei riguardi del compratore, senza che sia *ammissibile prova in contrario*”, bem como a previsão, constante de contrato da sociedade Gatti e Marchesi, carboni fossili e vegetali, segundo a qual “Il certificato di miniera è documento sufficiente ed accettato dal compratore come *prova conclusiva* della quantità e della pezzatura della merce consegnata”, “Clausole probatorie nella pratica commerciale e civile”, *Rivista di Diritto Processuale civile*, 1938, I, p. 29.É, no entanto, concebível que a convenção seja redigida em termos que a tornem enquadrável *também* no âmbito das convenções restritivas dos meios de prova. Assim sucede se as partes previrem, não apenas que a exibição do documento em causa representa prova incontestável da verificação do dano, como ainda que esta só pode ser provada por essa via. Natureza mista parece, por isso, assumir a cláusula (mencionada, por PEZZANI, a propósito das convenções restritivas de meios de prova) nos termos da qual a companhia de seguros Allianz-Ras s.p.a. efectuará o pagamento quando exibido “*attestato di degenza in Struttura Sanitaria, debitamente sottoscritta o di altra documentazione che comprovi la durata del ricovero*”, *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 210. Representa, pois, nota comum a este tipo de cláusulas a circunstância de o meio de prova, em causa, representar meio suficiente e necessário para prova de determinada versão factual.

<sup>1078</sup> Referimo-nos à cláusula que a autora identifica em todos os contratos da Ellerman’s Wilson Line os Steamers – London, bem como da Cunnard Steam Ship Company Ltd, nos termos da qual: “A sworn statement by a person in the service of the Shipowners that goods were received or shipped and or another that they could not be found or stating their loss, shall be conclusive evidence that they have been stolen or pilfered”, “Clausole probatorie nella pratica commerciale e civile”, *Rivista di Diritto Processuale civile*, 1938, I, p. 19. Afigura-se-nos, na verdade, que do teor do texto contratual resulta atribuírem, as partes, força pleníssima ao depoimento prestado sob juramento, do pacto não resultando, porém, ser esse o único meio de prova admissível para demonstração da factualidade em causa. Com o que adoptamos classificação diversa da sustentada pela autora, quando inclui a previsão convencional em causa no âmbito das cláusulas restritivas de meios de prova. Distinção de enquadramento que pode assumir relevo quando, como entendemos, seja diferente o regime associável a cada um dos referidos tipos de convenções de prova.

<sup>1079</sup> Consoante o valor legalmente atribuído ao meio de prova corresponda ao de prova plena ou pleníssima, respectivamente.

<sup>1080</sup> Na sequência do que este, ou deixa de intervir na qualidade de juiz *construtor* (o mesmo é dizer, de  *julgador* ou decisor com capacidade *valorativa* própria) ou vê diminuído o número de hipóteses em que pode intervir nessa qualidade. Conferindo relevo à particular condição em que o juiz intervém, COMOGLIO, FERRI e TARUFFO notam que, quando se impõe “in modo vincolante il valore della prova” (os autores reportam-se à imposição que tenha por fonte norma legal), simetricamente se exclui “la valutazione del giudice”, *Lezioni sul processo civile, I, Il processo ordinario di cognizione*, 4ª ed., il Mulino, Bologna, 2011, p. 477.

pacto de prova, declarar como verificada uma determinada versão factual, mesmo que a sua apreciação conduza a conclusão inversa, implicando, nesta hipótese, a previsão convencional, vinculação do decisor, no sentido de proferir decisão (quanto à matéria de facto controvertida) não condizente com o resultado da análise da prova, a que proceda.<sup>1081</sup>

Se se compreende que tal dissonância (entre o sentido decisório autonomamente apurado e o sentido decisório expresso) possa existir, na sequência da referida intervenção de terceiro, quando o sentido decisório (imperativamente definido) seja determinado por ente a quem o decisor deve obediência (legislador), carecerá de base fundamentada justificativa, quando tenha por fonte sujeito (as partes) que, na sequência do exercício do direito de acção, se encontra em situação de subordinação (reflectida na própria configuração da relação processual) ante o juiz e vinculado pela decisão que este profira.

---

<sup>1081</sup> Nesta hipótese se enquadra o caso decidido pela Cour de Cassation francesa, em 8 de Novembro de 1989, que veio a tornar-se conhecido por jurisprudência *Credicas*. Em causa estava um contrato celebrado entre as partes, de cujo art. 8.º, n.º 1 resultava que “os registos dos distribuidores de bilhetes e dos aparelhos automáticos ou a sua reprodução em suporte informático são prova das operações efectuadas através do cartão e justificação da sua imputação à conta no âmbito da qual esse cartão funciona”. Tendo, a sociedade *Credicas*, demandado, judicialmente, um cliente mediante propositura de acção em que requeria a condenação deste, alegando ter sido usado o cartão, ao mesmo adstrito, em compras, sem que tivesse havido lugar ao reembolso do valor transferido, pela primeira, em conformidade com o contrato, para o vendedor, o tribunal de primeira instância negou procedência ao pedido formulado, invocando que a prova procedia de uma máquina que se encontrava na inteira disposição da parte credora. O tribunal superior veio, diferentemente, a entender ser de conferir relevo à convenção de prova celebrada, e, em consequência, representar, o documento em causa, prova válida da existência do direito de crédito da autora. Trata-se, assim, de convenção que, mais do que se referir a um meio de prova, lhe associa força probatória vinculativa para o tribunal, sobrepondo-se ao fruto da apreciação da prova por este desenvolvida. Pronunciando-se, em sentido crítico, sobre o caso, CHRETIEN observa, em análise que partilhamos, no sentido da inadmissibilidade de, por via convencional, se circunscrever a soberana decisão do juiz quanto à força probatória da prova. Nota, por outro lado que, se bem que tal jurisprudência tenha constituído factor determinante para a adopção da actual redacção do art. 1316 - 2 do Code Civil (nos termos do qual “quando a lei não fixe outros princípios, e na falta de válida convenção entre as partes, o juiz decide os conflitos de prova documental determinando por todos os meios o título mais verosímil, qualquer que seja o suporte”), restam, como fontes de limitação da eficácia do regime convencional, a determinação do que se entende por “convenção válida”, bem como a condição de validade da assinatura electrónica prevista no art. 1316-4, *Contrat et action en justice*, 2000, pp. 364 e ss. No sentido da inadmissibilidade do carácter indiscutível da força probatória de documento emanado pela parte sobre quem impende o ónus da prova, CROZE, “Informatique, preuve et sécurité”, *Recueil Dalloz Sirey, Chronique*, Paris, n. 24, 18 Juin, 1987, XXXI, p. 166 e ss. Também DEPADT-SEBAG perspectiva o acordo em causa como tipo de convenção « sur la force probante » (que distingue das convenções « sur le procédé de preuve »), advertindo para o perigo gerável quando se reconheça às partes a liberdade de « atribuir força absoluta a um meio de prova », “Les conventions sur la preuve”, *La preuve*, éd. Economica, Paris, 2004, p. 19. Para reflexão sobre a contratação automatizada, enquanto realidade compreensiva de hipóteses em que há « interposição de uma máquina, na produção da declaração, e de meios de transporte de dados, na transmissão da declaração », vide Paula Costa e SILVA, “A contratação automatizada”, *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. IV, pp. 291 e ss. A autora explicita o relevo que a distinção entre contratação electrónica e contratação automatizada assume no que diz respeito à necessidade de adopção de um regime jurídico próprio (diverso do aplicável à generalidade dos negócios jurídicos) em “Contratação electrónica”, “Contratação electrónica”, *Lei do Comércio Electrónico Anotada*, Coimbra Editora, 2005, pp. 181 e 182.

Comungamos, por isso, da concepção de SCHÜLLER quando sustenta carecerem de eficácia processual as convenções através das quais se determine o valor (*Beweiskraft*) dos meios de prova<sup>1082</sup>, com o que segue, no que respeita à posição adoptada no sentido da inadmissibilidade deste tipo de pactos, a esteira de BÜLOW.<sup>1083</sup>

A validade de regime convencional com esta natureza pressuporia, na verdade, inversa configuração da relação entre os sujeitos processuais em causa.

Porque ao juiz cabe fazer cumprir, no caso, os critérios normativamente definidos, encontra-se este em posição de infra ordenação relativamente ao legislador, incumbindo-lhe respeitar os sentidos decisórios que aquele fixe como conteúdos a observar no desenvolvimento da actividade (jurisdicional) através da qual (por via mediata)<sup>1084</sup> aquelas soluções normativas se realizam em concreto.

Na ausência de definição de um *sentido* decisório de fonte legal (única fonte de quem o decisor se encontra dependente)<sup>1085</sup>, o *critério* de decisão será, por isso, imperativamente, o da livre apreciação – o *sentido* decisório quanto à matéria de facto controvertida será necessariamente o que resulte de decisão autónoma do juiz, que, na sequência de avaliação própria, retirará da informação proporcionada pelos meios de prova as conclusões que se lhe afigurem adequadas.<sup>1086</sup>

Que assim não fosse, significaria concessão de permissão no sentido de que o sujeito hetero-resolutor (juiz) não decidisse de forma independente – não representando verdadeiro terceiro relativamente às partes<sup>1087</sup> –, com o que se atingiria o núcleo da actividade jurisdicional, não se podendo dizer que à actividade assim desenvolvida correspondesse esta natureza. Sob a aparência de desempenho jurisdicional de hetero-resolução, seria desenvolvida actividade privada de auto-resolução, representando esta a real fonte de extinção (total ou parcial) da controvérsia factual.

Desvirtuar-se-ia o modo de extinção de conflitos, seleccionado como o adequado para representar alternativa ao sistema de justiça privada, defraudando-se a autodeterminação comunitariamente desenvolvida quando, na pessoa do juiz, o

---

<sup>1082</sup> O autor pronuncia-se sobre esta particular categoria de convenções no quadro mais amplo da reflexão que desenvolve sobre a validade processual das “convenções que visam uma limitação da prova” (*Verträge, die eine Beweisbeschränkung zum Zielen haben*), sustentando que todas as espécies de pactos aí incluíveis carecem de força vinculativa no processo, *Die Wirksamkeit von Beweisverträgen nach geltendem Prozeßrecht*, Göttingen, 1932, pp. 28 a 31.

<sup>1083</sup> “Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung”, *Archiv für die zivilistische Praxis*, 64, 1881, p. 64.

<sup>1084</sup> Na medida em que não por via de cumprimento voluntário.

<sup>1085</sup> Salvo diferente previsão legal em contrário. Nesta hipótese (isto é, se a tal previsão houver lugar), embora o decisor passe a dever actuar em conformidade com regime fixado pelas partes, é ainda a lei a fonte validante de tal vinculatividade, sendo da obediência do decisor a esta que decorre a sua subordinação ao regime negocialmente criado pelas partes.

<sup>1086</sup> De notar a importância da distinção, neste contexto, entre *critério* decisório e *sentido* decisório. A circunstância de o legislador não definir um especial *sentido* decisório a exprimir pelo juiz não significa que não continue o decisor vinculado à observância do geral *critério* de decisão da matéria de facto controvertida.

<sup>1087</sup> Conquanto o fosse sob o ponto de vista formal.

Estado exerce a actividade jurisdicional. O juiz seria, não um verdadeiro decisor, emissor, nessa qualidade, de juízo próprio (de cuja construção a comunidade o incumbiu, enquanto seu representante, antes mero veículo declarante de sentido decisório determinado pelas partes.

Situando-se, porém, nesta circunstância, o juiz e as partes no domínio da prova, encontram-se tais sujeitos processuais na via processual do *dissenso*, pelo que a decisão judicial deverá representar (justamente porque aí não relevante o *consenso*)<sup>1088</sup> a integral assunção, pelo juiz, da autoria da solução. Não tendo optado, as partes, pela via consensual, no plano dos factos,<sup>1089</sup> assiste, em suma, à comunidade, o direito a que, a decisão por si proferida, assuma natureza objectivamente imparcial, ou seja, a que a base factual em que assenta se encontre o mais próxima possível da realidade ocorrida (da verdade), em ordem a obter, na expressão de PEZZANI, a “ ‘miglior vicinanza possibile’ dell’accertamento giudiziale alla verità”<sup>1090</sup> – proximidade que, na presente hipótese, se pretende assegurar mediante concessão legal, ao juiz, de liberdade de apreciação, o mesmo é dizer, confiando-lhe, a título exclusivo, a competência para decidir quanto à feição que a matéria de facto relevante deve processualmente assumir, quando assente. Incumbe, pois, a este, na via processual do *dissenso*, reconstruir processualmente a realidade verificada, equivalendo, a decisão que nessa sede profira (salvaguardadas as hipóteses em que se lhe imponha, em sobreposição vinculativa, sentido decisório legal) à declaração de que constitui *sua* convicção ter ou não ocorrido determinada versão dos factos. Não é possível que, em simultâneo, o juiz declare ser *sua* a convicção que exprime, quando o faz porque a tanto vinculado por imposição das partes e com base no negócio jurídico por estas para esse efeito celebrado.

A validade da convenção de prova, que ora se considera, conflituaria, assim, com esta destrinça (entre o plano do *consenso*, em que, por acordo, as partes definem a matéria de facto e o plano do *dissenso*, em que, porque não alcançado ou não manifestado processualmente esse acordo, a controvérsia factual se extingue mediante decisão jurisdicional, por princípio com base em informação de índole probatória: subordinando as partes, convencionalmente, a decisão do julgador-construtor, à sua vontade, este surgiria formalmente como construtor de solução (relativa à matéria de facto controvertida) que, na realidade, não seria obra sua; intervindo, sob aquela capa formal de autonomia, actuaria, contudo, como mero reproduzidor da solução definida pelas partes. O regime convencional representaria, pois, como KOHLER observa, inadmissível intromissão no “íntimo inatingível do

---

<sup>1088</sup> A existir este, as versões factuais sobre que incida são, por seu efeito, subtraídos ao domínio da prova.

<sup>1089</sup> Assim não exercendo poderes de disposição (se em causa estiver matéria disponível) sobre o objecto factual do processo.

<sup>1090</sup> *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 256. A autora faz uso desta expressão (através da qual exprime a ideia de “não indiferença” da ordem jurídica, ante o teor da conclusão jurisdicionalmente apurada quanto à factualidade controvertida) a propósito dos pactos redutores do valor probatório.

convencimento do juiz” (“*Eingriff in das unantastbare Internum der richtlichen Ueberzeugung*”).<sup>1091</sup>

Intervindo, o juiz, na qualidade de decisor actuante em exercício do poder de livre apreciação da prova, mas reconduzindo-se essa qualidade a mera aparência, associar-se-iam as garantias de *imparcialidade* objectiva (próprias de decisão extraída, por via da autónoma reconstrução analítica efectuada pelo julgador, da informação em que a prova se traduz, a uma decisão que (nos antípodas daquele tipo de decisão) seria o mero fruto da convenção das *partes*. Decisão relativamente à qual o juiz, assumindo embora, as vestes de juiz-construtor, seria, na verdade, mero veículo transmissor – marioneta de mãos privadas.

A inclusão do fruto deste tipo de resultado *consensual* na via do *dissenso* (prova) representaria, assim, acto adulator da natureza da decisão a proferir, nesta via (do *dissenso*). Incoerência que PEZZANI surpreende, quando observa o contra-senso que representa “far istanza per ottenere un giudizio per poi voler e poter determinarne le risultanze”, notando que tanto equivale a “privar de real conteúdo a função do juiz quanto à definição do facto”.<sup>1092</sup>

Impor-se-ia, em suma, ao julgador, que declarasse julgar como verificado o que não julga (ou pode não julgar) como tal. Donde, em virtude da estipulação vinculativa das partes, se exponenciaria o risco de a factualidade ocorrida não coincidir com a versão factual processualmente cristalizada na matéria assente, com o que, também aqui, se intensificaria o risco de a estatuição normativa não se aplicar ao quadro factual para que foi concebida, e, em consequência, a probabilidade de inadequado cumprimento do direito no caso, em frustração do que se pretende ser o fruto do normal exercício da jurisdição.

É, nestes termos, a gravidade das consequências processuais associáveis a esta particular modalidade convencional, que permite compreender que a assunção de posição no sentido da sua inadmissibilidade se não restrinja ao sector da doutrina mais céptico relativamente ao processo convencional, revelando-se comum também a processualistas que, como temos vindo a observar, por regra se revelam mais condescendentes relativamente à possibilidade de conformação das regras processuais por via negocial. Assim, por exemplo, com DE STEFANO<sup>1093</sup>, EICKMANN<sup>1094</sup> e MICHELI<sup>1095</sup>.

---

<sup>1091</sup> *Ueber processrechtliche Verträge und Creationen*, *Gesammelte Beiträge zum Civilprocess*, Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1894, p. 157. O autor tece, porém, esta observação, reportando-se à generalidade dos pactos que importem, para o decisor, a imposição de, em sede de decisão da matéria de facto, se pronunciar num determinado sentido, que não apenas à categoria de convenções de prova que ora consideramos. Como *infra* se explicitará, não partilhamos desse entendimento, quando compreendido com tal extensão.

<sup>1092</sup> *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pp. 236 e 237.

<sup>1093</sup> *Studi sugli accordi processuale*, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 73 e ss. O autor pronuncia-se no sentido da inadmissibilidade de tais pactos por contraste com as convenções relativas à actividade probatória das partes, em contexto em que procura demonstrar as inconsistências da argumentação invocada no sentido da geral inadmissibilidade das convenções de prova.

Porque directamente atinentes ao núcleo da actividade jurisdicional – independência do juiz (ante qualquer outro ente que não o legislador e, assim, também relativamente às partes) – as *normas* previsoras do critério de decisão de acordo com o princípio da livre apreciação da prova (e, assim, de livre conformação do conteúdo da decisão, quanto à temática factual controvertida) assumem natureza *imperativa*; porque impositivas de sentido decisório fixado pelas partes (e assim contrárias à preservação desse domínio de liberdade de análise crítica do decisor), serão *inválidas* as *convenções* de prova que restrinjam o âmbito aplicativo desta máxima processual.<sup>1096</sup>

Quando se indague do fundamento normativo da invalidade deste tipo de acordo de prova, apura-se, nestes termos, que a nulidade negocial assenta na circunstância de o regime convencionalmente instituído se revelar contrário a *normas* legais (nesta hipótese, norma consubstanciadora de princípio jurídico) relativas à prova e determinadas por razões de *ordem pública*. Este tipo convencional não supera, em consequência, o controlo de validade realizado, segundo o parâmetro constante do art. 345.º do Código Civil, por não cumprir a condição de validade aí enunciada em terceiro lugar (condição actuante, nesta hipótese, enquanto filtro de validade interveniente, a título autónomo).

Se a prerrogativa de associação, à prova, de um sentido decisório vinculativo assiste (como acima observado) ao legislador, às partes não é assegurada, pois, tal possibilidade, mesmo quando em causa matéria substantiva disponível e ainda que tal associação não torne excessivamente difícil o exercício do direito.<sup>1097</sup> O que equivale a

---

<sup>1094</sup> *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochumer juristische Studien Nr. 57, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1987, pp. 92 e 93. O autor integra a presente categoria no âmbito dos „Vereinbarungen über die Beweiswürdigung“.

<sup>1095</sup> *L'onere della prova*, Padova, CEDAM, 1966, pp. 246 e ss.

<sup>1096</sup> Atenta a razão de ser da invalidade, ela verificar-se-á também nas hipóteses em que o meio de prova cujo valor probatório as partes convencionalmente reforçam, consubstancie meio de prova fruto da sua inventividade e, assim, meio de prova atípico, cujo relevo processual decorra de convenção, relativa aos meios de prova, dotada de carácter inovador (com efeito quantitativamente ampliador ou não). Tanto não invalida, porém, que, ante o sinal, assim transmitido pelas partes, relativamente à particular valia da informação veiculada por tal fonte de prova, o decisor deva estar especialmente atento, no que diz respeito às potencialidades da via canalizadora desse conteúdo informativo quando, em exercício do dever de livre apreciação crítica, sobre ele se debruçar.

<sup>1097</sup> À semelhança do legislador, podem, também as partes, quando criadoras, em convenção de prova, de regime nos termos do qual se associa um valor probatório fixo (superior ao que releva, em caso de livre apreciação) e, assim, um sentido decisório, à informação veiculada por dado meio de prova, ser movidas pelo intuito de aperfeiçoamento do grau de imparcialidade objectiva. Remanesce, porém, o perigo de que não seja esse o escopo, cuja prossecução aquelas pretendem prosseguir; risco não relevável, quando tal associação seja efectuada pelo legislador, na medida em que a imparcialidade objectiva serve o fim que este prossegue – realização do direito (na sua maioria por si, legislador, criado) no caso concreto. Porque pode não ser este o objectivo que move as partes, padecerão de nulidade as convenções de prova de que resulte aquele efeito associativo. Porque, contudo, a esta previsão convencional pode subjazer real escopo de promoção da imparcialidade objectiva, deve o decisor, no exercício do poder de livre apreciação, que lhe seja legalmente concedido (e na medida em que o seja), revelar-se particularmente atento à valia e credibilidade da informação proporcionada pelo meio de prova, em causa, em ordem a verificar se lhe corresponde o particular valor que lhe foi atribuído pelas partes, de modo a, em caso de conclusão afirmativa, de modo especial lhe conceder relevância no livre

concluir que a presente convenção de prova será nula, *porque* padecente de ilicitude primária, isto é, por contrariedade a normas legais *imperativas* ou, sob outro prisma, por ter por *objecto* matéria, relativa à prova, insusceptível de ser regulada por acordo - inválida, assim, por esta razão, ainda que válida, quando estritamente considerado fosse o plano da licitude secundária (a bondade<sup>1098</sup> do regime jurídico que as partes prevejam, quanto ao objecto normativo da convenção).

Este um dos contextos, assim, em que a imparcialidade objectiva se afirma como valor, cuja realização se revela como um direito da comunidade *ante* as partes, que não apenas como um direito *destas*.

De notar, por último, que, do observado, decorre ser esta a modalidade de convenção de prova em que integramos os pactos de que resulte a atribuição, a um determinado meio de prova, do valor de prova *prima facie* ou *Anscheinsbeweis*, enquanto pactos de que resulta a elevação do valor probatório de determinado meio de prova (com a consequente redução da margem de apreciação do decisor).<sup>1099</sup>

Na medida em que tomamos as convenções de prova, como categoria de acordo processual, partilhamos da posição de WAGNER, quando diz não comungar da doutrina (onde situa, designadamente, DIEDERICHSEN) que qualifica os pactos em causa como acordos jurídico-materiais (assim os subordinando, tal visão, a classificação idêntica àquela a que submete os acordos relativos ao ónus da prova).

Não cremos, porém, que, adentro da facção que propende para a qualificação destes acordos como convenções de natureza processual, se torne necessária a opção pela sua qualificação como acordos relativos à apreciação da prova (correspondente à perspectiva de STEIN/JONAS)<sup>1100</sup> ou enquanto acordos relativos ao valor da prova (como entende MUSIELAK)<sup>1101</sup>, na medida em que cremos estar em causa pacto relativo ao valor da prova, sendo que vemos neste um dos tipo de convenções discerníveis, no âmbito dos acordos relativos à apreciação da prova.<sup>1102</sup>

---

juízo crítico que formule, assim repercutindo a importância daquele teor informativo (prova na sua terceira dimensão) no conteúdo decisório que autonomamente defina. Tanto, à semelhança (embora em sentido inverso) do que deve suceder no âmbito das hipóteses em que, convencionalmente, as partes restrinjam o valor de meios de prova (com correspondente aumento do poder de livre apreciação do juiz).

<sup>1098</sup> Por não promover a disponibilidade processual de direitos indisponíveis, nem tornar excessivamente difícil o exercício do direito realizando.

<sup>1099</sup> Para associação, na esteira de Vaz SERRA, entre a prova de primeira aparência e as presunções de facto, Mariana França GOUVEIA, "A prova", *Themis, Revista da Faculdade de Direito da U.N.L.*, 2008, Edição Especial, Almedina, p. 337. Comungamos da perspectiva de PATTI quando dissocia esta figura do problema do ónus da prova, bem como quando enuncia, como essencial nota caracterizadora daquela, a circunstância de dela decorrer a obrigatoriedade, para o juiz, não apenas de ter em consideração a máxima de experiência em que se analisa, como ainda de considerar a versão factual provada, ainda que não convencido da sua ocorrência, *Le Prove Parte generale*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, p. 234.

<sup>1100</sup> Em comentário ao §286 da *Zivilprozessordnung, Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 4, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 22. Aufl., 2013.

<sup>1101</sup> *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1975, pp. 130 a 132.

<sup>1102</sup> *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, pp. 694-696.

Não acompanhamos, por outro lado, WAGNER, quando pugna pela validade deste tipo de convenções, afirmando que a posição contrária assenta em injustificado preconceito (*Vorurteil*). Os motivos justificadores da qualificação dos pactos em causa como convenções nulas assenta, na verdade, nas razões que *supra* expusemos.<sup>1103</sup>

b) Convenções extintivas de imposição legal de sentido decisório

Das convenções de prova integráveis na categoria que ora se considera (convenções reguladoras da liberdade *na* apreciação da prova mediante condicionamento das ilações dela autonomamente extraíveis pelo decisor) pode decorrer efeito inverso àquele sobre que acabamos de ponderar, quando delas (em abertura da área de não condicionada capacidade decisória da matéria de facto controvertida) resulte a *ampliação* (relativamente ao parâmetro legal) da liberdade de apreciação do juiz.

Assim sucede quando as partes atribuam convencionalmente o valor de prova plena (circunscrevendo o condicionamento legal aos limites próprios deste tipo de prova) a meio de prova legalmente dotado de força pleníssima ou prevejam que o decisor pode apreciar livremente a informação proporcionada por meio de prova a que, legalmente, seja atribuída força probatória plena ou pleníssima.<sup>1104</sup>

O regime constante de convenções de prova desta natureza implica a derrogação do sentido decisório *legalmente* associado a determinado meio de prova e, em consequência, do valor probatório a este normativamente atribuído; aumenta-se a área de livre apreciação da prova pelo decisor mediante eliminação, por via negocial, de restrições legais ao pleno exercício de tal poder. A associação, porém, pelo legislador, de especial força probatória a particulares fundamentos de decisão da

---

<sup>1103</sup> WAGNER alude, no âmbito das convenções sobre a apreciação da prova (a propósito da *Anscheinsbeweis*), a cláusula convencional (constante de contrato de seguro contra furto com arrombamento) de que decorre que, caso existam sinais exteriores da prática de furto, a seguradora é responsável. Após uma primeira expressão de dúvida, quanto ao enquadramento da tal previsão contratual no âmbito das presunções ou da redução do valor probatório, o autor opta pela segunda hipótese, retirando, da frequência prática de tal tipo de clausulado, a conclusão de que a medida da prova não é, em princípio, inflexível (com o que critica, em paralelo, a posição bivalente de MUSIELAK quando este sustenta que as cláusulas probatórias relativas à medida da prova são proibidas, porque conflituantes com “princípios fundamentais de direito processual civil”, não obstante admitir, em simultâneo, a possibilidade de redução judicial da medida da prova, no âmbito do referido contrato de seguro), *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 694. Cremos que a difusão, na prática negocial, de um determinado tipo de cláusula, não constitui, porém, fundamento suficiente para concluir pela sua licitude. Por outro lado, propendemos para considerar que, na hipótese exemplificativa que WAGNER enuncia, está em causa a previsão de uma presunção convencional, de acordo com a qual se retira de um facto base (circunstâncias fácticas em que se traduzem as manifestações externas de arrombamento) um facto desconhecido (verificação de actividade de subtracção de coisa móvel - furto).

<sup>1104</sup> Admita-se, a título exemplificativo, que, em derrogação do previsto no art. 371.º, n.º 1 do Código Civil, as partes convencionam que o tribunal apreciará livremente o teor constante de documento autêntico relativamente aos factos nele referidos como praticados pela autoridade ou oficial público ou aos factos nele atestados com base nas percepções da entidade documentadora.

matéria de facto controvertida (e a concomitante adesão – mais ou menos intensa – à versão factual por eles transmitida) assenta, por regra, na circunstância de lhes reconhecer particular aptidão para retratar processualmente a realidade verificada, assim os tomando por vias privilegiadas de consecução da imparcialidade objectiva da base de decisão. A adopção, pelo criador da norma, da visão veiculada pelo meio de prova em causa como versão factual preferencial (na hipótese de prova dotada de valor pleno) ou única (na hipótese de prova dotada de valor pleníssimo) é, pois, corolário do reconhecimento daquela especial qualidade para fiel representação do real. Há, assim, investimento ou aposta (relativa ou absoluta), do legislador, no teor informativo proporcionado por tais fontes de prova, transformando-o, por via normativa, em conteúdo da decisão a proferir relativamente à matéria de facto controvertida a que a base decisória em causa respeite.<sup>1105</sup>

Tanto reconduz-se à ideia central de que quando, na sequência da concessão de relevo às particulares características de uma fonte de prova, haja lugar a atribuição legal de particular valor probatório a tal suporte de decisão, a subordinação (relativa ou absoluta, consoante a força probatória em causa) do juiz ao sentido decisório que o legislador assim elege para resolução do problema em que a controvérsia factual se traduz, assenta no facto de se afigurar a este (em consonância com aquelas particulares notas caracterizadoras) ser esse o sentido mais consentâneo com a *verdade*.

Ante o exposto, a circunstância de as partes concederem ao decisor (mediante celebração da categoria de convenção de prova que agora consideramos) liberdade de apreciação da prova para além do âmbito legalmente definido, não só contraria a directriz decisória legalmente fixada (e, assim, o grau de apuramento da imparcialidade objectiva que por via daquela se pretende alcançar), como, nas hipóteses de prova documental, acima enunciadas, conflitua com o reconhecimento público de autoridade ao ente interveniente na qualidade de sujeito atestador da verificação de determinados factos, o que permite compreender o juízo de especial censura que este tipo de pactos merece de LEGEIS, quando observa que aqueles se revelam especialmente ofensivos da dimensão de ordem pública das regras da

---

<sup>1105</sup> No que em particular concerne à prova documental, constitui, no sistema português, razão de atribuição de especial valor probatório ao tipo de fundamento decisório em que se enquadra o meio de prova considerado no exemplo da nota de rodapé anterior, a circunstância de nele haver intervenção de entidade dotada de fé pública, seja no momento da sua elaboração (no caso dos documentos autênticos - cfr. art. 371.º do Código Civil), seja em momento posterior (no caso dos documentos particulares autenticados e dos documentos particulares com assinatura presencialmente reconhecida - cfr. arts. 377.º e 376.º do Código Civil). O *Bundesgerichtshof* (BGH) define critério jurisprudencial de particular exigência no plano de apreciação da prova, quando, em decisão proferida em 19 de Abril de 2012 (IX ZB 303/11), referindo-se a documento que reuna os pressupostos previstos no §174 ZPO, observa que só se deverá decidir em sentido contrário ao constante do aviso de recepção (*Empfangsbekanntnis*) quando seja „completamente invalidada e excluída qualquer possibilidade“ (*vollständig entkräftet und jede Möglichkeit ausgeschlossen*) de que as declarações nele contidas possam estar certas; já não assim quando só exista a possibilidade de incorrecção, ou seja, quando a exactidão das declarações seja “apenas abalada” (*nur erschüttert*).

prova<sup>1106</sup>, bem como a posição assumida por PEZZANI, quando assertivamente se pronuncia no sentido da invalidade de tais pactos.<sup>1107</sup>

Em síntese, *porque* tuteladoras de interesses que extravasam os das partes na acção, as *normas* legais graduadoras, em sentido intensificador (relativamente ao parâmetro-regra, correspondente ao poder de livre apreciação) do valor da prova (consubstanciadoras que são de sentido decisório, legalmente pré-determinado) assumem natureza *imperativa*, pelo que padecem de nulidade as convenções de prova que com elas conflituem.

Porque previsoras de regime conducente ao apagamento do relevo do sentido seleccionado pelo legislador como conteúdo a adoptar em sede de decisão da matéria de facto controvertida (assim contrariando o teor de normas, relativas à prova, determinadas por razões de ordem pública), as convenções de prova que eliminem ou reduzam o especial valor probatório atribuído por lei a um dado meio de prova (categoria de convenções que ora se considera) não superam a condição de validade enunciada em terceiro lugar, no âmbito do art. 345.º do Código Civil; condição também aqui actuante<sup>1108</sup>, enquanto crivo aferidor de validade, a título autónomo. A normatividade legal em causa representa, por esta razão, objecto insusceptível de convenção de prova, pelo que sempre o regime desta constante se revelará inválido sob o ponto de vista da ilicitude primária e, assim, irrelevante a eventual licitude secundária de tais regras negociais (ou seja, a eventual circunstância de os direitos realizando não assumirem carácter indisponível ou de o regime instituído pelo pacto não tornar excessivamente difícil o exercício jurisdicional do direito).

A conclusão que assim se apura, não colide com a conclusão (acima expressa a propósito das convenções ampliadoras e excludentes de meios de prova) no sentido de que as partes podem validamente (quando em observância dos pressupostos legalmente impostos) convencionar que a matéria factual controvertida (ou parte dela) pode<sup>1109</sup> ou não pode<sup>1110</sup> ser provada, através de determinado meio de prova.

Embora possam as partes, por via desse tipo de convenção, associar, à comprovação de dada temática factual controvertida, a necessidade de, para esse efeito, dever ser mobilizada, com carácter exclusivo, base decisória dotada de *especial*

---

<sup>1106</sup> *Les règles de preuve en droit civil. "Permanences et transformations"*, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1955, p. 141.

<sup>1107</sup> A autora reporta-se às convenções de prova de que resulte a derrogação do especial valor probatório do tipo de prova documental regulada no art. 2700 do Codice Civile ("L'atto pubblico fa piena prova fino a querela di falso della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato, nonché delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti"), referindo que tais pactos não só implicam "uma ilícita invasão dos poderes do juiz em matéria decisória definidos directamente por lei" como interferem na atribuição, pelo ordenamento jurídico, ao oficial público, de poderes de certificação e de garantia de veracidade", *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pp. 177 e 178.

<sup>1108</sup> À semelhança do que se viu suceder, relativamente aos pactos de prova considerados na alínea anterior.

<sup>1109</sup> Em caso de pacto que admita um meio de prova diverso dos legais.

<sup>1110</sup> Em caso de pacto que exclua um meio legal de prova.

*valor probatório* (sob esse ponto de vista, criando regime jurídico diverso do legal), tal pacto de prova (ao contrário do que acontece com os que vimos de considerar) não modifica o valor probatório das fontes de prova, não introduzindo qualquer alteração a este nível. Essa convenção não afecta, nestes termos, a vinculatividade do sentido decisório que está legalmente agregado a determinado meio de prova, por não restringir nem ampliar a liberdade decisória que assiste ao juiz, quando aprecia a informação proporcionada por tal base densa de decisão. Não contende, por isso, esse acordo, com as normas imperativas relativas à capacidade probatória dos fundamentos decisórios em matéria de facto – antes com a convocabilidade do meio de prova em causa (cujo valor probatório legal se conserva intocado) como fonte de informação susceptível de servir de suporte à decisão sobre a factualidade controvertida.

Afigura-se, pois, validamente celebrável esse tipo de convenções, podendo estas abranger, tanto um conjunto indeterminado de factos, quanto um conjunto determinado de factos ou um facto só. Pressuposto é, apenas (para além do cumprimento das gerais condições de validade dos pactos de prova), como então salvaguardado, que, estando em causa factos, cuja admissibilidade de prova seja objecto de regulação legal especial, não se degrade, por via convencional, a hierarquia a esse título imperativamente estabelecida. Mediante tal forma de auto-regulação, em sede de resolução da controvérsia factual, não se põem, na verdade, em causa as forças próprias dos meios de prova; apenas se seleccionam os meios de prova aptos a proporcionar informação de suporte à decisão extintiva da controvérsia, quanto à matéria factual processualmente relevante.

### c) Apreciação conjunta

De notar que também neste tipo de convenções se enquadra o exemplo, enunciado por EICKMANN,<sup>1111</sup> nos termos do qual, as partes convencionem qual o valor a atribuir à prova (na sua terceira dimensão) produzida em sede de instrução. Esta particular hipótese distingue-se dos pactos relativos à apreciação de prova que em regra se consideram, pela circunstância de estar em causa uma convenção celebrada entre as partes após a instrução (conhecedoras, portanto, do concreto teor proporcionado pelos meios de prova processualmente mobilizados), sendo, contudo, que tal particularidade não obsta a que quanto a eles valham, igualmente, as considerações *ora* tecidas.<sup>1112</sup>

---

<sup>1111</sup> *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochumer juristische Studien Nr. 57, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1987, p. 56.

<sup>1112</sup> Comungamos, assim, da perspectiva de EICKMANN, quando se manifesta contrário à válida admissibilidade deste tipo negocial (condicionador da apreciação da prova) qualquer que seja o momento da sua celebração, atenta a circunstância de, em qualquer hipótese, pretenderem, as partes, conformar, por via negocial, o processo de formação de convicção do decisor, com o que manifesta entendimento que se revela de sentido idêntico, como menciona, ao da generalidade da doutrina alemã (assim, a título de exemplo, com BÜLOW, SCHÜLLER e KOHLER), *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochumer juristische Studien Nr. 57, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1987, pp. 92 e ss.

Em síntese: as partes podem, dentro dos limites legais, fixar o meio de prova mobilizável em sede de pronúncia justificativa, quanto a certa versão factual, mas não determinar o nível de influência de que este beneficia no que diz respeito ao sentido da decisão a proferir para extinção da controvérsia, quanto à matéria de facto, seja associando-lhe um teor decisório vinculativo para o juiz (quer esse sentido deva prevalecer sempre ou apenas sob determinadas condições), seja eliminando a associação, estabelecida pelo legislador, entre o sentido informativo proporcionado pelo meio de prova em causa e o sentido decisório a adoptar na acção (quer tal sentido seja oponível ao decisor em qualquer hipótese, quer apenas sob certas condições).

Do percurso desenvolvido, retira-se que a razão determinante da nulidade dos *dois* tipos de convenções de prova (*ampliadoras* ou *restritivas* da liberdade de decisão do juiz *na* apreciação da prova, no que diz respeito às ilações desta extraíveis), integráveis na submodalidade que ora consideramos, é a mesma: a circunstância de, do regime de tais pactos, resultar a neutralização da *via* que o legislador reputa como a *mais apta* a proporcionar decisão factual dotada de conteúdo objectivamente imparcial (verdadeiro) – a *avaliação abstracta por si realizada* (cujo impedimento de relevo é logrado mediante proibição da degradação convencional do especial valor probatório, legalmente determinado; degradação convencionalmente operada através da ampliação, por via pactícia, da liberdade de apreciação da prova, em autónoma ponderação valorativa, pelo juiz) ou a *avaliação em concreto desenvolvida pelo julgador* (cujo impedimento de relevo é logrado mediante proibição da restrição, por via pactícia, da amplitude da livre apreciação da prova por este; restrição convencionalmente operada, através da previsão de reforço do valor probatório). Quando as partes degradam, por acordo, o valor probatório, o efeito convencional conflitua com o sistema jurídico por neutralizar sentido decisório legalmente fixado. Quando, pela mesma via, reforçam o valor probatório, a colisão verifica-se numa só frente (redução da margem de livre apreciação do julgador) quando a fonte de prova em causa se situe no patamar gradativo das bases decisórias subordinadas ao princípio geral da livre apreciação da prova; ocorrerá em dupla frente (redução da margem de livre apreciação do julgador e neutralização do sentido decisório fixado legalmente), quando, situando-se a fonte de prova em patamar gradativo das bases decisórias enquadrável no âmbito da prova legal (enquanto prova de valor tarifado), o teor decisório convencionalmente previsto se direcione em sentido oposto ao legalmente previsto).

Discernindo-se dois critérios de decisão jurisdicional – de livre apreciação e de prova legal (ou, noutros termos, o do sentido decisório livremente fixado pelo juiz e o do sentido decisório pré-determinado pelo legislador), concluir-se-á, em corolário, que: a) – apenas esses critérios relevam; b) – o critério da prova legal assume, no âmbito dos meios de prova a que se aplique, preponderância relativamente ao critério da livre apreciação e c) – as fronteiras entre ambos<sup>1113</sup> se encontram legalmente cristalizadas, assumindo, as normas que as definem, natureza imperativa.

---

<sup>1113</sup> E, assim, também as áreas em que cada um deles se aplica, no âmbito de um mesmo meio de prova, quando dotado de força probatória plena.

Das primeira e segunda conclusões retira-se que o critério da livre apreciação constitui critério de decisão subsidiário,<sup>1114</sup> relativamente ao da prova legal e o único mobilizável em caso de não aplicação deste último.<sup>1115</sup> Da terceira conclusão decorre a imutabilidade (convencional) da extensão dos respectivos âmbitos aplicativos.<sup>1116</sup>

Donde o princípio da livre apreciação não é ampliável (mediante restrição do âmbito aplicativo de sentido decisório definido legalmente, por via da redução do valor probatório dos meios de prova), nem restringível (mediante convenção criadora de sentido decisório vinculativo, por via da atribuição negocial de maior valor probatório a meios de prova).<sup>1117</sup> O que equivale a concluir serem inválidas as convenções de prova que, respectivamente, neutralizem o sentido decisório legalmente fixado ou imponham um sentido decisório, em virtude de, quer aquele sentido, quer a liberdade de apreciação, respectivamente, beneficiarem, para além de fonte legal, de carácter inderrogável.

Porque o sentido decisório da pronúncia, quanto à factualidade controvertida, com base na apreciação de prova, não é afectável, pelas partes, em nenhum sentido, serão inválidas as convenções de prova que com ele, por qualquer via, contendam.

A tanto se deve a ausência de menção a tal categoria de convenções de prova no âmbito do art. 345.º do Código Civil, não representando, o silêncio do legislador, omissão de pronúncia qualificável como lacuna legal.

---

<sup>1114</sup> PATTI sublinha a referida nota de subsidiariedade, quando observa que o “principio del libero convincimento” se deve considerar “la regola”, no quadro do sistema italiano, representando “i vincoli derivante dalle prove legali le eccezioni”, *Le Prove Parte generale*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, pp. 220 e 221.

<sup>1115</sup> Com o que se exclui a possibilidade de as partes associarem um conteúdo decisório, por si definido, a um dado meio de prova.

<sup>1116</sup> Com o que se corrobora a exclusão constante da nota de rodapé anterior, por um lado, e se exclui, por outro, a possibilidade de, em ampliação da liberdade de decisão do juiz, se neutralizar sentido decisório legalmente imposto.

<sup>1117</sup> De notar que, quando as partes reforçam o valor probatório de uma fonte de prova, em sentido coincidente com o legalmente definido (atribuindo, por exemplo, valor de prova pleníssima a meio de prova a que legalmente é tão só reconhecido valor de prova plena e prevendo, simultaneamente, que o decisor deve, sem qualquer margem para livre apreciação, decidir, nesse contexto, no sentido propugnado pelo legislador, no domínio da prova plena) o sentido decisório definido não perde (não obstante tal coincidência) o seu carácter privado. A identidade do conteúdo decisório não oblitera a distinção do patamar gradativo em que, em cada um dos casos, é definido. Que as partes pacticiamente façam valer, em termos vinculativamente mais amplos, sentido decisório legalmente definido não representa (contrariamente ao que uma análise superficial poderia sugerir) previsão convencional merecedora de aplauso, por conflitar com o objectivo que o legislador pretendeu assegurar, quando contemplou a prevalência de tal sentido decisório apenas no patamar da prova plena – preservar a possibilidade de o juiz exercer, em determinadas condições, poder de livre apreciação. A estipulação constante do acordo de prova celebrado pelas partes representa, assim, não apenas uma classificação valorativa da fonte de prova em causa, *diversa* da legalmente prevista, como *incompatível* com a abstractamente definida, porque cientemente afastada (esta classificação) pelo legislador. O pacto das partes contraria, nesta medida, a escolha realizada pelo legislador (*generale scelta del legislatore*), representando, nessa medida, ingerência na função pública a este cometida (a expressão a itálico é de CONTE, que a utiliza a propósito do significado da prova legal, *Le prove civili*, 2. ed., aggiornata alla legge di riforma del processo civile 18 giugno 2009, n. 69, Milano: Giuffrè, 2009, p. 29.

### 1.2.1.3. Convenções condicionadoras do grau de convicção

Importa considerar o terceiro tipo de acordos relevável, no grupo de convenções de prova (condicionadoras da liberdade do decisor, em *sede de* apreciação da prova) a que se atende.

Referimos acima, no contexto do terceiro tipo de hipóteses em que o legislador condiciona a liberdade do juiz no âmbito da actividade de decisão jurisdicional da matéria de facto controvertida (quando esta envolva a consideração ou análise de prova), haver circunstâncias em que legalmente se limita o relevo processual do grau de *convicção* (não de conhecimento) susceptível de ser formado com base em certo meio de prova, determinando-se que a informação por este transmitida apenas poderá constituir princípio de prova.

Transforma-se, por essa via, o meio de prova, em canal veiculador de informação insusceptível de, *por si só*, fundamentar a decisão a proferir quanto a dada versão factual controvertida.

Em consonância com o método que até aqui adoptámos, relativamente aos dois primeiros limites enunciados (nos termos do qual avaliámos da possibilidade de, por convenção, as partes contenderem com o regime jurídico com eles relacionável), importa aferir da admissibilidade ou não de válida celebração de convenções de prova que criem regime jurídico diverso daquele que se associa a este terceiro tipo de condicionamento.

#### a) Ponto prévio

Importa, porém, em ponto prévio e em reflexão mais detida relativamente à que (então sob a estrita óptica dos condicionamentos operados por via do regime legal) liminarmente se abordou (no início da ponderação sobre as convenções relativas à apreciação da prova), cotejar esta espécie de limite legal com os dois outros tipos de limites legais anteriormente enunciados.

Fá-lo-emos, neste momento, notando o que aproxima os *segundo* e terceiro limites, distinguindo-os relativamente ao primeiro, bem como o que, adentro daquele quadro comum, diferencia os factores condicionantes que o integram. Relegaremos para um segundo momento, o sublinhar dos traços de aproximação entre os primeiro e *segundo* limites, por contraposição ao terceiro.

Pela via restritiva correspondente ao segundo tipo de limite à liberdade do decisor *em sede* de apreciação da prova, o legislador sobrepõe um sentido decisório seu ao do julgador, assim reforçando o valor da fonte de prova em causa [limitando, em correspondente proporção, o âmbito de livre apreciação do juiz].<sup>1118</sup> Também pela

---

<sup>1118</sup> Limites constantes de normas que a doutrina designa por “regras probatórias”, como o explicitam Manuel de ANDRADE (*Noções elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, Nova Edição, revista e

via do terceiro tipo de limite à liberdade *em sede de* (ou quanto à) apreciação da prova] ora em análise, o legislador condiciona a força probatória de um meio de prova, limitando, igualmente, o âmbito da livre apreciação do decisor, mediante condicionamento das ilações extraíveis da informação probatória em causa, pelo que este constitui traço comum a ambos os tipos de condicionamentos.

Característica que os diferencia do primeiro tipo de limite, na medida em que, se todos (os limites) participam da circunstância de condicionarem a liberdade do decisor, em *sede de* apreciação da prova, o primeiro opera tal efeito condicionando o grau de conhecimento da informação, quando os segundo e terceiro intervêm condicionando as conclusões susceptíveis de ser extraídas da base informativa (seja impondo, o segundo, uma conclusão, seja impedindo, o terceiro, se verificado o pressuposto da exclusividade do fundamento, enquanto base decisória, que qualquer conclusão seja retirável).

Confrontando estes dois últimos tipos de limites, verifica-se que o terceiro<sup>1119</sup> tipo de limite se diferencia do segundo<sup>1120</sup> atentas, sobretudo, três notas distintivas: produzindo efeito de redução (não de reforço) do valor probatório do meio em causa, *por um lado*, e impedindo (não impondo) que se forme um juízo decisório (independentemente do sentido que este assuma) com base na informação transmitida por tal fonte de prova, *por outro lado*, não sobrepõe um conteúdo decisório ao sentido de decisão formado pelo juiz - gera apenas impedimento de que aquele conteúdo corresponda a este último sentido.

Por outro lado, o impedimento de expressão do juízo decisório formado ao abrigo do exercício de livre apreciação da prova (em “*uso ragionato della logica e del buon senso, guidati e sorretti dall’esperienza della vita*”, como nota LIEBMAN)<sup>1121</sup> é, no âmbito deste terceiro tipo de limite, *sempre* condicional: depende da circunstância de o julgamento se ancorar *exclusivamente* em tal meio de prova (impedimento, por isso, superável quando o decisor cumule, a esse, outros fundamentos, de idêntico teor informativo, suportadores da decisão a proferir sobre a matéria de facto controvertida). No âmbito do segundo tipo de limite, diferentemente, a circunscrição *pode* ser condicional (na hipótese de atribuição de valor pleno à fonte de prova, circunstância em que a limitação só se verifica, quando o decisor fique em situação de dúvida ou formule convicção coincidente com o sentido decisório legalmente determinado) ou absoluta (na hipótese de atribuição de valor de prova pleníssima).

---

atualizada, 1993, p. 209) e GOLDSCHMIDT (*Derecho, Derecho Penal y Proceso, II Derecho Procesal Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 202).

<sup>1119</sup> Na ordem global.

<sup>1120</sup> Na mesma ordem.

<sup>1121</sup> *Le prove civili*, 2. ed., aggiornata alla legge di riforma del processo civile 18 giugno 2009, n. 69, Milano: Giuffrè, 2009, p. 87.

b) Espécies convencionais incluíveis

Cumprida a aproximação comparativa entre o terceiro tipo de limites e os demais, cabe indagar da possibilidade de, em auto-regulação convencional, as partes alterarem o regime jurídico associado a esta categoria de condicionamento.

Questiona-se, neste contexto, *por um lado*, se as partes podem criar excepção ao , por convenção de prova, produzir o mesmo efeito operado pelo legislador quando qualifica determinada informação de índole probatória como mero argumento de prova, derogando (as partes) o regime geral, nos termos do qual a base informacional trazida ao processo por qualquer meio de prova pode constituir suporte exclusivo do juízo decisório, quanto à versão factual controvertida que seja deste objecto (assim a reconduzindo a mero argumento de prova), bem como, *por outro lado*, se, pela mesma via pactícia, podem, os sujeitos contraentes, neutralizar condicionamento legal de idêntica índole (redução, normativa, de informação probatória à qualidade de puro princípio de prova).

b.1. Convenções impositivas de grau de convicção

b.1.1. Conteúdo convencional

Verifica-se a primeira hipótese se, por exemplo, as partes convencionarem que o teor do depoimento de uma determinada testemunha (globalmente considerado ou, como mais verosimilmente se verificará, quanto a uma determinada versão factual controvertida) não poderá, quando *isoladamente considerado*, constituir fundamento da decisão a proferir quanto a dado ponto da temática factual controvertida.<sup>1122</sup> Exemplo real desta modalidade de convenções de prova consubstancia aquele que MARINONI enuncia, quando se reporta a cláusula constante dos Export Contracts for Florida Land Pebble Phosphate, nos termos da qual “Railroad or terminal company’s weight at port of shipment to be accepted as *basis of settlements*”.<sup>1123</sup>

---

<sup>1122</sup> Este sentido de prova indiciária (enquanto informação insusceptível de, a título autónomo, fundamentar a decisão da matéria de facto controvertida) não deve ser confundido com aquele a que JAUERNIG alude quando, referindo-se a *Indizienbeweis*, toma por esta aquela, cujo conteúdo informativo não permite, de modo directo, concluir acerca da veracidade ou não de uma dada versão factual. O autor enuncia, como exemplo deste tipo de prova, a hipótese em que, ante a identidade de características entre o sangue colhido de uma faca e o sangue de um determinado sujeito jurídico, o tribunal conclui no sentido de que este é o autor do acto lesivo, *Zivilprozessrecht*, 29. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2007, p. 159. A nota distintiva do tipo de prova a que o autor se refere não respeita, assim, ao grau de solidez para poder constituir suporte da decisão jurisdicional, mas à necessidade de recurso a raciocínio indutivo (em mobilização de presunção judicial) como via de obter esta conclusão.

<sup>1123</sup> “Clausole probatorie nella pratica commerciale e civile”, *Rivista di Diritto Processuale civile*, 1938, I, p. 30.

Tal classificação convencional (como princípio de prova) da informação probatória, representa, assim, forma de as partes alterarem o regime legalmente previsto, mediante intervenção, por via negocial, no nível em que, na pirâmide hierárquica em que figurativamente se considerem as fontes de prova sob o ponto de vista da sua capacidade para influir no conteúdo decisório<sup>1124</sup>, o meio de prova em causa se situa, depreciando o seu valor mediante eliminação da autonomia da sua capacidade comprovativa. Efeito que, assim, se não confunde nem (contrariamente ao sustentado por WAGNER) se equipara, ao que decorre do regime do ónus da prova.<sup>1125</sup>

Quando confrontada, esta limitação *convencional*, com os condicionamentos de origem *legal*, verifica-se que o efeito produzido pelo pacto equivale ao que tem lugar, quando o legislador qualifica a informação proveniente de uma fonte de prova como princípio de prova.<sup>1126</sup> Quando adoptada perspectiva interna<sup>1127</sup> de cotejo em que se considere a segunda modalidade de convenções, relativas à apreciação da prova, verifica-se, por um lado, que há lugar a operação que, porque provocadora de efeito *limitativo* da liberdade de apreciação do decisor ao nível da definição do conteúdo decisório da matéria de facto controvertida, se assimila (sob esse estrito ponto de vista) à que tem lugar por efeito das convenções, através das quais se intensifica o valor probatório atribuído por lei a dado meio de prova. Observa-se, por outro lado, que, na medida em que, através da modalidade de convenções de prova, que ora consideramos, se diminui a capacidade de influência da informação veiculada pela fonte de prova (ao nível da conformação do conteúdo da decisão quanto à temática factual controvertida) mantém este tipo de pactos afinidade com as convenções através das quais se reduz o valor das fontes de prova. Diferentemente, porém, do que sucede quando, através de convenção de prova, se degrada o valor de um meio de

---

<sup>1124</sup> Sobre a factualidade controvertida.

<sup>1125</sup> WAGNER estabelece relação entre a convenção inversora do ónus da prova e a convenção relativa a prova *prima facie*, tomando, a primeira, por convenção de direito material e, a segunda, por convenção processual, entendendo ser de concluir no sentido da sua equivalência funcional, por não produzirem resultados diferentes, *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 60. A tal perspectiva não é de associar o hipotético receio de que esta se associe concepção do processo civil “subordinado” (e, portanto, carente de autonomia) relativamente ao direito substantivo. Este é temor que WAGNER afasta, quando explicita a autonomia dogmática do direito processual como uma vitória, cuja renúncia não considera sequer sujeita a debate. Não partilhamos, porém, da perspectiva que o autor sob este ponto de vista exprime, atenta a circunstância de não considerarmos que a convenção relativa ao ónus da prova represente pacto de direito material (antes de convenção que tem por objecto matéria adjectiva, cuja regulamentação jurídica se encontra prevista também no Código Civil), bem como o facto de, independentemente da natureza dos negócios em causa, os efeitos produzidos por cada um destes se não poderem dizer equivalentes, como se retira do que anteriormente dissemos a propósito do regime dos argumentos de prova e das regras de distribuição do ónus da prova. Ausência de identificação que de forma expressiva resulta do próprio momento em que tais efeitos relevam: os do acordo relativo ao ónus da prova, quando não tenha havido produção de prova ou esta se revele inconcludente; os do acordo relativo à prova *prima facie* em momento logicamente prévio (em sede de apreciação da prova).

<sup>1126</sup> No sentido da não confundibilidade entre elementos de cariz indiciário e prova (por referência à prova por presunções),

<sup>1127</sup> Em que se atende tão só aos efeitos produzidos pelas intervenções negociais das partes, que não pela intervenção do legislador.

prova legal, localizando-o em nível intermédio (em patamar também de prova legal, mas dotado de menor valor probatório) ou em nível correspondente ao da liberdade de apreciação do julgador (excluindo qualquer valor probatório especial), na hipótese de convenção sobre que neste momento reflectimos o meio de prova é, negocialmente, posicionado *aquém* deste nível (da livre apreciação), sendo vedado ao decisor retirar dele (quando a título exclusivo) as implicações probatórias que repute próprias.

Adensem os cotejos entre as modalidades convencionais, ora postas em relação, considerando, em primeiro lugar, as que *incrementam* o valor das fontes de prova.

Conduzindo, ambos os tipos de convenções, a que o juiz se possa ver impedido de exprimir, na decisão, a convicção que forme com base nos elementos proporcionados por dado meio de prova, determinando-o a não conferir relevo decisório ao julgamento que efectivamente formule, o efeito das convenções que reconduzam o valor de informação probatória a mero princípio de prova assume carácter mais radical, relativamente ao efeito das convenções que *umentem* o valor probatório, *na medida* em que, nas primeiras, o meio de prova deixa de poder constituir fundamento autónomo de decisão da matéria de facto controvertida, continuando a poder sê-lo no âmbito das segundas; o efeito das convenções que intensifiquem o valor probatório de meios de prova afigura-se, porém, mais extremo ante o produzido pelas convenções que reconduzam a informação probatória a mero argumento de prova, *na medida* em que impõem um sentido decisório, que se sobrepõe ao do juiz, quando por efeito das segundas tão só se impede que este fundamente a sua pronúncia, tendo por base exclusiva tal meio de prova, não se lhe justapondo sentido decisório substitutivo.

Considerando, agora, como pólo de confronto, as convenções que *reduzem* o valor probatório legal das fontes de prova, os pactos que classificam a informação transmitida por dada fonte de prova (legalmente situada no patamar da informação probatória, subordinada a livre apreciação do julgador) a mero princípio de prova produzem efeitos de natureza mais extrema, *na medida* em que irradicam tal informação (quando considerada em singelo) do âmbito em que se situa a matéria de prova susceptível de ser considerada pelo decisor, quando, por efeito das primeiras, não há lugar a tal eliminação. O efeito destas últimas é, porém, mais intenso, *na medida* em que importam a eliminação de um sentido decisório vinculativamente definido pelo legislador ou a redução da medida do seu relevo.<sup>1128</sup>

Deixando, o decisor, por efeito das convenções de prova sobre que se reflecte (recondutoras de informação probatória a mero princípio de prova), de poder considerar informação proporcionada pela fonte de prova, objecto do pacto, se não confirmada (tal informação) por outros meios de prova (não obstante, *na óptica do*

---

<sup>1128</sup> A convenção criadora do terceiro tipo de condicionamento pode, porém, dar origem aos dois efeitos extremos mencionados em texto (impossibilidade de a informação, quando isoladamente considerada, ser relevada para efeitos decisórios e eliminação ou diminuição de relevo de conteúdo decisório definido, com carácter vinculante, pelo legislador) quando a fonte de prova objecto da convenção beneficie, legalmente, de valor de prova plena ou pleníssima.

*legislador*, se tratar de matéria probatória susceptível de autonomamente poder servir de base ao juízo decisório sobre a matéria de facto controvertida), limitam, as partes, por via negocial, os meios ao dispor do juiz para formar convicção relativamente à verificação ou não da versão factual controvertida, com a geração de perigo, que tanto implica, no que diz respeito à adequação da decisão a proferir, quanto à temática factual controvertida e, em consequência, para o pleno cumprimento dos fins associados ao exercício da função jurisdicional, mediante real cumprimento do Direito no caso.

A limitação da liberdade de apreciação do decisor deriva, pois, neste caso, não da sobreposição de um sentido decisório privado (não criam, as partes, “uma disciplina cogente da idoneidade representativa do meio de prova e dos seus resultados”),<sup>1129</sup> mas da limitação do manancial informativo ao dispor do juiz para efeitos decisórios.

No sentido da admissibilidade da referida circunscrição da extensão informativa mobilizável não pugna, contudo, o facto de se admitir a possibilidade de válida celebração de convenções restritivas dos meios legais de prova. Com o que se rebate o argumento no sentido de que, se as partes beneficiam da possibilidade de excluir meios de prova, deverão beneficiar também da faculdade (sob esse ângulo perspectivada como de menor relevo) de, não eliminando meios de prova, tão só limitarem o grau de convicção passível de neles se fundar.

O regime que se considera (de recondução de meio de prova a princípio ou argumento da prova) não se confunde, na verdade, com o que releva nas hipóteses em que as partes limitem convencionalmente os fundamentos decisórios, de índole probatória, convocáveis, nem a ele pode, a este nível, ser feito equivaler.

Com efeito, o impacto de uma e outra previsões, no plano da liberdade de apreciação do decisor é distinto. Quando, convencionalmente, excluem meios de prova, as partes delimitam o tipo de matéria probatória susceptível de ser apreciada pelo juiz; quando, pela mesma via (convenção de prova), reconduzem a informação a mero princípio de prova, reduzem o valor probatório da informação processualmente *absorvida*: determinam (pela negativa) o sentido decisório, conduzindo o tribunal a, *não obstante* ter sido colocado na posição de analisar e formar juízo sobre a informação em causa (porque validamente integrada no processo), o não poder exprimir, vendo-se manietado no que respeita ao exercício da liberdade de apreciação (de que decorre a liberdade decisória) que legalmente lhe é reconhecida.<sup>1130</sup>

---

<sup>1129</sup> A expressão é de COMOGLIO, que a usa em referência explicitativa ao sentido da prova legal, *Le prove civili*, terza edizione, UTET, 2010 pp. 150 e 151.

<sup>1130</sup> Idêntica ressalva vale relativamente ao regime convencional (*supra* referido) nos termos do qual se reduza o especial valor associado a determinado meio de prova, no âmbito de quadro de prova tarifada, quando (similarmente ao que sucede, quanto ao regime convencional que ora se considera), da circunstância de poder haver lugar a eliminação de meios de prova, se quisesse retirar argumento no sentido de deverem as partes poder, por maioria de razão, reduzir o valor probatório das bases de decisão da matéria de facto controvertida. Nesta outra hipótese (tratada em ponto anterior), porém, para além de, mediante tal redução, se impedir a extracção processual de todas as virtualidades que o meio de prova comporta, estar-se-ia, mais gravemente, a apagar o sentido decisório adstrito, a esse meio de prova, pelo legislador. De observar, por outro lado, que a circunstância de as partes subordinarem a prova proporcionada por esta fonte a tal classificação (princípio de prova), não

Importa realizar nota de *balanço* parcelar, antes da passagem à reflexão sobre o último aspecto a ponderar, relativamente às convenções impositivas de grau de convicção.

Tal como vimos suceder, relativamente ao vários tipos de condicionamento da liberdade de decisão, se todos os tipos de acordos de prova até agora analisados, no âmbito do presente ponto (I.2) representam negócios jurídicos processuais conformadores da liberdade da actividade do juiz, em sede de apreciação da prova (e, assim, reguladores da actividade decisória alicerçada em base empírica – densa), aquele condicionamento opera de modo distinto, quando considerados, de um lado, o terceiro tipo de pactos e, de outro lado, o primeiro e segundo tipo de pactos a que fizemos alusão no âmbito da primeira submodalidade de convenções relativas à actividade de decisão da matéria de facto controvertida (relativas à apreciação da prova). Se, por via dos dois primeiros tipos de pactos se condiciona o *modo de apreciar* a prova e, assim, a liberdade do decisor *na* apreciação da prova (regulando a densidade de conhecimento da informação probatória disponível, no que diz respeito ao primeiro; regulando o critério a observar, quanto às conclusões a retirar da prova, no que concerne ao segundo), pelo terceiro tipo de pactos termina por se condicionar a própria *possibilidade de efectivamente apreciar* a prova (ou seja, de desenvolver actividade de apreciação em termos úteis, no plano decisório) e, assim, a liberdade (do decisor) *de* apreciação da prova (determinando que a informação probatória em causa *não pode* ser objecto de apreciação – não constituindo base possível de decisão – se a ela se não acoplar informação, de idêntico sentido, proporcionada por outra fonte de prova).

#### b.1.2. Aquisição processual

A circunstância de, por intermédio deste tipo de convenção de prova, as partes tornarem, a possibilidade de utilização (e, conseqüentemente, de apreciação) de prova *validamente* absorvida no processo (por isso nele adquirida), dependente da verificação de determinada condição, determina que, neste contexto, se pondere sobre o princípio da aquisição processual, nos termos do qual “o tribunal deve tomar em consideração todas as provas *produzidas*, tenham ou não emanado da parte que devia produzi-las...” (itálico nosso).<sup>1131</sup> Em conformidade com o regime veiculado por

---

vinculando, embora, o juiz, deverá, contudo (à semelhança do que observámos em hipóteses paralelas), conduzi-lo ao exercício ainda mais cauteloso da livre e crítica apreciação, que sobre ela desenvolva, por constituir (tal classificação) indício de menor capacidade do meio de prova, em causa, para, com fidelidade, retratar a realidade e, porque assim, perigo de diminuição do grau de imparcialidade objectiva da decisão sobre a temática factual controvertida. Fazendo uso (em termos de não equivalência significativa) da variedade terminológica a que PATTI alude (*Le Prove Parte generale*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, p. 218), esse será, pois, um elemento apreciativo a ter em especial consideração, neste caso concreto, em sede de exercício da *sana critica* (critério de exercício da *freie Überzeugung*), em ordem a formação da *intime conviction* em que se suportará a decisão da matéria de facto.

<sup>1131</sup> Cfr. art. 413.º do Código de Processo Civil.

esta norma processual, uma vez produzida ou junta ao processo, na sequência de requerimento formulado pelas partes, determinada prova, cessa a relação de pertença entre a prova e o sujeito processual que a carregou para a lide (e, assim, a possibilidade de disposição, por este, relativamente ao requerimento de prova formulado e a todas as consequências dele decorrentes, designadamente ao relevo processual, para efeito de decisão da matéria de facto controvertida, do teor informativo disponibilizado) donde resulta que a informação transferida para o processo, perdendo a relação umbilical com a parte responsável pela sua disponibilização processual, constituirá prova atendível pelo tribunal, ainda que incumbisse à parte contrária realizar a comprovação que tal informação vem permitir (o mesmo é dizer, ainda que o teor informativo veiculado pela prova reverta em sentido desfavorável à parte promotora do seu ingresso no processo – “*ungunstige Parteivorbringen*”, como o sublinha Manuel de ANDRADE).<sup>1132</sup>

No quadro do enunciado do princípio da aquisição processual discernem-se dois domínios: um, correspondente à base do raciocínio que subjaz à sua formulação; outro, manifestação de corolário decorrente dessa base.

Do primeiro decorre que o tribunal deve tomar em consideração toda a informação probatória absorvida. Traduz a opção legal no sentido de que a prova (considerada na sua terceira dimensão) validamente integrada no processo, se considera *património* informativo *próprio* da instância, perdendo, na expressão de CONTE, “qualsiasi tipo de collegamento” com la parte che l’ha prodotta”.<sup>1133</sup>

O posicionamento desse material decisório em situação de comunhão (pertença da comunidade de trabalho)<sup>1134</sup> constitui, assim, o núcleo do princípio.

Dele são extraíveis, porém, no âmbito do segundo plano, diversos corolários. Um deles, corresponde à consequência de que a prova processualmente colhida será considerada ainda que desfavorável para a parte que a carregou. A associação da base principiológica a este corolário conforma o princípio da aquisição processual na feição que mais frequentemente assume e que, por isso, diremos corresponder ao princípio da aquisição processual em sentido estrito.

Constituindo, a impossibilidade de impedimento de utilização, pelo juiz, do material de prova absorvido, de modo válido, no processo, o fundamento basilar do

---

<sup>1132</sup> *Noções elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, Nova Edição, revista e actualizada, 1993, p. 385. No mesmo sentido, Antunes VARELA, Miguel BEZERRA e Sampaio e NORA, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, Reimpressão, 2006, p. 451.

<sup>1133</sup> *Le prove civili*, 2. ed., aggiornata alla legge di riforma del processo civile 18 giugno 2009, n. 69, Milano: Giuffrè, 2009, p. 106. COMOGLIO, FERRI e TARUFFO adaptam o enunciado do princípio aos poderes inquisitoriais do juiz referindo, como conteúdo daquele que “il giudice può utilizzare nella decisione qualunque prova utile per l’accertamento dei fatti, indipendentemente dalla sua provenienza. Può così accadere che un fatto costitutivo risulti dimostrato da una prova prodotta dal convenuto, o che un fatto impeditivo risulti dimostrato da una prova dedotta dall’attore, ovvero che qualsiasi fatto risulti dimostrato da prove disposte d’ufficio dal giudice”, *Lezioni sul processo civile, I, Il processo ordinario di cognizione*, 4ª ed., il Mulino, Bologna, 2011, p. 481.

<sup>1134</sup> “Acquisito alla causa”, na expressão de LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, 4ª ed., Giuffrè, Milano, 1992, p. 86.

princípio da aquisição processual, dele defluirão, em consequência, diversas proibições para as partes.<sup>1135</sup>

A razão de ser daquele fundamento ancora-se, nuclearmente, na preservação da garantia de manifestação, pelo decisor, do juízo de prova, por si livremente formado, tomando por base os elementos probatórios processualmente *adquiridos*.<sup>1136</sup>

Atenta aquela base (absorção irreversível, do teor informacional regularmente integrado na instância, por via da estrutura processual, assim se tornando parte integrante da matéria *definitivamente* adquirida na acção), não devem, como consequência necessária, as partes, poder condicionar, *seja por que via for*, a possibilidade de a mesma ser objecto de apreciação: quer submetendo essa possibilidade ao pressuposto de que o seu conteúdo se revele favorável a quem a carreie, quer agregando-lhe outro tipo de requisito condicionante da consideração da mesma pelo juiz.

A associação da base do princípio a estas outras hipóteses conformará o princípio da aquisição processual em sentido amplo. Porque assim, e como decorrência extensiva daquela base, propendemos para entender que uma vez processualmente absorvido o conteúdo veiculado por determinada fonte de prova, não poderá a sua consideração pelo decisor ser feita depender, pelas partes, designadamente, da circunstância de tal sentido ser corroborado pelo teor informativo proporcionado por outro meio de prova. E porque tal previsão convencional corresponde à redução de informação probatória a mero princípio de prova, esta redução e, assim, o tipo de convenção que no presente momento consideramos representa acto juridicamente inválido, atento o princípio da aquisição processual em sentido amplo.

Princípio que determinará, igualmente, a invalidade de convenções de prova (abstractamente concebíveis, mas de menos frequente manifestação prática) nos termos das quais se estabeleça não ser de atender, em absoluto (e, assim, não apenas se não verificada determinada condição),<sup>1137</sup> a informação que tenha sido ou venha a ser proporcionada em juízo por dado meio de prova.<sup>1138</sup> Termos em que

---

<sup>1135</sup> Manuel de ANDRADE refere, como segunda dimensão do princípio, a proibição de as partes renunciarem “às suas provas, uma vez produzidas”, não obstante lhes assistir o direito de desistir, em momento anterior a essa produção, *Noções elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, Nova Edição, revista e actualizada, 1993, p. 385. CONTE refere-se-lhe (conquanto não distinguindo as duas dimensões quando sublinha que “una volta introdotto nel processo un elemento di prova, esso è acquisito alla causa e non può più essere sottratto”, *Le prove civili*, 2. ed., aggiornata alla legge di riforma del processo civile 18 giugno 2009, n. 69, Milano: Giuffrè, 2009, p. 106.

<sup>1136</sup> Cfr. art. 413.º do Código de Processo Civil.

<sup>1137</sup> Como, na presente tipologia de convenções de prova, o é (condição) o facto de a consideração dos elementos transmitidos pelo meio de prova só não ser possível se considerados a título exclusivo.

<sup>1138</sup> Assim quando, por exemplo, as partes estabeleçam, por acordo, que o depoimento que foi prestado por uma testemunha não pode ser considerado (independentemente dos factos a que respeite) ou não pode ser tomado como fundamento de decisão quanto a certo facto. Não se confunde, assim, esta hipótese, com aquela em que se exclua, em abstracto ou em concreto (quanto a quaisquer factos ou quanto a um facto em particular), o depoimento testemunhal (de uma determinada pessoa ou enquanto categoria de meio de prova) enquanto meio de prova numa certa acção. Antes de circunstância em que, tendo-se mantido o meio de prova entre os processualmente mobilizáveis na instância, se limitam ou excluem as ilações decisórias que dele se podem retirar.

(diferentemente do que decorre da posição sustentada por WAGNER), se nos afigura que as observações expendidas valem, por maioria de razão, se da convenção de prova simplesmente resultar que a informação proporcionada por meio de prova *junto* ao processo ou nele *produzido* não pode ser considerada para efeitos de decisão da matéria de facto controvertida.<sup>1139</sup>

Nesta hipótese, a capacidade de influência do meio de prova na decisão não é apenas reduzido (como acontece quando só possa constituir princípio de prova): é completamente inviabilizado; com a particularidade, relativamente às convenções excludentes de meios de prova, de a prova (e, assim, a informação por ela proporcionada) já ter sido junta à acção ou nela produzida. Pretende-se, mediante tal convenção, que o juiz não considere, em qualquer circunstância, informação probatória que lhe está a acessível, porque constante do processo. Tanto, para além de se revelar em colisão com o princípio da aquisição processual, quando entendido sob a enunciada perspectiva e de, excluindo a liberdade de apreciação quanto a tal informação probatória, poder condicionar (limitativamente) o grau de imparcialidade objectiva da decisão (à semelhança do que sucede quando se reconduz a informação a mero princípio de prova), contraria o princípio de acordo com o qual é proibida a prática de actos inúteis,<sup>1140</sup> dado que, se totalmente excluído o relevo da informação probatória quanto a qualquer matéria factual controvertida, haveria, de modo irrefragável, lugar ao desenvolvimento de actividade processual da qual não se retiraria nenhuma valia.

Distingue-se, em síntese, uma área de relevo do princípio da aquisição processual de maior dimensão (quando tomado este em sentido amplo) que aquela que corresponde a este princípio no sentido (estrito) em que se encontra legalmente formulado.<sup>1141</sup> Da primeira, retira-se a exclusão da possibilidade de condicionamento, pelas partes, das ilações a retirar, pelo tribunal, de informação probatória, uma vez adquirida esta, de modo válido, no processo, qualquer que seja a natureza que aquele condicionamento assuma: no sentido de a informação só poder ser considerada se favorável à parte que a mobilizou para a instância (como decorre do princípio da aquisição processual em sentido estrito); no sentido de a informação só poder ser relevada, em sede decisória, quando existam outros elementos de prova conducentes à mesma conclusão que aquela permite (como se verifica quando se reduz o valor da

---

<sup>1139</sup> WAGNER enquadra no âmbito das convenções sobre a apreciação de prova as cláusulas de acordo com as quais o tribunal deva decidir com base em apenas uma parte dos meios de prova produzidos ou obtidos ( *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 692), considerando, o autor, que estes pactos são validamente celebráveis, à semelhança do que sustenta relativamente à generalidade dos pactos relativos à apreciação da prova. Conquanto os concebamos como pactos relativos aos meios de prova, não deixamos de partilhar em “afluente” do raciocínio do autor na medida em que fundamentamos o motivo de nulidade das convenções em causa na circunstância de a restrição *a posteriori* (realizada pelas partes) se reflectir no domínio da apreciação da prova, assim interferindo aquelas em domínio conformativo que não está ao seu alcance.

<sup>1140</sup> Cfr. art. 130.º do Código de Processo Civil.

<sup>1141</sup> Cujo sentido, correspondendo ao acima notado, COMOGLIO, FERRI e TARUFFO sintenticamente concentram na máxima que permite ao decisor a possibilidade de usar elementos de prova “utile per l'accertamento dei fatti, independentemente dalla sua provenienza”, *Lezioni sul processo civile, I, Il processo ordinario di cognizione*, 4ª ed., il Mulino, Bologna, 2011, p. 481.

informação a mero princípio de prova) ou no sentido de a informação não poder, em qualquer circunstância, servir de suporte à decisão.<sup>1142</sup>

Ante o sentido justificativo do princípio da aquisição processual, beneficia este de natureza imperativa. Representa, nesta medida, normatividade, relativa à prova, determinada por razões de ordem pública e, conseqüentemente, matéria insusceptível de ser objecto de convenção, sob pena de nulidade do pacto, por ilicitude primária, detectada por efeito do crivo de controlo de validade enunciado em terceiro lugar, actuante a título autónomo. É a circunstância de este particular tipo de negócio jurídico padecer sempre de invalidade (mesmo quando o regime dele constante se revele compatível com as condições de licitude secundária – as enunciadas em primeiro e em segundo lugares), a razão justificativa da ausência de menção a esta categoria de pactos no art. 345.º do Código Civil, pelo que também neste caso o silêncio do legislador não é classificável como lacuna legal.

## b.2. Convenções extintivas da imposição legal de grau de convicção

i) É também o risco criado para a imparcialidade objectiva da base decisória (perigo gerado, embora, por regime convencional de sentido inverso àquele sobre que vem de se ponderar), que determina a invalidade de convenções de prova que *excluem* a qualificação legal (minoradora) de determinado tipo de informação probatória como mero princípio ou argumento de prova. Vedado está, porque assim, às partes, neutralizar, por via convencional, tal efeito legal, limitador da liberdade de apreciação.<sup>1143</sup>

A essa classificação normativa subjaz a qualificação de tais elementos como informação destituída de fidedignidade para autonomamente servir de base ao juízo probatório, o que equivale ao não reconhecimento (pelo legislador) aos elementos propiciados por tal fonte, de aptidão para, por si sós, conduzirem ao conhecimento da realidade factual (e, assim, da verdade). Comportando, sob essa perspectiva, a consideração, a título exclusivo, de tal informação, pelo juiz, grave ameaça para a fidelidade da base decisória à realidade e não representando aquela (imparcialidade

---

<sup>1142</sup> De observar que, se, quando se explicitam os três sentidos proibitivos ora mencionados no corpo do texto, se faz notar estarem vedados condicionamentos convencionais que operam pela *negativa* (impedindo, a consideração do conteúdo proporcionado por meios de prova), como sucede com os decorrentes da categoria de convenções de prova geradoras de condicionamento mencionado em terceiro lugar (convenções que condicionam a liberdade *de* apreciação da prova), por via da proibição do primeiro e segundo tipo de convenções, exclui-se qualquer condicionamento da actividade de decisão a desenvolver sobre a informação probatória processualmente absorvida, cuja utilizabilidade mereceu aprovação (resposta *positiva*) das partes e do decisor (razão por que, como acima notado, constituem convenções condicionadoras da liberdade *na* apreciação da prova, que não, como as primeiras, *de* apreciação da prova).

<sup>1143</sup> Assim, por exemplo, quando as partes estabeleçam, por acordo, que o decisor poderá suportar a decisão quanto à matéria de facto controvertida exclusivamente em informação a que o legislador atribui valor probatório de mero princípio de prova.

objectiva) valor livremente disponível pelas partes, não deverão estas poder validamente derrogar, por acordo, o regime supletivo, ainda que em ampliação da margem de livre apreciação do decisor.<sup>1144</sup>

ii) Este tipo de convenções *partilha* com as que reduzem o valor (definido no âmbito do sistema de prova legal) de meios de prova, a circunstância de removerem obstáculos legais à livre apreciação da prova pelo decisor, ampliando a extensão desse poder. Fazem-no, porém, mediante *promoção* da valia do meio de prova que é seu objecto, quando do segundo tipo de convenções decorre a despromoção dessa informação no quadro da pirâmide hierarquizadora do valor das fontes de prova. Simetricamente, *comunga*, com os pactos que promovem o valor das fontes de prova (situem-se estas, antes da intervenção convencional, no plano, geral, de livre apreciação de prova ou em estrato superior, no contexto de sistema de prova legal), a característica de elevarem a posição da informação em causa no quadro hierárquico da capacidade de influência na conformação do teor da decisão quanto à factualidade controvertida, *diferenciando-se* daqueles, contudo, na medida em que eliminam obstáculos legais à livre apreciação do decisor quando, por via daqueloutro tipo de acordos, se criam obstruções (parciais ou totais) à amplitude daquela liberdade. As duas modalidades convencionais *distinguem-se* também entre si no que diz respeito ao tipo de elevação a que há lugar, na medida em que, por eliminação da qualificação da informação como mero princípio de prova, esta ascende ao nível da *possibilidade* de ser considerada, a nível decisório, apesar de desacompanhada por outros subsídios de prova, quando, por via do outro tipo de convenções em cotejo<sup>1145</sup> tal possibilidade se tinha já por adquirida (sempre considerável pelo decisor, ainda que não confirmada por outras fontes de prova), incrementando-se, por via negocial, apenas o impacto que a informação produz no que diz respeito aos termos em que o juiz autonomamente constrói o conteúdo decisório.

Cumprido, por outro lado, notar que a circunstância de assistir às partes a faculdade de criar meios de prova não constantes do elenco legal (como observámos ser possível aquando da reflexão sobre a primeira modalidade de convenções de prova que considerámos) não representa argumento válido no sentido de que aquelas devam, por maioria de razão, poder conferir, mediante convenção, a meio de prova já legalmente previsto, aptidão para constituir base decisória a título autónomo. Quando as partes criam, por acordo, novo meio de prova, a validade de convenção pressupõe, por força da condição de validade enunciada em terceiro lugar, que o teor do pacto se afigure compatível com as normas legais imperativas relativas à prova, assim tendo o novo meio de prova que se revelar em consonância com os traços inderrogáveis do sistema jurídico em que se enquadrará. Quando, porém, as partes convencionalmente

---

<sup>1144</sup> Representando, a classificação de elementos informativos empíricos (objecto de apreciação em sede de prova) como mero princípio de prova, também uma manifestação de prova legal, de sentido inverso, embora, àquelas que *supra* considerámos (então, de limitação da livre apreciação por via positiva – mediante sobreposição de sentido decisório legal; aqui, de limitação da livre apreciação por via negativa – mediante inibição de expressão de convicção firmada), valem, quanto à primeira, algumas das considerações tecíveis quanto às segundas. Constitui (tal classificação) limitação à regra de que, nas palavras de CONTE, o juiz possa conceder prevalência àquelas que “ritenga maggiormente idonee a fondare il proprio ragionamento decisório”, *Le prove civili*, 2. ed., aggiornata alla legge di riforma del processo civile 18 giugno 2009, n. 69, Milano: Giuffrè, 2009, p. 31.

<sup>1145</sup> Quando puras.

fizessem ascender informação, legalmente qualificada como mero argumento de prova,<sup>1146</sup> a informação susceptível de, por si só, constituir base da apreciação que o decisor, de acordo com o princípio da livre apreciação dos meios de prova, quanto à mesma desenvolva, incluiriam um novo meio de prova no estrato dos meios de prova dotados de valor autónomo enquanto suporte possível de decisão da matéria de facto controvertida, quando tal inclusão já houvera merecido juízo de desaprovação do legislador, justamente mediante recondução da informação, proporcionada por tal fonte, a puro princípio de prova. Situariam, assim, as partes, por via negocial, no referido estrato de autonomia, meio de prova dele expressamente excluído pelo legislador, por não reunir as condições que se afiguram necessárias à garantia de nível mínimo de imparcialidade objectiva (ou seja, à garantia de que a visão da realidade por seu intermédio proporcionada coincide, com grau mínimo de probabilidade, com a factualidade ocorrida). Representando, este grau de coincidência, valor que, como *supra* sublinhado, se sobrepõe aos interesses integrantes da esfera puramente privada, assume relevo público prevalecente, deste decorrendo o carácter imperativo da normatividade em causa.

iii) Porque sempre colidentes com normatividade determinada por razões de ordem pública, revelam-se, estes pactos, sempre padecentes de nulidade – não superando o primeiro grau de controlo de validade (imposto pela condição de validade enunciada em terceiro lugar, operante a título autónomo), não se afiguram compatíveis com as exigências de licitude primária, pelo que irrelevante se torna o preenchimento ou não dos requisitos de licitude secundária. Porque assim, e à semelhança do que vimos suceder relativamente às demais convenções consideradas na presente subsecção, a omissão de menção normativa quanto a este tipo de pactos não é equiparável a lacuna legal.

### c) Apreciação conjunta

Da visão conciliada das duas dimensões em que se analisa a problemática associada ao terceiro tipo da modalidade de convenções relativas à apreciação da prova, resulta que o prejuízo para a imparcialidade objectiva da decisão da matéria de facto controvertida, tanto pode advir da *criação* convencional de *argumentos de prova* [por impedir, tal criação, o autónomo relevo, para efeito de apreciação, pelo juiz, em sede de decisão, de informação adveniente de tipos de prova legalmente admissíveis e, nessa medida, em abstracto qualificados, pelo legislador, como aptos (salvaguardada, quando possível, diferente avaliação concreta a desenvolver, na instância pelo decisor) a contribuir para a imparcialidade decisória objectiva e, assim, para o esclarecimento da temática factual controvertida em consonância com a verdade] como da *eliminação* convencional de *argumentos de prova* legalmente

---

<sup>1146</sup> Criando, assim, por essa via, as partes, limitação à liberdade de apreciação do decisor em circunstância que o legislador entendeu não justificar a exigência, ao juiz, da postura de “più fine accorgimento” que, como ANDRIOLI nota (recordando expressão do legislador italiano), é co-natural à convocação desse tipo de elemento de decisão, “Prova in genere (Diritto civile)”, *Nuovo Digesto Italiano*, Torino, 1939, vol. XVII, Torino, UTET, p. 288.

previstos (por permitir, tal eliminação, o autónomo relevo, para efeito de apreciação, em sede de decisão quanto à matéria factual controvertida, de informação qualificada, pelo legislador, como inapta - se isoladamente considerada- para proporcionar o grau de imparcialidade objectiva que aquele toma como parâmetro de observância indispensável).

Afectando, em síntese, as convenções que se consideraram em último lugar (criadoras de argumentos de prova), tal como as analisadas no momento imediatamente anterior (extintivas de argumentos de prova legais),<sup>1147</sup> o critério de livre apreciação da prova a que o juiz obedece (reduzindo-o, no primeiro caso; ampliando-o, no segundo), interfere, tal regime negocial, em domínio regulável apenas pelo legislador, conduzindo à derrogação de normas de natureza imperativa; porque assim, representam pactos insusceptíveis de válida celebração no quadro da actual configuração do sistema processual, assumindo natureza inválida.

### *1.2.2. Apreciação conjunta quanto às convenções relativas à decisão da matéria de facto controvertida com base na apreciação da prova*

i) Cumpre, uma vez desenvolvida ponderação quanto a cada uma das submodalidades das convenções reguladoras da actividade de apreciação da prova, adoptar, quanto às mesmas, uma visão de conjunto.

Por contender, o regime constante desta modalidade de convenções de prova, com a exploração processual, pelo juiz, das virtualidades da prova considerada na sua terceira dimensão, concluímos que todos os pactos que integram tal categoria negocial padecem de nulidade.

Congregando, de modo analítico, as particulares razões de ser da proibição deste tipo de acordos, apura-se que estas se prendem essencialmente com dois factores: por um lado, com a circunstância de o efectivo acesso, pelo tribunal, a informação provinda de meios de prova, legalmente admissíveis e em concreto admitidos na instância, constituir dimensão fundamental para adequada resolução, em cumprimento do múnus jurisdicional,<sup>1148</sup> do dissenso que separa as partes; por outro lado, com a particularidade de, por via de tais pactos, se proceder à regulação convencional de momento processual estritamente decisório, no quadro do qual o juiz é o único sujeito processual legalmente interveniente, em desenvolvimento de actividade processual especialmente sensível, porque vinculativamente definidora (no nível hierárquico da orgânica jurisdicional em que tem lugar) de solução para a

---

<sup>1147</sup> Nada impede, contudo, que tendo as partes criado um novo meio de prova, em simultânea previsão de que a informação por ele veiculada representaria mero princípio de prova, venham aquelas a alterar o pacto no sentido da eliminação desta qualificação. Tanto representará, de resto, via de eliminação da invalidade de que, atenta tal qualificação convencional (juridicamente inadmissível) o acordo de prova padecia.

<sup>1148</sup> Mediante própria conformação, pelo juiz, da estrutura factual do caso, para realização, nele, do Direito, em conformidade com a teleologia que presidiu à sua concepção normativa.

controvérsia factual, razão por que se trata de domínio particularmente avesso a conformação negocial.<sup>1149 1150</sup>

ii) Da impossibilidade de restrição da actividade do juiz, pelas partes, no que diz respeito a este domínio do regime processual, extrair-se-á o *princípio da liberdade*<sup>1151</sup> do juiz em matéria de apreciação da prova, dele decorrendo a impossibilidade de válida criação, pelas partes, de regime convencional regulador do uso que o juiz possa fazer da informação probatória processualmente adquirida (porque condicionador, tal regime, daquela liberdade). Princípio que, assim, constitui a matriz em que assenta a nulidade dos três tipos convencionais que discernimos (quanto ao grau de conhecimento da prova, quanto às ilações a dela retirar pelo juiz e quanto ao grau de convicção formável com base na mesma).

Princípio que não se confunde com o princípio da liberdade de apreciação da prova em sentido estrito – abrange a dimensão restrita desse princípio, mas não se esgota nela. Nos termos desta última dimensão, está em causa máxima processual no âmbito da qual, quando vigente, o decisor intervém como julgador no acto de apreciação da prova, desenvolvendo actividade correspondente a valoração autónoma (apreciação crítica) e, assim, não meramente reprodutora, em concreto, de ponderação valorativa previamente efectuada, de modo abstracto, pelo legislador; veicula, pois, regime que (em contraposição ao princípio relevante no âmbito do sistema de prova legal ou tarifada) constitui a regra no domínio da matéria sobre que incide o segundo tipo de convenções que considerámos no presente ponto da reflexão (convenções relativas à valoração da prova).<sup>1152</sup>

Além do princípio da livre apreciação da prova em sentido estrito, nos termos do qual, quando não legalmente associado especial valor à informação transmitida por dado meio de prova (ou na medida em que, no âmbito da prova plena, o sentido decisório fixado não prevaleça), o decisor desenvolverá, sobre aquela, actividade livre (ante o legislador e qualquer outro ente – designadamente as partes) de apreciação crítica, no sentido de, *na* apreciação que desenvolva, dela (prova) extrair consequências a relevar no plano do conteúdo decisório, distingue-se, pois, o princípio da liberdade de apreciação da prova em sentido amplo (liberdade *relativa* à apreciação da prova), nos termos do qual, na ausência de especial condicionamento, legalmente definido, o juiz beneficia de liberdade quanto à apreciação da prova que tenha sido carreada para o processo, nas múltiplas dimensões que a actividade de decisão da matéria de facto com base na prova envolve: seja no que concerne à possibilidade *da* sua apreciação (dimensão relevante quanto às convenções de prova condicionadoras do grau de convicção; seja no que concerne à actividade a desenvolver *na* apreciação

---

<sup>1149</sup> Razão por que não é dado às partes condicionar (designadamente mediante recondução a mero princípio de prova) a possibilidade de o tribunal considerar a informação proporcionada pela prova também nos casos em que o meio de prova em causa não consta do elenco legal, constituindo um meio de prova *novo*, introduzida no processo na sequência de previsão convencional.

<sup>1150</sup> No que em particular respeita a convenções restritivas da liberdade de apreciação, acresce, a estas duas razões proibitivas, uma terceira: o facto de o meio de prova ter já sido objecto de “abertura” no processo, desvelando o fluxo de informação que transporta, com a mobilização de meios e a produção de custos que tanto implica.

<sup>1151</sup> Princípio que respalda a regulação legal.

<sup>1152</sup> O mesmo é dizer, relativas ao sentido decisório a exprimir pelo juiz, com base na prova.

da mesma (dimensão relevante quanto às convenções condicionadoras do sentido decisório e quanto às convenções condicionadoras do grau de conhecimento da prova).<sup>1153</sup>

Porque assim, só ao decisor cabe avaliar ( de acordo com o grau de profundidade definido pelo legislador) os elementos de prova relevantes que lhe é dado conhecer, bem como, dentro do enquadramento legal, deles retirar as ilações decisórias que entenda devidas, não podendo (designadamente por via convencional e salvo diferente previsão legal), nem condicionado no que respeita aos termos em que a desenvolve.

iii) O exposto não significa, porém, que do princípio da livre apreciação da prova (considerado em sentido amplo e, assim, também envolvente da sua dimensão mais estrita) decorra a mera proibição de diminuição, por via convencional, do grau de liberdade (nas múltiplas dimensões que esta pode assumir) de que o juiz beneficia, atento o regime legal, em sede de apreciação da prova.

Diferentemente, a imodificabilidade do regime relativo à apreciação da prova adquirida no processo envolve a impossibilidade de alteração da normatividade a ele relativa, quer no sentido da redução, quer no sentido da ampliação da liberdade de que o juiz beneficia de acordo com esse parâmetro (legal).

A circunstância de, da categoria de pactos que consideramos, poder resultar, como observado, a ampliação do grau de liberdade do decisor em sede de apreciação da prova (seja ao nível da valoração ou ao nível de qualquer dos outros planos distinguidos – grau de conhecimento e possibilidade de apreciação) não os posiciona, por isso, fora do âmbito de colisão com o princípio da conservação (ou intocabilidade) do grau de liberdade do decisor, pelo que, e não obstante aquele efeito ampliador, padecem, tais acordos, de nulidade.

A dimensão (do princípio da liberdade de apreciação) proibitiva da *redução* do grau de liberdade, determina a nulidade das convenções redutoras dos níveis de liberdade legalmente reconhecidos neste domínio do regime da prova; a dimensão proibitiva da *ampliação* do grau de liberdade constitui o fundamento da nulidade das convenções aumentativas dos níveis de liberdade em causa.

---

<sup>1153</sup> No que diz respeito à livre apreciação da prova em sentido estrito, distingue-se o domínio de *reserva do legislador* do domínio da *reserva de juiz*. A *primeira (reserva)* concerne à definição do espaço em que o juiz pode autonomamente valorar a prova, ante a área em que ao mesmo se impõe sentido decisório abstractamente definido pelo legislador, bem como à fixação deste sentido. A *segunda* concerne ao exercício da livre apreciação da prova, pelo juiz, na área de autónoma valoração assim legalmente concedida. Quando as partes celebram convenções mediante as quais reduzem o valor probatório, afectam a reserva de legislador, intervindo em matéria de regulação a este reservada. Aumentam o espaço de reserva de juiz, mas não contendem com este, não se lhe substituindo no exercício de actividade valorativa. Quando dos pactos de prova resulte a promoção do valor probatório, as partes contendem, quer com a reserva de legislador (por alterarem a definição da proporção de relevo da autónoma valoração do juiz ante a valoração abstractamente estabelecida pelo legislador) e a reserva de juiz (por lhe imporem um sentido decisório em área que estará reservada ao exercício, por este, de livre apreciação da prova). Considerando as demais dimensões de livre apreciação de prova, constitui *reserva do legislador* a definição do grau, bem como da possibilidade de conhecimento da prova.

Quando indagado o perímetro proibitivo comum aos três tipos de convenções de prova, este reconduz-se, assim, à proibição de, em qualquer uma das modalidades enunciadas, serem as partes a definir (em derrogação dos critérios fixados pelo legislador em matéria de apreciação de prova e no sentido da ampliação ou da restrição, da liberdade de apreciação) como deve o tribunal decidir. Àquele (legislador) assiste, pois, com carácter exclusivo, legitimidade para tal definição.

Retirar-se-á, como núcleo do expandido, no que diz respeito ao tratamento convencional de informação de índole probatória, susceptível de servir de base à matéria de facto controvertida, que as partes podem, dentro dos condicionalismos legais, optar por seleccionar (com efeito ampliador ou restritivo) os meios de prova convocáveis. Não podem limitar o grau de conhecimento da informação por eles proporcionada, condicionar ou fixar as ilações que dela possam ser retiradas, nem circunscrever o âmbito da prova, processualmente adquirida, susceptível de ser conhecido.

Não tendo, o legislador, que manter os critérios de regulação da decisão da matéria factual controvertida em dado momento vigentes, só ele pode, contudo, introduzir tais alterações, por só a ele incumbir regular as vias mais contendentes com a prossecução da imparcialidade decisória que ora consideramos (de índole objectiva), sendo que a actividade de decisão com base na prova representa domínio que *directamente* contende com o nível deste tipo de imparcialidade.

iii) Tanto não gera, contudo, para as partes, qualquer perda do grau de disponibilidade da matéria decidenda, nem, conseqüentemente, da sua capacidade de conformação do objecto da acção. Com o que divergimos da visão sustentada por WAGNER.

O autor assume a qualidade de voz dissonante relativamente ao entendimento sustentado pela generalidade da doutrina quando defende a validade de convenções relativas à apreciação da prova. Não o faz sem hesitações, reconhecendo ser tentadora (“verlockend”) a argumentação em que assenta a perspectiva inversa, essencialmente centrada no carácter imperativo do princípio da livre apreciação da prova. Termina, porém, por conceder prevalência à ilação que retira da admissibilidade de válida celebração de acordos de reconhecimento de factos, assim raciocinando – se as partes podem celebrar pactos em que, por acordo, dão por assentes determinados factos, e tais acordos assumem carácter vinculativo para o decisor, também devem poder validamente celebrar pactos que se afigurem oponíveis ao decisor no que diz respeito à decisão a proferir com base na prova. Atenta a similitude de resultados, diz ser “incompreensível por que razão normativamente convincente se deveria negar às partes qualquer influência quanto à apreciação da prova”, concluindo terem estas o “direito inquestionável de prescrever ao juiz o resultado do processo”.<sup>1154</sup>

Acentuando, para este efeito, o relevo do poder dispositivo das partes no plano processual, WAGNER concede (conquanto em moldes não integralmente coincidentes), na actualidade, a exposição que, na primeira metade do século XX, CARNELUTTI conferira

---

<sup>1154</sup> “...das unbezweifelbare Recht, dem Richter das Prozessergebnis “vorzuschreiben” ...”, *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 693.

ao princípio do dispositivo enquanto fundamento justificador da admissibilidade deste tipo de pactos de prova – à semelhança do poder de disposição em sede de alegação de factos e de prova, beneficiariam também as partes, na perspectiva deste último autor, do poder de determinar o valor da prova, enquanto dimensão dispositiva conducente a resultado que as partes já logram quando, por acordo, celebram transacção, assim igualmente definindo o resultado do processo.<sup>1155</sup>

Nenhuma das aproximações ao princípio do dispositivo, como base fundamentadora da validade desta modalidade de convenções de prova, se revela, porém, suporte sólido desta posição, atenta a ausência de equiparabilidade entre o contexto que se verifica quando o tipo de pactos ora em causa é celebrado e os demais contextos dispositivos convocados.

É, na verdade, diversa, a posição das partes, em cada uma das hipóteses discernidas por WAGNER, pois se, na primeira (pacto de reconhecimento de factos), aquelas apresentam, ao decisor, factualidade já objecto de *acordo* entre si, impõem, na segunda (convenção relativa à apreciação da prova), ao juiz, o teor da decisão a proferir quanto à matéria factual *controvertida*, só, assim, nesta (segunda hipótese) havendo lugar a adulteração do processo de formação de convicção jurisdicional que o esclarecimento da *dúvida* (a operar tendo por fonte prolação de decisão jurisdicional relativamente ao *thema probandum*) implica.

Igualmente niveláveis se não afiguram os planos convocados por CARNELUTTI.

Quando, ao abrigo do princípio do dispositivo, as partes alegam factos, produzem ou requerem a produção de prova, realizam actos de disposição relativos à matéria ou elementos de que o tribunal disporá para construir a decisão quanto à temática factual controvertida – não definem o teor de tal pronúncia.

Também a esse nível não interferem (estes sujeitos processuais) quando celebram acordo de transacção. Não só, nesta última hipótese, o pacto não se restringe à matéria de facto (respeitando, diferentemente, à solução, total ou parcial, do litígio), como (à semelhança do que sucede quando celebrado acordo de reconhecimento de factos) as partes não impõem, ao juiz, o teor da decisão a proferir como forma de extinção do *duelo* processual que esgrimem no campo de batalha processual – expõem, distintamente, o conteúdo da solução entre si concordantemente atingida, assim oferecendo solução para problema que, por esta via, retiram do perímetro da conflitualidade processual. Não representa, pois, a transacção, acto de ingerência no conteúdo da decisão a proferir quanto à factualidade controvertida, não sendo, em consequência, associável, a este tipo de conduta dispositiva das partes, o risco de o teor da pronúncia jurisdicional quanto ao *thema probandum* não coincidir com a realidade.<sup>1156</sup>

---

<sup>1155</sup> *Sistema di Diritto Processuale Civile*, Vol. I, Padova, Cedam, 1936, pp. 752 (“Se alle parti un potere di disposizione è riconosciuto quanto all’affermazione dei fatti e quanto alla proposizione delle prove, perchè dovrebbe essere escluso quanto alla valutazione?”).

<sup>1156</sup> CARNELUTTI não olvida a existência deste risco (de interferência com a correcção da decisão quanto aos temas da prova) enquanto consequência possível das convenções reguladoras da apreciação da prova. Relativiza-o, contudo, referindo que ele pode advir, também, de outras condutas processuais das

Quando em causa matéria jurídica realizando incluída no âmbito da disposição das partes, estas podem, assim, não se subordinar aos gerais critérios (entre os quais se contam os relativos à apreciação da prova) de resolução do litígio pelo decisor – fallo-ão mediante opção pela via, judicial ou extrajudicial, do consenso. A estes sujeitos processuais está, nestes termos, vedada, tão só, a tentativa de, na via desenhada para extinção do dissenso (quando não enveredam, assim, pois, no sentido da auto-resolução, jurisdicionalmente subordinado, da controvérsia factual em causa, mediante colocação desta fora do alcance da *autónoma* decisão jurisdicional) fazerem valer a sua vontade consensual quanto aos termos de conformação da actividade decisória (assente em base densa) da factualidade controvertida. A alternativa, para as partes, à subordinação a tal prerrogativa, é, nestes termos, a substituição à decisão (mediante acordo e, assim, ingresso na via consensual), que não a substituição ou regulação da decisão (ditando ou condicionando, na via do dissenso, a solução a definir pelo tribunal). Em suma, podendo, embora, *substituir* a decisão, a pronunciar pelo juiz, *por* decisão sua (impedindo, mediante solução *consensual* que logrem obter e a ser meramente homologada, que aquele a profira)<sup>1157</sup>, não se podem as partes (ainda que de modo velado) substituir ao juiz *na* decisão por este ditada como forma de extinção do *dissenso*, nem ditar os termos em que a desenvolve.

### I.3. Balanço parcial da parte terceira

Cumprido, adoptando perspectiva ainda mais global, congregando conclusões relativamente às várias modalidades de convenções de prova sobre que se ponderou até ao presente momento.

3.1. Da análise do regime jurídico, a que até agora procedemos, decorre que, *podendo* as partes intervir ao nível do *objecto* da prova e dos *meios de prova* mobilizáveis, lhes está *vedado* o acesso ao plano da decisão,<sup>1158</sup> quando suportada esta em fundamento probatório declarativo, demonstrativo ou lógico-indutivo.

---

partes (assim, por exemplo, da não desincumbência do ónus de alegação ou do ónus da prova), *Sistema di Diritto Processuale Civile*, Vol. I, Padova, Cedam, 1936, p. 752 (“Senza dubbio, ne può risultare un pregiudizio alla verità, e pertanto alla giustizia; ma non avviene altrettanto per virtù dei limiti all’indagine del giudice, che derivano dall’onere dell’affermazione o dall’onere della prova?”). A circunstância, porém, de existir mais do que uma fonte de risco não significa que todas devam ser admitidas, cumprindo extinguir aquelas cuja eliminação seja alcançável. E se é possível extinguir a fonte de perigo (para a adequação da decisão jurisdicional quanto à matéria de facto controvertida) em que se traduz a celebração de convenção relativa à apreciação da prova, mediante a associação do vício da nulidade a este tipo de pactos, não é viável garantir a eliminação das fontes de perigo em que se consubstanciam as referidas omissões de conduta processual, por não ser fungível (e assim substituível) ou passível de execução coerciva a adopção de tais comportamentos.

<sup>1157</sup> Reflectindo a especial natureza deste tipo de actividade, AMIEL-COSME nota que esta implica “a justaposição de dois elementos: um acto de vontade privada (*élément contractuel*) a que se associa uma intervenção do juiz (*élément judiciaire*)”, “La fonction d’homologation judiciaire”, *Justices Revue Générale de Droit Processuel*, Janvier-Mars, 5, 1997, p. 135.

<sup>1158</sup> Considerada esta nos primeiro e segundo momentos - analítico e conclusivo (distinguindo-se, neste último, o decisório propriamente dito - e o expressivo) respectivamente - da fase de pronúncia quanto à matéria de facto controvertida.

A validade da convenção de prova pressupõe, assim, que esta respeite à fase pré-decisória, sendo às partes dado definir, as partes, pacticiamente, de modo válido, apenas os elementos *carreáveis* para a instância (assim susceptíveis de nela serem integrados), que não a possibilidade ou grau de conhecimento da informação carreada, nem o sentido que dela deve o juiz retirar (o mesmo é dizer o conteúdo da decisão que nela se sustente). Uma vez acessíveis na acção (porque para esta *carreados* e nesta admitidos), devem os elementos de prova poder ser trabalhados livremente pelo decisor, dentro dos limites de extensão e intensidade que o legislador permita. Se as partes podem, assim, condicionar o que é apresentado na *mesa de trabalho* do decisor (objecto e meios de prova – respeitantes à fase *pré-decisória*), não poderão determinar os termos do labor (do *trabalho*) que sobre tal material aquele desenvolva, nem as conclusões informativas dele extraíveis [fixando, com carácter relativo ou absoluto, tais conclusões,<sup>1159</sup> regulando a natureza do fruto retirável da análise;<sup>1160</sup> condicionando a forma de realização desta<sup>1161</sup> ou alterando a medida da possibilidade de autónoma formação daquelas (conclusões)<sup>1162</sup>].

3.2. Tal regime revela-se compatível com os traços essenciais da tendencial divisão funcional a que há lugar quando se considere a posição das partes e do juiz, enquanto sujeitos da relação processual independentemente de convenção das partes, nos termos da qual se distinguem duas áreas, incumbindo às partes a exposição do problema e disponibilização de base material de decisão; incumbindo ao juiz a análise de tal material e definição de solução para o problema (mediante prolação de decisão).

Dizemos divisão tendencial por ser a que decorre de um vislumbre distante da repartição processual de funções. A essa corresponde a divisão que EICKMANN enuncia quando, reportando-se à repartição de papéis entre partes e juiz, associa às primeiras a função de recolha e produção de prova (*Stoffsammlung und Beweisführung*) e ao juiz a função de proferir decisão (*Vortrag beurteilen*).<sup>1163</sup> Assim também com ANDRIOLI, quando observa que a actividade das partes se traduz em operações tendentes a influenciar a convicção do juiz, incumbindo a este, em actividade “intelectiva ou raciocinante”, definir os pressupostos da decisão (*l'accertamento dei presupposti della decisione*).<sup>1164</sup>

Em visão mais aproximada, verifica-se que, como que em miscigenação de funções, nem a primeira área funcional corresponde a domínio reservado a exclusivo desempenho processual das partes, nem a segunda se encontra absolutamente reservada ao decisor. Em cada uma delas há, porém, núcleos onde está em absoluto

---

<sup>1159</sup> Mediante incremento do valor da fonte de prova.

<sup>1160</sup> Mediante recondução a argumento de prova ou eliminação de tal qualificação (quando emanada, esta, de fonte legal).

<sup>1161</sup> Mediante diminuição ou intensificação do grau de conhecimento possível.

<sup>1162</sup> Mediante diminuição do valor da fonte de prova.

<sup>1163</sup> *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochumer juristische Studien Nr. 57, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1987, p. 92.

<sup>1164</sup> “Prova in genere (Diritto civile)”, *Nuovo Digesto Italiano*, Torino, 1939, vol. XVII, Torino, UTET, p. 814. A p. 825, o autor exclui, porém, que esse represente critério válido para discernimento da natureza válida ou inválida das convenções de prova.

vedada a possibilidade de ingerência por outro sujeito da relação processual, que não aquele a quem tal espaço está tendencialmente adstrito. Assim, no que diz respeito à área de exposição dos termos do litígio e mobilização para a instância, de factos e prova, conquanto concernente a actividade maioritariamente desenvolvida pelas partes, pode esta sê-lo também pelo decisor, nas hipóteses em que tal (carreamento de factos e de elementos de prova) lhe é facultado ao abrigo do princípio do inquisitório. Constitui, porém, nicho completamente vedado a este sujeito a decisão de expor o problema, mediante exercício do direito de acção, bem como, nos processos de jurisdição contenciosa, a convocação de factos que não aqueles cuja mobilização oficiosa é legalmente admitida. Considerando *apenas* o domínio da *prova* (o mais relevante na presente sede), quer às partes, quer ao juiz é dado desenvolver actividade processual carreando elementos de prova para o processo.

No que concerne ao segundo campo funcional – relativo à resolução do problema –, verifica-se que não constitui, aquele, domínio de acesso absolutamente vedado à actividade das partes, na medida em que estas podem, optando pela via intra-processual do consenso, definir a solução, cabendo ao juiz, nessa circunstância, enquanto decisor receptor, desenvolver actividade jurisdicional meramente homologatória.<sup>1165</sup> Hipótese, esta última, que, como apurado, não releva no âmbito probatório, dado integrar-se, aquela, em contexto em que há lugar a pacificação da controvérsia factual mediante opção pela via do acordo (consenso), em exclusão, assim, da área da prova (unicamente associável que é, esta, a quadro de manutenção da controvérsia em sede de facto, o mesmo é dizer de dissenso, pressupondo, conseqüentemente, como nota CARNELUTTI, “*il giudizio come mezzo di composizione*”<sup>1166</sup>).

Considerando, no segundo espaço funcional (relativo à actividade de resolução do problema), apenas o âmbito em que há lugar a persistência da controvérsia em sede de facto, e, assim, nesse plano (factual) a actividade jurisdicional pura (não se limitando o juiz a acolher solução consensualmente definida) é vedada, às partes (quando a decisão se suporte na prova, tomada no sentido máximo que lhe reconhecemos – em sentido amplo, abrangente de todas as hipóteses de base densa), qualquer possibilidade de intervenção,<sup>1167</sup> quer formalmente (por só ao juiz incumbir

<sup>1165</sup> Absorsora de uma solução consensual, que não actividade jurisdicional pura.

<sup>1166</sup> “Note sull’accertamento negoziale”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1940, I, pp. 16 e ss..

<sup>1167</sup> Às partes é vedado intervir na *actividade de definição* do conteúdo da decisão pelo juiz quando se considere tal actividade enquanto acto de decisão *qua tale*, isto é, enquanto actividade processual, destinada a esse fim, desenvolvida após a fase de audiência (na fase de elaboração da sentença). Não estão, porém, impedidas de influir, no sentido da conformação do teor decisório em sede de esclarecimento da factualidade controvertida, mediante produção de alegações de facto (o que lhes é facultado em momento processual imediatamente anterior, ainda na fase da audiência, em intervenção conclusiva relativamente ao sentido a retirar da pronúncia justificativa desenvolvida – cfr. art. 604.º, n.º 3, e) do Código de Processo Civil). Que o tribunal deva conhecer e tomar em consideração na decisão a exposição factual e jurídica realizada pelos sujeitos processuais é, como explicita o *Bundesgerichtshof* (BGH), em decisão proferida em 26 de Março de 2015 (IX ZR 134/13) uma consequência concretizadora do direito a ser ouvido (*Anspruch auf rechtliches Gehör*). A produção de alegações representa, porém, apenas, manifestação verbal de entendimento (relativamente ao que, na perspectiva das partes, deverá ser o teor decisório), expresso em sede de exercício de pronúncia cujo teor se revela destituído de qualquer cariz obrigatório para o juiz. Impedidas estarão sempre, assim, as partes, de no contexto que se considera, condicionar, com *carácter vinculativo*, o teor da actividade de decisão (suportada na

proferir decisão), quer no que diz respeito à conformação do conteúdo [incumbindo a definição do teor da decisão, *ao* juiz, enquanto construtor, quando actue de acordo com o princípio de livre apreciação da prova (em sentido estrito), ou *ao* legislador, cabendo, nesta segunda hipótese (correspondente a decisão da matéria de facto controvertida com base em fundamento declarativo, demonstrativo ou lógico indutivo a que seja associado legalmente valor probatório determinado) ao juiz, enquanto mero decisor, a função de, nos termos legalmente definidos, desenvolver pronúncia em actividade (decisória) reprodutiva da solução legalmente definida para a controvérsia factual. Não intervirá, assim, neste domínio (esclarecimento da controvérsia factual com base na prova), o juiz, em nenhuma circunstância, como mero decisor, em pura mimetização de solução que lhe seja ditada pelas partes, nem como construtor cuja actividade valorativa (construtiva) seja por estas de algum modo condicionada, pelo que representa, esta área, domínio cujo acesso está absolutamente vedado às partes.

A estas é, em suma, reconhecida a faculdade de intervir, por via negocial, em sede de prova, na fase pré-decisória, nunca lhes sendo reconhecida tal possibilidade na fase decisória, quando a decisão se ancore em base densa.

Considerando o regime processual que se observa, em sede de prova, quando as partes *não celebram* qualquer convenção, conclui-se que o juiz e as partes podem intervir na fase pré-decisória, apenas o primeiro *intervindo* na fase decisória. A repartição funcional relevante entre os sujeitos processuais coincide, assim, com a delimitação de uma área (pré-decisória) de intervenção comum a ambas as categorias de sujeitos processuais, a que se contrapõe uma segunda área (decisória) de intervenção reservada ao juiz.<sup>1168</sup>

---

prova) relativamente à definição *do* sentido (necessariamente único) a atribuir à matéria factual controvertida.

<sup>1168</sup> Autonomia entre campos (problema e solução) que, no que diz respeito aos sujeitos responsáveis por cada um, vale em qualquer um dos planos decisórios (final ou intermédio), aplicando-se também, portanto, quanto à decisão relativa à matéria de facto. Quando em causa a decisão final quanto ao mérito, considerada no seu conjunto, porém, dir-se-á que, se as partes não podem, por convenção, substituir-se ao juiz (no plano do dissenso), no acto de definição do conteúdo decisório suportado na prova, podem, contudo, fixar, com carácter vinculativo, quando a norma legal assumia cariz dispositivo, o critério a que o juiz deve observância no acto de definição de solução para o problema jurídico subjacente ao pedido formulado. Se lhes assiste (em âmbito de juridicidade que se revele aberto à auto-regulação das partes) a possibilidade de definir a consequência jurídica aplicável, quando verificados certos pressupostos de facto, não beneficiam da prerrogativa de, como mera consequência de tal convenção, impor ao juiz a aplicação, na acção, observância do critério jurídico por aquelas construído, a este incumbindo, com carácter autónomo e exclusivo, apurar se a factualidade, tomada por processualmente assente, corresponde ou não ao quadro factual contemplado na regra jurídica fruto de auto-regulação das partes. As partes contratantes (tomando a noção de contrato em sentido amplo) encontrar-se-ão, pois, na mesma situação em que se encontram as partes não celebrantes desse tipo de convenção, vinculadas que se encontram, também estas, à selecção que ao decisor incumbe fazer da normatividade hetero-reguladora relevante. Uma vez criada a regra jurídica aplicável, as partes convencionais enquadrar-se-ão, pois, em situação equiparada à de partes que não tenham exercido poder auto-regulador, encontrando-se adstritas à interpretação e aplicação que o juiz faça do direito (seja este de fonte convencional ou não), como decorre do art. 5.º, n.º 3 do Código de Processo Civil. Dizemos situação equiparada e não igual, na medida em que a vontade das partes na convenção assumirá, por princípio, maior relevo que a das partes que não tenham tido qualquer intervenção na criação da regra jurídica, na hipótese em que surjam dúvidas relativamente ao sentido (a definir interpretativamente) de tal critério. Assim, se, por exemplo, as partes tiverem convencionado que, em

Delimitação que é respeitada quando consideradas as hipóteses de possibilidade de intervenção processual das partes por via das *convenções*, validamente celebráveis, até agora tidas em consideração, não sendo às partes dado intervir, por via de acordo de prova, em domínio de actividade processual que, nos termos legalmente definidos (ou seja, independentemente da celebração de qualquer pacto de prova), cabe exclusivamente ao juiz.

Afiguram-se, em conformidade, passíveis de ser *validamente* celebradas as convenções que regulam a actividade, relevante em sede probatória, relativa à primeira área (de exposição do problema e carreamento de matéria a considerar para efeitos de decisão): as partes podem interferir, mediante convenção (nessa área em que também lhes é dado intervir sem recurso a tal veículo de manifestação de vontade), por via da celebração de pactos condicionadores da maior ou menor extensão de canais (meios de prova) mobilizáveis enquanto fornecedores de material probatório. Afiguram-se *inválidas* as convenções de prova cujo regime releve na segunda área, por representar domínio que, no âmbito da prova, é, segundo o geral parâmetro legal (alheio ao problema da admissibilidade ou não de válida celebração de convenções de prova), reservado ao juiz. Não sendo, às partes, nos termos gerais, dado intervir quando o juiz, com base na prova, desenvolve actividade de decisão controvertida, não lhes será dado também fazê-lo por via convencional.<sup>1169</sup>

Há, portanto, até aqui (ou seja, considerando tão só as convenções de prova analisadas até ao momento), coincidência *entre* a geral repartição funcional de actividade probatória entre as partes e o juiz, por um lado, e a divisão entre os âmbitos de validade e invalidade das convenções de prova, por outro, sendo que, a superação, por via convencional, da linha que separa o domínio exclusivamente reservado ao juiz, implica a invalidade da convenção.

3.3. Tanto *não* permite concluir, porém, neste momento, com carácter definitivo, não serem validamente celebráveis *quaisquer* convenções de prova previsoras de regime relativo a esta segunda área e, em consequência, garantir a coincidência, em qualquer circunstância, entre os espaços de válido acesso, pelas partes, quando actuam enquanto sujeitos reguladores, por via pactícia, do regime relativo à extinção da controvérsia factual e os espaços a que, também no âmbito dessas matérias, podem aceder, quando intervêm despidas dessas vestes.

Se (como resulta das considerações acima desenvolvidas a propósito do objecto das convenções de prova) a actividade decisória da matéria factual controvertida pode

---

caso de nulidade de contrato entre si celebrado, imputável a uma delas, esta terá, além de, nos termos legais, restituir a prestação recebida, pagar determinado valor, correspondente a cláusula penal, não podem aquelas pretender que o tribunal profira decisão condenatória neste duplo sentido, se o negócio jurídico padecer apenas de anulabilidade, por não se verificarem os pressupostos de facto a que subordinaram a estatuição por si negocialmente conformada. Tanto, sem embargo, também aqui, de, consensualmente, porem termo ao litígio mediante acordo entre si estabelecido, nesse sentido, seja este submetido ou não a homologação judicial.

<sup>1169</sup> Sobre a separação de funções entre as partes e o decisor, em matéria de prova, no âmbito dos sistemas da *civil law*, vide COMOGLIO, *Le prove civili*, terza edizione, UTET, 2010, pp. 131 e ss.

ter por base fundamento declarativo, demonstrativo, lógico-indutivo ou desonerador, as convenções de prova, relativas à decisão da matéria de facto controvertida, de que até agora tratámos, respeitam apenas a hipóteses em que a decisão se suporte num dos três primeiros fundamentos. Resta, porém, reflectir sobre as convenções de prova relativas à decisão da matéria de facto proferida quando a pronúncia jurisdicional tome por alicerce base branca (fundamento desonerador).

Só na hipótese de (à semelhança do que se verificou suceder quanto aos pactos repercutíveis em decisões assentes em base densa) se vir a concluir no sentido de que as partes não podem, também por via deste tipo de convenções, intervir na actividade decisória do juiz (o que implica concluir serem inválidas convenções relativas à decisão da controvérsia factual assente em fundamento desonerador) se poderá fundamentadamente sustentar haver perfeita coincidência *entre*, por um lado, a geral repartição de funções entre os sujeitos processuais (no âmbito dos momentos e actividade processuais implicados na resolução da dúvida quanto aos factos controvertidos) e, por outro lado, os domínios de validade e invalidade das convenções de prova. O que equivale a observar que, apenas se cumprido esse pressuposto, se poderá afirmar que, às partes, só é permitida, a intervenção convencional ao nível do regime da prova, nos domínios em que às mesmas é dado validamente intervir mediante o desenvolvimento de actividade processual não assente em estrutura negocial.

Em síntese, por ora, apenas é seguro concluir que, no âmbito da fase processual decisória, às partes nunca é permitido intervir, mediante a celebração de convenção de prova, no sentido de: *graduar* a (maior ou menor) profundidade de conhecimento do material de prova adquirido (mediante convenções reguladoras do carácter perfunctório ou não da apreciação) - o que só é dado ao legislador; *impor* um conteúdo decisório, por fixação das ilações a extrair da matéria probatória, mediante convenções atributivas de valor de prova fixo à informação probatória, seja retirando-a do nível da livre apreciação, seja incrementando o valor de prova legalmente fixado, sendo que a definição das ilações a retirar da prova, na sua terceira dimensão, apenas pode ser feita pelo juiz ou pelo legislador, através, quanto a este último, da atribuição de especial valor de prova (o mesmo é dizer, mediante associação, com carácter condicional ou não, de um sentido decisório à prova em causa); *impedir* que o decisor retire inferências da informação probatória, designadamente mediante convenções atributivas de mero valor de princípio de prova aos elementos de prova objecto de avaliação - o que só é dado ao legislador, ou aumentar as hipóteses de livre expressão, pelo juiz, do convencimento por si formado, mediante convenção extintiva da atribuição de valor de mero princípio de prova à informação objecto de análise ou do valor probatório legalmente fixado - só ao legislador sendo dado graduar a amplitude da liberdade expressiva da convicção do julgador.

Continuaremos, na próxima secção, a reflexão quanto às convenções relativas à decisão sobre a matéria de facto controvertida, no sentido de, a final, apurar se existe *alguma* dimensão, desse regime, que seja validamente modificável por convenções das partes ou se, ao invés, se pode concluir haver total coincidência entre as áreas em que, nesse domínio do processo, podem estas intervir, por via convencional e por via não convencional.

## **Secção II – Convenções relativas à decisão da matéria de facto controvertida com base nas regras do ónus da prova (*Beweislastverträge*)**

### **Subsecção I - Considerações gerais**

A admissibilidade de válida celebração da presente categoria de convenções de prova encontra-se expressamente prevista no art. 345.º, n.º 1 do Código Civil, no segmento normativo em que se faz alusão às convenções através das quais se “inverta o ónus da prova”.<sup>1170</sup>

Por estar em causa fundamento de base branca (porque não correspondente a informação importada, em sede de instrução, da realidade), a actividade decisória objecto de regulação não comporta qualquer momento analítico (tomado este no sentido que lhe temos vindo a atribuir, de momento de avaliação do material de prova), mas tão só decisório. Por outro lado, e pela mesma razão, não há lugar, no momento decisório, à definição do conteúdo da decisão mediante expressão de qualquer convicção no que diz respeito às ilações a retirar do material de prova, mas tão só à definição daquele conteúdo mediante reprodução, em concreto, de sentido já antecipadamente fixado. Diferentemente do que decorre da visão sustentada por MARINONI, não incluímos, assim, as convenções relativas ao ónus da prova no âmbito das convenções reguladoras da actividade de apreciação da prova.<sup>1171</sup>

Ao contrário do que sucede com as convenções vindas de analisar, pretendem as partes, mediante celebração desta categoria de acordos, regular a actividade decisória, no plano da matéria de facto, em hipóteses em que a base de decisão não seja a prova (nem em sentido estrito, nem mesmo em sentido amplo), mas um outro fundamento, reconduzível a mero critério decisório que não opera em relação com informação carregada da realidade (por isso base branca de decisão). Tomando por

---

<sup>1170</sup> Adoptando diferente linha doutrinal de entendimento, COUTURE classifica como actos jurídicos ilícitos os acordos através dos quais as partes invertam convencionalmente o ónus da prova, situando-os, a este nível, no mesmo plano dos acordos previsores da reabertura do período probatório, bem como dos consubstanciadores de simulação processual, “O princípio da liberdade no sistema do processo civil”, *Jornal do Fôro*, 1948, p. 12.

<sup>1171</sup> De notar, contudo, que a autora não deixa de, de algum modo, se revelar sensível à distinção que sublinhamos, quando, adentro de tal modalidade convencional (que designa de cláusulas relativas à valoração da prova), distingue, por um lado, as cláusulas relativas à valoração da prova em sentido estrito e, de outro lado, as cláusulas relativas ao ónus da prova, “Clausole probatorie nella pratica commerciale e civile”, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1938, I, pp. 28 e ss. Distinção que igualmente se revela subjacente ao raciocínio de CHIOVENDA quando trata dos pactos inversores do ónus da prova em ponto sistemático distinto daquele em que se pronuncia quanto aos pactos de prova, bem como quando enuncia como subcategorias destes apenas os acordos restritivos de meios de prova, atributivos de valor a meios de prova e eliminadores de formalidades na assunção da prova, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1913, p. 106.

critério de contraste a prova enquanto base densa de decisão, regula-se, nesta hipótese, a liberdade de decisão do juiz sob um ponto de vista *externo* àquela (prova), por estarem sempre em causa situações em que o fruto das diligências de prova (a ter tido lugar) não é considerado no plano de construção da solução para a questão de facto. Conforma-se o regime processual relativo, não à liberdade de decisão do juiz *quanto* à apreciação da prova (como na submodalidade anterior), mas à decisão do juiz quando se pronuncia *por* impossibilidade de extinção da controvérsia (factual) com base na prova.

### **Subsecção II – Sentidos da expressão ónus da prova**

A epígrafe da presente subsecção toma por referência uma noção ampla de ónus da prova. A distinção entre os dois sentidos em que o conceito pode ser considerado, sob o ponto de vista da sua amplitude, será o critério que presidirá à ordem de exposição das considerações que se seguem.

Tomar-se-á, num primeiro momento, o ónus da prova em sentido estrito (o único que consideramos próprio) e, numa segunda fase, em sentido amplo (na acepção legal), cumprindo apurar se a admissibilidade normativa de celebração de convenções de prova, quanto a esta dimensão do regime da prova, abrange ou não todo o domínio ocupado pelo ónus da prova em sentido amplo.

#### II.1. Ónus da prova em sentido geral e em sentido particular

Importa, neste primeiro momento, procurar discernir os sentidos associáveis à noção de ónus da prova em sentido próprio, de modo a dispor da base conceitual necessária ao posterior desenvolvimento de considerações motivadas por problemas suscetíveis no âmbito desta modalidade de convenções de prova.

##### II.1.1. Ónus

Tratando-se de *ónus*, está em causa encargo, enquanto figura jurídica geral através da qual se cria a necessidade de adopção de certa conduta, sob pena de não obtenção de determinada vantagem.<sup>1172</sup>

---

<sup>1172</sup> Sublinhando o carácter plurissignificativo da palavra ónus na linguagem doutrinal e negocial, no âmbito dos direitos reais, Henrique MESQUITA refere o recurso a este conceito em quatro sentidos: enquanto equivalente da expressão ónus real; enquanto “*gravame* ou *limitação* excepcional, com eficácia *erga omnes* a que uma coisa se encontra sujeita”; enquanto noção, “amplíssima”, inclusiva de “*todos os direitos reais limitados e ainda certos direitos de crédito e determinados gravames de origem negocial, quando dotados de eficácia erga omnes (...), a que determinada coisa se encontra sujeita*” e enquanto categoria residual, como noção que surge “ao lado da palavra direitos, para abranger ou exprimir algo que não cabe nesta categoria jurídica”, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Outubro, 1997, Almedina, pp. 409-413. No que em particular respeita à natureza jurídica do ónus real, conclui, após

Distingue-se do dever porque, não obstante da inobservância deste decorrer também a perda de uma vantagem, não se associa, à omissão da conduta, desvantagem revestida das características sancionatórias próprias das consequências a que há lugar em caso de incumprimento daquele (dever). Diferencia-se do direito porque o seu não exercício não é isento de consequências. Situa-se, pois, em ponto intermédio entre estas duas figuras. Considerando, de entre os vários critérios de aferição da disponibilidade jurídica (titularidade, exercício, contexto de exercício e conteúdo), o que respeita à disponibilidade quanto ao exercício, trata-se (no domínio da figura do ónus) de hipótese em que o exercício assume carácter facultativo - contrariamente ao que sucede quanto aos deveres (cujo exercício é concebido, pelo sistema jurídico, como obrigatório) e similarmente ao que sucede no âmbito dos direitos.

Diferentemente destes, porém (a cujo não exercício se não associa, por regra, qualquer consequência), há lugar, no que diz respeito aos ónus, a estímulo ao exercício (concebido que é, este, pelo sistema jurídico, não como necessário, como nos deveres, mas como meramente desejável).<sup>1173</sup> Tanto reflecte-se no tipo de consequências associadas ao não cumprimento – mera perda de vantagem, para o onerado, no caso de não desincumbência de ónus; distintamente, em caso de incumprimento de dever, há lugar a *neutralização* do relevo da conduta colidente com o dever (mediante impedimento de produção dos efeitos que dela decorrem<sup>1174</sup> ou mediante produção substitutiva dos efeitos que decorreriam da adopção da conduta devida, através da realização coactiva, a envolver ou não a prática de actos materiais coercivos)<sup>1175</sup> ou a *imposição*, àquele sobre quem impende o dever, de sanção que tendencialmente reverte em favor do sujeito beneficiário do cumprimento do dever.<sup>1176</sup>

---

análise e exclusão de várias hipóteses classificativas, no sentido de que se trata de uma “figura jurídica composta, conglobando uma obrigação “propter rem” e uma garantia imobiliária”, *vd.*, por todos, o mesmo autor e obra, a pp. 439- 471.

<sup>1173</sup> SATTÀ distingue os ónus relevantes no âmbito do direito processual, dos ónus previstos no âmbito do direito substantivo, observando que, ao cumprimento dos primeiros, se associa a vantagem de aquisição ou conservação de um direito; diferentemente, da observância dos segundos, decorre a criação de “*situazione processuale*” favorecedora, mas não garantidora de decisão de mérito favorável à parte em causa. Porque assim, como nota, a não desincumbência de um ónus processual “*chiude o esclude una mera possibilità*”, enquanto a respectiva desincumbência “*non assicura che la possibilità che si è aperta conduca da sola alla sentenza favorevole*”, “Onere (dir. proc. civ.)”, *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1980, vol. XXX, p. 114. A importância que os ónus assumem no âmbito do direito processual compreende-se quando se atente no obstáculo que o silêncio ou inacção das partes representa para a adequada administração da justiça. PERROT sublinha esta importância quando, de modo expressivo, observa: “La vérité judiciaire est une plante fragile qui se cultive avec soin, grâce à une large information et une libre confrontation des thèses en présence. Le silence trouble ce schéma et fait peser sur l’oeuvre de justice des risques sérieux auxquels on ne se résigne jamais sans une certaine appréhension”, “Le silence en droit judiciaire privé”, *Mélanges dédiés à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, Paris, 1985, pp. 628 e 629.

<sup>1174</sup> Assim, por exemplo, mediante associação do vício da nulidade ou da anulabilidade ao acto praticado.

<sup>1175</sup> Por via, designadamente, do recurso a actividade jurisdicional de execução.

<sup>1176</sup> Assim por exemplo, com a obrigação de pagamento de juros. Não haverá lugar à prática de actos com a natureza dos enunciados em texto se, por exemplo, a satisfação do credor for possível mediante pronúncia jurisdicional constitutiva em acção de execução específica.

É circunstância de as notas tipicamente caracterizadoras da noção de ónus se cumprirem no que diz respeito à figura que ora consideramos (correspondendo à sua designação própria), que conduz SCHÜLLER a acentuar a impropriedade da expressão “*Beweispflicht*”, sublinhando o particular interesse que para o onerado assume a desincumbência do encargo.<sup>1177</sup>

### II.1.2. Ónus da prova – sentidos geral e particular

Como Miguel MESQUITA nota, a figura dos ónus é aquela “que mais pesa na balança da relação processual civil”.<sup>1178</sup> Assim sucede, designadamente, no âmbito da prova.<sup>1179</sup>

Considerando o critério legalmente adoptado como padrão de divisão ou categorização da matéria a que a mesma respeita (teoria das normas), o objecto da controvérsia poderá constituir facto constitutivo do direito do autor, por um lado, ou facto impeditivo, modificativo ou extintivo de tal direito, por outro –, natureza que dependerá da qualificação normativa que a factualidade mereça.<sup>1180</sup>

Em conformidade com tal repartição e por aplicação da regra lógica de que a prova impenderá sobre o sujeito a quem a comprovação do facto aproveita,<sup>1181</sup> incumbirá ao autor justificar a verificação do facto constitutivo do seu direito<sup>1182</sup> e ao réu justificar a verificação dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito

---

<sup>1177</sup> “...denn den Beweis hat man im eigenen Interesse zu führen”, *Die Wirksamkeit von Beweisverträgen nach geltendem Prozeßrecht*, Göttingen, 1932, p. 32.

<sup>1178</sup> “A revelia no processo ordinário”, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Lebre de Freitas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 1082.

<sup>1179</sup> Para uma visão de conjunto quanto a diversos tipos de ónus processuais, vide GOLDSCHMIDT, *Derecho, Derecho Penal y Proceso, II Derecho Procesal Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 164 e ss.

<sup>1180</sup> Mariana França GOUVEIA sublinha o relevo que, para o efeito que ora se considera, a redacção das normas pode suscitar, bem como a dificuldade na dilucidação de critério que, com clareza, permita distinguir entre norma e contra-norma e entre facto constitutivo e facto impeditivo, aludindo a algumas das soluções e apreciações críticas que a doutrina (designadamente Vaz SERRA, Lebre de FREITAS e Pedro MÚRIAS), quanto a esta questão, tem proposto e tecido, “A prova”, *Themis, Revista da Faculdade de Direito da U.N.L.*, 2008, Edição Especial, Almedina, pp. 334 e ss.

<sup>1181</sup> Cfr. art. 414.º do Código de Processo Civil. As regras gerais relativas ao ónus da prova assumem dupla localização, sob o ponto de vista sistemático, situando-se, quer em corpo normativo de índole eminentemente adjectiva, quer em diploma de conteúdo dotado de carácter adjectivo (arts. 342.º do Código Civil e 414.º do Código de Processo Civil). Justifica-se a primeira sede de previsão, atenta a circunstância de estarem em causa normas que (em virtude de a hipótese a que respeitam- dúvida incontornável quanto à verificação ou não da factualidade controvertida - se poder verificar no plano processual ou no plano extraprocessual), serem susceptíveis de aplicação tanto em juízo como fora dele. A regra prevista, sobre esta matéria, em diploma de natureza adjectiva, conquanto de aplicação exclusiva no domínio processual, revela-se, contudo, de conteúdo compatível com a constante do Código Civil.

<sup>1182</sup> Cfr. art. 342.º, n.º 1 do Código Civil.

do autor,<sup>1183</sup> considerando-se, em caso de dúvida quanto à natureza normativa do facto, que este é constitutivo.<sup>1184</sup> Donde, será do interesse do réu, no primeiro caso, que não se conclua no sentido da verificação da versão do facto cuja consolidação processual é do interesse do autor (facto constitutivo) e do interesse deste (autor) que o decisor não conclua no sentido da verificação da versão do facto cuja comprovação interessa ao réu (facto impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor). A satisfação de tais interesses verificar-se-á, quer quando o tribunal apurar verificada a versão cuja confirmação é do interesse da parte em causa (réu e autor, respectivamente), quer quando não seja possível apurar da efectiva verificação ou não de qualquer das versões.

O facto de ser do interesse, de cada uma das referidas partes, desenvolver actividade processual probatória em ordem a (em correspondência com o seu interesse) alcançar a realização das finalidades acabadas de referir [e, assim, a circunstância de sobre cada uma delas impender *tais ónus* em sede de *prova*, sob pena de, se não cumpridos, à omissão das condutas (consubstanciadoras de pronúncia justificativa ou de segundo grau), se poder associar a perda da vantagem<sup>1185</sup> que dela decorreria para o onerado – obtenção de decisão favorável], não equivale a afirmar que, sobre cada uma delas, impenda o ónus *da prova* de o fazer. A não ser assim, e dado que aqueles ónus incidem sobre ambas, quando o ónus da prova respeita, necessariamente, a um só sujeito, não seria possível distinguir a parte onerada com aquele encargo.

Cumpra, assim, no contexto do regime *jurídico da prova*, distinguir a noção de ónus de provar, em sentido *geral*,<sup>1186</sup> da noção de ónus da prova em sentido *particular*.<sup>1187</sup>

---

<sup>1183</sup> Cfr. art. 342.º, n.º 2 do Código Civil.

<sup>1184</sup> Cfr. art. 342.º, n.º 3 do Código Civil.

<sup>1185</sup> Dadas as *supra* referidas fontes de objectivação do ónus de desenvolver actividade probatória, essa perda assume, no que diz respeito a este sentido de ónus da prova, menor relevo, na medida em que é possível que o resultado (vantagem) almejado(a) pela parte em causa decorra de actividade probatória desenvolvida pelo juiz ou contraparte. Em particular sobre a relação entre direito e dever no âmbito do processo, GOLDSCHMIDT observa que, contrariamente ao que sucede no âmbito dos direitos materiais, ao direito subjectivo de índole processual não se contrapõe um dever, *Derecho, Derecho Penal y Proceso, II Derecho Procesal Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 160. Porventura representará excepção a esta regra o direito de acção, na sua dimensão de direito a obter decisão (conquanto não necessariamente quanto ao mérito, nem de sentido favorável).

<sup>1186</sup> A título de exemplo, parece ser esse o sentido que RICCI considera quando observa que, contrariamente ao que sucede com o ónus da alegação, o ónus da prova só releva no âmbito do processo de tipo dispositivo, *Principi di diritto processuale generale*, 3ª ed., Torino, Giappichelli, 2001, p. 335. Assim também com Antunes VARELA, Miguel BEZERRA e Sampaio e NORA, quando, reportando-se ao momento em que o decisor se deparam ante dúvida incontornável em sede de matéria de facto, precisam: “O ónus da prova já não consiste, quando assim seja, no encargo lançado sobre a parte de só *alegar* o facto, mas de *carrear*, por si mesma, para o processo, todos os elementos capazes de convencer o juiz da realidade desse facto, sob pena de ter como assente o facto oposto. O ónus da prova passa antes a significar a situação da parte contra quem o tribunal dará como inexistente um facto, sempre que, em face dos elementos carreados para os autos (seja pela parte interessada na verificação do facto, seja pela parte contrária, seja pelo próprio tribunal), o juiz não se convença da realidade dele”, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, Reimpressão, 2006, p. 450.

<sup>1187</sup> Não confundível com o problema do ónus da prova em sentido estrito ou próprio, de que adiante cuidaremos.

Visa-se, através desta última figura (ónus da prova em sentido particular), mais do que criar sobre os sujeitos jurídicos em causa (as partes), o encargo de adoptar uma conduta, o *particular* fito de *distribuir* entre aquelas um risco *processual* – o risco decorrente da não superação da situação de dúvida em que o juiz se venha a encontrar no que diz respeito à verificação ou não verificação de uma dada versão factual de cariz processualmente controvertido.

A consideração da noção de ónus da prova, neste sentido particular, implica que se atenda, não apenas à posição do sujeito processual em causa *ante o sistema jurídico*, que o estimula à adopção de uma conduta (como sempre sucede quando em causa um ónus jurídico), mas à posição desse sujeito *relativamente à do sujeito processual* que ocupa o pólo oposto da relação jurídica processual; cotejo em que se apura encontrar-se aquele mais onerado que este último, por sobre ele recair uma desvantagem *acrescida* (na hipótese de verificação de dúvida insuperável) – desvantagem (particular, precisamente porque não se verifica relativamente ao outro sujeito processual) a consumir-se em caso de não adopção do comportamento correspondente ao encargo.

Trata-se, pois, de categoria que, impendendo sobre *uma* das partes, beneficia, sob o ponto de vista subjectivo, da característica da exclusividade.

O ónus, tomado neste sentido, representará, assim, ónus *particular*, no âmbito do quadro *amplo dos ónus*, relevantes, em sede de *prova*, que recaem sobre ambos os sujeitos processuais, no domínio de cada elemento da temática factual controvertida.

Não deixando de representar um *ónus* jurídico, nem de, enquanto tal, cumprir a função *geral* que a este se associa, *agrega-se-lhe* uma função *particular*, por via da qual se obtém solução para o problema de saber contra quem deve o juiz decidir em caso de dúvida insanável relativamente à verificação ou não da factualidade material controvertida. Trata-se de uma função *cumulativa (relativamente à que se associa ao ónus de provar, em sentido geral)*, na medida em que, para além de responder à questão geral – quem tem o ónus de provar (pergunta em abstracto respondível mediante referência a uma ou ambas as partes processuais) –, concede resposta para questão mais circunscrita – sobre qual das partes impende o ónus de provar (pergunta a que corresponderá resposta necessariamente identificadora de apenas um sujeito processual), ou seja, constitui resposta para um outro e singular problema, cujo relevo surge apenas no âmbito de sistemas processuais onde vigore a proibição de *non liquet* – quadro em que se impõe decidir não obstante a dúvida, o que pressupõe definir contra quem fazê-lo. Neste contexto, ante a demanda sobre qual a parte a desfavorecer no plano da decisão, importa que se possa afirmar que uma das partes está mais onerada que a outra no que respeita às consequências da omissão ou ineficácia da sua actividade instrutória – que sobre um dos sujeitos impende um *especial* ónus.

Nesse quadro de distribuição da álea,<sup>1188</sup> adoptando-se, como regra geral de decisão, a de que o juiz se pronunciará em sentido desfavorável à parte a quem a

---

<sup>1188</sup> PATTI nota, em observação a que (conquanto não explicitada) subjaz a distinção entre os dois sentidos do ónus da prova referidos, que, as regras relativas ao ónus da prova distribuem o risco

verificação da factualidade controvertida beneficie, o interesse na dúvida respeitará à parte também interessada na prova do contrário da versão factual controvertida e, assim, na verificação do estado correspondente à certeza de não verificação desta versão. Sobre a parte contrária recairá o ónus da prova em sentido particular.<sup>1189</sup>

Tanto não significa que sobre a outra parte não impenda qualquer ónus. Este, assume, porém, diferente objecto: a esta parte incumbe, não o ónus de provar, mas o *onus de assegurar a dúvida*. O cumprimento deste representa, na verdade, o pressuposto mínimo cuja verificação tem de ter lugar para que a decisão proferida possa assumir natureza favorável a esta parte.

Podemos verificar como se articulam, no processo, ambos os tipos de ónus (em sentido geral e em sentido particular) relativos à prova.

Tratando-se de matéria factual constitutiva, o réu terá interesse em que não se conclua no sentido da sua *verificação*. Nesta medida, sobre ele (réu) impende o encargo (ónus da prova em sentido geral) de desenvolver actividade tendente a *conduzir à conclusão* no sentido da não verificação da versão sustentada pelo autor (assim se confirmando a versão que sustenta e evitando a situação de dúvida) ou, no mínimo, a *criar a dúvida* no espírito do julgador, sob pena de, não o fazendo de forma eficiente, o autor lograr justificar a verificação da versão factual controvertida em causa e esta ser tida por processualmente assente. O autor terá, por seu turno, interesse em desenvolver diligências de prova tendentes a que o tribunal apure conclusão no sentido da *verificação* da factualidade controvertida<sup>1190</sup> e, assim, o ónus de desenvolver actividade no sentido de *evitar* que se *crie a situação de dúvida*, sob pena de, não o fazendo de modo adequado, o réu lograr demonstrar o inverso ou se criar a dúvida no espírito do julgador, vindo a ser proferida decisão de sentido desfavorável àquele.

Raciócinio equivalente (mas com inferências de sentido inverso no que diz respeito a cada um dos sujeitos envolvidos) vale no âmbito dos factos impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor.

Sobre ambas as partes impendem, assim, sempre *onus* (em sentido geral), enquanto encargo de praticar os actos processuais a que nos referimos, de forma a não perderem o alcance de uma vantagem – decisão favorável, no plano da matéria de facto. Esta última representa, assim, o elemento estimulante (próprio do ónus)<sup>1191</sup> ao

---

probatório a dois níveis, na medida em que não se limitam a “ripartire l’onere dello svolgimento dell’attività probatória delle parti”, distribuindo, igualmente, “il rischio del mancato convincimento del giudice”, *Le Prove Parte generale*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, p. 49.

<sup>1189</sup> A multiplicidade de domínios e momentos processuais em que as regras, relativas ao ónus da prova, podem relevar, reflecte-se no plano da sua estrutura. Como DENTI nota, tomando por base de raciocínio a distinção de ALLORIO entre normas estáticas e normas dinâmicas, a normatividade relativa ao ónus da prova é “simultaneamente atributiva de poderes processuais (e assim instrumental)” e “regra de juízo para a decisão sobre facto incerto (e assim substantiva, no sentido que o termo assume quando designa as normas sobre avaliação jurídica)”, “La natura giuridica delle norme sulle prove”, *Dall’azione al giudicato: temi del processo civile*, Cedam, Padova, 1983, p. 289.

<sup>1190</sup> O que por natureza implica a infirmação da versão factual oposta.

<sup>1191</sup> Elemento que, por regra, resulta expressamente do regime normativo, diferentemente do que sucede no que concerne à vantagem não obtida por não exercício de um direito.

desenvolvimento das condutas processuais em causa. *A cada uma* (assim a ambas) das partes incumbe, em suma, pela sua actividade processual, em sede de prova, pugnar pela decisão no sentido da afirmação de uma dada versão factual, sendo que uma delas (a não onerada com o ónus da prova em sentido particular) não verá, contudo, ser proferida decisão contra si quando, não alcançando gerar convicção no sentido da verificação da versão factual que suporta, logre, apenas, que se crie a dúvida no espírito do decisor. É esta última que beneficia de estatuto processual menos exigente,<sup>1192</sup> conquanto não desonerador (quanto a essa parte, sobre quem não

---

<sup>1192</sup> Cumpre, mais detidamente, expor o observado no corpo do texto, explicitando que, no âmbito de cada grupo factual normativo, se distinguem dois estatutos: um, correspondente ao da parte cuja tutela, em sede de decisão quanto à matéria factual controvertida em causa, fica salvaguardada quando cumpra o ónus de comprovar a versão que sustenta (assim *evitando* a situação de dúvida e a confirmação, pela parte oposta, da versão cuja comprovação a esta interesse) *ou* o ónus de *criar* a dúvida insuperável, ficando o juiz em posição de absoluta indefinição relativamente à verificação ou não de qualquer uma das versões (circunstância em que, não comprovando a versão que sustenta, não há também lugar a comprovação da versão inversa, nem a infirmação desta). O cumprimento do primeiro ónus revela-se *tarefa mais exigente* que a desincumbência do segundo, representando, para a parte sobre quem impende, requisito, de grau máximo, de verificação garantidora de obtenção de pronúncia favorável, mas de ocorrência não necessária para tanto, por restar, em alternativa, o cumprimento de requisito (segundo ónus) de grau mínimo, ainda representativo de condição suficiente para prolação de decisão de sentido favorável à parte em causa. Distinguem-se, assim, quanto a esta, dois cenários representativos de contexto que lhe é benéfico. Só quando nenhum destes se verifique, tendo lugar o terceiro remanescente (comprovação da versão oposta), por não cumprimento de qualquer dos referidos ónus, será proferida decisão de sentido contrário à tutela da sua posição processual. Diversamente, no que diz respeito à outra parte, divisa-se apenas um cenário favorável – aquele em que se desincumba do ónus de comprovar a versão factual que propugna, logrando fundadamente justificar a verificação desta, assim evitando a situação de dúvida e infirmando a ocorrência da versão contrária. Quando o decisor logre apurar conclusão no sentido da verificação de uma das versões factuais, decidirá, na sequência do cumprimento do ónus de comprovação impendente sobre uma das partes, com base na informação proporcionada pela prova e nas inferências que daquela pôde retirar. Nenhum dos ónus assume, neste enquadramento, como acima observado, função diferenciada, sendo, em ambas as hipóteses, como o sublinham Antunes VARELA, Miguel BEZERRA e Sampaio e NORA, o ónus cumprido (de evitar a dúvida, mediante comprovação de versão factual), o fundamento da decisão proferida *com base na prova*. Assim o explicitam os autores: “O *ónus da prova* adquire, assim, um sentido *marcadamente objectivo*, mas não *exclusivamente* objectivo. Sabendo qual é a *consequência* da *incerteza* dum facto, a parte a quem *tal consequência* prejudica através da repartição do *ónus da prova*, sentir-se-á *compelida* naturalmente a *promover* o esclarecimento do facto, a *fazer a prova dele*. Neste sentido, o *ónus da prova* continua a ser um verdadeiro *ónus da produção da prova* (um *Beweisführungslast*, como observam os autores alemães). A própria parte a quem não incumbe o ónus da prova do facto terá interesse, sabendo que o facto não se deu, em combater a *prova adversa ...*”, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, Reimpressão, 2006, p. 450. Não assim quando o contexto de decisão seja o de dúvida insuperável. Nesta hipótese, não tendo, nenhuma das partes, cumprido o ónus de evitar a dúvida, mediante logrado exercício de pronúncia justificativa, um dos ónus assume função diferenciada – revelando a sua operatividade singular – ante o seu congénere: o não cumprimento do ónus de evitar a dúvida, mediante confirmação probatória de versão factual, impendente sobre a parte relativamente à qual aquele cumprimento seria a única forma de obtenção de decisão favorável, assumirá, neste quadro, a feição funcional de fundamento da decisão a proferir com suporte em base branca. Função que o mesmo ónus, incidente sobre a parte contrária, quando não cumprido, nunca assumirá. Sempre uma das partes terá interesse em que se verifique qualquer uma de duas hipóteses e interesse em que não se verifique uma terceira. Ao que corresponde o interesse da contraparte em que não se verifique nenhuma daquelas duas primeiras hipóteses e em que se verifique a terceira. A primeira parte encontrar-se-á em terreno seguro em duas circunstâncias, só lhe sendo desfavorável o terceiro cenário. A segunda parte só se encontrará segura caso se verifique a terceira hipótese, pelo que será prejudicada com a consumação de qualquer um dos dois primeiros contextos.

impende o ónus da prova em sentido particular) do encargo de, em sede de prova, continuar a desenvolver actividade processual diligente.<sup>1193</sup>

---

Raciocinando sob outro prisma, o campo em que os interesses da primeira parte beneficiam de tutela é, porque assim, mais amplo – quer o tribunal fique convencido de que a versão factual, que àquela interessa, se verificou, quer fique em situação de dúvida insanável, a decisão a proferir quanto à matéria de facto ser-lhe-á sempre favorável, não se tendo por comprovada a versão factual controvertida. Em contrapartida, a segunda parte só se encontra tutelada num campo mais restrito – caso se logre concluir ter-se verificado a versão da factualidade, objecto de prova, coincidente com os seus interesses. Esta segunda parte encontra-se, pois, mais exposta ao perigo de ver ser proferida decisão que lhe é desfavorável (possível em dois enquadramentos, que não apenas num, como sucede quanto à parte oposta), pelo que terá um maior campo de combate, incumbindo-lhe prevenir a possibilidade de verificação de duas hipóteses relativas ao estado de certeza ou não do decisor. Sobre o diferente posicionamento das partes no contexto da distribuição do ónus da prova, vide ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. III, 3ª Edição, Reimpressão, Coimbra Editora, 1950, pp. 276, 277 e 283 e ss.

<sup>1193</sup> A posição dos sujeitos em causa pode ser considerada sob uma perspectiva *dinâmica* e sob uma perspectiva *estática*. Adoptar-se-á a *primeira* das posições quando se considerem os sujeitos processuais na fase de desenvolvimento de actividade de prova (fase pré-decisória); assumir-se-á a *segunda* quando se considerem as partes uma vez concluída aquela fase (durante a fase decisória da matéria de facto controvertida). Se, na primeira, estas se encontram em perfil de actividade (dinâmico), na segunda subordinam-se a figurino passivo (estático) sob o ponto de vista processual. Em *ambas as fases* relevam os *três estados*, em abstracto possíveis, no que diz respeito à formação interna de convicção por parte do julgador. Adoptemos, num primeiro momento, a consideração das hipóteses vislumbráveis sob uma perspectiva estática. O juiz pode, nesse contexto, estar em condição de afirmar que a versão factual controvertida (total ou parcialmente) se verificou (caso em que, na fase ora relevante – fase decisória –, considerará assente a ocorrência fáctica que a esta corresponde), que a versão factual controvertida não se verificou (hipótese em que, na mesma fase, declarará assente a sua não verificação) ou ficar em estado de dúvida insanável quanto à verificação ou não verificação da versão factual em causa (caso em que relevará, para efeito de definição do conteúdo decisório em matéria de facto, o apuramento do sujeito processual sobre quem o ónus da prova – em sentido particular e actuante nesse figurino particular – impende. Se, no contexto da segunda fase (decisória), há lugar à formação de apenas um dos mencionados estados, este (estado de espírito) corresponderá ao fruto obtido no termo da flutuação de estados de espírito (entre os três discernidos) a que, por norma, há lugar, no íntimo do decisor, na pendência da actividade instrutória. Estado que pode oscilar entre o estado de dúvida e o estado de convicção e, no âmbito deste último, entre a convicção quanto à verificação da versão factual controvertida a convicção inversa. No que respeita, assim, à fase em que esta (actividade) tem lugar (fase pré-decisória), fase em que as partes se enquadram em contexto *dinâmico*, o conhecimento exacto do estado de espírito em que o juiz se encontrasse em cada momento do período em que aquela actividade se desenvolve, assumiria relevo importante para as partes, na medida em que determinante para definição de conduta processual a adoptar. Quando este propendesse para decidir em sentido favorável ao autor (por entender dispor de elementos que, se naquele momento lhe fosse dado decidir, lhe permitissem poder concluir provada a versão factual coincidente com os interesses deste, procuraria esta parte (quando em causa facto constitutivo), assegurar a *manutenção* de desincumbência do *ónus*, até então logrado, de evitar a dúvida – ónus dotado de virtualidade particular, desenvolvendo o réu esforço de cumprimento do *ónus* (geral) de criar a dúvida ou de provar a versão contrária. Quando o juiz se encontrasse em situação que lhe permitisse decidir (na hipótese, meramente conjectural, de aquele ser o momento em que o pudesse fazer) no sentido da verificação de versão favorável ao réu, seria diversa a posição das peças no tabuleiro do processo, pelo que o autor se esforçaria por comprovar a verificação da versão processual dos seus interesses, em ordem a lograr o *cumprimento* então não alcançado do ónus de provar (dotado de virtualidade particular), o que implicaria comprovar existir fundamento para que o juiz abandonasse a área conclusiva em que então se encontrava, evitando, em comprovação da existência de fundamento para se passar a posicionar na área conclusiva oposta, que, no abandono daquele primeiro campo, se detivesse no terreno intermédio da dúvida. Procuraria, no contexto que consideramos, o réu (em

manutenção do cumprimento dos ónus gerais que sobre ele impendem), que o juiz se mantivesse na posição em que se encontrava, podendo, quando muito (sem prejuízo para a garantia de obtenção de decisão favorável), ceder terreno até ao momento em que o juiz alcançasse a posição de dúvida [cumprindo o ónus geral, menos intenso que o primeiro (de comprovação de versão coincidente com os seus interesses) de criar a dúvida.] Quando o juiz se encontrasse em situação de dúvida, desenvolveria o autor esforço por cumprir o ónus (particular) de evitar esse estado, demonstrando a versão factual coincidente com a versão normativa. Esforçar-se-ia o réu por (em manutenção do cumprimento do ónus geral, menos exigente, sobre si impendente, de criar a dúvida) manter a situação de hesitação ou de (em cumprimento do ónus geral, mais vincado, também sobre si impendente) comprovar a verificação da versão factual correspondente à que sustenta. O que ora se desse quanto ao autor valeria quanto ao réu (valendo, o dito quanto ao réu, para o autor), quando em causa factualidade de natureza impeditiva, modificativa ou extintiva do direito do autor. As partes adaptariam, assim, qualquer fosse a natureza normativa da factualidade controvertida, o seu desempenho, em função da evolução do estado de espírito do decisor ao longo da fase pré-decisória, tomando como parâmetro de orientação de conduta as consequências a verificar, na fase decisória, quando cada um daqueles estados consolide. Não é possível, porém, às partes, conhecer, durante a fase pré-decisória, o percurso evolutivo interno do decisor, pelo que a sua conduta processual não será susceptível de exacta modulação tomando por barómetro os diferentes estádios do processo de constituição do espírito jurisdicional informador da decisão a proferir em sede de esclarecimento da matéria factual controvertida. A parte sobre quem impenda o ónus dotado de virtualidade particular investirá, de modo incessante, na actividade de confirmação da versão factual que sustenta. A contraparte, se adoptando posição preventiva, procurará demonstrar a versão inversa, sendo que beneficiara, quando não o logre, de válvula de segurança em que se traduz a possibilidade de o juiz ficar em situação de dúvida, hipótese em que será ainda proferida decisão de teor favorável a esta parte. Conquanto favorável, o teor decisório não será, porém, idêntico, na medida em que, nesta segunda hipótese, o juiz não dispõe de elementos para confirmar a verificação de uma versão factual, antes para declarar a sua não comprovação processual. Considerando a segunda (perspectiva *estática*), se, quando em causa facto constitutivo, o decisor tiver podido formar certeza jurídica relativamente a versão factual controvertida, favorável ao autor, houve lugar ao cumprimento do ónus dotado de virtualidade particular, aqui não actuante) que a este respeita (evitando a situação de dúvida, mediante comprovação da versão coincidente com a posição que sustenta e, conseqüente, infirmação de versão oposta) e, simetricamente, o não cumprimento dos ónus (gerais) impendentes sobre o réu (de criar situação de dúvida ou comprovar versão factual conforme com a posição que suporte), pelo que será proferida decisão favorável ao primeiro (consequentemente desfavorável ao segundo), colhendo aquele a vantagem associada ao ónus sobre si impendente e sofrendo este a desvantagem decorrente da não desincumbência de qualquer dos ónus gerais sobre si incidentes. Caso o decisor permaneça em situação de dúvida insanável, não tendo nenhuma das partes logrado desincumbir-se do ónus de evitar a dúvida, nenhuma logrará ver processualmente declarada verificada a versão processual que propugna. Detonará, porém, neste contexto, a virtualidade operativa singular do ónus, com esse conteúdo (de evitar a dúvida mediante comprovação de verificação de versão factual) impendente sobre a parte relativamente à qual apenas um cenário se revela conducente a prolação de decisão tuteladora da sua posição, proferindo o juiz decisão de teor desfavorável a esta, em consolidação de cenário processual que, de entre os dois discerníveis como de verificação favorável à parte oposta, representa o alternativo à comprovação da versão factual por esta sustentada. Nestes termos, apurar que o ónus, em sentido particular, recai sobre uma das partes, não permite concluir que a parte favorecida verá a sua posição tutelada caso não desenvolva qualquer actividade processual, dado não ser possível antecipar que o resultado alcançado a final venha a ser ou de dúvida ou de certeza de não verificação da versão factual controvertida. Como SCHÜLLER nota, a questão do ónus da prova fica normalmente em aberto até à sentença final (“...kann die Frage der Beweislast zwar regelmäßig bis zum Endurteil offen bleiben”), *Die Wirksamkeit von Beweisverträgen nach geltendem Prozeßrecht*, Göttingen, 1932, p. 32. Do nada fazer (pela parte favorecida ao nível do ónus da prova), por descanso na prolação de decisão favorável ainda que o decisor fique na situação de dúvida), pode resultar que a outra parte (sobre quem impende o ónus em sentido particular) tenha sucesso na actividade de comprovação da versão factual que lhe interessa (à parte onerada). Nesse caso (de inércia da parte beneficiada ao nível da distribuição do ónus da prova, em sede de actividade instrutória), torna-se mais provável que a contraparte logre os seus intentos e que, em consequência, o decisor não fique em situação de dúvida insuperável. A circunstância de o ónus da prova impender sobre a outra

O impacto (e assim as virtualidades) do ónus da prova em sentido particular, ao nível da decisão, só se revelam, assim, operantes, assim, em caso de não cumprimento, por esta parte, do ónus de comprovação e de simultâneo não cumprimento do ónus de comprovação pela parte oposta, não tendo qualquer delas evitado a situação de dúvida. Nesta hipótese (em que a decisão a proferir se revelará de sentido contrário à parte sobre quem o cumprimento do ónus de evitar a dúvida representaria o único caminho percorrável para alcance de solução favorável), é o apuramento do sujeito sobre quem impende o ónus da prova (em sentido particular) que permite determinar o conteúdo da decisão a proferir – solução assim estritamente assente em critério normativo, que não na prova.

Da coexistência, no processo, entre os ónus da prova em sentido geral e o ónus da prova em sentido particular resulta que a figura do ónus releva, sempre, porque assim, no quadro do regime jurídico da prova, qualquer que seja o sistema processual que se considere, no que diz respeito ao tipo de pronúncia judicial a exprimir em caso

---

parte só beneficia, pois, a parte favorecida em sede de *distribuição* do ónus da prova (assim, tomado em sentido *particular*), se o decisor vier a ficar em situação de dúvida incontornável. E porque tanto não é antecipável, com rigor, pela parte, dada a falibilidade da aferição do grau de certeza em que o decisor se encontra em cada momento instrutório da fase pré-decisória (podendo concluir que este se encontra em dúvida, quando, na verdade, aquele propende no sentido da verificação da versão inversa à que interessa à parte em causa), representa opção de risco condicionar a sua actividade probatória em função da avaliação (quanto ao grau de certeza atingido pelo decisor) a que assim proceda. Quanto maior o investimento na justificação probatória da versão factual cuja verificação sustente, maior a segurança da sua posição processual, por maior ser a possibilidade de o decisor se afastar do campo conclusivo correspondente ao de confirmação da versão oposta à coincidente com os seus interesses. Iguamente imprudente se revelaria, quanto a qualquer das partes, o aligeiramento da intensidade da actividade de prova com base na circunstância de o resultado almejado poder decorrer de actividade probatória do tribunal ou da contraparte, na medida em que, a consumação desta vantagem é eventual e que idêntico benefício pode favorecer a parte contrária, sendo que, caso, por essa via, se alcance a confirmação da versão factual que a esta interessa, tanto implica, necessariamente, a preclusão da possibilidade de ser proferida decisão da matéria de facto controvertida de sentido favorável à parte que se considera (Em observação similar, SCHÜLLER adverte para perigo de erro - diverso do que acabamos de referir - no que diz respeito à indevida interpretação do sentido de princípios processuais, quando observa ser errado o entendimento de que, em virtude do princípio da livre apreciação da prova, não existe qualquer ónus da prova: “Die Annahme, daß es angesichts der freien Beweiswürdigung keine Beweislast mehr gebe, ist verfehlt”, *Die Wirksamkeit von Beweisverträgen nach geltendem Prozeßrecht*, Göttingen, 1932, p. 34.) . Em suma, apesar de, qualquer das partes *poder* beneficiar, em sede de prova, da actividade desenvolvida pelo tribunal ou pela contraparte, bem como de poder, a parte, sobre quem não impende ónus em sentido particular, beneficiar da situação de dúvida em que o tribunal se encontre, por ser proferida decisão favorável mesmo sem que tenha havido confirmação processual de tal versão, a *eventualidade* destas fontes de benefício não permite prescindir do desenvolvimento de actividade de comprovação da versão cuja prevalência se quer ver processualmente verificada. Por outro lado, não obstante sobre ambas as partes, impender o ónus (em sentido *geral*) de exercício de proficiente pronúncia, de segundo grau, apenas quanto a uma delas se revela incontornavelmente necessário o sucesso da comprovação da verificação de versão factual controvertida coincidente com os seus interesses, como condição de alcance de decisão de sentido a essa parte favorável. Sobre esta impenderá o ónus da justificação – ónus da prova (em sentido *particular*).

de dúvida insanável relativamente à matéria de facto controvertida, por em qualquer deles intervir enquanto mecanismo dotado de função de promoção ou estímulo à adopção de um comportamento em juízo.

Assim sucede mesmo no âmbito de sistemas jurídicos onde não haja lugar a proibição de *non liquet*. Neste contexto, o pressuposto mínimo (e único) cujo preenchimento impende sobre qualquer uma das partes, no sentido da obtenção de decisão de sentido favorável em sede de matéria de facto, é o de provar a versão da factualidade controvertida coincidente com os seus interesses. Caso nenhuma das partes logre satisfazer esse ónus (em sentido geral), o decisor não pronunciará qualquer decisão no que concerne à verificação ou não da factualidade controvertida (antes decisão de *non liquet* – não é líquido se o facto controvertido ocorreu ou não), pelo que nenhum dos sujeitos processuais em causa obterá a vantagem que corresponderia à desincumbência do ónus (decisão no sentido da verificação da versão factual que sustenta). Porque, em caso de dúvida incontornável quanto à verificação ou não de versão factual controvertida, não há lugar, neste contexto, a prolação de decisão, não há também definição do sujeito contra quem, em tal hipótese, será proferida decisão. Inexistindo o problema (dúvida incontornável) para que o ónus da prova (em sentido particular) pretenda ser solução, não se justifica a previsão deste, não obstante subsistirem os ónus da prova em sentido geral: sobre ambas as partes impenderá o ónus de desenvolver actividade tendente à formação de conclusão no sentido da verificação da versão factual correspondente aos seus interesses; ambas beneficiarão de decisão favorável quando o lograrem (sendo que o facto de uma alcançar este resultado, obtendo decisão favorável, implica que a contraparte não tenha atingido o resultado correspondente, pelo que se trata de circunstância insusceptível de verificação simultânea e ambas verão, em caso de dúvida, ser pronunciada decisão quanto a si desfavorável – decisão de *non liquet* e, assim, de não eleição de qualquer uma das versões. Considerando, em síntese, a posição de cada uma das partes, ambas são, neste caso, beneficiadas por um estado de certeza e ambas são prejudicadas pelo estado de dúvida. Sobre ambas impende o ónus da prova (em sentido *geral*), de comprovar a veracidade da versão factual correspondente aos seus interesses (e, assim, o ónus de evitar a dúvida).<sup>1194</sup>

O ónus dotado de virtualidade *singular* constitui, porque assim, na operância da sua *singularidade*, resposta para o problema do ónus da prova em sentido próprio (problema da definição do teor da decisão a proferir em caso de dúvida insuperável e relevante quanto à factualidade ocorrida), mediante graduação do esforço de prova (por via de sobrecarga de uma parte ante a outra). É a diferente conformação daquele esforço, mediante distinta distribuição subjectiva desta carga acrescida, o escopo cuja

---

<sup>1194</sup> O ónus da prova incide, pois, sobre a parte para cuja tutela seja imprescindível ver neutralizado um maior número de hipóteses relativas ao estado de espírito do juiz, sendo que, a pedra de toque distintiva, respeita ao campo da dúvida: considerar-se-á onerada a parte prejudicada pela decisão proferida em caso de dúvida insanável. Assim o sublinha JAUERNIG quando nota que, por via das regras do ónus da prova se determina qual das partes suporta o risco da falta de prova (*Risiko der Beweislosigkeit*), explicitando que, por esta via (que qualifica de ónus da prova objectivo – *objektive Beweislast*– com sentido equivalente ao que designamos por ónus em sentido particular), não se regula a prova (*Beweis*), antes a falta de prova (*Beweislosigkeit*), *Zivilprozessrecht*, 29. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2007, p. 165.

realização se permite com a previsão da admissibilidade de válida celebração de convenção de inversão do ónus da prova. O sentido com que esta expressão é legalmente convocada, no âmbito do art. 345.º, n.º 1 do Código Civil, corresponde ao sentido particular da noção, pelo que é esse o objecto, neste domínio, dos poderes negociais conformativos das partes.

### *II.1.3. Ónus da prova em sentido particular*

#### *II.1.3.1. Enquadramento*

As convenções relativas ao ónus da prova constituem (como MARINONI no início do século passado sublinhava)<sup>1195</sup> uma das modalidades de acordos mais difundidos no tráfego jurídico. Representam, por outro lado, pactos que a generalidade da doutrina actual não hesita em incluir, como categoria autónoma, no âmbito das convenções de prova (assim, por exemplo, com WAGNER<sup>1196</sup> E PEZZANI<sup>1197</sup>), em adopção de categoria classificativa a que também não é alheia doutrina pretérita (do que SCHÜLLER constitui exemplo<sup>1198</sup>).

A sua admissibilidade encontra-se normativamente prevista, de modo expresso, no quadro do sistema jurídico português (art. 345.º, n.º 2 do Código Civil), bem como no italiano (art. 2698 do Codice Civile)<sup>1199</sup>. Não assim, porém, em outras

---

<sup>1195</sup> A autora refere, como exemplo deste tipo de pactos, a cláusula, contida em contrato de transporte marítimo, nos termos da qual “In case of total loss of ship and of cargo, also in case of lack of intelligence, it is understood that such is caused by an occurrence or circumstance, for which the carrier is not responsible, unless counter-proof is produced”, “Clause probatorie nella pratica commerciale e civile”, *Rivista di Diritto Processuale civile*, 1938, I, p. 34.

<sup>1196</sup> *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, pp. 697 e ss. Georges ORFANIDIS refere a admissibilidade de celebração deste tipo de convenções no âmbito do direito grego: “Beweislastvereinbarungen werden generell als zulässig gehalten. Es besteht Streit darüber, ob die normen über die Beweislast dem Prozeßrecht oder dem materiellen Recht zuzuordnen sind. Versteht man die Beweislast materiellrechtlich, wird eine vereinbarung als statthaft erachtet. Die herrschende Auffassung, wonach die Beweislast dem Prozessrecht angehört, geht auch davon aus, dass keine prozessualen Bedenken gegen die Zulässigkeit einer Vereinbarung über die Umkehr der Beweislast bestehen. Das Gesetz enthält Vorschriften, die in bestimmten Fällen eine Vereinbarung über die Beweislastumkehr verbieten“, em *Das Beweisrecht der Europäischen Union*, Kluwer Law International, 2004, p.214. Pronunciando-se no mesmo sentido, relativamente no quadro do direito irlandês, Declan MCGRATH, em *Das Beweisrecht der Europäischen Union*, Kluwer Law International, 2004, p.247.

<sup>1197</sup> *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, p.

<sup>1198</sup> *Die Wirksamkeit von Beweisverträgen nach geltendem Prozeßrecht*, Göttingen, 1932, pp. 31 e ss.

<sup>1199</sup> De acordo com esta norma: “Sono nulli i patti con i quali è invertito ovvero è modificato l’onere della prova, quando si tratta di diritti di cui le parti non possono disporre o quando l’inversione o la

modificazione ha per effetto di rendere a una delle parti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto". Discute-se, no seio da doutrina italiana, o grau de amplitude applicativa desta regra jurídica, sustentando, parte dos processualistas, que o preceito em causa respeita tão só às convenções reguladoras do ónus da prova e, outra facção da doutrina, que se trata de regime normativo concessor da possibilidade de celebração de outro tipo de convenções de prova para além das referidas. Neste último sentido se pronuncia DE STEFANO, que procura encontrar apoio textual para a interpretação que defende, invocando ser essa a abertura proporcionada pela menção, do legislador, ao vocábulo "modificazione". Explicita que, em seu entendimento, todas as convenções de prova têm implicações, ao nível do ónus da prova, pelo que o legislador teria querido contemplar as convenções de inversão do ónus da prova no primeiro segmento ("inversione") e todas as demais no segundo ("modificazione"), *Studi sugli accordi processuale*, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 55 e ss. Diferente é a explicação de PEZZANI para a duplicidade de substantivos, quando sustenta que, pela referência a "modificazione", terá, o legislador, querido abranger outras hipóteses de alteração do ónus da prova, por via da criação negocial de presunções. Conquanto esta explicação se afigure mais compatível com o elemento literal, a admitir ter sido esse o intuito que presidiu ao pensamento legislativo, sempre não estaria em causa, na segunda hipótese, um verdadeiro problema de alteração do ónus da prova (antes, como *infra* veremos, de modificação do esforço de prova). Sem afastar este segundo fenómeno do domínio do ónus da prova, PEZZANI revela-se sensível à necessidade de estabelecer alguma diferenciação, dizendo não haver aqui "uno "scambio" di posizioni, ma una più articolata alterazione degli equilibri degli oneri probatori riferiti a più fatti, al fatto A in collegamento con il fatto B", *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 136. Partilhamos, porém, da posição de DE STEFANO (*Studi sugli accordi processuale*, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 61 e ss.), quando, à semelhança de LASERRA (*La prova civile*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1957, pp. 80 e 81 – a concepção do autor retira-se, designadamente, pela referência que faz à concepção da doutrina mais firmada), ROCCO (*Trattato di diritto processuale civile*, Vol. II, Seconda edizione accresciuta, UTET, Torino, 1966, pp. 190 e 191. O autor tece, também, nesse contexto, críticas à redacção do art. 2698 do Codice Civile), DICKHOFF (*Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeß*, Buchdruckerei Franz Linke, Berlin, 1941, pp. 57 a 59), KOHLER (*"Ueber processrechtliche Verträge und Creationen"*, *Gesammelte Beiträge zum Zivilprocess*, Neudruck der Ausgabe, Berlin, 1894, Scientia Verl., 1969 - X, pp. 159 e 160: „...denn die Beweislast ist nichts Materielles, sondern etwas Processualisches...“) e SCHÜLLER (*Die Wirksamkeit von Beweisverträgen nach geltendem Prozeßrecht*, Göttingen, 1932, p. 34: „Die Beweislast und die Grundsätze über die Rechtsvermutung haben also prozessualen Charakter“) e em visão distinta da adoptada por ROSENBERG (*Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches und der Zivilprozeßordnung*, 5ª ed., München-Berlin, 1965, pp. 39 e ss.), EICKMANN (*Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochumer juristische Studien Nr. 57, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1987, pp. 39 e ss.) e PEZZANI (*Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 121: "Chi scrive ritiene invece che gli accordi di inversione o di modificazione dell'onere della prova siano di natura sostanziale e abbiano ad oggetto una norma, l'art. 2697 c.c., che presenta forti connotazioni di diritto sostanziale"), observa estarem em causa convenções de natureza processual, que não substantiva. A função da norma é permitir que o juiz se pronuncie, não sendo, em entendimento diferente do que PEZZANI propugna (*Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pp. 123 e 125), essa pronúncia, mera consequência de regulação substantiva. Por outro lado, não estará em causa pura decorrência da *fattispecie* normativa, não obstante o critério de decisão ser apurado com base em método que pressupõe conhecer que posição ou qualidade (constitutiva, impeditiva, modificativa ou extintiva) a versão factual em causa ocupa no contexto da norma aplicável. As normas em causa assumem, assim, na visão que adoptamos, natureza processual pelas razões, acima aduzidas (criam condições para o decisor proferir decisão quanto à matéria de facto; não definem se ao autor assiste ou não razão relativamente à pretensão formulada, sem embargo de a decisão quanto à matéria de facto condicionar, aqui, como sempre, o teor do que será a solução do litígio, na medida em que esta toma como um dos seus materiais construtivos justamente a decisão quanto à factualidade controvertida). Retornamos, porém, ao encontro de PEZZANI, quando (ao invés de DE STEFANO) sustenta que o art. 2698 do *Codice Civile* não constitui base (directa, por interpretação extensiva ou por aplicação analógica) para conferir suporte normativo à admissibilidade de celebração de convenções relativas a meios de prova, à tramitação ou à apreciação da prova, *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, esp. pp. 123-144. Além de não encontrar, cremos, interpretação diversa, apoio suficiente no elemento literal, não se cumprem, como a autora refere, os pressupostos das duas últimas vias de aplicação da norma.

ordens jurídicas (designadamente na alemã), pelo que, nestas, a consideração dos argumentos invocados pela doutrina (em particular, como também WAGNER nota, os relacionados com a natureza das normas jurídicas relativas ao ónus da prova) no sentido da admissibilidade ou inadmissibilidade da estipulação convencional nesta matéria, assume particular relevo.<sup>1200</sup>

---

<sup>1200</sup> A posição assumida pelo autor não assenta na alternatividade classificativa entre pactos de natureza processual ou pactos de natureza material. Diversamente, entende que a natureza do acordo celebrado variará em função do tipo de normatividade em que se integra a factualidade a que o ónus da prova diz respeito. Assim, exemplifica, a convenção reguladora do ónus da prova, no âmbito do §34 da *Grundgesetz* (reguladora da responsabilidade de agentes públicos) assumirá índole pública (porque pertence, tal norma, ao direito público); se for o §38 da *Zivilprozessordnung* (relativo aos pactos de competência) a norma em causa, o acordo beneficiará de natureza processual, porque idêntica natureza tem aquela norma. O pacto terá, porém, carácter material, se a hipótese normativa (a que a factualidade a provar concerne) for parte integrante de preceito de direito substantivo. Na divisão tríplice a que procede, o autor envolve, assim, mais que um critério classificativo. Na verdade, se a normatividade de direito público se contrapõe à normatividade de direito privado, a normatividade de direito substantivo coteja com a normatividade de direito processual. Cada norma é incluível num ou noutro dos pólos classificativos de cada um dos pares qualificativos acabados de enunciar. A natureza pública não rivaliza, pois, com a natureza processual (não constituindo categoria que se lhe oponha). Se as normas de direito processual são normas de direito público, qualquer que seja (como Manuel de ANDRADE ensina, *Noções elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, Nova Edição, revista e actualizada, 1993, p. 12) o critério para esse efeito adoptado (da qualidade dos sujeitos, da posição entre estes ou dos interesses envolvidos (assim com as normas relativas aos pactos de competência, independentemente da sua inderrogabilidade ou não), as normas de direito público podem assumir natureza substantiva ou processual. Em conformidade com o exposto na Parte I, entendemos, pois, as normas relativas ao ónus da prova como regras jurídicas de natureza adjectiva ou processual (não definem a titularidade de direitos ou deveres, abrindo apenas, pela definição fáctica que – por permitirem a superação da dúvida - viabilizam, a possibilidade de, por posterior aplicação de normas substantivas a esses factos, se apurar solução de direito material, quando for esta a relevante para solução do litígio). Qualificação assim de sentido único, não variando em função da natureza substantiva ou processual, pública ou privada, da norma em cuja hipótese se integra a factualidade, objecto de prova. WAGNER não estabelece, por outro lado, relação directa entre a natureza material ou processual do pacto e a sua validade ou invalidade. Perspectiva que partilhamos, na medida em que o carácter processual da norma não constitui obstáculo inultrapassável à possibilidade de válida celebração de convenção de prova, mesmo no âmbito de sistemas onde os acordos de prova não beneficiam de regulação em norma a elas relativa com carácter geral (disso constitui exemplo, no direito alemão, o referido §38). Identicamente acompanhamos o autor, quando observa que carece de solidez a invocação de que este tipo de pactos padece de invalidade por contender com a apreciação da prova a desenvolver pelo decisor. Na verdade, as regras distributivas do ónus da prova só são convocadas em momento em que se tem por processualmente excluída a possibilidade de proferir decisão quanto à matéria de facto controvertida com base na prova. WAGNER termina por concluir no sentido de que a convenção relativa ao ónus da prova será válida se respeitar certos limites (designadamente o não esvaziamento da protecção – *gewährleistete Schutz* - que por via da norma se pretenda assegurar), precisando que a circunstância de estar em causa direito imperativo a tanto não será obstáculo se, não estando em causa direito irrenunciável (isto é, se com a imperatividade se visar apenas impedir que as partes possam obstar ao surgimento do direito na sua esfera jurídica), o pacto for celebrado depois do surgimento do direito (*Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, pp. 697 e ss). De notar que, não obstante a solução propugnada por WAGNER beneficiar de alguns traços de proximidade (quando alude, embora em termos próprios, à natureza indisponível do direito como causa de invalidade) com o regime vigente no sistema português, não é a mesma a base disponível, em ambos os ordenamentos, para sustentar a validade de tais pactos sob as referidas condições. Se determinante é (para concluir acerca da natureza supletiva ou imperativa das regras relativas ao ónus da prova), apurar se, ao tipo de normatividade em causa (distributiva do ónus da prova), presidem (além de interesses particulares) interesses públicos inderrogáveis e se o legislador dá

### II.1.3.2. Inversão do ónus da prova

A reflexão que se desenvolve (concernente às convenções relativas ao do ónus da prova) determina, como passo sucessivo, que nos detenhamos na consideração da inversão do ónus sobre que ponderamos (tipo de intervenção negocial que, no âmbito do regime do ónus da prova, corresponde àquela que mais frequentemente tem lugar, por via da modalidade convencional que se considera no presente ponto – II.1 - da subsecção em que ora nos situamos).

Importa, pois, que, no contexto das convenções *relativas ao ónus da prova*, nos concentremos num particular aspecto, atentando no problema da *inversão* do ónus da prova.

O ónus não é, *qua* tale, susceptível de inversão. Não constituindo, o ónus, realidade física, nem noção integrada por mais do que um pólo, não é, em si, invertível.

Representando, porém, no contexto que ora se considera (regime jurídico regulador da decisão da matéria de facto controvertida), encargo de prova, esta (prova) respeitará a um determinado *objecto* e aquele (encargo) impenderá sobre um certo *sujeito*.<sup>1201</sup> Cada um destes (*objecto* de prova e *sujeito* sobre quem impende o

---

indicação de que os interesses públicos envolvidos não obstem à intervenção conformadora das partes (assim cedendo no que toca à inafectabilidade dos interesses públicos também em causa), quando, normativamente, concede, com carácter geral, a possibilidade de as partes celebrarem pactos quanto ao ónus da prova, não assim quando tal tipo de norma não existe. Importa, então, encontrar fundamentos que permitam concluir nesse sentido, sendo certo que a tanto não se reconduz a possibilidade de, por acordo, as partes poderem dispor dos factos relativos à norma em causa. Como se tem vindo a referir, ao longo do presente trabalho, a circunstância de as partes atingirem o consenso quanto a determinados factos, retirando-os do *thema probandum* e assim tornando desnecessário que o juiz quanto a eles se pronuncie, enquanto facticidade controvertida não se confunde com a hipótese em que as partes condicionam a actividade decisória relativamente ao *objecto* de controvérsia, em sede de facto (assente, tal pronúncia, na prova ou nas regras distributivas do ónus da prova).

<sup>1201</sup> A dimensão subjectiva do ónus da prova, enquanto incumbência exclusivamente impendente sobre uma das partes tem, contudo, vindo a ser atenuada com o reforço dos poderes inquisitórios reconhecidos ao juiz e com a vigência do princípio da aquisição processual. Cabe, neste contexto, distinguir (no que diz respeito à relação entre o *sujeito*-parte e a prova) a dimensão do interesse e a dimensão do encargo. Se o interesse na comprovação da verificação de determinada versão factual respeitará sempre a uma das partes, a conclusão processual de que tal facto se tem por assente pode não decorrer ou ter por fonte actividade instrutória desenvolvida pela parte interessada, podendo ter como base diligências de prova ordenadas ou realizadas pelo juiz ou pela contraparte. A tendência para reforço das hipóteses em que estas fontes de informação probatória possam ocorrer gera a designada objectivação do ónus da prova, sendo que CAPPELLETTI identifica a *Zivilprozessordnung* de 1895 como o “primeiro código de Processo Civil, no âmbito europeu declarado e abertamente inspirado” numa “concepção “social””, designadamente no que respeita ao incremento dos poderes do juiz, quanto à “formação e à valorização das provas”, diminuindo fortemente o peso da prova legal e impondo às partes o dever de dizer a verdade, manifestando o entendimento de que tal regime não contende com a imparcialidade do decisor, antes viabilizando a efectiva realização da igualdade, quando por seu intermédio se permite que, com o abandono de uma postura de passividade do juiz, à “parte menos astuta, menos preparada, pior defendida”, se possa assegurar “maneira de reparar, de modificar, de

ónus da prova) pode ser diferente, pelo que, quanto a eles, pode haver modificação. Própria se afigura, nesta medida, a designação atribuída por SCHÜLLER a esta modalidade de convenções, quando as qualifica como pactos que têm por fim a alteração (*Abänderung*) ou deslocação (*Verschiebung*) do ónus da prova.<sup>1202</sup>

Quando o objecto em causa mantenha relação especial com um outro (por constituir o *contrapólo* deste), a modificação de incidência do encargo de um para o outro representará inversão (por implicar passagem ao seu antípoda) do *objecto* sobre que incide o ónus. O mesmo vale no que diz respeito ao *sujeito* a quem legalmente compita desincumbir-se do ónus. Se tal sujeito se encontrar em relação, com outro sujeito, em que cada um deles ocupe pólos contrapostos de tal liame, a alteração do ónus de um para outro sujeito constituirá uma inversão do sujeito a quem o ónus respeita.<sup>1203</sup>

---

corrigir as lacunas e defeitos da sua demanda ou defesa”, *Processo, Ideologias e Sociedade*, vol. II, pp. 44 e 45. De esclarecer, na presente sede, um particular aspecto. Referimo-nos ao que designámos por dimensão subjectiva do ónus da prova. Importa, porém, precisar que o apelo à dimensão subjectiva do ónus da prova pode ter lugar em diferentes campos, a que corresponde o tratamento de diferentes problemáticas. Num primeiro campo, considera-se o problema da determinação do *sujeito* contra quem decidir, quando o tribunal entre em situação de *dúvida insanável*, relativamente a uma determinada versão factual. Está em causa, pois, uma dimensão *subjectiva*, que releva no âmbito do que *infra* designaremos por *ónus da prova em sentido próprio*. Trata-se, na expressão de Antunes VARELA, Manuel BEZERRA e Sampaio e NORA, de definir contra que parte o *non liquet* se deve converter em *liquet*, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, Reimpressão, 2006, pp. 447. Num segundo campo, considera-se o problema da determinação da fonte *subjectiva* de prova que releva para efeitos de fundamentação da *convicção* que serve de base à prolação de decisão jurisdicional de verificação ou não verificação de uma determinada versão factual controvertida. Discernem-se, a este propósito, duas hipóteses. Pode, por um lado, considerar-se relevante apenas a prova carreada para o processo pelo *sujeito* (parte) a que interessa a confirmação da versão factual controvertida em causa. Pode, numa segunda concepção, considerar-se relevante, não apenas a prova proporcionada por esse *sujeito*, como também a transportada, para a instância, por *outros sujeitos* processuais (pela parte ou pelo tribunal). Está também, pois, em causa, neste campo, um problema de natureza *subjectiva*. No sentido de distinguir a primeira concepção, da segunda, refere-se que esta última representa tendência para a *objectivação* do regime do ónus da prova, com o que se pretende significar que, para efeitos decisórios, são (nesta segunda concepção) considerados os contributos processuais (em matéria de prova), não apenas do sujeito processual que aqui assume maior evidência (por ser o interessado na comprovação), como também de outros. Ou seja, a objectivação do ónus da prova (ónus da prova objectivo) associa-se a concepção em que há lugar a *ampliação dos sujeitos*, cuja actividade de prova é relevável, ao nível da decisão (com suporte em base densa) quanto à matéria de facto controvertida. Essa a razão por que, no início desta nota, tratando do segundo campo problemático e referindo as duas concepções nele discerníveis, nos referíamos à dimensão subjectiva do ónus da prova. Em contraposição à dimensão subjectiva que está em causa, quando no âmbito dos dois campos problemáticos identificados, Alberto dos REIS identifica uma outra área do ónus da prova, de cariz exclusivamente *objectivo*, no âmbito da qual se indaga “*que factos* hão-de ser provados, para que a decisão apresente determinado conteúdo”, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. III, 3ª Edição, Reimpressão, Coimbra Editora, 1950, p. 272.

<sup>1202</sup> *Die Wirksamkeit von Beweisverträgen nach geltendem Prozeßrecht*, Göttingen, 1932, p. 15.

<sup>1203</sup> DE NOVA observa, tomando por centro de referência o elemento subjectivo, que, através deste tipo de acordos, “il rischio della mancata prova si sposta da una parte all'altra”. Acrescenta que tanto gera, como consequência, “che il giudice, che avrebbe respinto la domanda di una parte, invece la accoglie”, “Accordi delle parti e decisione”, *Rivista Trimestrale di Diritti e Procedura Civile*, Settembre, 2008, Anno LVII, Supplemento al N. 3, Milano, Giuffrè, p. 65. Cremos que o autor se refere à pretensão de ver processualmente assente uma determinada versão dos factos, na medida em que a inversão do ónus da

a) Vias de inversão

As referidas circunstâncias (relativas à existência de pólo e contrapólo, *quer* no que diz respeito aos sujeitos, *quer* no que diz respeito ao objecto), cumprem-se, no quadro em que a figura do ónus é, neste contexto (da prova), convocada; pólos que, no que diz respeito à primeira dimensão, se reconduzem, no quadro da relação processual, a cada uma das partes, e, no que diz respeito à segunda dimensão, à versão positiva e à versão negativa de cada aspecto factual controvertido.

No quadro dos elementos envolvidos na equação de inversão do ónus da prova integra-se ainda (além dos referidos sujeito e objecto) um outro factor – o do critério de decisão (parâmetro de onde se extrai o teor ou sentido da pronúncia a proferir).

São três, pois, os elementos em conexão: *sujeito*, *objecto* e *critério* decisório, sendo que a expressão *inversão do ónus da prova* equivale sempre a *inversão do sujeito* sobre quem aquele impende.

Na operação de distribuição do ónus, em sentido particular (o mesmo é dizer, de definição do *sujeito processual* sobre quem recai) os dois últimos vectores encontram-se em relação condicionante relativamente ao primeiro.

A expressão inversão do ónus da prova representa, em suma, sempre sinónimo de inversão do sujeito processual sobre quem aquele impende, sendo que tanto pode suceder, quer por inversão do objecto (passando a adoptar-se o que corresponde à versão factual que se situa em contrapólo da que se toma por referência, quando não haja inversão), quer por inversão do sentido decisório (optando-se por sentido inverso àquele que prevalece na ausência de inversão).<sup>1204</sup>

Se ambas as vias representam métodos, diferentes, conducentes ao mesmo resultado (inversão do ónus), não são, contudo, integralmente coincidentes as consequências de cada uma delas decorrentes.

---

prova não determina, com carácter necessário, a inversão do sentido de decisão final ao nível do mérito da acção. Para tanto se revela suficiente que o facto a que a inversão do ónus respeita não assuma relevo decisivo para o ganho ou perda de causa.

<sup>1204</sup> De observar serem várias as dimensões da prova envolvidas no âmbito da expressão ónus da prova, quando nesta se alude a tal noção. Está em causa o ónus de desenvolver actividade probatória (prova na segunda dimensão), através da qual, mediante mobilização de meios de prova (prova na primeira dimensão), se apurem elementos ou informação (prova na terceira dimensão), em ordem a que, no espírito do decisor, se logre formar conclusão, no sentido de verificação da versão factual, cuja consideração como processualmente assente é do interesse da parte em causa. A referida conclusão inclui-se no âmbito da quarta dimensão da prova. Representando, esta, o fruto de actividade decisória do juiz, integra a consideração de três subdimensões: formação de conclusão, no quadro mental do decisor, expressão dessa conclusão mediante prática de acto processual (decisão) patenteador daquele apuramento e acto decisório consumado (cujo conteúdo retrata a prova – o que processualmente se deu por verificado).

Atentemos, num primeiro momento, na feição que estes vectores condicionantes assumem, no âmbito do *regime regra*, legal, relativo à distribuição do ónus da prova.

#### a.1. Inversão pelo objecto

De acordo com as regras gerais, deverá ser *objecto* de prova o facto tal como consta da formulação legal (pelo que a formulação da matéria controvertida constante do *thema probandum* se deverá revelar condizente com a constante da formulação normativa).<sup>1205</sup>

Consideremos, pois, o primeiro dos factores relevantes – o *objecto da prova*.

Atentas as posições opostas dos sujeitos, cujos interesses são afectados pela consideração ou não como assente da factualidade carecida de esclarecimento, cada uma das referidas categorias de factos é susceptível de dupla formulação.

Quando a inversão do ónus da prova opere por via de inversão do objecto da prova, tanto significa, nestes termos, que a formulação adoptada no que diz respeito à expressão da dúvida relativa à factualidade controvertida, será a oposta à que, de outro modo, seria tida em consideração para efeito da sua inclusão no círculo da matéria, objecto da actividade de prova. Se a dúvida quanto à verificação de um facto pode ser formulada pela positiva ou pela negativa, haverá inversão do objecto de prova, quando se adopte formulação (positiva ou negativa) contrária àquela (negativa ou positiva, respectivamente) que corresponde à formulação expressiva do facto, no plano normativo.

A título de exemplo, a dúvida, relativa ao facto extintivo do direito do autor, correspondente à excepção peremptória de pagamento, pode ser formulada pela positiva: o réu pagou? (versão cuja confirmação processual é do interesse do réu e que coincide com a versão decorrente da formulação legal) ou pela negativa: o réu não pagou? (versão cuja definitiva cristalização, no processo, é do interesse do autor e que representa a inversa à adoptada a nível normativo). A *inversão do objecto* do ónus da prova quanto a esta matéria factual representará, assim, a adopção, de entre o par de versões contrapostas, daquela que constitua a formulação oposta à enunciação regra

---

<sup>1205</sup> O facto sobre cuja verificação ou não se indaga, não é, por esta razão, *em si*, facto constitutivo do direito do autor ou facto impeditivo, modificativo ou extintivo de tal direito. Essa qualificação verificar-se-á na acção concretamente proposta e depende da circunstância de a parte a quem interesse a versão correspondente à formulação legal do facto assumir, respectivamente, a posição de autor ou de réu. Assim, por exemplo, a factualidade consubstanciadora de erro representará matéria factual constitutiva do direito do autor, no quadro de acção declarativa em que este requeira a anulação do contrato com base naquele vício; constituirá factualidade impeditiva do surgimento do direito do autor, quando seja invocada pelo réu, a título de excepção, no sentido de obstar à procedência de pedido de cumprimento das obrigações contratuais formulado pela outra parte. Como Antunes VARELA, Miguel BEZERRA e Sampaio e NORA explicitam, associando a qualificação do facto à sua concreta integração (no contexto da acção em que releva) numa particular espécie normativa, “cada uma das partes terá assim (o ónus) de alegar e provar os factos correspondentes à *previsão* da norma que aproveita à sua *pretensão* ou à sua *excepção*”, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, Reimpressão, 2006, p. 455.

(a adoptada legalmente), implicando nesta medida, a selecção da segunda versão (cuja confirmação interessa ao autor), que não da primeira (a relevante na ausência de inversão por esta via). Mediante aplicação do critério legal de decisão, em geral previsto para superação de dúvida insanável, o tribunal decidirá, ante esta formulação, na dúvida, contra a parte a quem a confirmação da verificação da versão factual controvertida seleccionada beneficia – ou seja, na hipótese que ora se considera, contra o autor. Alcança-se, por este meio, a inversão do ónus da prova.

Atenta esta modificação, a parte em causa (autor), não só *conserva* apenas o ónus de impugnar o facto extintivo invocado pelo réu, como sobre si *passa a impender* o ónus (particular) de provar a versão oposta à normativamente adoptada quanto a esse contrafacto (versão aquela que passou a ser o objecto da prova). Ónus da prova que seria distribuído da mesma forma (sem que tanto decorresse de actividade inversora), se o facto em causa fosse legalmente configurado na formulação inversa, representando, na acção declarativa de condenação, proposta pelo autor, facto constitutivo do direito deste.<sup>1206</sup>

O mesmo vale, quando a inversão do objecto da prova respeite a matéria factual que, em concreto (na acção em causa), represente factualidade constitutiva do direito do autor. Assim, por exemplo, com a celebração do contrato que tenha constituído o facto jurídico gerador do direito de crédito, cujo cumprimento representa objecto do pedido condenatório formulado pelo autor. Se a formulação será, por princípio, feita pela positiva – “as partes celebraram o contrato?” - a inversão do objecto da prova verificar-se-á, pela via que ora se considera, mediante adopção da enunciação negativa – “as partes não celebraram o contrato?”. Também aqui, na dúvida e mediante aplicação do critério geral, o tribunal decidirá contra a parte a quem interessa que seja dada uma resposta afirmativa (o réu, nesta hipótese), não dando o decisor, por verificada (processualmente assente) a não celebração do contrato.<sup>1207</sup> Sobre o réu impende, nesta hipótese, não apenas o ónus de impugnar o

---

<sup>1206</sup> Neste caso, porém, caberia ao autor o ónus de alegar o facto e ao réu o ónus da sua impugnação. Idêntica inversão do objecto da prova se alcança, assim, quando, além do ónus da prova, se pretende alterar o ónus da alegação, mediante modificação legal da própria qualificação do facto. A inversão verifica-se, porém, nesta hipótese, tomando por referência o parâmetro normativo anterior, que não o vigente à data (posterior à alteração da qualificação) em que se avalia da natureza inversa do objecto (porque então coincidente com a formulação normativamente adoptada).

<sup>1207</sup> Partilhamos, nesta medida, da posição assumida por COMOGLIO quando, reflectindo sobre “os possíveis conteúdos da decisão” proferida sobre a matéria de facto ao abrigo dos critérios de distribuição do ónus da prova, sustenta que não há lugar à resolução da “incerteza probatória numa espécie de “presunção legal” ou, se se preferir, numa “ficção” de inexistência do facto não provado”. Diferentemente, “o juiz não tem de dar nada por “presumido” ou por “inexistente” (pelo menos sob a forma decisória), mas simplesmente não fixa o facto, que permanece não demonstrado por ausência de prova, e dessa ausência de fixação limita-se a retirar o pressuposto técnico-jurídico para indeferimento do pedido ou da excepção de que aquele é fundamento”, “Le prove”, *Trattato di diritto privato*, Torino, UTET, 1985, vol. XIX, pp. 203 e 204. Da posição que assim assume parecer-se-ia retirar que a decisão da matéria de facto com base em presunção implica uma tomada de posição quanto à verificação ou não verificação do facto presumido. Na esteira de SACCO, porém, o autor sustenta (e neste aspecto dele divergimos, pelas razões que adiante referiremos) que “a presunção legal, longe de assumir a estrutura de um juízo lógico-silogístico, não deveria dar por “assente” ou “fixado” o facto presumido, mas, com base em razões jurídico-políticas de repartição da iniciativa e do risco probatório, prescindir da sua demonstração e limitar-se a prescrever um comportamento judicial, fixando unicamente “as consequências jurídicas da ausência de prova do facto oposto”. Se partilhamos da asserção no sentido

facto alegado pelo autor, como ainda o ónus (em sentido singular) de provar a verificação da versão factual oposta à coincidente com os interesses daquele (autor), versão essa (oposta) correspondente à que (na sequência da inversão) é objecto de prova. Distribuição do ónus da prova (contra o réu) coincidente com a que naturalmente decorreria dos critérios legais gerais, se essa fosse a formulação normativamente adoptada, circunstância em que a versão factual, assim expressa, representaria, na acção que se considera, excepção peremptória.<sup>1208</sup>

Da inversão decorrem consequências com impacto em várias fases processuais, designadamente, *quando* se enuncia a formulação da factualidade controvertida (objecto de prova); em *toda a fase* de desenvolvimento da actividade de prova (na medida em que condiciona a forma de inquirição de depoentes e o modo como cada uma das partes se posiciona enquanto agente produtor de actividade instrutória) e na *fase final de pronúncia quanto à matéria de facto* (contexto em que, em situação de dúvida insanável, o tribunal decidirá - em obediência ao critério geral, segundo o qual a dúvida sobre a realidade de um facto se resolve contra a parte a quem o facto aproveita)<sup>1209</sup> - contra o sujeito sobre quem passou a impender o ónus da prova. O factor critério de decisão (contrário à parte onerada) conserva-se intocado, mas a decisão (no que diz respeito ao seu concreto teor, de que se extrai a designação jurisdicional do sujeito desfavorecido) é a oposta, em consequência da modificação do outro factor envolvido ( mediante adopção da versão oposta da matéria factual controvertida).

Quer no momento anterior, quer no momento posterior à inversão do ónus por inversão do objecto, é num mesmo sujeito (o onerado) que se cumulam os interesses em confirmar a verificação da factualidade controvertida e em que se supere a hipotética situação de dúvida insanável em que o tribunal incorra, mas a identidade de tal sujeito (em quem os interesses se cumulam) diverge (invertendo-se), quando globalmente confrontados os dois momentos (anterior e posterior à inversão do objecto), conclui-se ter havido inversão do sujeito onerado, inversão do objecto de prova, manutenção do critério decisório e inversão da ilação retirada deste último.

## a.2. Inversão pelo critério

Diverso é o enquadramento da inversão do ónus, quando esta opere por inversão do *critério decisório* (segundo factor condicionante do resultado da

---

de que a presunção dispensa a demonstração do facto desconhecido, entendemos, como alvitado, que as razões (expostas em texto) que presidem à criação da presunção legal devem conduzir à afirmação jurisdicional de verificação ou não verificação da versão factual.

<sup>1208</sup> O mesmo valeria, quanto à factualidade tradutora da existência ou ausência de culpa, quando fosse, esta última (ausência), a dimensão normativamente relevada (hipótese em que, em acção de responsabilidade civil, incumbiria ao réu (lesante) não só provar, como alegar a inexistência daquela. Contexto diverso daquele em que, relevando, na formulação normativa, a existência de culpa, enquanto condição de responsabilização civil, impende sobre o lesado, enquanto facto constitutivo do direito do autor, o ónus da sua alegação, podendo embora, na hipótese de inversão do ónus da prova, por inversão do objecto, incidir sobre o lesante o ónus da prova (em sentido singular) da versão factual consubstanciadora da inexistência de culpa. Ónus assim impendente, não sobre o alegante, mas sobre o impugnante.

<sup>1209</sup> Cfr. art. 414.º do Código de Processo Civil.

equação),<sup>1210</sup> prevendo-se que a incerteza irresolúvel quanto à verificação da versão factual controvertida se deve ultrapassar mediante decisão de sentido favorável à parte a quem interessa a confirmação da verificação daquela formulação factual.

Nesta hipótese, a inversão do ónus da prova conduzirá a que este (ónus particular) impenda sobre o sujeito com interesse em ver assente a versão contrária àquela que corresponde ao objecto de prova, razão por que a decisão proferida, em caso de dúvida, se reflectirá em seu desfavor.

Do cotejo com a hipótese anterior (de inversão do objecto), resulta que introduzindo inversão num factor (critério decisório) e neutralizando a inversão que, no contexto anterior, se havia introduzido no outro factor (objecto de prova), se obtém o mesmo efeito produzido naquela hipótese – repercussão na distribuição do risco, em sentido subjectivamente inversor.<sup>1211</sup>

---

<sup>1210</sup> Para confronto, com expressão matemática, entre o critério de decisão, em caso de dúvida insanável, nos âmbitos do processo civil e do processo penal, *vide* Teixeira de Sousa, “A livre apreciação da prova em processo civil”, *Scientia Iuridica*, XXXIII, 1984, pp. 116 e 117.

<sup>1211</sup> Sintetizando os traços *comuns* às duas vias de inversão, dir-se-á que: em ambas as situações o tribunal decidirá, em caso de dúvida, em sentido diferente daquele em que decidiria caso a inversão do factor a que, em cada uma, há lugar, não se tivesse verificado e, associadamente, em ambas as situações se inverte a parte sobre quem impende o encargo de evitar ou provocar a superação da situação de dúvida em que o juiz se possa vir a encontrar. Sintetizando os traços de *distinção* (em análise comparativa interna - entre ambas as hipóteses - e externa - por relação das duas hipóteses com o contexto de não inversão do ónus) entre as duas hipóteses: a parte contra quem se decide (parte onerada) é, em caso de inversão do objecto da prova, a parte interessada na confirmação processual da versão factual controvertida (correspondentemente interessada na infirmação da versão oposta) e, em caso de inversão do critério decisório, a parte com interesse na infirmação processual da versão correspondente à formulação da controvérsia factual em causa (em consequência interessada na confirmação da versão contrária). Por outro lado, o objecto é, em caso de inversão pela primeira via, diverso do objecto de prova relevante na hipótese de não inversão do ónus da prova e, em caso de inversão do critério decisório, igual ao objecto de prova naquela hipótese (de não inversão do ónus da prova) relevante; o segundo (critério decisório) coincide, na hipótese de mera inversão do objecto da prova, com o critério decisório observado em caso de não inversão do ónus, divergindo deste na hipótese de inversão pela segunda via. No contexto de inversão do objecto de prova, cumulam-se no mesmo sujeito processual (à semelhança do que sucede, quando não há inversão do ónus da prova) as qualidades de parte onerada e de parte interessada na confirmação da versão factual controvertida, quando, havendo inversão do critério decisório, a parte sobre quem impende o ónus da prova é (diferentemente do que sucede quando não há inversão do ónus) distinta da interessada na confirmação da versão factual controvertida (coincidindo com a interessada na confirmação da versão inversa), pelo que não se congregam ambas as qualidades num mesmo sujeito processual [diferentemente, porém, do que sucede no que diz respeito às duas outras hipóteses em cotejo, em caso de inversão do ónus por inversão do critério decisório a tutela da parte interessada na confirmação da versão inversa à versão factual controvertida só terá lugar, quando esta confirmação se consume (por apenas nessa circunstância – de infirmação da versão factual controvertida – ser proferida decisão de sentido favorável a esta parte), pelo que tanto representa condição necessária de pronúncia conducente à prevalência processual da posição que sustenta. Quando não há lugar a inversão do ónus ou quando esta tem lugar mediante inversão do objecto, a tutela (em sede de decisão da matéria de facto) da parte interessada na confirmação da versão inversa à versão factual controvertida (e consequente infirmação desta) constitui resultado obténivel, quando consumado outro contexto (cenário alternativo), em virtude de ser essa a parte em benefício de quem a decisão é proferida também em caso de dúvida insanável. Circunstância que se verifica na medida em que não é essa a parte sobre quem impende o ónus da prova, razão por que a decisão lhe será favorável sempre que não

### a.2.1. Tipo e sentido decisórios

Podendo, *em geral*, a inversão do ónus da prova ocorrer por uma ou outra das referidas vias, também a inversão convencional se pode lograr mediante opção por um ou por outro dos métodos. Não será, porém, indiferente a selecção (da via de inversão) a que haja lugar, designadamente no que diz respeito à influência que tanto pode ter na natureza da decisão a proferir.

Será sob esta *especial* óptica, que ora passaremos a cotejar, em sede de análise *específica*, ambas as vias de inversão.

#### a.2.1.1. Tipos de decisão: asseverante e excludente

Importa, neste contexto, notar, no que concerne à inversão do ónus da prova, por via da inversão do critério decisório, que este último representa noção de conteúdo complexo, enquanto integrada por dois elementos: *sentido* da decisão e *tipo* de decisão.

O *primeiro* tem conotação *subjectiva*, porquanto se define em função da sua orientação, favorável ou desfavorável, a uma das partes. O *segundo* assume índole *objectiva*, por contender com a natureza da decisão, considerando-se esta, sob tal plano de análise, asseverante (por confirmação ou infirmação) ou excludente.

Convoquemos, para explicitação, a constelação decisória em causa no âmbito em que (de acordo com as regras gerais) há lugar a convocação do instituto do ónus da prova: ante a dúvida (controvérsia) inicial (aquando da organização do *thema*

---

infirmada a versão inversa à versão factual controvertida. Parte (não onerada) que, na hipótese de inversão do ónus por inversão do critério decisório, será a interessada na confirmação da versão factual controvertida e igualmente tutelada, quando esta não seja infirmada]. Finalmente, consistindo, o problema, correspondente ao ónus da prova, em apurar *contra* que parte na acção deve o juiz decidir, em caso de dúvida insanável, obtém-se (na hipótese de inversão do objecto de prova, tal como sucede, quando não há inversão do ónus da prova) resposta directa (apurada de forma imediata, na sequência da aplicação do critério decisório ao problema, objecto de prova) para tal questão (*contra* quem decidir), quando, na hipótese de inversão do ónus da prova por inversão do critério decisório, a resposta se apura por via indirecta – obtendo-se, neste caso, solução directa (imediata), no sentido de que deve ser proferida decisão de sentido *favorável* à parte interessada na não infirmação da versão factual controvertida, conclui-se, por via indirecta (raciocínio *a contrario*), dever ser proferida decisão *contra* a parte contrária à primeira (contra a parte interessada na confirmação da versão inversa à versão factual controvertida). A completa definição da resposta para o problema a que, com as regras do ónus da prova, se pretende dar solução, implica, assim, nesta segunda hipótese, um acrescido passo lógico. Sobre a inversão do ónus da prova enquanto meio de obviar à situação de *Beweisnot* (dificuldade de prova), vide DENTI, “L’inversione dell’onere della prova: rilievi introduttivi”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Settembre, 1992, Anno XLVI, N.º 3, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, p. 719.

*probandum*) relativamente à verificação ou não de uma dada versão factual (alternativa à que lhe é contrária), várias hipóteses podem (a final) ter lugar. Num primeiro grupo, incluem-se aquelas em que se logra formar certeza, sendo que, adentro deste, se distingue a possibilidade de formação de certeza, no sentido da verificação da versão factual controvertida, da possibilidade de formação de certeza, no sentido da não verificação (infirmação) da mesma versão factual controvertida. Num segundo grupo, integra-se a hipótese de não formação de certeza.<sup>1212</sup>

Quando se forme certeza, no sentido da verificação da versão factual em causa, decidir-se-á (em termos asseverantes) *provada essa versão factual*, o que (em consonância com o princípio lógico da não contradição, nos termos do qual uma coisa não pode ser e não ser, ao mesmo tempo) equivale a considerar-se *provada a não verificação* de versão factual inversa. Como *minus*<sup>1213</sup> destas conclusões (relativamente ao qual estas últimas representam *maius*),<sup>1214</sup> a conclusão de que não se considera provada a versão factual inversa.<sup>1215</sup> Quando se forme certeza, no sentido da verificação da versão factual inversa à controvertida, cumprir-se-ão consequências simétricas às referidas: considerar-se-á (em decisão com natureza asseverante) *provada essa versão* (a inversa da controvertida), o que implica a *prova da não verificação da versão* factual controvertida (ambas conclusões *maius*) e, como *minus*, a conclusão no sentido de que não se considera provada a versão factual controvertida.<sup>1216</sup>

---

<sup>1212</sup> Sistematizando diversas hipóteses concretizadoras de cada um dos tipos de decisão enunciados, dir-se-á que a ocorrência de uma determinada versão factual, objecto de prova, poderá ser considerada processualmente confirmada (havendo lugar a pronúncia, meramente excludente, no sentido da ausência de confirmação de tal versão), quando o tribunal decida mediante convocação das regras de distribuição do ónus da prova, quer quando o faça nos termos gerais, quer quando o faça na sequência de inversão (convencional ou legal) do ónus da prova (do sujeito sobre quem tal ónus impende), ocorra esta mediante inversão do objecto ou do critério decisório, quando tomado este em sentido estrito (ou seja, quando neste não se considere incluído o tipo de decisão). A pronúncia poderá ser no sentido de se ter por confirmada (assim assumindo, a pronúncia, natureza asseverante) a verificação de determinada versão do facto ou a sua inversa (o que equivale a declaração, no sentido da confirmação processual de não verificação da primeira), quando o juiz possa, a título autónomo (enquanto juiz construtor, em exercício do poder de livre apreciação, a quem é dado construir uma “*graduatoria di credibilità*” própria, como PATTI nota, no confronto que estabelece entre o quadro de liberdade valorativa e a prova legal, *Le Prove Parte generale*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, p. 225) apurar, com base na informação probatória processualmente relevante ou em presunções por si construídas (presunções judiciais) em conformidade com o legalmente previsto, conclusão nesse sentido. Hipótese, a segunda, em que o juiz intervirá, enquanto decisor actuante a título autónomo, como juiz construtor. Idêntico tipo decisório relevará quando, à conclusão decorrente, para o decisor (juiz não construtor), da apreciação do material empírico de decisão, se sobreponha sentido decisório imposto pelo legislador, quer tanto aconteça mediante atribuição de especial valor probatório (o mesmo é dizer de particular capacidade de influência na formação de certeza processual quanto à verificação de certa versão factual objecto de controvérsia) a determinados meios de prova, em sentido estrito, quer tanto (concessão de tal particular valor) aconteça fora desse âmbito (mediante presunção legal).

<sup>1213</sup> Conclusão não asseverante (puramente excludente).

<sup>1214</sup> Aberturas ou ramos explicitantes (asseverantes).

<sup>1215</sup> Declaração compatível com a hipótese de confirmação da versão factual controvertida, bem como com a situação de dúvida insanável.

<sup>1216</sup> Asserção compatível com a hipótese de confirmação da versão inversa à versão factual controvertida, bem como com o contexto de dúvida insanável.

Quando se verifique a hipótese correspondente ao segundo grupo (ausência de formação de certeza), o tribunal não dispõe de elementos que lhe permitam exprimir raciocínio asseverante, apenas excludente. Se não há uma alternativa à decisão, asseverante (provado ou não provado) ou excludente (princípio do terceiro excluído) e se as duas proposições asseverantes (provada a verificação da versão factual controvertida e provada a não verificação da versão factual controvertida) não podem ser simultaneamente verdadeiras (não podem ocorrer em conjunto), podem, contudo, ser estas simultaneamente falsas (pode não se verificar qualquer uma delas, no que diz respeito às conclusões apuradas pelo tribunal), abrindo-se, nesse quadro, uma particular intermédia verdadeira (expressiva da ausência de prova e, assim, destituída de natureza asseverante, beneficiando de carácter meramente excludente).<sup>1217</sup>

Em contexto não jurisdicional ou jurisdicional onde (porque não proibido o *non liquet*) não se imponha ilação decisória única, a conclusão a exprimir seria duplamente excludente, correspondendo a pronúncia, no sentido de não se considerar provada, nem a verificação da versão factual controvertida, nem a verificação da versão factual inversa a esta. A circunstância, porém, de estar vedado o *non liquet* e de, nessa medida, se ter de decidir, no sentido da aplicação ou não da norma a cuja hipótese a factualidade se associa (desiderato último por regra justificador da necessidade de pronúncia em sede de facto), implica que a pronúncia quanto à matéria de facto não assumira natureza dúplice, antes unitária. Unidade assegurada pelo instituto do ónus da prova, permitindo este, pela regra que enuncia, extrair, da dúvida, apenas uma conclusão (eliminando, assim, a bipartição que, noutro enquadramento, como enunciado, poderia subsistir). Ante dúvida insanável e convocadas tais regras, o tribunal pronunciar-se-á (em decisão com carácter meramente excludente) no sentido de se ter por *não provada* a verificação da versão factual controvertida (em caso de não inversão do ónus da prova ou de inversão do ónus por inversão do objecto)<sup>1218</sup> ou de se ter por *não provada* a verificação da versão factual inversa à versão controvertida (em caso de inversão do ónus da prova por inversão do sentido decisório).<sup>1219</sup>

---

<sup>1217</sup> A verificação de uma das hipóteses enunciadas no que diz respeito ao estado de espírito do decisor (formação de certeza ou não, bem como, na primeira hipótese, formação de certeza, em sentido afirmativo ou em sentido negativo) é incompatível com a simultânea verificação de qualquer outra das demais (só podendo haver lugar a uma delas). A formulação de um tipo de conclusão asseverante é incompatível com a formulação de conclusão asseverante de sentido inverso. A formação de espírito de certeza é (conquanto inconciliável com ausência de formação de certeza), em abstracto, compatível com expressão de formulação conclusiva asseverante ou não asseverante. A não superação do espírito de dúvida só é conciliável com formulação conclusiva não asseverante. Sobre as diversas causas que podem determinar a impossibilidade de expressão de juízo de sentido afirmativo quanto à verificação de uma determinada versão factual alegada, vide COMOGLIO, FERRI e TARUFFO, *Lezioni sul processo civile, I, Il processo ordinario di cognizione*, 4ª ed., il Mulino, Bologna, 2011, pp. 479 e 480.

<sup>1218</sup> Afirmação, assim, distinta da afirmação no sentido da *prova* da *não verificação*.

<sup>1219</sup> Vale, quanto a esta afirmação, o observado na nota anterior.

a.2.1.2. Consequências de decisão excludente

i) no plano factual

Se, por um lado, as decisões com carácter excludente não consubstanciam a confirmação de verificação de qualquer das versões do facto controvertido a que respeita, mas, por outro lado, a proibição de *non liquet*, impõe a extinção desta controvérsia factual,<sup>1220</sup> importa apurar quais as ilações processuais a retirar da pronúncia com aquele teor (meramente excludente).

No primeiro caso de pronúncia não asseverante (decisão – no sentido de *não se encontrar provada* a versão factual controvertida – a ser proferida nos contextos de não inversão do ónus da prova ou de inversão por inversão do objecto), a conclusão que a decisão encerra corresponde ao *minus* da conclusão a que há lugar quando, na hipótese de formação de certeza de sentido negativo, se decide provada a não verificação de versão factual controvertida. No segundo caso de pronúncia não asseverante (decisão no sentido de não se encontrar provada a versão inversa à versão factual controvertida – a ser proferida em contexto de inversão do ónus da prova por inversão do critério de decisão), a conclusão contida na decisão equivale ao *minus* da conclusão que, no âmbito da decisão quanto ao mesmo tipo de factualidade e na hipótese de formação de certeza de sentido positivo, serve de base à decisão (de natureza asseverante) no sentido de se dar por provada a verificação da versão factual controvertida.

Estabelecível esta relação entre as decisões proferidas com base em formação de certeza e as proferidas em contexto de dúvida insanável, nas hipóteses em que, por via excludente, se decide com base nas regras do ónus da prova, verificar-se-ão os efeitos que se produzem, quando ocorre a hipótese (de decisão com base em certeza e, assim, com carácter asseverante) com que partilha um denominador comum – produzir-se-ão os efeitos que têm lugar, quando é proferida decisão asseverante, cujo *minus* coincide com o teor da decisão excludente que se considere. As consequências últimas, numa e noutra hipótese (de dúvida e de certeza conectável com a hipótese de dúvida em causa), serão as mesmas. Verifica-se, assim, no que diz respeito aos efeitos, como que um fenómeno de sequela da decisão excludente relativamente à decisão asseverante com que aquela comunga conteúdo decisório. Em suma, quando (na sequência do apelo às regras do ónus da prova), seja proferida decisão excludente, produzir-se-ão as consequências que têm lugar, quando é proferida decisão asseverante *maius* a que corresponda asserção excludente *minus* de teor igual ao que consubstancia o conteúdo daquela primeira decisão (excludente).

Da concretização processual desta conclusão resulta que decidir,<sup>1221</sup> por dúvida insanável, *não provada a verificação da versão factual controvertida*, conduzirá às mesmas consequências que se cumpririam se, quanto a essa factualidade,<sup>1222</sup> pudesse

<sup>1220</sup> No sentido da antijuridicidade da decisão de *non liquet*, ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. III, 3ª Edição, Reimpressão, Coimbra Editora, 1950, 270.

<sup>1221</sup> Nos dois primeiros casos.

<sup>1222</sup> Em cada um desses casos (de não inversão ou de inversão por inversão do objecto).

decidir, por certeza (por isso com carácter asseverante), no sentido da *prova da não verificação da versão factual controvertida*;<sup>1223</sup> decidir (em pronúncia excludente),<sup>1224</sup> por dúvida insanável, *não provada a verificação da versão factual inversa à controvertida*, implicará a produção dos corolários que se verificam quando, quanto a essa factualidade, por certeza se decide *provada a versão factual controvertida*.<sup>1225</sup>

ii) no plano do direito

Conexão entre tipos decisórios que tem continuidade no plano do direito.

Quando *não há inversão* do ónus da prova, a asserção (excludente), no sentido da ausência de prova da verificação da versão factual controvertida, corresponde, como observado, ao *minus* da decisão (proferida com base em formação de espírito de certeza) no sentido da verificação da versão inversa à controvertida. Nesta última hipótese (decisão asseverante no sentido da comprovação da não verificação da versão factual controvertida), não há lugar a aplicação da norma a que a factualidade respeita. Porque assim, também quando, em caso de dúvida,<sup>1226</sup> a decisão excludente é provida de conteúdo correspondente a esse *minus*, aquele corolário (não aplicação de norma) se verificará.

Se, na hipótese em que *há inversão do ónus* da prova por inversão do objecto, o conteúdo da decisão a proferir, por dúvida insanável, corresponde ao *minus* da decisão que, no mesmo enquadramento de via de inversão, se profere, quando se alcance certeza quanto à verificação da versão inversa à que passou a ser objecto de prova, e se, neste caso, há lugar à aplicação da norma, também quando proferida decisão em contexto de dúvida insanável a norma se aplicará.

Se, na hipótese em que *há inversão* do ónus da prova por inversão do sentido decisório, o conteúdo da decisão a proferir, por dúvida insanável, coincide com o *minus* conetado com a decisão que, no mesmo enquadramento (de via de inversão), se profere quando alcançada certeza quanto à verificação da versão controvertida, e se neste caso há lugar à aplicação da norma, também quando proferida decisão por dúvida insanável a norma se aplicará.

Conclusões que identicamente se alcançam quando, em sede de raciocínio, se estabeleça relação directa *entre* a decisão apurada, em caso de dúvida insanável, por aplicação das regras do ónus da prova e o *minus normativo* compatível com os pressupostos aplicativos e não aplicativos do preceito em causa.<sup>1227</sup>

Assim, se a *aplicação* da norma pressupõe a verificação da versão factual constante da sua hipótese e se esta verificação coincide com a não verificação da versão factual inversa, representará *minus* com ambas compatível a conclusão de não

<sup>1223</sup> Decisão esta com cuja dimensão *minus* as primeiras mantêm comunhão.

<sup>1224</sup> No terceiro caso.

<sup>1225</sup> Decisão esta com cuja dimensão *minus* a primeira mantêm comunhão.

<sup>1226</sup> Quando não haja inversão do ónus ou quando a inversão ocorre por inversão do objecto.

<sup>1227</sup> Não se considerando o plano da decisão dotada de carácter asseverante.

se ter por verificada a versão inversa à prevista na norma, pelo que, quando, em sede de decisão de matéria de facto controvertida, se obtém, por ausência de prova, esta última conclusão, há comunhão nesse conteúdo, aplicando-se a norma. O *minus* (asserção excludente) compatível com o pressuposto asseverante de aplicação da norma (verificação da hipótese) é a ausência de comprovação de não verificação da hipótese.

Se *não há aplicação* da norma, quando ocorra versão factual inversa à versão contemplada na sua hipótese e se esta ocorrência coincide com a não ocorrência da versão factual normativa, representará *minus* com ambas compatível a conclusão, no sentido de não se ter por verificada a versão factual constante da norma, pelo que, quando, em sede de decisão de matéria de facto controvertida, se obtém, por ausência de prova, decisão com este último teor, a norma se não aplicará. O *minus* (asserção excludente) compatível com o pressuposto (asseverante) de não aplicação da norma (verificação de hipótese inversa à constante da norma) é a ausência de comprovação de verificação da hipótese.

Pelas razões enunciadas, a parte seleccionada como onerada, em caso de dúvida insanável, no plano dos factos (e assim desfavorecida pela decisão proferida quanto à matéria factual controvertida), será também a desfavorecida no plano do direito (no que concerne aos benefícios para si retiráveis da normatividade, cuja hipótese aquela factualidade integra), aplicando-se ou não a norma consoante nisso não tenha ou tenha, respectivamente, interesse a parte sobre quem o ónus da prova impende.

### iii) significado do tipo de decisão

Quando se decide *contra* a parte sobre quem o ónus da prova impende, a decisão em causa *tanto* pode, assim, ter por conteúdo *a mera não confirmação* (em asserção puramente excludente) da versão favorável a essa parte onerada (hipótese verificável, em caso de dúvida insanável), *como* a confirmação (em decisão asseverante) da versão favorável à parte não sobrecarregada com o ónus (em caso de formação de certeza).

Embora o efeito prático seja o mesmo (na medida em que sempre significa pronúncia de sentido favorável à contraparte), a posição publicamente assumida pelo tribunal, em sede de decisão da matéria de facto controvertida é distinta: na primeira hipótese, manifesta, com a decisão que profere, não ter formado convicção e, em consequência, não poder afirmar certeza, o que decorre do facto de estar a decidir em situação de dúvida insanável; na segunda hipótese, manifesta certeza, pelo que este segundo tipo de decisão não é congruente com contexto em que decida por dúvida insuperável.

Se, neste último enquadramento (de dúvida insanável), há lugar a prolação de decisão em sentido desfavorável a uma das partes, não é porque exista fundamento material que permita concluir assistir razão a essa parte; apenas porque, estando

vedado o *non liquet*, se impõe actividade jurisdicional de pronúncia.<sup>1228</sup> Sendo, a decisão proferida neste contexto, fruto de critério de desempate, que não da formação de conclusão asseverante, deve, a sua formulação, ser neutra no que respeita a expressão de certeza, de modo a que daquela (formulação) se não possa extrair este sentido.

De outro modo (ou seja, quando a expressão decisória assumisse natureza asseverante mesmo em caso de dúvida insanável), tornar-se-ia indiferente, no plano do conteúdo da decisão, a circunstância de se ter ou não confirmado, com base na prova, a versão favorável à parte não onerada. De tanto, decorreria, para esta, menor estímulo a desenvolver esforço instrutório no sentido de lograr a produção, no espírito do decisor, de certeza no que respeita à verificação da versão, cuja consolidação como processualmente assente coincide com a posição que lhe é favorável, pois que a decisão exprimiria certeza mesmo na ausência de efectiva formação desta; correspondentemente, e no que concerne à parte onerada, reduzir-se-ia o seu grau de tutela em termos superiores aos necessários para obstar a decisão de *non liquet* (pois que se exprimiria certeza quanto a verificações de quadro factual contrário aos seus interesses, em circunstância em que aquele grau de discernimento quanto à controvérsia factual não foi alcançado e quando tanto não é imperioso como condição para resolver a controvérsia factual). Por outro lado, porque a formulação asseverante se associa a base densa (confirmativa), é-lhe agregável (se em causa inobservância de comportamento juridicamente devido) juízo de censura, pelo que a sua adopção, em caso de dúvida insuperável, importaria tal carga valorativa (quando relevante) relativamente à parte sobre quem impende o ónus da prova, quando justamente porque inexistente prova, tal juízo não é fundamentamente formulável. Associação não existente quando, em tal quadro, se adopte formulação meramente excludente, assim com justeza se evitando impacto decisório prejudicial àquela parte e deturpador do real potencial significativo da decisão relativamente a todos os que acedam à leitura da pronúncia jurisdicional (quer a ela vinculados, quer não).<sup>1229</sup> Pronunciando-se, o tribunal, quando decide por convocação das regras relativas ao ónus da prova, em situação de insuperada dúvida interna (razão da necessidade de mobilização de decisão abstracta, normativamente expressa), revela-se, a conclusão que alcança, necessariamente destituída de carácter asseverante, só lhe sendo associável carácter excludente. Apenas este se mostra compatível com a verdade – não se tendo processualmente logrado comprovar nenhuma das versões, corresponde a verdade à asserção simultânea de “não provado x” e “não provado x̄”. A necessidade de proferir decisão (imposta pela proibição de *non liquet*) é, nestes termos, satisfeita, sem contradição com a verdade, nem com a situação de dúvida.

<sup>1228</sup> Como JAUERNIG nota, “o juiz não sabe se a alegação da parte onerada com a prova é verdadeira” (“...der Richter nicht, ob die Behauptung der Beweisbelasteten Partei wahr ist”); porém, “tem de decidir sobre o fundo” (“...muss der Richter zur Sache entscheiden”), *Zivilprozessrecht*, 29. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2007, p. 165.

<sup>1229</sup> Para o réu devedor não será, a título de exemplo, irrelevante que a decisão de condenação no cumprimento se fundamente na comprovação jurisdicional de que *não houve* lugar a *pagamento* ou (como sucede na decisão imposta por inexistência ou inconcludência da prova) na *não comprovação* de realização do *pagamento*; indiferente lhe não será também que a formulação literalmente adoptada no momento expressivo de fase decisória (da matéria de facto controvertida) imediata e adequadamente traduza essa diferente realidade.

Embora os critérios de distribuição do ónus da prova visem, entre outros objectivos, assegurar que a decisão a proferir se aproximará o mais possível da factualidade verificada (em ordem a que o seu teor coincida com a versão que se afigura de verificação mais provável), de modo a garantir o maior grau de aproximação à realidade (à verdade) nesse contexto alcançável, o nível de imparcialidade objectiva tenderá a ser substancialmente superior, quando se decida com suporte em base densa, na medida em que, neste contexto se torna possível a ponderação concreta, a operar sobre informação carregada da realidade para o processo, que não, como no primeiro (decisão com suporte em base branca) aproximação de cariz puramente abstracto, em aplicação de mero critério normativo. Diferença de solidez do suporte decisório com que a natureza (asseverante ou não asseverante) da expressão jurisdicional se deve, em suma, revelar congruente.

Que a formulação decisória reflecta a verdadeira posição do decisor relativamente ao facto controvertido (assumindo natureza asseverante em caso de formação de certeza e natureza meramente excludente em caso de dúvida insanável) é, porque assim, importante também para que os termos de verbalização da pronúncia adequadamente exprimam a realidade<sup>1230</sup> no que diz respeito ao tipo de conclusão que, na sequência do processo interno de raciocínio do decisor, subjaz à decisão.

*Tal como*, a cada uma das partes, quando atingido o *maius* (porque alcançado grau de certeza), relativamente a versão factual controvertida, cuja confirmação processual lhe é favorável, assiste o direito de que da expressão decisória não conste apenas o *minus* [se provada a verificação do pagamento (*maius*), não espelhará suficientemente tal conclusão decisão meramente expressiva do *minus* desse resultado – não provado o não pagamento; se, provado o não pagamento (*maius*), não reflectirá cabalmente esse resultado decisão reveladora apenas do *minus* que lhe corresponde (não provado o pagamento)], *também* quando, em caso de dúvida, se logra apurar apenas o *minus* (não provado o pagamento ou não provado o não pagamento), não repercutiria fielmente o resultado obtido, decisão de que constasse um *maius* (provado o não pagamento ou provado o pagamento, respectivamente). O que equivale a sublinhar que, se a qualquer uma das partes assiste *direito* a que o tribunal declare *provada* a versão coincidente com os interesses que invoca jurisdicionalmente, quando, ante a prova, se *tenha* alcançado tal conclusão (de verificação), também à parte sobre quem impende o ónus da prova assistirá o direito a que não seja proferida decisão, no sentido confirmativo da *verificação* da versão oposta à coincidente com os interesses que faz jurisdicionalmente valer, quando *não* tenha sido possível, com base na prova, fundadamente alcançar tal conclusão.

Em concretização, por apelo às posições dos sujeitos envolvidos na hipótese da excepção peremptória de pagamento, quando haja aplicação das regras gerais (e, assim, de não inversão) do ónus da prova: se ao credor (autor) assiste o direito a que, caso se conclua não ter havido pagamento, assim se afirme (“*provado o não pagamento*”,<sup>1231</sup> que não apenas “*não provado o não pagamento*”)<sup>1232</sup> e ao devedor (réu) a que, se se apurar ter havido pagamento, tanto encontre expressão na decisão

---

<sup>1230</sup> Por isso a verdade, relativamente à realidade interna ou intelectual: do quadro mental do juiz

<sup>1231</sup> *Maius*.

<sup>1232</sup> *Minus*.

proferida (“*provado o pagamento*”,<sup>1233</sup> que não apenas “*não provado o não pagamento*”),<sup>1234</sup> também à parte sobre quem impende o ónus da prova (devedor, ora réu, na hipótese em apreço) assiste o direito a que, na dúvida, tão só se decida “*não provado o pagamento*”,<sup>1235</sup> que não “*provado o não pagamento*”.<sup>1236</sup>

A necessidade de, em sede de decisão da matéria de facto controvertida, se estabelecer diferenciação expressiva (asseverante ou meramente excludente), a realizar em conformidade com o tipo de fundamento decisório (consoante este se integre ou não no âmbito da prova em sentido amplo, assim respectivamente, constituindo base densa ou base branca) corresponde, em síntese, à interpretação consentânea com as exigências de que a decisão proferida transpareça, da forma mais evidente, acessível e fiel possível, o percurso mental decisório do juiz e de que o conteúdo daquela coincida com a realidade.

O recurso às regras do ónus da prova não proporciona, assim, em rigor, extinção da dúvida, antes extinção da situação de impasse, gerada pela dúvida. Extinção que, por assumir aquela dúvida, natureza insuperável, tem lugar ainda no quadro dubitativo, mediante mera declaração de *não reunião* de prova, relativamente a uma das versões factuais. Circunstância que os termos expressores da decisão devem transparecer em asserção excludente, que não mascarar em proposição asseverante.

Apenas um, neste contexto, o sentido decisório formulável (sentido contrário à parte sobre quem impende o ónus da prova); apenas um, o tipo de decisão (de carácter meramente excludente). Donde, em síntese, se apura que, no que concerne aos elementos constitutivos do critério de decisão, assume, quando fundada esta nas regras do ónus da prova, o primeiro (sentido decisório), carácter binário, por poder o sentido decisório revelar-se favorável ao autor ou ao réu, conquanto sempre unitário na medida em que necessariamente desfavorável à parte sobre quem seja feito incidir o ónus da prova; o segundo, carácter sempre unitário porque nunca de índole asseverante.

### II.1.3.3. Inversão do paradigma

Diversa da inversão do ónus da prova é a inversão do paradigma de solução a adoptar em caso de dúvida insanável.

Sendo essencialmente dois os modelos prefiguráveis – imposição de pronúncia (não obstante a situação de *non liquet*) ou omissão de pronúncia (em virtude do estado de *non liquet*) -, a inversão do paradigma representaria, no quadro dos sistemas

---

<sup>1233</sup> *Maius.*

<sup>1234</sup> *Minus.*

<sup>1235</sup> *Minus.*

<sup>1236</sup> *Maius.*

jurídicos que vimos considerando, a adopção do segundo modelo, na medida em que é o primeiro o actualmente neles vigente.<sup>1237</sup>

#### II.1.3.4. Repercussões ao nível da validade das convenções de prova

O que vem de se observar releva sempre que haja lugar a pronúncia jurisdicional em mobilização dos critérios distributivos do ónus da prova, independentemente da fonte (estadual ou privada) das regras em que aquele regime se consubstancia. Razão por que tanto sobreleva também, quando a regulação do ónus da prova decorra de fonte pactícia, tendo por causa genética a vontade das partes manifestada em convenção de prova.

Não é, atento o enunciado, destituído de significado e de consequências, em sede de auto-regulação no âmbito do regime do ónus da prova, que as partes adoptem como *tipo* de decisão a proferir, em caso de dúvida insanável, o tipo decisório asseverante ou o tipo decisório excludente, repercutindo-se a opção realizada no plano da validade das convenções de prova.

Se, nos termos legais, às partes é permitido *inverter*, por via convencional, o regime do ónus da prova, se esta inversão pode operar por via de *inversão do objecto* da prova ou por via do *critério decisório* e se este último é integrado pelas dimensões do *sentido* decisório e de *tipo* de decisão, a inversão pactícia do ónus da prova por alteração do *critério* de decisão só poderá ocorrer mediante mutação da dimensão relativa ao *sentido* decisório (por opção entre sentido desfavorável ou favorável à parte a quem a invocação da versão factual aproveita), que não ao tipo de decisão (por alteração da natureza excludente ou não asseverante da decisão para natureza asseverante).<sup>1238</sup>

Às partes não deve ser, nestes termos, permitido, numa hipótese em que não existe fundamento material para exprimir pronúncia afirmativa da verificação de qualquer das versões, impor ao decisor a prolação de uma decisão, cujo teor é adequado aos casos em que o juiz assume positivamente que uma dada versão factual se verificou (porque para tanto dispõe de elementos materiais).

Tanto, em sintonia com a conclusão obtida quando, no âmbito das convenções relativas à decisão da matéria de facto controvertida com base na prova, se apurou

---

<sup>1237</sup> No sentido de que é essa a regra adoptada nos Estados Modernos, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. III, 3ª Edição, Reimpressão, Coimbra Editora, 1950, p. 270.

<sup>1238</sup> Reportando-se ao ordenamento jurídico francês, FOYER dá conta da frequente celebração, na sequência da entrada em vigor dos códigos napoleónicos, de convenções inversoras do sujeito sobre quem impende o ónus da prova, por via da inversão do objecto, designadamente no que diz respeito à prova da propriedade, no âmbito de contratos de casamento celebrados sob o regime da separação de bens, “L’Evolution du Droit des Preuves en France depuis les codes Napoleonicens”, *Recueils de La Société Jean Bodin pour L’histoire Comparative des Institutions*, XIX, *La Preuve*, Quatrième Partie, Période contemporaine, pp. 195 e 196.

que às partes não é dado alterar o regime relativo à apreciação da prova, designadamente em promoção convencional do seu valor probatório e associada redução da liberdade de apreciação do decisor. *Tal como*, em consonância com esta limitação, as partes não podem celebrar convenções relativas à valoração da prova, no sentido do seu incremento, não podem *também* (no âmbito das convenções relativas ao ónus da prova) impor ao decisor que profira uma decisão própria de hipótese em que há valoração ou real adesão, por suporte em base empírica, a uma das versões do facto, dando-se esta por processualmente assente com base em informação probatória (prova na terceira dimensão), quando, por dúvida insanável, decide sem base em tal suporte.<sup>1239</sup>

De explicitar que, se, em ambas as hipóteses, as partes se substituem ao juiz na definição da solução (então meramente colector e reproduzidor, em expressão decisória, de conteúdo antecipadamente definido por autor e réu), não é esta, porém, a razão justificativa *comum* da proibição de ambas as modalidades convencionais. Na verdade, também quando em regime convencional inversor do ónus da prova se selecciona natureza decisória de cariz meramente excludente, há substituição das partes ao decisor na definição da solução, sem que tanto determine a invalidade da convenção de prova. Esta distinção (permissora da substituição, nesta segunda hipótese) compreende-se na medida em que, no quadro do ónus da prova, o juiz não alcança certeza, pelo que as partes se limitam a, nesse contexto de hesitação insuperável, gerir a dúvida. Diferentemente, quando incrementam o valor de meios de prova, definem, em substituição do decisor, o conteúdo da solução, em situação em que o alcance de certeza era ainda uma possibilidade (quando em exercício da jurisdição segundo o princípio da liberdade de apreciação de prova) ou resultado seguro (quando dotado, o meio de prova, de valor probatório legalmente fixado).

A característica (proibida), que ambas as modalidades de convenções partilham é a circunstância de ambos os regimes convencionais imporem a expressão decisória de certeza pelo juiz, como se aquela fosse fruto de ponderação deste, quando tal certeza não foi pelo mesmo alcançada (pela ausência de prova ou inconsequência da prova produzida na concreta acção) ou independentemente de tal efectivo alcance (quando as partes aumentam, convencionalmente, o grau valorativo da prova).

Quando decide mediante convocação das regras relativas à distribuição do ónus da prova, o decisor não pode, em síntese, denotar (nem lhe podem as partes impor que denote) certeza quanto à verificação de uma versão dos factos, por estar em causa hipótese que, justamente, se caracteriza pela dúvida (incerteza) insanável. Sendo esse o pressuposto de pronúncia com base nas regras do ónus da prova, não pode o juiz, simultaneamente, dizer-se em incerteza (o que faz como pressuposto para convocar aquelas regras), quanto à verificação da factualidade e adoptar expressão tradutora de certeza, quanto à verificação de uma das versões da mesma factualidade. A hesitação que preside ao espírito do julgador, quando decide com base nos critérios

---

<sup>1239</sup> A pronúncia jurisdicional, como nota CONTE, deve-se, nestes casos, tão só ao dever de proferir decisão que impende sobre o juiz, impondo-se-lhe, em qualquer circunstância, o *“ius dicere*, cioè ricostruire quella realtà giuridica destinata a sovrapporsi inevitabilmente alla realtà effettiva, non potendo il diritto nascondere zone d’ombra”, *Le prove civili*, 2. ed., aggiornata alla legge di riforma del processo civile 18 giugno 2009, n. 69, Milano: Giuffrè, 2009, pp. 55 e 56.

do ónus da prova deve, pois, encontrar espelho na neutralidade asseverante (quanto à real verificação de qualquer das versões) da expressão da decisão que profere.

Para além de incongruente, tal assunção decisória não é necessária. Pretendendo-se apenas obviar o *non liquet*, tanto alcança-se, como observado, mediante não confirmação de uma das versões, não se impondo a afirmação de que a contrária ocorreu. A situação de dúvida reflecte-se, com fidelidade, na decisão proferida, no sentido de que não foi possível concluir ter-se verificado *uma* das versões (não em decisão, no sentido de que se concluiu ter-se verificado a versão oposta), por esta via igualmente se colmatando o dilema gerado pela dúvida.

A referência ao *minus* (único resultado atingível nesta hipótese – de dúvida) é, por outro lado, consentânea com a máxima imparcialidade objectiva (correspondência com a realidade da versão da matéria de facto processualmente dada por assente) que se pretende obter, por estimular preventivamente as partes a desenvolverem esforços, no sentido da demonstração da versão que lhes interessa e reveladora da realidade do estágio decisório (de dúvida insuperável) que presidiu à decisão.

Adoptamos interpretação restritiva quanto à previsão normativa concessora da possibilidade de celebração de convenções relativas ao ónus da prova, entendendo que a inversão deste pode ter lugar mediante inversão do *objecto*, não mediante inversão do *critério* de decisão, quando esta segunda via opere por inversão do *tipo* de decisão (transmutado de não asseverante ou puramente excludente para asseverante).<sup>1240</sup>

---

<sup>1240</sup> Não representando, embora, em conformidade com os tipos de restrições enunciados, a natureza especial de algumas das normas legais de distribuição do ónus da prova, obstáculo à sua alteração por via convencional, discerne-se, porém, uma particular espécie normativa, relevante neste domínio, cuja singular razão de ser a torna insusceptível de derrogação por acordo das partes. Referimo-nos à prerrogativa, legalmente concedida ao decisor, de inverter o ónus da prova, na hipótese de não observância do dever de cooperação por qualquer uma das partes, em virtude de representar esta (prerrogativa) objecto de previsão normativa, cuja teleologia é determinada por razões de ordem pública especiais (não redutíveis aos interesses de natureza pública sempre associados à distribuição do ónus da prova, cuja tutela deixou de assumir carácter prevalecente ante os interesses e vontade das partes, uma vez legalmente incluídos os pactos derogadores de tal normatividade entre os acordos de prova validamente celebráveis), não superando, nessa medida, o crivo de controlo da validade em que a condição de validade enunciada em terceiro lugar se traduz, sendo que esta se revela, aqui, actuante em apuramento ancilar da previsão, nos termos da qual é admissível a celebração de convenções relativas à inversa do ónus da prova. Se às partes é dado circunscrever ou ampliar os meios de prova mobilizáveis, fora do seu alcance estará condicionar a exploração que o tribunal pretenda desenvolver relativamente à informação proporcionável pelos fundamentos decisórios que restem convocáveis, bem como, em corolário desta impossibilidade, condicionar as consequências a retirar do não cumprimento que, nesse contexto, tenha lugar, dos deveres processuais relevantes, em sede de prova, condição que é, a observância de tais deveres, justamente, da possibilidade de reunião de informação, de cariz probatório, susceptível de servir de base à decisão relativa à matéria de facto controvertida. Em causa está a via do dissenso, pelo que ao tribunal não são (para além do admitido pelo regime regulador das convenções de prova e, assim, pelas condições de validade dele constantes) coarctáveis os meios de resolução do litígio factual em consonância com o modo de operar próprio da actividade jurisdicional – adequada realização do direito no caso, a pressupor adequado apuramento dos contornos factuais deste. Em suma, se, como referido, normativamente se permite a restrição convencional dos meios legais de prova, já não se concede, porém, que, quanto aos meios de prova que não tenham sido objecto de circunscrição negocial pelas partes, possam estas, em não cumprimento dos deveres de cooperação, impedir que o

Interpretação a que subjaz o entendimento no sentido de que a possibilidade de, por via convencional, as partes inverterem o ónus da prova, se reconduz apenas à autorização da possibilidade de, em auto-regulação, distribuírem diferentemente (relativamente ao parâmetro legal) sob o ponto de vista subjectivo, o esforço de prova que sobre cada uma delas pode recair, assim negocialmente alterando o critério legal de definição da actividade de prova a desenvolver por cada um destes sujeitos processuais; não envolve já, tal arco teleológico, a outorga da prerrogativa de modificação, por via pactícia, da natureza da decisão a proferir, assim se excluindo a validade de convenções de prova em que as partes determinem a adopção de decisão tradutora de apuramento de conclusão no sentido da obtenção de certeza quanto à verificação de uma das versões, quando, não por estes sendo essa a real hipótese (por se encontrar o decisor em situação de dúvida insuperável) em causa, ao decisor apenas é viável, em coerência com esse estágio de dúvida e com o sentido de decisão que lhe é associado, afirmar não ter podido concluir-se verificada uma das versões.

Por outro lado, e ainda no que diz respeito ao âmbito do regime, relativo ao ónus da prova, passível de ser, validamente, objecto de convenções de prova, cumpre notar que a concessão normativa de que, por via pactícia, as partes invertam o ónus da prova, não comporta a concessão da possibilidade de *inversão do paradigma de sistema* subjacente ao instituto, convertendo o sistema processual, de sistema em que se proíbe o *non liquet*, para sistema em que este é admissível, sob pena de compromisso de valores que, porque dotados de relevo *suprapartes* (designadamente a paz jurídica, que a extinção do conflito potencia), determinam a natureza imperativa do regime em causa e, conseqüentemente, a nulidade do acordo de prova que com ele contenda. Tanto, em consonância, com a posição (no sentido da invalidade) sustentada por MICHELI, embora por razões diversas ante as que este invoca.<sup>1241</sup>

---

tribunal deles possa extrair ilações. Visando-se, por intermédio do exercício do poder-dever de inversão judicial do ónus da prova, obviar a que tanto suceda, não beneficiarão as partes da possibilidade de neutralizar, por via negocial, o efeito decorrente de tal exercício. Porque assim, a convenção de prova será nula, quando dela expressamente decorra a eliminação da possibilidade de inversão, não chegando a produzir efeitos na instância (e, assim, a nela valer como regra processual) o teor convencional, o mesmo se verificando, quando as partes prevejam, no acordo em causa, a inversão da inversão a que o tribunal venha a hipoteticamente proceder ou a que este tenha procedido. Quando, porém, as partes hajam, de modo válido, convencionalmente operado a inversão do sujeito sobre quem impende o ónus da prova, tal passa a ser (porque válida e eficaz) a regra processual a observar, em caso de dúvida insanável, pelo que a inversão do ónus da prova a que processualmente venha a haver lugar, por iniciativa do decisor, em conformidade com o legalmente previsto (por inobservância do dever de cooperação), verifica-se mediante decisão contra o sujeito inverso àquele sobre quem nos termos convencionais, impende o ónus da prova, que não mediante neutralização do efeito convencional inversor por declaração de nulidade do acordo em causa (porque válido este).

<sup>1241</sup> MICHELI sustenta que as partes “non possano vincolare convenzionalmente il giudice a pronunciare un *non liquet*, chè una tale pronuncia sarebbe contraria alla essenza stessa della funzione giurisdizionale”, *L’onere della prova*, Padova, CEDAM, 1966. p. 244. Não se afigura, cremos, absolutamente incompatível com o respeito pela essência da actividade jurisdicional, a adopção, como resposta do sistema jurídico para o problema da dúvida insanável quanto à matéria de facto controvertida, que o juiz se abstenha de decidir. Assim o denota a circunstância de tal critério ter sido adoptado no âmbito do sistema processual romano, sem que tanto tenha suscitado dúvidas relativamente ao carácter jurisdicional da actividade exercida. Diferente será apurar se essa representa a melhor solução, bem como se as partes dispõem da possibilidade de convencionalmente alterar o critério a esse respeito normativamente adoptado. Sobre a existência ou não de repartição de esforço

Às partes deve, assim, ficar vedada, *por um lado*, a possibilidade de, convencionalmente, inverterem a solução estrutural definida pelo sistema jurídico relativamente ao primeiro problema suscetível pela dúvida insanável no plano da matéria do facto (proferir ou não decisão), o que fariam acordando dever o tribunal conceder relevo absoluto à situação de *non liquet*, abstendo-se de proferir decisão resolutora da controvérsia factual, quando a insusceptibilidade de a dúvida poder ser causa impeditiva de prolação de decisão íntegra a natureza da estrutura sistémica; *por outro lado*, e no que concerne ao segundo problema<sup>1242</sup> gerado pela dúvida insanável (o do critério da decisão a adoptar), dever-lhes-á também estar vedada a possibilidade de, por acordo, determinarem que o juiz profira decisão reveladora de conclusão que não alcançou. No que a este segundo problema diz respeito, beneficiando, embora, as partes, da possibilidade de convencionar que ao decisor incumbe, em situação de dúvida, pronunciar-se em sentido contrário à parte sobre quem, de outro modo, não impenderia o ónus da prova, ocorra, tal inversão subjectiva, (mediante inversão do critério decisório), não lhes deve assistir a possibilidade de imporem que, por inversão negocial do segundo elemento integrante do critério de decisão (o tipo decisório) se transmute, para o tipo oposto, a natureza da formulação decisória que corresponde ao tipo de decisão em causa (mediante conversão da natureza não asseverante ou excludente em natureza asseverante), determinando o juiz a *exprimir* estado de espírito que não é o seu, a *fazer crer* beneficiar, a base da decisão, de uma consistência que não tem e a *significar* um processo decisório que não é o real.

Invalidez negocial reconduzível, nos termos do art. 345.º do Código Civil, a nulidade, por violação de regime jurídico determinado por razões de ordem pública. Razões que, no que diz respeito ao primeiro problema – inversão do sistema de proibição de omissão de pronúncia<sup>1243</sup> para sistema de omissão de pronúncia, em contexto de dúvida insanável – no essencial se reconduzem a razões de ordem e paz sociais, condicionadas que se encontram estas pela efectiva extinção jurisdicional do litígio. No que concerne ao segundo problema – inversão da natureza da decisão, de excludente (art. 414.º do Código de Processo Civil, na interpretação *supra* sustentada) para asseverante – as razões de interesse público determinantes da invalidade convencional prendem-se com o grau de imparcialidade objectiva decisória (condicionado que é pelo menor estímulo da actividade de prova que a inversão do tipo de decisão gera), bem como com a imprecisa reprodução (que a comutação do tipo de decisão também implica), em expressão decisória, do verdadeiro estado interno do decisor (por transmitir estado de certeza, quando o juiz se encontra em situação de dúvida insanável).

Preenche-se, assim, em ambas as hipóteses, a causa de invalidade enunciada em terceiro lugar, sendo que esta actua, nesta particular sede, a título ancilar (enquanto critério de apuramento do controlo de validade da modalidade de

---

de prova entre as partes, no âmbito da *legis actio sacramento in rem (vindictio)*, no antigo direito romano, *vide* BROGGINI, “La preuve dans l’ancien droit Romain”, *La Preuve*, Première Partie, Antiquité, Editions de la Librairie Bruxelles, XVI, Encyclopédique, 1964, pp. 273 e ss.

<sup>1242</sup> Quando o primeiro seja resolvido, no sentido da proibição de omissão de pronúncia.

<sup>1243</sup> Como decorre do previsto no art. 8.º, n.º 1 do Código Civil.

convenção de prova, cuja admissibilidade tipológica é permitida pela previsão normativa de possibilidade de válida celebração de convenções inversoras do ónus da prova).

#### *II.1.4. Repartição legal e convencional de funções*

Cumpre, por fim, que nos pronunciemos no que diz respeito ao problema deixado em aberto no termo das observações tecidas a propósito das convenções relativas à decisão da matéria de facto controvertida com base na prova.

Questionava-se se o que, até então se apurara (no sentido de que - considerando as modalidades de convenções de prova sobre que se reflectira - as hipóteses em que as convenções são validamente celebráveis, coincidiam com aquelas que têm por objecto domínios do regime da prova em que, nos termos gerais da repartição funcional entre partes e juiz, em sede de prova, aquelas podem livremente intervir), seria extrapolável para o plano das convenções de prova consideradas no seu conjunto (a incluir também as convenções relativas ao ónus da prova), circunstância que, a verificar-se, permitia concluir que esta modalidade de pacto (convenções de prova) só seria susceptível de ser validamente celebrada, quando incidente sobre âmbito do regime da prova correspondente a área em que aquelas pudessem actuar processualmente de modo válido, quando não munidas do veículo convencional.

Reduzido o problema ao seu mínimo denominador, reconduziu-se a dúvida à questão de apurar se as partes estariam *sempre* impedidas de, por via de convenções de prova, definir o conteúdo da decisão relativa à matéria de facto controvertida (por ser esse âmbito em que não lhes é dado intervir no domínio do regime legal extraconvencional). Tendo-se concluído não ser admissível a válida celebração de convenções relativas à decisão da matéria de facto controvertida com base na prova, a resposta seria de sentido afirmativo caso as convenções relativas ao ónus da prova padecessem, em qualquer circunstância, de invalidade.

Ante, porém, os resultados da reflexão desenvolvida no que concerne às convenções relativas ao ónus da prova, apurou-se poderem as partes (conquanto em respeito por fronteiras, cuja não transposição representa limite condicionante da validade negocial) celebrar, de modo lícito e eficaz, acordos reguladores desta matéria, assim lhes sendo dado intervir no segundo momento da fase decisória (momento conclusivo), definindo, em caso de dúvida insanável, o conteúdo da decisão a proferir quanto à factualidade controvertida. Quando assim, impõe-se, com carácter vinculativo, regime jurídico, decorrente da vontade das partes (manifestada em exercício de auto-regulação convencional) em âmbito do regime da prova em que, fora do perímetro convencional, a vontade das partes não releva, donde se extrai a inexistência de absoluta coincidência entre as áreas de validade e invalidade das convenções de prova, por um lado, e as áreas de possibilidade de exercício de actividade processual (no âmbito da prova e atenta a divisão legal de funções entre partes e decisor), pelas partes, nos termos gerais, por outro.

Conclui-se, pois, no sentido da ausência de perfeita sobreposição<sup>1244</sup> entre as áreas de legal repartição funcional entre as partes e juiz e as áreas de validade e invalidade das convenções de prova, atenta a circunstância de a área ocupada pela validade da convenção celebrada pelas partes superar a área da actividade processual susceptível de ser desenvolvida por estas, invadindo o espaço de actividade processual de exercício reservado ao decisor. Mantém-se intocado, o que, então, se dera por seguro, no sentido de que (colhendo a síntese do aí mais detidamente aduzido) às partes é sempre vedada a ingerência, em sede do regime de apreciação da prova, por qualquer uma das vias, então enunciadas. Da reflexão desenvolvida a propósito das convenções relativas ao ónus da prova, resulta, porém, em acréscimo daquela conclusão, que, com a intangibilidade correspondente à impossibilidade de afectação do regime jurídico legal, em matéria de apreciação da prova, se veda, de modo absolutamente estanque, a ingerência das partes em tal domínio, *quer* impedindo que esta ocorra pelas formas mais directas (nas diversas modalidades, então em particular referidas), mediante modificação das regras relativas à apreciação da prova, em criação ou remoção negocial de obstáculos<sup>1245</sup> à sua livre apreciação, *quer* impedindo que ocorra pela forma mais subtil, mediante adopção de tipo de decisão que permita fazer crer, pela expressão usada, em sede de decisão da controvérsia factual (em caso de dúvida insanável), ter havido (quando não houve) lugar a pronúncia suportada na consideração de prova. Impossibilita-se, em suma, *não só* que por vontade das partes, manifestada em convenção, se modifique o regime jurídico, legalmente previsto, regulador das hipóteses em que há lugar a apreciação da prova, *como ainda* que se exprima, a decisão jurisdicional, em termos que só são compagináveis com hipóteses em que o juízo assenta na consideração da prova, apesar de estar em causa hipótese (de dúvida insanável) em que tal suporte (probatório) não existe.

A proibição de contender com o regime de apreciação da prova envolve, em suma, não apenas a proibição de o alterar, como ainda a proibição de o aplicar (ou de aplicar características suas) em domínios em que não há apreciação de prova.

Com o que, não estando as partes impedidas de interferir, por via convencional, na definição do conteúdo da decisão, estão impedidas de o fazer, *quando* tal interferência ocorra por via de regulação do regime relativo às inferências a retirar do material de prova - quer em alteração do conteúdo de tal regime, quando aplicável este (porque em causa contexto em que se decide com base na prova), quer o façam por indevida aplicação de dimensões próprias do regime de apreciação da prova (natureza asseverante da decisão) em caso em que aquele não é aplicável (porque, estando em causa situação de dúvida insanável, a decisão não assenta em prova).

Na medida em que, considerando a fase da decisão como um todo (e, assim, nos seus dois momentos – analítico e conclusivo), às partes só é dado intervir (e apenas por via convencional) no âmbito do segundo momento, em sede de definição do conteúdo decisório, e exclusivamente nas hipóteses em que este (conteúdo jurisdicionalmente definido) não assente na prova (considerada na sua terceira dimensão), dir-se-á, sob um ponto de vista global, que a impossibilidade de interferência privada, por via pactícia, é *relativa* no momento conclusivo e *absoluta* no

<sup>1244</sup> Revelando-se esta apenas tendencial.

<sup>1245</sup> Legais, nesta segunda hipótese – de remoção.

momento analítico. Tomando um ponto de vista particular (sob o qual se considerem apenas as hipóteses em que a informação proporcionada pela prova disponível no processo seja logradamente mobilizada para extinção da controvérsia factual), dir-se-á que tal impossibilidade é absoluta, em qualquer dos momentos (analítico e conclusivo).<sup>1246</sup>

Centrada, até agora, a atenção sobre o problema do ónus da prova, em sentido próprio, passaremos a considerar um outro contexto, no âmbito do qual, é também feita (ao nível do elemento literal do regime legal) alusão à noção de ónus da prova, em termos que, a nosso ver, implicam a convocação da figura, em sentido impróprio.

## II.2. Ónus da prova em sentido impróprio - convenções ampliadoras e convenções restritivas de manifestações legais de meios de prova

Como referimos a propósito da primeira modalidade de convenções de prova tratada (ampliadoras ou restritivas dos meios de prova), será este o momento em que nos pronunciaremos sobre as *convenções ampliadoras ou restritivas de manifestações legais de meios de prova*. Fazêmo-lo na presente sede (a propósito das convenções relativas à *decisão* da matéria de facto) dado que, embora por meio deste tipo de pactos se introduzam alterações (no sentido da ampliação ou da restrição) do número de meios de prova<sup>1247</sup> de convocação admissível num dado processo, não há, quanto a estes (manifestações legais de meios de prova) lugar a actividade instrutória (a desenvolver na fase *pré-decisória*), nem, conseqüentemente, análise de informação colhida por via desta, pelo que representam fundamento decisório, cujo relevo essencialmente emerge na *fase decisória*.<sup>1248</sup>

---

<sup>1246</sup> Assentando, assim, esta, em base densa.

<sup>1247</sup> Em sentido amplo.

<sup>1248</sup> Tanto constitui circunstância decorrente do facto de (como observado na penúltima nota) não estar em causa meio de prova, em sentido próprio (enquanto canal de transporte de informação da realidade para o processo – informação consubstanciadora de prova na sua terceira dimensão, a ser colhida na fase *pré-decisória* e objecto de exame, pelo decisor, no momento analítico), antes critério de decisão da matéria factual controvertida, reconduzível a raciocínio lógico-indutivo. Adentro da fase decisória, o seu relevo não sobreleva apenas, porém, no momento decisório *propriamente dito* (sub-momento do momento conclusivo da fase decisória, em virtude de, no contexto deste fundamento decisório, haver também lugar a consideração de informação sobre a qual o tribunal desenvolve actividade analítica (no momento de análise, enquanto sub-momento da fase decisória). Esta actividade incide, porém, não sobre informação colhida para o processo por meio de prova (em sentido estrito, enquanto canal transmissor de fluxo informativo do real para a instância), que as presunções não são, e, por isso, não sobre prova considerada na sua terceira dimensão – informação probatória –, em sentido próprio, coincidente com a natureza que a informação assume no âmbito da prova de abrangência semi-ampla (essa – informação – só proporcionada por meios de prova em sentido estrito – fundamentos declarativo e demonstrativo), antes sobre factos processualmente assentes. A natureza da actividade analítica desenvolvida num e noutro caso diverge, por outro lado, na medida em que, como acima sublinhado, a actividade de análise, que tem por objecto prova, em sentido próprio, assume carácter *absortivo* (de apreensão e ponderação da informação – imagem do real – que o meio de prova faculta), quando a actividade de análise incidente sobre factos assume carácter *criativo*, por se traduzir na construção (pelo legislador) de uma imagem do real (quanto ao facto desconhecido, controvertido) a partir do conteúdo factual disponível, relativo a facto conhecido, não coincidente, por natureza, com a

temática factual controvertida. Cumpre explicitar. Todo o fundamento de decisão da matéria de facto suportado em base empírica implica uma *estrutura* bivalente constituída por *base* de trabalho e *método* de trabalho, resultando do labor jurisdicional realizado em conjugação de ambos, o fruto em que se traduz a resposta à matéria factual controvertida. O método de trabalho é desenvolvido em duas fases: a fase em que se aprecia a base de trabalho, em ordem a formar convicção, quanto a realidade ocorrida e a fase conclusiva. Nesta, distingue-se a fase conclusiva propriamente dita, em que, num primeiro momento, se apuram os contornos que a realidade assumir e, num segundo momento, contrastando a imagem do real assim formada com a constante da formulação da controvérsia factual, sem concluir corresponder aquela à realidade ou não (ser verdadeira ou não), assim se considerando provada ou não, consoante coincida ou não com o quadro de realidade apurado pelo decisor. O critério para apurar se a versão de factualidade objecto de controvérsia corresponde ou não à que se verificou (e, assim, se é verdadeiro ou não – conclusão que traduzira o teor da decisão a preferir) é, assim, sempre o da coincidência. Na fase expressiva há lugar a prolação de decisão, sendo as temáticas interrogativas sem que a factualidade controvertida se traduz formalismos substituídos pela declaração judicial, quanto à mesma realidade, em que a decisão se consubstancia. Os métodos de trabalho reconduzem-se, essencialmente, a dois, associando-se, cada um deles, a diferentes categorias de bases decisórias e assumindo diferente relevo em cada uma das referidas fases do processo decisório. O primeiro método traduz-se no recurso ao critério de aferição de coincidência ou não entre dois polos postos em relação, estabelecendo-se uma apreciação comparativa entre ambos. O segundo tipo de método implica, diferentemente, a criação de uma relação sequencial entre os dois elementos assim mobilizados de modo conjugado. Considerando a fase conclusiva propriamente dita, é o primeiro o método de que se faz uso, quando a base de decisão da matéria de facto controvertida represente fundamento meramente declarativo ou demonstrativo. Faz-se uso do segundo método, quando o fundamento em causa assuma carácter lógico-indutivo. No âmbito dos dois primeiros fundamentos, a actividade decisória desenvolve-se nas seguintes fases: após decurso da fase de absorção processual da importância probatória – prova na sua terceira dimensão, procede-se, na fase analítica, à apreciação crítica (por regra de acordo com o princípio de mera apreciação) da base de trabalho [em que a informação proporcionada pelo canal (meio de prova) de contacto com a realidade se traduz], em ordem a concluir, no primeiro momento da fase conclusiva propriamente dita, se aquela *coincide* ou não com o real, e, nessa medida, se assume ou não carácter verídico. Por via da conclusão que, neste contexto, apure, forma o decisor uma imagem da realidade sobre cuja verificação se apura; imagem com base na qual verificará, no segundo momento da fase conclusiva propriamente dita, se a versão factual *coincide* ou não com a versão correspondente à imagem que no momento anterior formou. No âmbito da decisão com base em fundamento – lógico-indutivo, não há lugar, ao momento (prévio à fase analítica) de absorção de informação probatória, partindo-se (diferentemente do que sucede na hipótese acabada de considerar), de uma base também empírica, mas dada já por processualmente adquirida (suporte *factual*). Tal aquisição e o seu tratamento ter-se-ão verificado em momento anterior (independente relativamente à estrutura probatória em que ora se atenta). A apreciação desenvolvida na fase analítica respeita, assim, a base já consolidada, pelo que a análise não visa apurar do carácter verídico ou não de informação proporcionada por canal de contacto com a realidade, mas das ilações a retirar da base firme de que se dispõe. O que tem lugar mediante recurso a método sequencial. Assim, e diferentemente do que sucede, quando o método se suporta em relacionamento de concordância ou coincidência (em que se verifica se o conteúdo informativo em que um dos pólos se traduz, conjuga ou não com o pólo com aquele posto em referência), se pressupõe que o teor informativo de um pólo seja diverso do pólo com que aquele é inter-relacionado, averiguando-se se o segundo é extraível, por associação (lógica informal, na medida em que não ancorada em critérios de pura lógica-formal – antes na conjugação entre a estrutura de raciocínio que parte do geral para o particular e os dados da experiência, numa base de probabilidade), do primeiro. Na sequência de tal apreciação entre os dois pólos (facto base da presunção e facto presumível), o decisor formará, no primeiro momento da fase conclusiva uma imagem, quanto à realidade verificada (facto presumido); imagem com base na qual verificará, no segundo momento da fase conclusiva propriamente dita, mediante mobilização do método de coincidência, a versão factual controvertida com ela coincide ou não, concluindo, em função do resultado assim detido, de veracidade ou não daquela. O princípio da livre apreciação da prova pode, assim, relevar duplamente, quando a decisão da matéria de facto controvertida, assenta em presunções judiciais. Nessa hipótese, a informação probatória serve de base à decisão (segundo o critério de livre apreciação, caso não se verifique nenhum caso de prova legal) a proferir quanto ao facto *base* (em

### II.2.1. Manifestações legais de meios de prova

Como *supra* observado<sup>1249</sup>, as manifestações legais de meios de prova reconduzem-se a presunções jurídicas.

Encontrando-se a *base de decisão* da matéria de facto controvertida, ora em causa – presunção jurídica– já legalmente prevista, pareceria ser este um meio de prova (em sentido amplo) insusceptível de poder ser qualificado como novo meio de prova, não representando, assim, objecto possível de convenção inovadora, ao nível dos fundamentos de decisão da matéria de facto controvertida. Contudo, e não obstante a presunção jurídica traduzir fundamento decisório em que, de facto certo, se retira a certeza relativamente a versão factual incerta, *cada relacionamento* estabelecido, desta forma, *entre factos*, representa nova presunção.

Importa, no presente plano de análise (relativo às convenções de prova contendentes com esta base de decisão), discernir diferentes tipos de presunções, tomando por critério distintivo o sujeito autor da conexão entre os factos (base e principal). Tornam-se, sob este ponto de vista, divisáveis as presunções *judiciais* (da

---

momento ainda estranho à operatividade da presunção). A livre apreciação (em sede de raciocínio inferencial), pelo julgador, desta informação (factual) permitir-lhe-á, por outro lado, de tanto retirar ilações, no sentido da verificação do facto presumido. A definição do conteúdo decisório pode ser estabelecida pelo juiz ou pelo legislador. Quando o seja pelo primeiro, este intervém, enquanto ajuste decisor construtor (contanto que a construção seja desenvolvida de acordo com critérios legalmente fixados); quando o seja pelo segundo, o primeiro intervém como agente decisor que reproduz, em concreto, a definição feita, em abstracto, pelo segundo. Quer um, quer outro, podem desenvolver tal actividade definidora, mediante recurso ao método da coincidência ou a método sequencial. O juiz define o conteúdo decisório por apelo a critério de coincidência quando, em exercício de livre apreciação de prova, valora a informação proporcionada pro fundamento declarativo ou demonstrativo; socorre-se do método sequencial quando aquele livre exercício se desenvolve sobre base factual, no âmbito de fundamento lógico-indutivo correspondente a presunções de facto. O legislador define (no plano abstracto, a mimetizar, em concreto, pelo decisor) o conteúdo da decisão a proferir, mediante recurso ao critério da coincidência, quando associa valor probatório pré-determinado à informação proporcionada por certos meios de prova (representativos de fundamento declarativo ou demonstrativo) e mobiliza o critério sequencial, quando estabelece presunções legais. Na primeira hipótese, a actividade analítica e valorativa e desenvolvido, em abstracto no plano legal, incumbindo ao decisor aferir apenas, no segundo momento da fase conclusiva propriamente dita de coincidência entre o resultado apurado, naquele plano, e a versão factual controvertida; na segunda hipótese, do mesmo modo, a actividade analítica e inferencial tem lugar, em abstracto, no plano legal, encontrando eco concreto, quando no segundo momento da fase conclusiva propriamente dita apurando-se a imagem do real em que tal inferência se traduz, coincide ou não com aquela em que se consubstancia a correspondente à versão controvertida, conclui no sentido da veracidade ou falsidade desta. Em particular sobre a estrutura das presunções legais absolutas e relativas, TOMBARI, “Note in tema di presunzioni legali”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Settembre, 1991, Anno XLV, N.3, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, pp. 918 e ss. Para uma perspectiva histórica do relevo jurídico-processual da figura da presunção, tomando por referência inicial o séc. XVIII, vide CORDOPATRI, “Presunzione (diritto processuale civile)”, *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, Vol. XXXV, 1986, pp. 280 e ss.

<sup>1249</sup> Parte I, Secção I, Subsecção I, b).

autoria do decisor) e as presunções *não judiciais* (da autoria de outro ente que não o decisor), sendo, no que a estas últimas diz respeito, distinguíveis, em abstracto, as presunções *legais* (da autoria do legislador) e as presunções *convencionais* (criadas pelas partes, mediante acordo, de prova, celebrado entre estas).

A previsão, em pacto de prova, de novas presunções, corresponderá, assim, à criação, por via negocial, de fundamento de decisão (presunções convencionais) que, como KNECHT sublinha<sup>1250</sup>, se pretende equiparável (no que diz respeito à vinculação do decisor por ente externo) à presunção legal, (só não beneficiando de idêntica designação atenta a diversa fonte subjectiva de que cada um destes tipos de presunções jurídicas promana).

A diferente natureza da presunção jurídica condiciona também o critério a que deve obedecer a sua previsão: quando em causa presunção judicial, o legislador limitar-se-á a prever, normativamente, a possibilidade de mobilização em juízo desta particular modalidade de presunção jurídica; a convocação, pelo decisor, de presunções não judiciais, como base de decisão da matéria de facto controvertida, não se basta, porém, com a previsão da possibilidade de tal mobilização - pressupõe, diferentemente, o concreto estabelecimento de relação conectiva entre factos (conexão a estabelecer, legalmente, se presunção legal, ou em pacto de prova, se presunção convencional), ou seja, a antecipada previsão de manifestações de meios de prova.

Nestes termos, se, quando, legal ou convencionalmente, se criam novos laços inferenciais entre factos (associando-se-lhes a qualidade de factos base da presunção ou de factos presumidos), não está em causa a criação de novos meios de prova sob o ponto de vista *categorial* (a categoria presunção encontra-se contemplada na lei),<sup>1251</sup> há, contudo, lugar a previsão de novos meios de prova, sob o ponto de vista *tópico* (porque presunções concernentes a factos relativamente aos quais não se estabelecia, antes, qualquer relação de inferência relevante no plano da decisão jurisdicional da controvérsia factual).<sup>1252</sup>

---

<sup>1250</sup> *Die Beweisverträge im Zivilprozeß*, Freiburg im Breisgau, Buchdruckerei Rudolf Rosswog, 1937, p. 38.

<sup>1251</sup> No que diz respeito à perspectiva categorial, distingue-se a *categoria conjunta* (no âmbito da qual se explicitam as características comuns a todas as presunções jurídicas – art. 349.º do Código Civil), das *categorias parcelares* (no âmbito das quais se enunciam, separadamente, o regime comum às presunções legais e às presunções judiciais – arts. 350.º e 351.º do Código Civil, respectivamente). No âmbito de cada categoria parcelar discernem-se as *manifestações tópicas ou particulares*, a que se reconduzem os singulares elos conectivos estabelecidos entres factos (presunções jurídicas concretas). As convenções de prova podem, em tese, no que ao regime das presunções jurídicas diz respeito, consubstanciar via negocial de intervenção, no plano *categorial conjunto* (extinguindo esta base possível de decisão, quando legalmente prevista, nas duas modalidades que comporta), no plano *categorial parcial* (extinguindo a categoria parcelar das presunções judiciais ou prevendo, quando legalmente não contemplada, a categoria parcelar das presunções judiciais) e no plano das *manifestações tópicas ou particulares* (extinguindo manifestações concretas da categoria parcelar das presunções legais ou criando presunções convencionais). Hipóteses representativas de regimes convencionais sobre que reflectiremos, no âmbito do quadro de ponderação, ora aberto.

<sup>1252</sup> Reflectindo sobre o carácter típico ou atípico da prova por presunção, Barbosa MOREIRA distingue entre “a forma como o tribunal tem conhecimento do indício” e o “raciocínio que faz para extrair uma conclusão acerca do facto principal”, sustentando que, no que diz respeito ao primeiro, a prova será

Se, com a referência aos traços enunciados, consideramos elementos de união entre as presunções legais e as presunções convencionais, importa, de outro lado, considerar o relevo das notas distintivas, entre ambos os tipos de presunções, dentre as quais sobressaem a diversidade do autor e o diverso tratamento normativo que cada uma merece, no que diz respeito à sua admissibilidade: se as primeiras são fruto de criação legal e, as segundas, consequência de auto-regulação negocial privada, o sistema jurídico contempla, expressamente, a admissibilidade das presunções legais<sup>1253</sup> (sob o ponto de vista categorial, enunciando, igualmente, concretas manifestações legais dessa categoria parcelar de base decisória), não prevendo, contudo, de modo expresse, a admissibilidade de presunções convencionais.

É sobre a admissibilidade destas últimas que importa, na presente sede, reflectir, sendo certo que, da incontestada admissibilidade de recurso a presunções legais, enquanto base densa de decisão sobre a matéria de facto controvertida, não é, em virtude da destrição assinalada, automaticamente extraível a admissibilidade de válida criação de presunções convencionais. Por outro lado, da circunstância de normativamente se prever a possibilidade de válida criação, por via convencional, de novos meios de prova, não é também imediatamente retirável a admissibilidade de criação convencional de presunções jurídicas, na medida em que, como acima pudemos observar, estas só em sentido amplo representam meios de prova, não obstante configurarem (à semelhança dos meios de prova em sentido estrito) fundamentos possíveis de decisão extintiva da controvérsia factual.

Importa, pois, perceber a natureza deste particular suporte decisório (presunções jurídicas), a fim de dispor de elementos sobre os quais se alicerce o raciocínio a desenvolver em torno do problema sobre que ora atentamos.

Se a razão do tratamento desta matéria no contexto das convenções relativas à *decisão da controvérsia factual* se prende com os motivos que acima enunciámos, a circunstância de, *adentro dessa modalidade*, o fazermos no âmbito das convenções relativas ao ónus da prova, deve-se ao facto de aquela base decisória ser frequentemente relacionada com este último.<sup>1254</sup>

A compreensão da natureza da presunção jurídica passa, porque assim, também pela relação desta figura (presunção) com o instituto do ónus da prova. Razão por que a reflexão sobre os problemas relevantes, quando se considera a admissibilidade ou não de recurso à auto-regulação negocial, no âmbito das presunções jurídicas (validade ou invalidade de convenções de prova criadoras de

---

típica ou atípica, consoante o conhecimento tenha ou não sido obtido de uma “forma prevista e regulada na lei”. No que concerne ao segundo, entende que o carácter típico ou atípico da prova dependerá da circunstância de a lei contemplar ou não este meio de prova, “Observaciones sobre las llamadas pruebas atípicas”, *Revista de Derecho Procesal*, n.º 3, 1999, p. 549. Dado entendermos que a nota caracterizadora da prova por presunção reside apenas no segundo aspecto, temos que o carácter típico ou atípico deste fundamento decisório depende apenas da circunstância que o autor enuncia, quanto a ele, em segundo lugar.

<sup>1253</sup> Cfr. art. 350.º do Código Civil.

<sup>1254</sup> A título de exemplo, JAUERNIG define as presunções legais como “normas jurídicas que regulam o ónus da prova” (“*Gesetzliche Vermutungen sind Rechtssätze, die die Beweislast regeln*”), *Zivilprozessrecht*, 29. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2007, p. 167.

presunções convencionais) será antecedido por percurso aproximativo às especiais particularidades que se possam revelar caracterizadoras da natureza daquelas (presunções jurídicas); percurso no âmbito do qual o instituto do ónus da prova representará dimensão especialmente convocada.

Em breve relance de antevisão, esboçamos os principais eixos da problemática a considerar em momento posterior, justificativa deste *prelúdio* (aproximativo à natureza da presunção), dizendo que a ponderação que a relação entre a figura das presunções jurídicas e o acordo em que a convenção de prova se consubstancia, suscita, se desdobra em dois domínios, sendo cada um deles considerado, no essencial sob duas dimensões

No âmbito do *primeiro domínio*, indagar-se-á, sob a *primeira dimensão*, da possibilidade de as convenções de prova representarem fonte de criação de *novas* presunções jurídicas (presunções convencionais); sob a *segunda dimensão*, reflectir-se-á sobre a possibilidade de, por via do mesmo tipo de negócio jurídico, *eliminar*, as partes, presunções legais, hipótese em que as convenções de prova representariam causa de extinção daquele tipo de base decisória, a nível tópico ou categorial parcelar. No âmbito do *segundo domínio* (relativo às presunções judiciais) ponderar-se-á, sob a *primeira dimensão*, se as convenções de prova podem representar fonte *criadora* dessa categoria parcelar de presunções jurídicas (quando legalmente não prevista) e sob a *segunda dimensão*, se podem constituir causa extintiva dessa mesma categoria, admitindo que já prevista, esta, no quadro normativo do sistema processual que se considere.

### II.2.2. Presunções e ónus da prova – relação

A fim de dispor de elementos para aferir da necessidade ou não de adoptar, relativamente às convenções de prova, reguladoras de presunções jurídicas, um regime distinto daquele que se viu valer quanto às convenções relativas ao ónus da prova.

Iniciemos, de acordo com o método proposto, o momento *preliminar*, de procura de compreensão da figura da presunção, fazendo incidir, de modo especial, a atenção sobre a relação susceptível de ser discernida entre aquela e o ónus da prova. A conexão entre ambos é, por regra, estabelecida mediante associação da *primeira à inversão* do ónus da prova.<sup>1255</sup> Conexão a que o legislador procede, sob o ponto de vista literal, na norma constante do art. 344.º, n.º 1 do Código Civil.<sup>1256</sup> Concepção nos termos da qual a presunção é tomada, na expressiva locução de PEZZANI, “*meccanismo*” através do qual “*si fa perno sugli oneri probatori*”<sup>1257</sup> e que subjaz ao entendimento de ANDRIOLI, quando observa que a função desenvolvida pelas presunções legais “à

---

<sup>1255</sup> ROSENBERG nota que “em nenhuma outra parte existe tal confusão entre a linguagem e os conceitos como na doutrina relativa às presunções”, o que conduz ao difundido entendimento de que “toda a distribuição do ónus da prova tem o seu fundamento na existência ou inexistência de uma presunção”, *La carga de la prueba*, 2. Edición, IB de f, Montevideo, Buenos Aires, 2002, pp. 233 e 234.

<sup>1256</sup> “As regras dos artigos anteriores invertem-se quando haja presunção legal, dispensa ou liberação do ónus da prova, ou convenção válida nesse sentido, e, de um modo geral, sempre que a lei o determine”.

<sup>1257</sup> *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 128.

análoga” à prosseguida através dos pactos relativos ao ónus da prova.<sup>1258</sup> Em visão diversa, SCHÜLLER sublinha que a nota caracterizadora da presunção se traduz na “deslocação” do tema de prova (“...verschiebt zunächst nur das Thema des Beweises”), que não na inversão do ónus da prova (“Die Vermutung führt also grundsätzlich nicht zur Umkehrung der Beweislast...”).<sup>1259</sup> Para o mesmo entendimento propendem Antunes VARELA, Miguel BEZERRA, Sampaio e NORA<sup>1260</sup>, Alberto dos REIS<sup>1261</sup>, PATTI<sup>1262</sup> e (ainda que de modo não absolutamente categórico) FOYER.<sup>1263</sup>

Começaremos por indagar das razões justificativas dessa aproximação, procurando apurar os pontos comuns a ambas as realidades: presunções e ónus da prova.

Indagação a desenvolver, considerando os dois pólos, em análise, segundo *dois* critérios: sob o ponto de vista do *raciocínio presuntivo* e sob o ponto de vista do *esforço de prova*.

---

<sup>1258</sup> “Presunzioni (Diritto civile e Diritto processuale civile)”, *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Torino, UTET, 1966, pp. 768.

<sup>1259</sup> *Die Wirksamkeit von Beweisverträgen nach geltendem Prozeßrecht*, Göttingen, 1932, p. 33. Como *infra* melhor se explicitará, partilhamos da perspectiva do autor, no que diz respeito à segunda parte da asserção. No que concerne à primeira, cremos ser de precisar que o tema da controvérsia se mantém inalterado – o facto, cuja verificação ou não se pretende apurar, por assumir relevo processual, continua a ser o facto a presumir. Prescinde-se, porém, de que o esclarecimento desse tema controvertido tenha lugar por meio de prova, em sentido próprio, havendo recurso a prova tão só em sentido amplo (mediante prova, a desenvolver por mobilização de meio de prova, esse em sentido próprio, quanto a um outro facto: facto base). Conserva-se, pois, incólume o *thema probandum*, modificando-se o tipo e a natureza da prova a que este obedece e alterando-se o objecto dos meios de prova, em sentido próprio (que passam a ter por objecto o facto base).

<sup>1260</sup> Os autores salientam que a presunção “não elimina o ónus da prova, nem modifica o resultado da sua repartição entre as partes. Apenas altera o *facto* que ao onerado incumbe provar: em lugar de provar o *facto presumido*, a parte onerada terá de demonstrar a realidade do facto que serve de *base à presunção*”, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, Reimpressão, 1985, p. 503.

<sup>1261</sup> ALBERTO DOS REIS dissocia, com clareza, os dois domínios, observando haver que “distinguir entre presunção *tantum juris* e *dispensa ou exoneração do ónus da prova (relevatio ab onere probandi)*. Nota que, se a presunção “dispensa o interessado de provar o facto desconhecido, contanto que prove o facto conhecido” (favorecendo “o titular, porque a presunção é estabelecida para casos em que o facto conhecido é mais fácil de provar do que o facto desconhecido”), “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 à parte contrária o ónus da prova do contrário (inversão do *onus probandi*)”, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. III, 3ª Edição, Reimpressão, Coimbra Editora, 1950, p. 249. Rita LYNCE DE FARIA sustenta que, em caso de presunção legal, “além de uma inversão”, existe “uma alteração do objecto da prova”, *A Inversão do Ónus da Prova no Direito Civil Português*, Lex, Lisboa, 2001, p. 34.

<sup>1262</sup> PATTI nota, de modo assertivo, que, “a differenza delle regole sull’onere della prova”, as presunções relativas “fanno riferimento a particolari presupposti estranei alla fattispecie, e modificano pertanto il tema della prova”, *Le Prove Parte generale*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, p. 133.

<sup>1263</sup> FOYER observa que a presunção legal “est moins une dispense de preuve, un renversement du fardeau de la preuve, qu’un déplacement de l’objet de la preuve, qu’un déplacement de l’objet de la preuve. L’intéressé est dispense de prouver et le juge de constater le fait que la loi presume, mais il doit prouver celui auquel la présomption légale le rattache, comme permettant de conclure à son existence”, “L’Evolution du Droit des Preuves en France depuis les codes Napoleonicens”, *Recueils de La Société Jean Bodin pour L’histoire Comparative des Institutions*, XIX, *La Preuve*, Quatrième Partie, Période contemporaine, p. 194.

A partilha de espaço comum é total, numa primeira frente, e parcial, numa segunda.

### II.2.2.1. Raciocínio presuntivo

O primeiro aspecto de cotejo (raciocínio presuntivo), corresponde a domínio relativo a várias dimensões do processo e que, em matéria de prova, abrange diversas áreas, designadamente as que respeitam ao *onus da prova*, às *presunções jurídicas* e aos meios de prova a que corresponda valor probatório *legalmente fixado*.<sup>1264</sup>

Em todas as áreas em que o raciocínio presuntivo releva se verifica uma mesma circunstância comum: sem base em actividade de verificação concreta, desenvolvida pelo decisor, em exercício do poder de livre apreciação, relativamente à propriedade de informação veiculada por meio de prova, em sentido estrito, de um elemento conhecido, retira-se um elemento de teor desconhecido, representando, este último, a dimensão que se assume como verificada (que, se pré-assume – que se presume), sendo que os elementos em relação são factos.<sup>1265</sup>

Adentro da amplitude com que o raciocínio presuntivo (e, assim, da presunção) é, neste sentido amplo, considerado, distingue-se o campo das presunções, em sentido *próprio* (integrado pelas presunções judiciais e não judiciais), caracterizado pela dupla circunstância de, por um lado, o facto base corresponder a factualidade convocada, na instância (pelas partes ou pelo decisor) e nela dada por processualmente assente, bem como, por outro lado, pela circunstância de o estabelecimento de relação entre os factos ser feita de forma explícita na decisão e no que respeita às presunções *não judiciais*, também no plano legislativo (na hipótese de presunções legais)<sup>1266</sup> ou no

---

<sup>1264</sup> Assim também, quando se associe significado legalmente fixado a fundamento de decisão da matéria de facto não reconduzível a prova, como sucede, quando haja lugar a revelia operante. Miguel MESQUITA sublinha-o, quando refere que “a presunção de veracidade dos factos articulados pelo autor é relativa, podendo até ser contrariada por qualquer outra prova que o autor junte aos autos”, “A revelia no processo ordinário”, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Lebre de Freitas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 1087.

<sup>1265</sup> A pré-assunção decorre, na hipótese de meios de prova, em sentido estrito, dotados de valor legal pré-determinado, da circunstância de, quando aplicável, o sentido decisório ser heteronomamente determinado (relativamente ao decisor) e definido em abstracto; quanto às presunções legais, do facto de, além de aquela definição ser feita em abstracto, decorrer de raciocínio puramente inferencial (criador de informação com base em lógica de probabilidade) e, no caso das presunções judiciais, desta última circunstância (raciocínio inferencial), não obstante ela ter lugar em contexto concreto, porque fruto da actividade do juiz na particular acção.

<sup>1266</sup> No âmbito das presunções legais, o legislador estabelece uma relação particular entre factos e meios de prova, à semelhança do que sucede a montante, quando prevê factos de prova regulada. Diferentemente, porém, do que sucede nesta segunda hipótese, os factos em causa, na primeira hipótese, são, não apenas factos, objecto de prova, como também factos tornados parte integrante (enquanto pressupostos) do meio de prova, nesse quadro elevados à condição de factos base da presunção, da sua verificação, sendo feita decorrer a obtenção, por indução, de informação probatória (esta relativa ao facto objecto de prova – facto presumido), em concretização da eleição normativa de uma dada versão factual. Reconduzindo a *ratio* das presunções *iuris tantum* ao intuito legal “di favorire” uma determinada “regolamentazione della fattispecie, considerando sussistenti, in modo provvisorio, elementi di fatto a cui non sono collegati effetti giuridici”, a fim de tutelar “determinati interessi”, assim

plano negocial (na hipótese de presunções convencionais). Diversamente, no âmbito do ónus da prova e dos meios de prova dotados de valor probatório, legalmente fixado, não obstante a ilação, retirada pelo legislador (presumida) decorrer da articulação presuntiva entre duas dimensões (uma conhecida e outra desconhecida)<sup>1267</sup>, estas não correspondem a factos dados por processualmente assentes, de modo formal, no seio da matéria de facto a considerar para efeitos de decisão.<sup>1268</sup> Por outro lado, o raciocínio presuntivo que preside à definição do regime jurídico não é, nestas hipóteses, denunciado no enunciado normativo literal a que aquele raciocínio subjaz, dele não transparecendo.

Estando em causa raciocínio presuntivo, em sede de prova, observa-se o elemento comum de, em todas as hipóteses haver lugar a selecção (electiva ou exclusiva, como *infra* se aprofundará) de uma versão da factualidade controvertida, a exprimir em sede de decisão. Diverge, contudo, o ente que procede à definição da versão a seleccionar, correspondendo ao decisor (que, porque dotado de plena liberdade decisória, intervém na feição de decisor – construtor), na hipóteses das presunções judiciais, e ao legislador, no plano abstracto, bem como nas hipóteses correspondentes ao ónus da prova, presunções legais e demais fundamentos de decisão da matéria de facto controvertida, dotados de valor probatório legalmente fixado (intervindo, nestes casos, o decisor, em desenvolvimento reprodutivo e concretizador daquela eleição normativa).<sup>1269</sup>

Considerando a relação de distinção estabelecível entre a presunção legal (enquanto fundamento decisório a que subjaz raciocínio presuntivo abstracto) e os demais fundamentos de decisão da matéria de facto controvertida, observa-se que a

---

privilegiando, o legislador, uma versão dos factos, “ammettendo la possibilità che gli interessati dimostrino la mancanza di coincidenza tra la verità favorita dalla legge e quella reale”, PATTI, *Le Prove Parte generale*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, p. 134. Na exposição do raciocínio em que produz estas afirmações, o autor sustenta que tal privilegiamento de uma das versões opera “attraverso la ripartizione dell’onere”. Atendendo à separação (acima observada) entre presunções e ónus da prova, cremos que com a expressão “onere” se não reportará, em rigor, a este, mas, a título global, ao encargo ou esforço de prova. *Infra* procuraremos estabelecer relação entre as presunções e a distribuição do esforço de prova.

<sup>1267</sup> Dimensão desconhecida que representa, em ambas, a versão factual, cuja verificação importa esclarecer. Dimensão conhecida que se reconduz, na hipótese de prova legal, à existência do meio de prova a que é atribuída especial força probatória e, na hipótese de ónus da prova, à qualificação normativa da versão factual sobre cuja ocorrência processualmente se indaga.

<sup>1268</sup> Não obstante, no que diz respeito aos meios de prova, cujo valor esteja previamente determinado, os factos conhecidos terem de constar do processo, pelo que constituirão, necessariamente, uma realidade neste Assim, por exemplo, a decisão suportada em documento autêntico (dotado de força probatória plena), pressupõe que a prova do facto em que se traduz a emissão de documento com essa qualidade conste do processo, não obstante não se integrar, esse aspecto fáctico, no círculo de factualidade que, de forma expressa, o tribunal dá por assente. No sentido da dissociação entre presunções legais e prova legal, *vide* GOLDSCHMIDT, *Derecho, Derecho Penal y Proceso, II Derecho Procesal Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 205.

<sup>1269</sup> No âmbito das presunções convencionais, aquela definição electiva é realizada pelas partes, em ordem a ser objecto de concretização processual pelo decisor. A presente observação respeita tão só à caracterização deste tipo de presunção, não lhe subjazendo, de momento, qualquer tomada de posição relativamente à sua admissibilidade ou não. Sobre esse ponto nos pronunciaremos mais à frente. Para relação entre probabilidade e vontade, no contexto da presunção, *vide* DECCOTTIGNIES, *Les présomptions en droit privé*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon & R. Durand-Auzias, Paris, 1950, pp. 24 e ss.

diferença entre a hipótese em que o juiz afirma *ter-se verificado* uma das versões, invocando presunção legal, e as hipóteses em que o faz sem recurso a fundamentos de decisão, dotados de valor probatório legalmente fixado (antes de acordo com o princípio da livre apreciação da prova), reside no critério de decisão, em que suporta tal declaração – a opção do legislador, realizada no plano abstracto, que se impõe ao juiz, a quem incumbe reflecti-la na concreta decisão que profere, na primeira hipótese; a convicção formada pelo julgador, decorrente do juízo que autonomamente formou, na sequência da análise da informação empírica a que teve acesso, na segunda hipótese. Em qualquer um destes casos, o juiz profere decisão, tomando por base convicção que exprime quando emite pronúncia extintiva da controvérsia factual: a convicção revelada pelo legislador e reproduzida pelo juiz, no âmbito da presunção legal; a formada pelo julgador, nas demais hipóteses.

Quando a relação comparativa se estabeleça entre a presunção legal e outros fundamentos decisórios, dotados de valor probatório especial, legalmente determinado, a diferença respeita ao tipo de matéria empírica em cada um envolvida – de natureza factual, no primeiro caso, de índole probatória no segundo. O que confirma não constituir, a presunção legal, meio de prova, em sentido próprio – antes mero critério de decisão, assente na convicção do legislador,<sup>1270</sup> que permite que se conclua, no sentido da verificação de uma certa versão dos factos, independentemente da existência de informação *probatória* (apenas de facto assente) nesse sentido. Dispensa, portanto, a produção de prova e torna irrelevante (ao nível da efectiva operatividade da presunção uma vez não infirmada – se infirmável- a eleição em que se consubstancia) a que se tenha produzido.<sup>1271</sup> No âmbito das demais hipóteses de prova legal, a convicção do julgador alicerça-se nas conclusões que retira da apreciação proporcionada pelos meios de prova (em sentido estrito) relevados processualmente, razão por que, por princípio,<sup>1272</sup> pressupõe o recurso à prova (informação empírica de índole probatória).

Resta ainda, no quadro do cotejo que ora se opera, estabelecer relação distintiva entre a presunção legal e o instituto do ónus da prova, confronto que terá lugar no âmbito do segundo critério comparativo que discernimos.

---

<sup>1270</sup> Convicção abstracta e inferencialmente formada, a partir de factos concebidos como realidades categoriais, susceptíveis de virem a assumir densidade concreta no processo. Trata-se, como COMOGLIO refere, de “consequenza” inferencial, “ricavata a priori da un fatto assunto come noto”, *Le prove civili*, terza edizione, UTET, 2010, p. 650.

<sup>1271</sup> A prova pode assumir relevo como causa de ilisão da presunção, determinando, caso esta (ilusão) se consuma, a não aplicação deste fundamento decisório. Pode, assim, a prova (enquanto informação empírica proporcionada por meios de prova, em sentido estrito) relevar, no contexto das presunções, como factor determinante da inaplicabilidade de presunções ilidíveis. Não constitui, porém, em nenhum caso, elemento de convocação necessária para funcionamento da estrutura presuntiva, uma vez não afastado o relevo da selecção de versão factual que a presunção representa. Sobre as razões passíveis de determinar a construção de presunções legais relativas, *vide*, TARUFFO, COMOGLIO e FERRI, *Lezioni sul processo civile, I, Il processo ordinario di cognizione*, 4ª ed., il Mulino, Bologna, 2011, p 482.

<sup>1272</sup> Ressalva-se a hipótese em que a decisão se alicerce em presunção judicial, circunstância em que, não obstante a convicção em que a decisão se suporta corresponder a convencimento exclusivamente formado com base no exercício do poder de livre apreciação desenvolvido pelo julgador sobre material empírico processualmente disponível, este (material) representa informação de índole factual e, assim, não probatório.

### II.2.2.2. Esforço de prova

#### 2.2.2.1. Distribuição do esforço de prova

Cumpre, assim, fazer a transição entre o primeiro e o segundo critérios de análise, observando que o ónus da prova se distingue das demais hipóteses, quando se considerem as *razões* determinantes da selecção (a que em todas há lugar) de uma certa versão da factualidade controvertida: se, no que diz respeito ao *ónus da prova*, o *objectivo* primeiro é superar a situação de impasse decisório, optando-se por fazê-lo, mediante *distribuição*, entre as partes, do risco da dúvida (e, assim, do *esforço* de prova), o que opera através da *exclusão* (selecção *exclusiva*) de uma das versões factuais (sendo esta o *meio* adoptado para consecução daquele escopo), no que concerne à hipótese de decisão com base em *presunção* verifica-se o fenómeno inverso: o *objectivo* a atingir consiste na *eleição* de uma dada versão da factualidade controvertida, apostando, o definidor do critério selectivo, declaradamente, no sentido de selecção preferencial dessa versão, cuja verificação *afirma* (não se limitando a excluir a verificação da inversa), sendo que esta escolha *poderá* vir a repercutir-se no que diz respeito ao grau de esforço probatório a desenvolver por cada uma das partes.

Ambas as hipóteses de base decisória dão, pois, lugar a que apenas uma das versões factuais remanesça, de modo relevante, no processo. No primeiro caso, tanto representa a via de consecução de um particular e imediato *objectivo* (ultrapassagem do bloqueamento decisório gerado pela dúvida incontornável), cuja realização se alcança mediante raciocínio excludente, expresso em decisão não asseverante; nas demais hipóteses, a opção por uma das versões representa o *objectivo* imediatamente prosseguido e conseguido mediante eleição da versão factual preferencial; eleição a exprimir (quando para tanto verificados os pressupostos) em decisão de cariz asseverante. Se, na primeira hipótese, a deliberada distribuição do esforço de prova *comporta*, como implicação (porque meio de realização dessa repartição), o escrutínio electivo de uma versão, é, na segunda, este último, que, implicativamente *pode* reflectir-se em alteração do grau de dificuldade de prova para uma das partes. Reflexo que não tem lugar, quando a *presunção* assuma carácter judicial e que pode ou não verificar-se, quando a *presunção* tenha natureza não judicial (legal ou convencional).<sup>1273</sup>

O que, numa hipótese (ónus da prova), representa causa criadora da necessidade de desenvolvimento do raciocínio presuntivo (necessidade de graduação

---

<sup>1273</sup> É a *possibilidade* de esta repercussão se verificar ou não que faz com que, como inicialmente observámos em texto, a pertença de ambas as figuras ao domínio da repartição do esforço de prova não seja absolutamente coincidente (nele se integrando, com carácter necessário, o ónus da prova e, apenas com carácter possível, as *presunções*). O espaço é, contudo, comum, no que concerne à pertença à área do raciocínio presuntivo (por sempre a este haver lugar, seja no âmbito do ónus da prova, seja no âmbito das *presunções* jurídicas). Sobre o relevo do elemento probabilidade no âmbito destas últimas, DECOTTIGNIES, *Les présomptions en droit privé*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon & R. Durand-Auzias, Paris, 1950, pp. 10 e ss.

do esforço de prova), representa, na outra, mera dimensão eventualmente associada ao raciocínio presuntivo, sendo este determinado por causa distinta.

Os contextos aplicativos de uma e outra são, assim, também distintos. Se o ónus da prova releva uma vez esgotada a actividade analítica e de formulação de conclusão sem que tenha sido possível obter resultado útil, ficando, o decisor em situação de dúvida inultrapassável, as demais hipóteses relevam em fase anterior a este limite de impasse decisório, sendo que, por natureza, quando, por imposição, absoluta ou relativa, da versão factual, cuja eleição consubstanciam, o raciocínio presuntivo, que a estas é co-natural, se aplique, o extremo pólo da dúvida incontornável, processualmente relevante, nunca será atingido. Esta dúvida será resolvida mediante convocação do regime do ónus da prova, que não das normas reguladoras das hipóteses em causa.<sup>1274</sup>

Acresce que, porque, justamente, na primeira hipótese, o fito que determina o desenvolvimento de raciocínio presuntivo, pelo legislador, é a necessidade de superação da dúvida insanável, por ausência de informação probatória proporcionadora de apuramento decisório, aquela eleição se faz sem suporte em evidência empírica concreta (directamente relacionada com o caso), antes na teórica qualificação categorial normativa de factos, apoiando-se, por isso, no que acima designámos base *branca*; diferentemente, nas demais hipóteses de suporte da decisão da matéria de facto controvertida a decisão electiva ancora-se na existência de elementos materiais concretos, sustentadores da opção entre a versão a que há lugar, assentando, por isso, em base *densa*.<sup>1275</sup>

---

<sup>1274</sup> Como adiante melhor se observará, o impacto da presunção, no que respeita ao regime do esforço de prova, aumentará à medida que se progrida no nível de investimento depositado na eleição que cada presunção legal consubstancia. Tanto não significa, porém, que, ao aumento nessa escala gradativa, corresponda maior intensidade e, assim, uma discrepância entre as partes na distribuição do esforço de prova, sendo que esta disparidade pode mesmo ser atenuada. Se nas presunções simples não existe regime próprio de distribuição de esforço de prova, e nas presunções qualificadas ilidíveis existe regime próprio, no âmbito, do qual o favorecimento de uma das partes se associa ao posicionar do encargo processual de criar a dúvida na área de actuação da parte oposta, no quadro das presunções qualificadas inilidíveis o maior impacto por estas gerado no regime de distribuição do esforço de prova manifesta-se na dispensa de doseamento desse esforço entre as partes como meio de favorecimento de uma delas – o favorecimento (mais intenso, relativamente ao que se verifica nas presunções a que se associa grau menor de investimento) de uma das partes tem lugar em contexto de eliminação de qualquer esforço de prova para ambas as partes, assim, sob este ponto de vista, igualadas. Sobre a relação entre o regime das presunções legais e as regras da prova, *vide* COMOGLIO, *Le prove civili*, terza edizione, UTET, 2010, pp. 650 e ss.

<sup>1275</sup> As normas reguladoras do ónus da prova, por um lado, e as normas previsoras de especial valor probatório, quanto a meios de prova, em sentido estrito, bem como as presunções não judiciais, de outro lado, *respondem*, assim, a *problemas* diferentes. As primeiras são mobilizadas pelo decisor, depois de esgotada a fase de apreciação de prova sem obtenção de certeza (depois de “percorrido o ciclo da instrução”, nas palavras de ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. III, 3ª Edição, Reimpressão, Coimbra Editora, 1950, p. 271), relativamente à verificação ou não verificação da versão factual controvertida, delas se retirando solução para a questão – em que sentido decidir, ante dúvida incontornável relativamente à matéria factual controvertida? As segundas são mobilizadas antes de iniciada a actividade de análise de prova, pretendendo, por intermédio dessa convocação, o decisor obter esclarecimento relativamente ao critério de análise a observar no momento processual que se inicia (momento analítico da fase decisória) – critério de análise crítica, em exercício de poder de livre apreciação da prova, ou critério puramente reprodutivo de sentido decisório antecipadamente fixado.

Em síntese, e restringindo o raciocínio aos dois pólos sob observação (presunções legais e ónus da prova): se, no que diz respeito ao ónus da prova, está sempre em causa regime distribuidor do esforço de prova e, em consequência deste, sempre a selecção, por exclusão (manifestada em decisão não asseverante) de uma versão factual (em virtude de ser esta pressuposto de verificação necessária à operacionalização daquela distribuição), no âmbito das presunções está sempre em causa a selecção, por eleição, manifestada em decisão asseverante, de uma versão factual, sendo que, para tanto, não é indispensável que ao regime da presunção se associe regime próprio de distribuição de esforço de prova (tanto dependerá do grau de investimento na probabilidade de efectiva verificação da versão factual a cuja eleição se procede),<sup>1276</sup> nem que, quando este (regime próprio de distribuição) tenha lugar, as consequências dele decorrentes sejam diversas (designadamente inversas) das que decorrem do regime do ónus da prova.

Distinção que cumpre evidenciar.

#### 2.2.2.2. Categorias de presunções

##### a) Critérios

Consideraremos, num primeiro momento, a figura das presunções legais, caminhando, em percurso analítico, das presunções ilidíveis para as presunções inilidíveis e tomando, como *critérios de análise*, o *grau de investimento na real verificação da versão factual eleita*, o *impacto no esforço de prova* e a *identidade da parte beneficiada pela eleição*.

---

Da relevância de presunção decorre, para aquele (decisor), a necessidade de adoptar senda decisória que, figurativamente, COMOGLIO diz *“preconfezionata” della lege*, *Le prove civili*, terza edizione, UTET, 2010, p. 650. Delas se extrai, porque assim, solução para a questão: sob que padrão – de autónoma construção ou de concreta reprodução de solução heteronomamente pré-determinada – desenvolver ponderação sobre o material empírico (factual ou probatório, em sentido estrito) processualmente disponível para resolução da controvérsia factual?

<sup>1276</sup> Se a concessão, pelo legislador, de um determinado e acrescido (relativamente ao que decorre do princípio da livre apreciação) valor probatório, a certo fundamento da decisão da matéria de facto controvertida, implica investimento daquele (legislador) na versão factual proporcionada por esse meio de prova, o que distingue o investimento a que há lugar, em sede de meios de prova, em sentido semi-amplio (fundamento declarativo e demonstrativo) e em sede de fundamento lógico-indutivo legal é a circunstância de o legislador desconhecer qual a versão factual que pode promanar daqueles, quando é ele que a define nesta última hipótese. Compreende-se, por isso, que o grau de interferência do legislador, em sede de fixação da matéria de facto controvertida assuma natureza e intensidade diversas em cada uma das hipóteses, o que justifica que também diverso possa ser (atentas essas diferentes implicações e envolvimento na fixação factual), o regime a observar, quanto à aplicabilidade da lei no tempo. Para reflexão sobre este problema, explicitando as especificidades que assume no particular âmbito da presunção de paternidade introduzida pela Lei n.º 21/98, de 12 de Maio, *vd.* REMÉDIO MARQUES, “Investigação de paternidade Aplicação no tempo da Lei n.º 21/98, de 12 de Maio”, *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 1, n.º 1, 2004, esp. pp. 23 e ss.

i) Primeiro critério – presunções simples e qualificadas

No que diz respeito ao *primeiro critério*, distinguimos as presunções *simples*<sup>1277</sup> das presunções *qualificadas*, correspondendo, estas últimas, a hipóteses em que o grau de investimento é mais intenso. Integram-se, nas primeiras (presunções jurídicas *simples*), as circunstâncias em que, no âmbito do regime jurídico das presunções, o grau de investimento do criador da presunção corresponde ao nível *mínimo*, o que o leva a determinar que a selecção factual electiva heteronomamente definida ceda ante a mera dúvida. Incluem-se, no âmbito das segundas (presunções *qualificadas*), as circunstâncias em que o grau de investimento na eleição de uma versão factual controvertida é superior, podendo, adentro deste, distinguir-se dois níveis, correspondentes a planos de intensidade diferentes: um primeiro, de intensidade de investimento *intermédio*, em que a selecção (da versão factual) a que há lugar só cede mediante prova do contrário e um segundo, de intensidade de investimento *superior*, em que a eleição efectuada não cede em nenhuma circunstância.

Níveis de investimento da versão factual controvertida que, no que diz respeito ao grau de intransigência na manutenção da eleição, encontram correspondência nos níveis distinguíveis quando se consideram os estratos: da livre apreciação da prova (no âmbito das presunções *simples*),<sup>1278</sup> da prova plena (no âmbito das presunções qualificadas integradas no nível intermédio) e da prova pleníssima (no âmbito das presunções qualificadas integradas no nível superior).

O reflexo (ditado legalmente) da presunção, ao nível do conteúdo decisório, poderá, assim, ser mais ou menos intenso, conforme a menor ou maior extensão de hipóteses em que a inferência presuntiva cede ante o estágio do processo interno de decisão que o juiz, enquanto julgador, tenha alcançado.

O diferente grau de tensão entre os dois padrões,<sup>1279</sup> variável entre os três referidos níveis (que considerámos de acordo com um critério de influência crescente do padrão legal sobre o padrão decorrente da livre apreciação do juiz) conduzirá, em cada um deles (níveis), a diferentes formas de articulação, entre a convicção autonomamente formada e a fundamentação da decisão pronunciada.

No âmbito do nível mínimo, o padrão legal efectivo (e, assim, o investimento depositado na verificação da versão factual que lhe corresponde) cede imediatamente ante a dúvida incontornável do decisor, quanto à ocorrência da versão em causa (hipótese em que a decisão será proferida, segundo as regras distributivas do ónus da

---

<sup>1277</sup> Antunes VARELA, Miguel BEZERRA e Sampaio e NORA incluem neste plano as “*presunções naturais ou de facto* (as *praesumptiones hominis*), *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, Reimpressão, 2006, p. 504. No mesmo sentido, Manuel de ANDRADE, *Noções elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, Nova Edição, revista e actualizada, 1993, p. 215.

<sup>1278</sup> Tanto não significa, porém, que a previsão de presunção simples se revele inócua, não sendo, em consequência dela, como de seguida se verificará, aplicável, nesse caso, o mesmo regime jurídico que relevaria caso, na hipótese de inexistência de presunção, o decisor actuasse em conformidade com o princípio da livre apreciação da prova concebido na sua máxima amplitude.

<sup>1279</sup> Definição *autónoma* ou definição *concretizadora* de sentido decisório heteronomamente estabelecido.

prova) e, por maioria de razão, ante a convicção por este formada, quanto à verificação da versão contrária àquela relativamente à qual o legislador revela, em eleição abstracta, preferência (hipótese em que a decisão será proferida com base na certeza formada, pelo julgador, em autónoma apreciação crítica da prova, ou no resultado que apure em conformidade com o regime legal de que decorra valor probatório previamente fixado, no plano abstracto, de meios de prova, em sentido estrito). Não se verificando nenhuma destas duas últimas hipóteses, por coincidir a apreciação internamente desenvolvida pelo decisor com a selecção legal, o fundamento da decisão asseverante no sentido da verificação de tal versão factual será a presunção legal, tornando dispensável fundamentação de outra natureza<sup>1280</sup> (noutras circunstâncias<sup>1281</sup> necessária, como forma de justificar a conclusão que se exprime).

No nível intermédio, a adesão do legislador a uma das versões impõe-se mesmo quando o decisor fique, no plano da apreciação que interiormente desenvolva, em situação de dúvida. Quer o decisor partilhe internamente da opção legal, quer fique em posição de indefinição (que, na ausência de presunção, conduziria à mobilização das regras do ónus da prova), o fundamento da decisão será a presunção legal.

Só assim não acontecerá (deixando o padrão legal de se impor ao do decisor), quando o juiz dispuser de elementos que lhe permitam formar certeza e proferir decisão, no sentido de se ter verificado a versão inversa àquela para que o legislador propendia, no quadro da eleição manifestada na presunção legal.

No terceiro nível (superior), o padrão legal sobrepõe-se, de modo absoluto, ao padrão interno de ponderação do julgador, sobrelevando-o qualquer que seja o estágio de convicção íntima que aquele alcance. Ainda que, pois, o juiz haja fundamentadamente formado convicção, no sentido de verificação de versão oposta à seleccionada pelo legislador, decidirá em sentido inverso, tomando por base a presunção legal. A selecção legal, aqui realizada em investimento máximo, não cede nesta hipótese, nem ante prova do contrário.<sup>1282</sup>

---

<sup>1280</sup> A invocação de outra fundamentação, conquanto dispensável, não é proibida. A ter lugar, porém, não permite prescindir da fundamentação presuntiva, pelo que só poderá ter lugar com carácter complementar relativamente a esta. A selecção electiva do legislador não deve, pois, deixar de encontrar reflexo na fundamentação decisória do tribunal. Revelar-se-á suficiente, neste caso, sob o ponto de vista de observância do dever de fundamentação, a referência à presunção como forma de justificar a *certeza afirmada*. Caso, porém, tenha havido lugar a produção ou junção de prova com o intuito de gerar a dúvida ou certeza, quanto à versão inversa, importa, nos termos gerais, invocar, em sede de fundamentação, as razões justificativas da inoperatividade de tais subsídios, enquanto meios de geração de dúvida ou de certeza de sentido contrário. Por outro lado, e apesar de a presunção, quando aplicável, ter de ser suporte de decisão e poder ser o único suporte desta (por isso a dissemos suporte suficiente), não ficará, por isso, o decisor desonerado de, em sede de fundamentação, confortar, a conclusão, quanto à verificação do facto presumido, com a indicação de outros meios de prova (caso a estes tenha havido lugar), cujo contributo informativo tenha permitido formar convicção em idêntico sentido (assim reforçando a consistência da pronúncia jurisdicional, no que respeita à adequação do sentido decisório desta constante).

<sup>1281</sup> De inexistência de presunção.

<sup>1282</sup> Sobre a distinção, *vide* Manuel de ANDRADE, *Noções elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, Nova Edição, revista e actualizada, 1993, p. 215, bem como ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil*

À semelhança do que acontece, quando o legislador atribui especial valor probatório a determinados meios de prova (tomados estes em sentido estrito), também aqui (presunções legais) o legislador sobrepõe o sentido decisório por si definido ao resultado que decorreria da livre apreciação da prova realizada pelo juiz, tornando-o (o resultado, quando tal sobreposição se consume) irrelevante. Em ambos os casos se condiciona, em consequência, em grau variável, a liberdade do decisor, em sede de apreciação da informação sobre que incide a sua análise.

Tal condicionamento acontece, porém, no primeiro caso, mediante limitação do juiz *na* actividade de apreciação da prova (quando se tome esta por informação empírica probatória, transportada do real para o processo por fundamento decisório que, assim, representa veículo canalizador de informação do primeiro para o segundo – por isso meio de prova, em sentido próprio. A decisão a proferir continuará a ter por base a *prova*, mas a conclusão valorativa, quanto à informação pela mesma proporcionada, beneficia de fonte legislativa, que não judicial. No segundo caso (presunção legal), o juiz beneficia apenas *da* eventualidade de, no contexto desta particular base decisória, poder vir a deliberar com base na prova (tomada no mesmo sentido), sendo que esta eventualidade releva apenas nas hipóteses em que a eleição legal da versão factual possa ceder (circunstância só hipotizável se a presunção assumir natureza ilidível). A irrelevância da valoração judicial da prova (quando ocorra), no quadro deste fundamento, não significa (ao contrário do que sucede, quando em causa outros meios de prova – esses em sentido próprio ou semi-amplio – enquadráveis na prova legalmente dotada de especial força probatória) sobreposição da valoração legal, relativa à mesma (prova), ante a valoração jurisdicional desta; diferentemente, a decisão não assenta na prova (informação empírica de índole probatória), prescindindo-se desta, antes se ancorando na inferência que o legislador retire de factos (informação empírica factual), sendo que, ademais, no que diz respeito a esta última, ao raciocínio judicial indutivo que sobre tal construção fáctica pudesse incidir, se sobrepõe a indução abstractamente desenvolvida pelo legislador.<sup>1283</sup>

---

*Anotado*, Vol. III, 3ª Edição, Reimpressão, Coimbra Editora, 1950, pp. 248 *ess.* Para distinção entre as verdadeiras presunções jurídicas e hipóteses (de “regras de fundo impropriamente designadas presunções legais”, DECOTTIGNIES, *Les présomptions en droit privé*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon & R. Durand-Auzias, Paris, 1950, pp. 41 e *ss.*

<sup>1283</sup> Em qualquer uma das hipóteses de base densa, a densidade caracteriza-se pelo facto de assumir natureza empírica, sendo que a índole varia: reconduz-se a informação meramente declarativa, quando o fundamento é declarativo, a informação não puramente declarativa valoranda, quando o fundamento é demonstrativo e a factos, quando o fundamento é lógico-indutivo. O terceiro tipo de base difere das duas primeiras, em virtude da sua natureza consolidada (factos processualmente assentes, correspondentes ao facto-base da estrutura presuntiva – facto conhecido), caracterizando-se aquelas pelo seu carácter controverso; controversia a eliminar na sequência da apreciação a que haja lugar, na fase analítica. Difere, por outro lado, da primeira por não assumir natureza puramente declarativa. O segundo tipo de base diverge da primeira por não assumir natureza puramente declarativa e da terceira por ter carácter valorando (valoração que permitirá extinguir a incerteza quanto à sua veracidade); características identificadoras da prova, em sentido próprio. Partilha com a primeira a natureza controvertida e a associada circunstância de ser objecto de valoração para eliminação de dúvida relativamente ao seu carácter verdadeiro ou não; características identificadoras da prova, em sentido estrito. A primeira base distancia-se das demais, em virtude da sua natureza puramente declarativa, partilhando com a segunda a sua índole não consolidada.

Não se condiciona, em rigor, em nenhuma das hipóteses, o processo interior de avaliação do decisor – condiciona-se, de modo mais preciso, o relevo processual desse processo interior.<sup>1284</sup>

Justamente porque assim (porque o intuito é o de imposição de sentido decisório, em desconsideração, total ou parcial, do estado de espírito do decisor e, em consequência, do sentido decisório para que este tenda), não se visa, por meio da figura das presunções legais, resolver a situação gerada pela ausência de convicção do decisor, antes impor um sentido decisório por sobreposição a esse processo de formação de convicção (quer este tenha conduzido à obtenção de uma conclusão – em sentido coincidente com o seleccionado pelo legislador, nas presunções ilidíveis, ou em qualquer sentido, nas inilidíveis; quer não, ficando o decisor em situação de dúvida – nas presunções ilidíveis qualificadas e nas presunções inilidíveis).

Em síntese, se as regras de decisão do ónus da prova se destinam a suprir a ausência de convicção, a regra de decisão em que cada presunção se traduz visa suplantar, destituindo de relevo processual *autónomo*<sup>1285</sup> a convicção que o julgador logre formar ou a sua ausência.

*ii) Segundo critério – presunções neutras, consonantes e não consonantes*

No que concerne ao *segundo critério*, distinguimos as presunções *neutras* (não beneficiárias de regime próprio, em sede de distribuição de esforço de prova) das presunções destituídas de neutralidade e, dentro destas, as presunções *consonantes* e *não consonantes*, conforme a natureza igualitária ou desigualitária da distribuição do esforço de prova, a que as partes ficam submetidas e a que a presunção autonomamente dá origem, seja ou não igual identificável com a natureza da distribuição do mesmo esforço a que aquelas estariam subordinadas se, ante dúvida insanável, processualmente relevável, do decisor, houvesse mobilização do regime do ónus da prova.

*iii) Terceiro critério – presunções coincidentes e não coincidentes*

Relativamente ao *terceiro critério* distinguem-se as presunções *coincidentes* das presunções *não coincidentes*, consoante a versão eleita mediante funcionamento da

---

<sup>1284</sup> Condicionamento que opera mediante previsão de circunstâncias em que tal processo carece de relevo. Se esse representa traço de união entre as presunções legais e os meios de prova, em sentido estrito, dotados de valor probatório legal e antecipadamente determinado, constitui traço distintivo, relativamente ao regime do ónus da prova, em sentido particular, na medida em que este decorre, justamente, da circunstância de, concedendo-se relevo ao processo interno do decisor (coincidente, nessa hipótese, com estado de dúvida insanável), se procurar superar o problema processual (de impasse) por ele gerado.

<sup>1285</sup> Em grau diferente, consoante o tipo de presunção em causa.

presunção se identifique ou não<sup>1286</sup> com a versão a cuja selecção a mobilização do regime do ónus da prova conduziria.<sup>1287</sup>

## b) Visão integrada

Congregando, em reflexão concretizadora, os referidos critérios de análise, com os enunciados tipos de presunções legais, diversas hipóteses se desenham como admissíveis.

Destacaremos algumas delas, em ordem a obter condições de confronto com o ónus da prova (assim dispondo de base para aferição da existência ou não de autonomia entre ambos), sendo que para mais aberta exposição de raciocínio, mobilizaremos, em todas as hipóteses a enunciar, um mesmo tipo de facto presumido (considerado na duplicidade de versões que pode assumir).

Admita-se, em primeiro lugar, que, do facto x, o legislador retira, mediante presunção e salvo contraprova,<sup>1288</sup> a verificação do facto y<sup>1289</sup> (não pagamento). Trata-se de presunção *ilidível, simples, neutra e não coincidente*. Ilidibilidade decorrente da circunstância de se contemplar a possibilidade de concreta infirmação da versão factual, objecto de investimento legal. Cedendo mediante mera contraprova (por isso presunção simples) e, assim, perante a dúvida, a presente presunção não comporta qualquer regime próprio no que diz respeito ao esforço de prova – caso se crie situação de dúvida insanável, esta resolve-se mediante recurso às regras do ónus da prova. Será este o critério regente, pelo que, por natureza, não sendo diversas as regras que, em caso de dúvida insanável, sempre seriam aplicáveis, caso não existisse presunção, não poderá haver alteração do esforço de prova decorrente da aplicação desse critério. Razão por que a presunção assume, nesta hipótese, carácter *neutro*. A versão factual controvertida, objecto de eleição pelo legislador, em sede de presunção, é, por outro lado, a mesma que se toma por processualmente relevante quando, na hipótese de dúvida incontornável, quanto ao pagamento ou não pagamento, se convoquem as regras gerais de distribuição do ónus da prova, donde a natureza *coincidente*.

---

<sup>1286</sup> A inexistência de coincidência entre versões, objecto de selecção num e nouro contextos, implica que o sujeito sobre quem, num domínio, impende o maior esforço de prova seja a parte *inversa* àquela sobre quem, no outro domínio, tal esforço incide. Desta asserção não se retira, porém, que as presunções legais impliquem inversão do ónus da prova ou que, quando, no âmbito destas, haja lugar à mencionada inversão do sujeito sobre quem impende o maior esforço de prova, haja inversão do ónus da prova. Esta relação (entre inversão do ónus da prova e inversão da parte a quem se associa grau acrescidamente intenso de esforço de prova) representa ponto sobre que nos reportaremos, no âmbito do raciocínio que ora se desenvolverá no corpo do texto. Idêntico mapeamento é aplicável quanto aos demais meios de prova dotados de valor probatório, legalmente fixado.

<sup>1287</sup> Como *infra* se verá, a propósito das presunções inilidíveis, este critério não se confunde com o anterior, podendo, a presunção legal, assumir natureza simultaneamente *não consonante e coincidente*.

<sup>1288</sup> Facto base.

<sup>1289</sup> Facto presumido.

Considerando, agora, hipótese em que, do facto x, o legislador retira, salvo contraprova, como facto y, o pagamento, estar-se-á, identicamente, e pelas mesmas razões mencionadas na hipótese antecedente, ante presunção *ilidível*,<sup>1290</sup> *simples*<sup>1291</sup> e *neutra*.<sup>1292</sup> A versão factual, objecto de eleição corresponde, porém, à inversa da seleccionada<sup>1293</sup> nos termos do regime geral do ónus da prova, quando aplicável, pelo que oposto será também o sujeito processual a quem interessa a confirmação da versão factual, objecto de preferência legal. Razão por que a presunção assumirá natureza *não coincidente*.

Se, porém, o legislador retirar, salvo prova do contrário, do facto base x, como facto y, o não pagamento, tratar-se-á de presunção *ilidível, qualificada*,<sup>1294</sup> *destituída de neutralidade, consonante e coincidente*. Nesta hipótese, a presunção abraça um regime distribuidor de esforço de prova próprio (donde não beneficiar de natureza neutra), nunca se vindo a aplicar o regime do ónus da prova, na medida em que, ainda que o decisor se encontre interiormente em situação de dúvida, tanto não assumirá relevo processual próprio,<sup>1295</sup> em virtude de a certeza (adveniente da selecção legal electiva) a que a presunção conduz, sobrelevar aquela incerteza, não se chegando a suscitar o problema da dúvida incontornável. Constitui, assim, a inferência presuntiva, a *resposta* com que, *à partida*, o tribunal tem o dever de iniciar o percurso processual de decisão, em ordem à prolação de pronúncia esclarecedora da controvérsia factual. Nesta medida, a dúvida, conquanto passível de subsistir, com carácter insuperável, no espírito do julgador, nunca assoma, com relevo processual autónomo, ao *tabuleiro da acção*, quando estejam em causa presunções qualificadas. A distribuição do esforço de prova decorre, neste caso, do regime próprio da presunção, razão por que o regime desta carece de neutralidade (antes se encontrando em nexos de compromisso directo com a determinação jurídica, por via da presunção legal, do sujeito sobre quem impende o maior esforço de prova). O regime de distribuição do esforço de prova (instituído pelo quadro jurídico da presunção), revela-se, nesta hipótese, conforme (e, por isso, *consonante*) com o que decorre da aplicação das regras de distribuição do ónus da prova quando, em caso de dúvida incontornável (insusceptível de relevar, como observado, em caso de previsão e efectiva aplicação de presunções legais), estas se apliquem, na medida em que também se faz recair o esforço de prova sobre uma das partes, bem como *coincidente* com aquele regime por ser a mesma a parte que se veria onerada (e, em consequência, a versão seleccionada) caso se decidisse com suporte em base branca.

Já se, na formulação legal, do facto presumido se retirasse, como facto y, salvo prova do contrário, o pagamento, a presunção se revelaria igualmente *ilidível, qualificada e consonante*, mas *não coincidente*, em virtude de a versão objecto de escolha legal no âmbito da presunção (e, consequentemente, a parte sobre quem

---

<sup>1290</sup> Porque susceptível de infirmação.

<sup>1291</sup> Porque cedente ante mera contraprova.

<sup>1292</sup> Porque destituída de regime próprio de esforço de prova, aplicando-se, em caso de dúvida insanável, as regras distributivas do ónus da prova (aplicáveis nos termos gerais).

<sup>1293</sup> Mediante exclusão da inversa.

<sup>1294</sup> Em nível intermédio de investimento na eleição operada, pelo que não cedente, como no nível inferior, ante mera contraprova.

<sup>1295</sup> Não determinando, em consequência, a convocação do regime do ónus da prova.

impõe maior esforço de prova) ser a oposta à que resultaria da selecção operada no âmbito do regime geral do ónus da prova.

As presunções inilidíveis, revelam-se sempre presunções *qualificadas dissonantes*. *Qualificadas* por se integrarem na categoria de presunções em que o grau de investimento, pelo legislador é mais intenso, correspondendo no seio desta, ao plano de investimento mais elevado, na medida em que a eleição da versão factual que consubstanciam não decai em nenhuma circunstância. Inversamente ao que sucede com as presunções simples (destituídas de consequências próprias, no que diz respeito ao esforço de prova), as presunções inilidíveis implicam, sempre, de modo autónomo, a produção de consequências no plano distributivo dos encargos probatórios das partes.<sup>1296</sup>

Por outro lado, também contrariamente ao que sucede com as presunções simples, em que a decisão segundo as regras do ónus da prova remanesce uma possibilidade, em virtude de a selecção da versão factual ceder ante a mera dúvida e de, em consequência, poder vir a gerar-se situação de dúvida insanável, dotada de relevo processual autónomo (aplicando-se, para sua solução, as regras próprias do ónus da prova), no domínio das presunções inilidíveis nunca há lugar a decisão da matéria de facto controvertida, segundo a mobilização desse bordão decisório, nunca assumindo, a dúvida insanável, protagonismo processual próprio. Característica que partilham com as presunções legais de grau intermédio<sup>1297</sup> (presunções ilidíveis). Diferentemente, porém, destas, que podem assumir carácter consonante ou dissonante (consoante impliquem ou não uma distribuição do esforço de prova diferente daquela que ocorre nas hipóteses em que, porque ante dúvida incontornável, há aplicação das regras do ónus da prova), as presunções que ora consideramos assumem sempre natureza *dissonante*, por determinarem um regime de esforço de prova sempre diverso daquele a que há lugar, quando se aplica o regime do ónus da prova. Se, no âmbito deste último, o ónus da prova (em sentido particular) incide apenas sobre uma das partes, incidindo sobre a parte que àquele se contrapõe, tão só o ónus de criar a dúvida (assim recaindo o maior esforço de prova sobre a primeira), as presunções inilidíveis eliminam (uma vez processualmente assente o facto base) a impendência de quaisquer ónus sobre as partes, não incidindo, sobre estas, qualquer esforço de prova – porque há eleição, pelo legislador, de modo irrefutável, de uma versão factual, a parte por ela prejudicada, fica *impedida* de, de modo *útil*, desenvolver qualquer actividade processual tendente à comprovação da versão inversa (sendo-lhe, aquela, oponível de modo inelutável) e a parte, por ela beneficiada, fica *desencarregada* de qualquer desempenho processual (assim tornado desnecessário) no sentido da obtenção de decisão favorável, relativamente à factualidade controvertida, em causa, na medida em que tal efeito se produz *ope legis*.

<sup>1296</sup> Sobre a noção, origem histórica, natureza excepcional e relação com as regras legais de prova desta categoria de presunções jurídicas (que designa por “*présomptions legales irrefragables*”, vide DECOTTIGNIES, *Les présomptions en droit privé*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon & R. Durand-Auzias, Paris, 1950, pp. 87 e ss. No sentido de que se deve estabelecer autonomia conceitual entre presunções legais e presunções “irrefutáveis”, por entender não assumirem, estas, carácter puramente probatório, GOLDSCHMIDT, *Derecho, Derecho Penal y Proceso, II Derecho Procesal Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 206.

<sup>1297</sup> No que diz respeito ao nível de intensidade do investimento, do legislador, na selecção de uma dada versão factual.

O teor da decisão a proferir encontra-se, pois, normativamente determinado, de modo imperativo, pelo que esse será o conteúdo decisório, *independentemente* da conduta processual, em sede de prova, de qualquer uma das partes (bem como do decisor, enquanto actor nesse mesmo contexto), *contra* (por princípio) a vontade de uma parte<sup>1298</sup> e de modo *autónomo*, relativamente à vontade da outra.

Estas presunções podem, porém, à semelhança das demais, assumir carácter coincidente ou não coincidente, conforme a versão factual, cuja eleição consubstanciam seja ou não igual à selecção que teria lugar, caso estivesse em causa circunstância que determinasse a aplicação das regras gerais do ónus da prova. Assim, tratar-se-á de presunção dotada da primeira índole (*coincidente*) se, do facto base x, o legislador retirar, de modo incontornável, o não pagamento como facto presumido y. Não obstante estar em causa presunção jurídica legal, *não só* não há, nesta hipótese, distribuição de esforço de prova (ao invés do que ocorre no domínio do ónus da prova) – por isso assumindo carácter *não consonante* –, *como* não há inversão do sujeito prejudicado pela selecção da versão factual processualmente prevalecente.<sup>1299</sup> Tratar-se-á de presunção *não coincidente*, além de *não consonante*, quando do facto base x, o legislador retirar, de modo igualmente inatacável, como facto presumido y, o

<sup>1298</sup> Por princípio, na medida em que, por regra, seria outra a vontade da parte que tinha interesse na confirmação de versão factual que, ante a selecção electiva, realizada pelo legislador, não se vem considerar processualmente confirmada; será, por norma, essa a vontade da parte processualmente beneficiada com a confirmação da versão factual que, no seio da estrutura da presunção, corresponde à versão presumida.

<sup>1299</sup> É, porque assim (como já *supra* alvitrado, quando se enunciou o terceiro critério classificativo das presunções legais), compatível, a natureza não neutra e dissonante (sempre característica deste tipo de presunções), com o carácter eventualmente coincidente que estas presunções podem assumir. O que equivale a afirmar que pode não haver alteração da parte beneficiada, apesar de haver modificação do regime de distribuição do esforço de prova, na medida em que esta diferença de regime não tem de passar, necessariamente, pela atribuição do ónus da prova, em sentido particular a um sujeito processual diferente. O que se observa na presente hipótese é, precisamente, a eleição de uma versão factual e, em simultâneo, a extinção (e, assim, inexistência) de qualquer repartição do esforço a dispender na actividade de prova, em virtude de, atento o carácter inilidível da presunção, àquela (actividade) não haver lugar. a inversão do sujeito sobre quem impende o maior esforço de prova implica (quando operativa a presunção ou a regra inversora do ónus da prova, no quadro da qual aquela inversão do maior esforço ocorre) a inversão do sujeito beneficiado, em sede de decisão da matéria de facto controvertida, pode haver inversão do sujeito beneficiado sem que haja inversão da parte sobre quem impende aquela maior carga. E se a inversão deste sujeito só pode ter lugar, no âmbito do ónus da prova, por via da inversão do sujeito sobre quem incide o maior esforço, pode, no contexto das presunções legais, aquela inversão subjectiva, operar por essa via ou não. Quando nos referimos, neste contexto, ao ónus da prova, fazemo-lo, como acima observado, por referência ao seu sentido particular. Quando se convoque, porém, o sentido geral da expressão, observa-se que a figura da presunção não o afecta, quando esteja em causa presunção simples e que elimina o seu relevo, quando esteja em causa presunção absoluta. Tratando-se de presunção relativa, mantém-se a pertinência da sua convocação, na medida em que uma das partes (aquela sobre quem recai o maior esforço de prova) continua a ter interesse em desenvolver actividade de prova, no sentido de lograr a confirmação processual da versão processual que sustenta. A contraparte continua a ter interesse em manter-se activa, em sede de prova, a fim de evitar que se gere, no tribunal, a convicção de que a versão que sustenta não se verificou (o mesmo é dizer, a fim de evitar o sucesso da actividade da parte contrária). Diferentemente do que sucede, quando se apliquem as regras do ónus da prova, em sentido particular, esta parte não terá, aqui, interesse em continuar a desenvolver actividade de prova (ónus da prova, em sentido geral), quando o faça com o exclusivo intuito de assegurar a obtenção de decisão com carácter asseverante, na medida em que, quando a resolução da matéria factual controvertida assente em presunção jurídica, a pronúncia jurisdicional assume sempre essa natureza.

pagamento, por ser, nesta hipótese, diferente a parte prejudicada pela eleição (asseverante) presuntiva (parte ora não onerada por qualquer encargo probatório) relativamente à parte prejudicada pela selecção excludente realizada, no âmbito do regime geral do ónus da prova (parte sobre quem, nesse contexto, impende o ónus da prova, em sentido particular).<sup>1300</sup>

### 2.2.2.3. Apreciação conjunta

Cumprido retirar, como principal ilação do exposto, a impossibilidade de estabelecimento de coincidência entre a figura da presunção legal e a inversão do ónus da prova (ainda que apenas, em sentido unilateral)<sup>1301</sup>, notando não corresponder à verdade, em qualquer das suas dimensões, a asserção no sentido de que as presunções legais se enquadram no âmbito do instituto do *onus da prova*, implicando aquelas a inversão do sujeito sobre quem tal ónus impende.

i) Não corresponde à verdade o *primeiro segmento* da proposição<sup>1302</sup>, na medida em que o regime das presunções legais não constitui dimensão do regime jurídico do ónus da prova, nem mesmo (diferentemente do que sustenta LAUKKANEN) ponto de transição entre este regime e o domínio da prova.<sup>1303</sup>

Conquanto partilhando de traços aproximativos (comunhão nos domínios do raciocínio presuntivo e da selecção, pelo legislador, de uma das duas versões factuais concebíveis, quanto a uma mesma temática factual controvertida), a figura das presunções legais não se confunde com a figura do ónus da prova, sobressaindo como mais evidentes traços distintivos a diversidade de escopos que por seu intermédio se

---

<sup>1300</sup> DENTI identifica como técnicas diferentes de inversão do ónus da prova, de um lado, a hipótese em que se faz impender sobre o empresário o ónus de demonstrar o regular funcionamento no período em que o dano ambiental se verificou e, de outro lado, a hipótese em que, em sede de discriminação indirecta em razão do sexo, se faz impender sobre o réu o ónus de demonstrar a ausência de comportamento discriminatório. Convoca, por outro lado, em ambas as hipóteses, a noção de presunção, “L’inversione dell’onere della prova: rilievi introduttivi”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Settembre, 1992, Anno XLVI, N.º 3, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, p. 712. Procurando discernir a especificidade de cada uma das técnicas, cremos estar, no primeiro caso, perante uma verdadeira hipótese de inversão do ónus da prova e, na segunda, perante uma hipótese de presunção legal em que há lugar a inversão do sujeito sobre quem impende o esforço de prova, “L’inversione dell’onere della prova: rilievi introduttivi”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Settembre, 1992, Anno XLVI, N.º 3, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, p. 712.

<sup>1301</sup> Ou seja, ainda que por tal equivalência se entendesse, apenas, representar, a presunção legal, inversão do ónus da prova (que não já que a inversão do ónus da prova opere apenas por via de presunção legal).

<sup>1302</sup> “As presunções legais enquadram-se no âmbito do instituto ónus da prova”.

<sup>1303</sup> O autor refere a raridade das presunções legais no direito finlandês. Presunções que, sob o ponto de vista funcional, concebe como ponto intermédio de conexão entre a prova e o ónus de prova, em *Das Beweisrecht der Europäischen Union*, Kluwer Law International, 2004, p.119.

visa alcançar, bem como a (associada) circunstância de se aplicarem em situações distintas. Se, como sublinhado, com o regime do ónus da prova se pretende superar a situação de impasse decisório gerada pelo estado de dúvida incontornável, no plano da matéria de facto controvertida, representando a exclusão legal de uma das versões factuais, o modo de operar a superação daquele contexto obstaculizante à prolação de decisão, pretende-se com a previsão de presunções legais, manifestar, à partida, predilecção (mais ou menos intensa, consoante as hipóteses), pela prolação de decisão, no sentido da selecção de uma das versões factuais, mediante pronúncia electiva asseverante no sentido da sua verificação, o que, ou exclui (no âmbito das presunções qualificadas) que a situação (de dúvida insanável) geradora da convocação das regras do ónus da prova venha a surgir com relevo processual autónomo ou, não eliminando (no âmbito das presunções simples) esta possibilidade, constitui figura, cuja mobilização processual se verifica em momento que se situa a montante daquele em que o problema do ónus da prova possa vir a surgir, sendo que, neste caso (de presunção simples), a prevalência (por ausência de contraprova, bem como de prova do contrário) da versão factual, objecto de eleição na estrutura da presunção legal, na sequência da operatividade desta, é também incompatível com a simultânea convocação do regime jurídico do ónus da prova.

Como acima observado, as regras relativas ao ónus da prova, destinam-se a ser convocadas, quando o decisor, concluído o processo mental de avaliação da informação empírica disponível, enquanto material de trabalho para obtenção de suporte da decisão a proferir, quanto à matéria de facto, fica em situação de hesitação insuperável, quanto à verificação ou não verificação da versão factual questionada. Definida a matéria factual controvertida e iniciadas as diligências instrutórias, o julgador principia (na ausência de presunção legal ou de outro meio de prova dotado de valor probatório especial) o processo de formação de convicção, partindo de *posição de dúvida*, relativamente a qualquer uma das versões e, porque assim, igualmente aberto a qualquer uma das possibilidades de decisão. Posição que, como acima pudemos observar, poderá ir variando ao longo desse percurso interno, consoante a informação que venha ao seu conhecimento o faça propender para uma ou outra das formulações possíveis da mesma realidade. O processo de decisão é, neste contexto, inaugurado em papel em branco, sem qualquer ideia pré-formada por parte do julgador ou inculcada pelo legislador. Se, esgotado esse processo, não se tiver logrado a obtenção de suporte suficiente para exprimir conclusão assertiva (provada a verificação da versão questionada ou provada a sua não verificação), o critério decorrente da distribuição do ónus da prova é convocado, enquanto bordão subsidiário de decisão. Tal regra intervém, pois, em situação de ausência, insuperável, de formação de certeza por parte do decisor e com o intuito de pôr termo ao impasse assim gerado.

Diferentemente, quando, em situação em que se verifiquem os pressupostos de aplicação de presunção legal, o decisor inicia o processo decisório, não parte de posição processual de indiferença relativamente às versões da factualidade em causa. Posição que dizemos apenas processual, porque a posição interna real do julgador (se perspectivada, enquanto não condicionada pela selecção electiva que a presunção implica) será, também nesta hipótese, de dúvida, desconhecedor que é, à partida, de elementos que lhe permitam concluir num sentido ou noutro. Ao padrão interno

espontâneo de formação de resposta ao problema, sobrepõe-se, contudo, nesta hipótese (de presunção legal), o padrão imposto pelo legislador.<sup>1304</sup> Este toma, no processo selectivo electivo que desenvolve, partido por uma das versões; partido a reflectir na decisão a proferir em concreto, quando cumpridas as condições normativas que àquele padrão (legal presuntivo) normativamente se associam.<sup>1305</sup>

<sup>1304</sup> Padrões a perspectivar, por isso, em posicionamento paralelo.

<sup>1305</sup> Não representando meio de prova, em sentido próprio (antes base lógico-indutiva, por isso destituída da natureza de canal portador de informação empírica probatória para o processo), a prova por presunção implica, por norma, maior risco (relativamente à prova, em sentido estrito) de criação de desconformidade entre a factualidade que se venha a dar por processualmente assente e a realidade. A existência de tal risco gera, porém, três observações. Em primeiro lugar, a de que esse menor grau de aptência, da prova por presunção, quando confrontada com outros meios de prova, para fielmente reproduzir na instância, a factualidade efectivamente verificada, não se verifica sempre. Hipóteses existem, na verdade, em que se revela mais avisado o recurso a esse meio de prova e não a outros. Em segundo lugar, a de que, mesmo quando o risco associado a este meio de prova se revele o mais elevado, será menor (por beneficiar de alguma densidade empírica) relativamente ao que existe, quando se decide com base (branca – meramente suportada no enquadramento normativo de versões factuais) nas regras de distribuição do ónus da prova. O dever de proporcionar o maior grau possível de imparcialidade objectiva à decisão sobre a matéria de facto gera, assim, sobre o decisor, o correspondente dever de, antes de mobilizar aquelas regras, esgotar a possibilidade de decidir com base em meios de prova, em sentido amplo, designadamente mediante recurso às normas da experiência como critério de decisão, por apelo à figura das presunções judiciais. Em terceiro lugar, a de que, por minorar os riscos implícitos a este meio de prova, se nos afigura ser a melhor doutrina aquela que sustenta que a prova do facto base não pode ser feita mediante recurso a prova por presunção. Assim se evita o incremento do carácter indirecto deste meio de prova e, por essa via, se não contribui para o aumento da probabilidade de imprecisão das conclusões a que ele possa conduzir. Como nota PEZZANI, em explicitação do sentido do brocardo latino “presumere de praesumptio non admittitur”, “aumentando as passagens lógicas, o convencimento final a que se chegue será menos provável e portanto não fiável, porque é o resultado das incertezas que cada inferência implica”, *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè, 2009, p. 284. Também no sentido da inadmissibilidade da dupla presunção, ANDRIOLI nota (entre outras considerações) ser essa uma forma de minorar o risco de indevido uso da ciência privada do juiz, “Presunzioni (Diritto civile e Diritto processuale civile)”, *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Torino, UTET, 1966, p. 771. Razões por que temos por inválidas as convenções de prova que estabeleçam uma ordem de prioridade entre os fundamentos (mesmo se não fixando o correspondente valor probatório) da decisão da matéria de facto consideráveis pelo decisor (impondo, por exemplo, que comece por decidir com base em presunção judicial, só se socorrendo de outros meios de prova, quando tanto não seja possível), bem como as que prevejam a possibilidade de o facto base da presunção ser provado por recurso a presunção. No que respeita a este último problema, SCALAMOGNA, sustenta, no quadro do direito italiano e no âmbito da relação que estabelece entre as presunções e os argumentos de prova, a inadmissibilidade de “praesumere de praesumpto”, “L’efficacia probatoria degli argomenti di prova”, *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LXIV, Seconda Serie, N. 5, Settembre-Ottobre, 2009, esp. pp. 1166 a 1171. Exprime, com clareza, em raciocínio que partilhamos, a debilidade, na credibilidade informativa, gerada pela sucessão de inferências presuntivas: “...muovendo il ragionamento inferenziale da una precedente presunzione, si creerebbe una catena eccessivamente ampia di procedimenti logici, e, perciò, si incidirebbe sull’attendibilità del risultato finale”. Parcialmente louvada em RAMPONI, nota, por outro lado, que, na hipótese de presunção de presunção, não se reune o requisito da gravidade, exigido, nos termos do art. 2729 do Codice Civile, como condição de mobilização jurisdicional de presunções de facto: “In effetti, se si potesse qualificare come noto un fatto presunto, per poi muovere da questo un ulteriore ragionamento presuntivo, si delineerebbe una “probabilità composta”, che inciderebbe sul requisito della gravità” che le presunzioni semplici devono raggiungere per poter essere poste a Fondamento della decisione giudiziale”. CAVALLONE contesta a natureza necessariamente subsidiária da prova por presunção quando, em observação que partilhamos, nota que, apesar do maior risco associado ao raciocínio presuntivo, tanto não justifica a conclusão de que

ii) Não corresponde à verdade o *segundo segmento* da proposição<sup>1306</sup>, na medida em que pode, do regime da presunção, *não resultar* qualquer regulação *própria* da distribuição do esforço de prova (no âmbito das presunções simples), *decorrer* regulação própria, de sentido *coincidente* (no que diz respeito à versão factual processualmente prevalecente, em sede de decisão da matéria de facto controvertida) com o que defluiria (se aplicável) do regime do ónus da prova (assim sucede no âmbito de presunções ilidíveis em que o legislador eleja como versão factual presumida a que corresponderia à versão não objecto de exclusão, caso se aplicasse o regime do ónus da prova) ou *haver* lugar a eleição de versão factual controvertida (e, assim, da parte beneficiada pela presunção legal) em contexto em que nunca há lugar a aplicação de qualquer regime de distribuição do esforço de prova (essa a hipótese que se verifica, no âmbito das presunções, qualificadas, em que há lugar a nível de investimento superior, pelo legislador, na selecção de uma das versões factuais – presunções inilidíveis).

Se representa ponto de confluência entre as duas figuras (ónus da prova e presunções), a circunstância *de*, em ambas as hipóteses, estarem em causa regras ou critérios de decisão da controvérsia quanto à matéria de facto controvertida que assumem natureza especial (porque impositivos de sentidos decisórios heteronomamente determinados) relativamente àqueles a que, por regra, seria de recorrer (de acordo com os quais o juiz se pronunciará em conformidade com o que seja fruto da sua apreciação da prova), bem como o facto *de* a alteração da carga probatória, impendente sobre cada uma das partes, *poder* decorrer, tanto das regras relativas ao ónus da prova (mediante inversão do sujeito sobre quem o ónus, em

---

“...um juiz a quem se ofereça uma prova “presuntiva” e uma prova “directa” (quanto a uma mesma proposição de facto, ou a duas proposições incompatíveis), deva necessariamente atribuir à primeira uma eficácia inferior que à segunda; pois evidentemente a avaliação de uma e da outra não é condicionada só pela sua estrutura lógica, mas também e sobretudo, no primeiro caso, pela validade da “regra de experiência” que permite a passagem do facto conhecido ao facto desconhecido, e, em ambos os casos, pela atendibilidade da fonte (o “facto percebido pelo juiz”) de que se parte, breve ou longa que seja, a cadeia “inferencial””, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Cedam, Padova, 1991, p. 373. Em síntese, o maior risco que o raciocínio inferencial *por princípio* implica, aconselha a que este não seja duplicado no contexto de uma mesma estrutura probatória; a *possibilidade* de o recurso a presunção judicial permitir, em certas hipóteses, a prolação de decisão de conteúdo mais coincidente com a realidade que aquele a que haveria lugar, quando se mobilizasse outro meio de prova, determina que não se deva excluir que, quando essa hipótese se confirme, a prova por presunção não assuma carácter subsidiário. Num conspecto mais geral, importa, por outro lado, notar que, à solidez da fundamentação pode não ser indiferente a própria ordem argumentativa. Na esteira de SCHNEIDER, TEIXEIRA DE SOUSA sustenta a adopção de um particular método de fundamentação da decisão de matéria de facto, cuja explicitação refere por alusão ao sentido (provado ou não provado) da decisão a proferir. Assim, se “o facto for considerado provado, o tribunal deve começar por referir os meios da prova, que formaram a sua convicção, indicar seguidamente aqueles que se mostrarem inconclusivos e terminar com a referência àqueles que, apesar de conduzirem a uma distinta decisão, não foram suficientes para infirmar a sua convicção”. Na hipótese inversa, “... a ordem preferível é a seguinte: primeiramente devem ser indicados os meios da prova, que conduzem à demonstração do facto; depois devem ser expostos os meios que formaram a convicção do tribunal sobre a não veracidade do facto ou que impedem uma convicção da sua veracidade; finalmente, devem ser referidos os meios inconclusivos”, *Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª Edição, Lex, Lisboa, 1997, p. 348.

<sup>1306</sup> “As presunções legais implicam a inversão do sujeito sobre quem o ónus da prova impende”.

sentido particular, recai), como da presunção, tanto não permite extrair a conclusão de que a segunda se dilua no primeiro, representando modalidade de inversão deste.

A distribuição do esforço de prova não se confunde, na verdade, com a distribuição do ónus da prova. Apenas a primeira representa dimensão *partilhável* por ambas as figuras jurídicas (presunções legais e ónus da prova), sendo que, por outro lado, se esta dimensão está necessariamente associada ao ónus da prova, pode não estar ao funcionamento da figura da presunção ou, quando o esteja, não haver, nesta, inversão do sujeito sobre quem impende o maior esforço de prova.

Pode, com efeito, haver presunção legal sem que haja qualquer alteração, quanto ao sujeito mais sobrecarregado, em sede de prova.

Assim se verifica, como acima observado, quando se trate de presunção que ceda ante a dúvida. Nesta hipótese, manifestando o legislador preferência por uma das versões do facto, revela-se suficiente que o decisor fique em situação de dúvida insanável para que tal opção decaia, aplicando-se as regras gerais relativas ao ónus da prova como forma de resolução da situação de impasse processual criada pela incapacidade de concluir, quanto à verificação ou não verificação do facto. Não distribui, neste caso, a presunção, o esforço de prova, nem se produz qualquer efeito similar ao que decorreria da inversão do ónus da prova.

Também, quando a presunção é inilidível não decorre, do regime jurídico da presunção legal, qualquer distribuição do esforço de prova entre as partes. Por outro lado, o efeito decorrente da presunção, no que diz respeito à parte favorecida, pode ser mesmo o oposto ao que resultaria da inversão do ónus da prova, consubstanciando, porque assim, um *reforço* da solução *contrária* à que constituiria consequência daquela inversão (o mesmo é dizer, o reforço da solução que teria lugar se, aplicando-se as regras do ónus da prova, não houvesse inversão deste).

Se a presunção representa manifestação preferencial do legislador por uma das versões, tal predilecção (haja ou não lugar a distribuição do esforço de prova, no quadro da presunção) não tem que constituir opção por favorecimento de parte diferente daquela que resultaria favorecida de acordo com as regras gerais de distribuição do ónus da prova. Pense-se, a título exemplificativo, na presunção legal nos termos da qual a posse adquirida mediante recurso à violência se presume de má-fé,<sup>1307</sup> quando aquela presunção seja mobilizada no âmbito de acção em que, invocando boa-fé, o anterior possuidor de prédio urbano, requeira prolação de declaração judicial, no sentido de que lhe assiste o direito aos frutos civis vencidos até ao momento em que lhe foi dado conhecimento de que lesava, com a sua posse,

---

<sup>1307</sup> “A posse adquirida por violência é sempre considerada de má-fé, mesmo que seja titulada” (art. 1260.º, n.º 3 do Código Civil). Ignorância que, como Antunes VARELA e Pires de LIMA observam, se “resulta, na generalidade dos casos, da convicção (*positiva*) de que se está a exercer um direito próprio, adquirido por título válido”, pode verificar-se mesmo quando o possuidor sabe “que o direito não é seu”, estando “convencido, apesar disso, de que, exercendo-o, não prejudica o verdadeiro titular” ou “de que não existe nenhum terceiro, que seja lesado com a sua posse”, *Código Civil Anotado*, Vol. III, Coimbra Editora, 1987, p. 21. No sentido de que a figura possessória assume natureza real, Paula Costa e SILVA, *Posse ou Posses?*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2005. Sobre o carácter jurídico e real da posse, vide Henrique MESQUITA, *Direitos Reais*, dactilografado e impresso por João Abrantes, 1966/67.

direito de outrem, bem como a condenação do proprietário (actualmente já residente no bem) na entrega de tal valor. A boa-fé representa, nesta hipótese, dimensão constitutiva do direito do autor, pelo que, na hipótese de dúvida insuperável, deverá o tribunal decidir *não provada* a ocorrência de factos consubstanciadores daquela, por sobre o autor impender o ónus da prova (em sentido particular) de tal versão da factualidade. Quando se demonstre ter o autor recorrido à violência para aquisição da posse, o tribunal pronunciar-se-á, no sentido da verificação de factos que consubstanciam má-fé, decidindo, assim, no contexto da presente acção, contra a parte em prejuízo de quem decidiria se, na ausência de presunção legal e ante dúvida insanável, houvesse de se pronunciar, mediante mobilização das regras do ónus da prova.<sup>1308</sup>

O legislador manifesta, no quadro da presunção que ora se considera, preferência pela versão dos factos, cuja demonstração é do interesse da parte oposta àquela que adquiriu a posse,<sup>1309</sup> mediante recurso à violência, retirando do facto em que se traduz a mobilização da força (facto base) o facto (presumido) de que o adquirente da posse terá agido não ignorando que tal acto aquisitivo implicava a violação de direito de outrem.<sup>1310</sup>

Idênticas considerações valem para a hipótese de presunção legal (constante do art. 1260.º, n.º 2 do Código Civil, *in fine*) no sentido de que a posse não titulada se presume de má-fé, no âmbito da qual o legislador retira, da falta de título, a mesma consequência (não ignorância da lesão do direito de outrem). Se os factos consubstanciadores da posse de boa-fé, durante quinze anos, forem invocados, pelo autor, no âmbito de causa de pedir de acção em que, ante a dúvida, publicamente propalada, pelo réu (B), quanto à efectiva titularidade do direito de propriedade por A,<sup>1311</sup> este requeira a declaração judicial de que é titular de tal direito, alegando a aquisição originária do direito de propriedade a título de usucapião, a má-fé presumir-se-á (sendo jurisdicionalmente declarada *verificada* a dimensão factual psicológica em que se traduz a consciência de ofensa de direito de terceiro), se verificado o enunciado facto base (ausência de título), pronunciando-se o tribunal, em sentido desfavorável ao autor,<sup>1312</sup> à semelhança do que sucederia, se, na ausência de presunção ou não se verificando o facto base, o decisor ficasse em estado de dúvida insanável, relativamente ao mesmo tema de prova, hipótese em que, pronunciando-se no sentido da ausência de comprovação da factualidade consubstanciadora da boa-fé, igualmente a decisão relativa a esta dimensão da matéria de facto controvertida se

<sup>1308</sup> Fá-lo agora, porém, afirmando processualmente comprovada a má-fé, que não apenas declarando não provada a boa-fé.

<sup>1309</sup> Preferência consonante com a previsão, constante do art. 1279.º do Código Civil, no sentido de que “...o possuidor que for esbulhado com violência tem o direito de ser restituído provisoriamente à sua posse, sem audiência do esbulhador”. Previsão, tuteladora do possuidor esbulhado, que encontra eco congruente no âmbito do regime previsto no art. 378.º do Código de Processo Civil, nos termos do qual, quando o juiz reconheça, “pelo exame das provas, que o requerente tinha a posse e foi esbulhado dela violentamente, ordenará a restituição, sem citação nem audiência do esbulhador.”.

<sup>1310</sup> “A posse diz-se de boa fé, quando o possuidor ignorava, ao adquiri-la, que lesava o direito de outrem” (art. 1260.º, n.º 1 do Código Civil).

<sup>1311</sup> Sem, contudo, afirmar, B, ser titular de qualquer direito sobre o bem.

<sup>1312</sup> No que diz respeito à verificação de factos consubstanciadores de boa-fé.

revelaria desfavorável ao sujeito posicionado no pólo activo da relação jurídica processual.

Quer num caso, quer noutro, a decisão será de sentido desfavorável à parte que já seria desfavorecida se fossem convocadas as regras do ónus da prova. Porque assim, a presunção não só não inverte, nestas hipóteses, o sujeito contra quem a decisão seria proferida, de acordo com as regras do ónus da prova, como intensifica o desfavorecimento de que essa parte é objecto, na medida em que, ao invés de tão só se excluir a comprovação da versão, cuja confirmação interessava a esta parte (como sucederia na hipótese de decisão mediante convocação das regras do ónus da prova), será jurisdicionalmente declarada verificada a versão oposta.<sup>1313</sup> Não é, assim, inócua, a previsão legal de presunção, não obstante ser a mesma a parte desfavorecida no plano decisório. A virtualidade da presunção revela-se, de modo acrescido, no que diz respeito à primeira hipótese, na medida em que, assumindo, a presunção, carácter inilidível, por via desta se impede a demonstração de existência de boa-fé.

Não se verifica, pois, o elo associativo, esboçado no art. 344.º, n.º 1 do Código Civil, entre presunção legal e ónus da prova, quando dele se faz constar que a primeira representa forma de inversão do segundo.

Tal identificação fica liminarmente afastada, quando se observa que a presunção legal pode coincidir com a ausência de alteração do sujeito sobre quem incide o maior esforço de prova. Por outro lado, mesmo nas hipóteses em que, no quadro de presunção legal, haja inversão do sujeito que seria mais sobrecarregado, no quadro do ónus da prova, as figuras se não confundem. Quando assim, o que se verifica, no âmbito da presunção, é a *inversão* subjectiva do *esforço de prova* em termos idênticos à *inversão do esforço de prova* a que há lugar, quando há *inversão do ónus da prova*. Depõe, no sentido autonomizador das duas figuras (presunção e ónus da prova), para além do diferente campo aplicativo (explicitado no âmbito das observações tecidas, relativamente ao primeiro segmento da asserção que se considera), o reflexo que cada uma delas assume, ao nível da decisão, pois que a relevância processual que a presunção assume, no plano do teor decisório, é apenas similar (que não igual) relativamente ao que decorre do funcionamento das regras do ónus da prova, em consonância com as diferentes razões que presidem à previsão legal de cada um dos fundamentos decisórios.

Tudo o que denota que a presunção legal não se confunde com o ónus da prova, nem mesmo no campo em que a linha de demarcação entre ambos é mais facilmente diluível, sob o ponto de vista analítico, pela ilusão de óptica que, nesse

---

<sup>1313</sup> A diferença ao nível da expressão decisória será melhor explicitada, em termos concretizadores, *infra*, em nota de rodapé, a propósito de hipótese em que a presunção legal gera a inversão do esforço de prova (quando tomado por pólo comparativo a distribuição do esforço de prova a que há lugar de acordo com as regras gerais de repartição do ónus da prova). A circunstância de estarem em causa presunções legais, com naturezas diversas (inversoras e não inversoras do esforço de prova) não prejudica o aproveitamento daquele exemplo para este efeito, na medida em que os reflexos, ao nível do tipo de decisão a proferir (de natureza asseverante, que não meramente excludente) são comuns a todo o tipo de presunções legais. No sentido de que as presunções legais geram a inversão do ónus da prova, *vide* Batista MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1994, p. 112.

plano, pode gerar a circunstância de, por via da presunção, se produzir efeito oposto (ao nível da distribuição do esforço de prova) ao que decorre do funcionamento das regras do ónus da prova, criando a falaciosa imagem de estar em causa fonte criadora de regime especial, quanto a este.<sup>1314</sup>

Na verdade, também quando a predilecção (por via da presunção) do legislador, quanto a uma das versões da temática factual controvertida, se dirige para aquela (versão), cuja confirmação processual é do interesse da parte oposta à que seria favorecida pela distribuição do esforço de prova de acordo com as regras do ónus da prova, a decisão não coincidirá integralmente com a que se verificaria caso houvesse inversão daquele ónus, como o denuncia a diferente expressão decisória (da matéria de facto controvertida) a que há lugar em cada um dos contextos.<sup>1315</sup>

---

<sup>1314</sup> A circunstância de o regime jurídico a que a presunção legal se reconduz nunca constituir regime inversor do ónus da prova não significa, porém, em conformidade com o que acima pudemos concluir, que não se discirnam formas autênticas de inversão daquele, sendo que estas podem ter por raiz, quer fonte legal, quer fonte convencional.

<sup>1315</sup> Se, nesta *última* hipótese, o decisor concluiria, em sede de decisão da matéria de facto controvertida, *não poder dar* por verificada a versão, cuja confirmação seria do interesse da parte que, pela inversão, se pretende desfavorecer, no plano da distribuição do esforço de prova, na hipótese de *presunção* o juiz pronunciar-se-á, na mesma sede, no sentido de se *ter verificado* a hipótese que corresponde ao interesse da parte que se pretende favorecer (parte coincidente com a beneficiada pela inversão do ónus da prova), verificando-se, tal favorecimento (em sede de presunção, à semelhança do que sucede no contexto de inversão do ónus da prova), na sequência da deslocação, dessa parte, para posição menos exigente, no plano do esforço de prova, que aquela em que a mesma se situaria no quadro do regime, não invertido, do ónus da prova. Tanto transparece, a título de exemplo, na hipótese em que, mediante presunção, legalmente se pretende favorecer a parte que adquire a posse sobre determinado bem, dispondo de título para tanto e beneficiando de registo da posse constituído a seu favor. Benefício que pode assumir relevo, designadamente, em acção declarativa proposta por possuidor que, nesse contexto, invoque a posse de boa-fé, mantida durante o período de dez anos (art. 1294.º, a) do Código Civil), como base para a formulação do pedido de declaração de aquisição do direito de propriedade com fundamento em usucapião. Tratando-se de presunção ilidível (da existência de título, retira-se, salvo prova do contrário, a factualidade consubstanciadora de boa-fé), reflecte a deliberada opção do legislador pela versão dos factos favorável ao possuidor, isto é, pela versão de acordo com a qual o possuidor ignorava, ao adquiri-la, lesar o direito de outrem. Opção que o juiz deverá espelhar na decisão, dela fazendo assertivamente constar *ter-se*, precessualmente, *por verificada*, tal ignorância de lesão, só assim não acontecendo se o juiz ficar convencido da verificação de hipótese inversa, por ter logrado formar certeza, relativamente à conclusão no sentido de que o possuidor actuou, sabendo violar direito de terceiro, circunstância em que o facto de beneficiar de título não constituirá já base que permita retirar a ilação da falta de consciência de lesão da posição jurídica de outrem. A não ser feita esta prova do contrário, decidir-se-á (irrelevando a situação de convicção interna do decisor- quer esta seja de idêntica convicção, quer seja de dúvida insanável), em pronúncia asseverante, que o possuidor *actuou* de boa-fé. Diferentemente, se estivesse em causa hipótese de inversão do ónus da prova, encontrando-se o decisor em situação interna de dúvida irresolúvel, *não* disporia (atenta a ausência de base empírica) de elementos para fundamentamente poder declarar *ter-se verificado* a versão dos factos favorável ao possuidor (actuação segundo a boa-fé). Devendo, porém, decidir em sentido favorável a este, pronunciar-se-ia (em decisão de tipo excludente) no sentido de *não se encontrar provada* (e, em consequência, não se ter por processualmente assente) a factualidade consubstanciadora da má-fé do possuidor. Decidindo, em ambos os casos (*presunção* – qualificada, destituída de neutralidade, consonante e não coincidente - e *inversão do ónus* da prova), quanto à factualidade que corresponde ao facto presumido, em sentido *desfavorável* à parte que, segundo as regras gerais de distribuição do ónus da prova, seria a *beneficiada*, ao nível da exigência de actividade de prova (e, assim, em sentido *inverso* ao que constaria da decisão em caso de mobilização das regras

iii) Na visão que adoptamos, as duas figuras em relação situam-se, assim, em *universos* distintos, afigurando-se-nos integráveis em blocos autónomos, conquanto beneficiários de laços de comunhão em determinados campos. Como (embora não de modo peremptório) decorre da posição adoptada por WAGNER, não cremos que os pontos de afinidade identificáveis revistam a natureza de base suficiente para assegurar a reunião de ambos os pólos na mesma categoria classificativa.<sup>1316</sup>

Identificamo-nos, sob este ponto de vista, com KNECHT, quando classificativamente distingue, adentro dos *Beweisverträge*, os *Beweislastverträge* dos *Vermutungsverträge*<sup>1317</sup>. Com o que aderimos a concepção distinta da adoptada, designadamente, por ANDRIOLI<sup>1318</sup>, LIEBMAN<sup>1319</sup>, VERDE<sup>1320</sup> e PEZZANI<sup>1321</sup> no que diz respeito à relação entre as duas noções em cotejo.

---

gerais do ónus da prova), fá-lo, na primeira hipótese (presunção), *porque* para isso dispõe de fundamento decisório [a selecção de uma das versões, realizada pelo legislador, tomando, o decisor, por suporte, informação empírica-factual adquirida na instância – facto base), *em virtude* de a adequação daquela opção normativa não ter sido concretamente infirmada no processo], afirmando encontrar-se comprovada a *verificação* da versão favorável à parte oposta àquela (parte) que é beneficiada quanto ao esforço de prova no quadro do ónus da prova. Fá-lo, na segunda hipótese (inversão do ónus da prova), *por* não dispor de base empírica que lhe permita, fundadamente, afirmar ter-se verificado qualquer das versões), *declarando* a *ausência de prova* relativamente à verificação da versão favorável à parte beneficiada (porque menos onerada) segundo as regras gerais do ónus da prova, ou seja, da versão cuja confirmação seria do interesse da parte contrária àquela que beneficia da confirmação permitida pela presunção que se considera.

<sup>1316</sup> Ainda que não dissociando, de modo claro, o ónus da prova do quadro das presunções jurídicas, WAGNER revela-se sensível à diferente natureza das realidades jurídicas em presença, quando afirma que, não obstante se não lhe afigurar duvidoso que o ónus da prova pode ser transferido para a contraparte por via da convenção de presunções e ficções ilidíveis, a inclusão desta, no âmbito das convenções relativas ao ónus da prova se afigura precipitada. Observa, congruentemente, que a noção perde precisão („Dieser Begriff verliert nämlich jede Kontur...“), quando é estendida a todas as hipóteses de afectação do ónus da prova. Cremos que aquilo que designa por ónus da prova, mas que exclui do âmbito das convenções sobre o ónus da prova corresponde ao que, em texto, procuramos esboçar como esforço de prova, *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 652.

<sup>1317</sup> O autor associa, a este tipo de convenções, uma dimensão confessória (confissão que, nesta hipótese, se encontraria subordinada à verificação de uma condição - ocorrência do facto base). KNECHT não leva, porém, esta sua intuição às últimas consequências, optando por incluir as duas figuras em compartimentos classificativos distintos, *Die Beweisverträge im Zivilprozeß*, Freiburg im Breisgau, Buchdruckerei Rudolf Rosswog, 1937, pp. 38 e 39. Diferenciação que se afigura pertinente. Se o confitente declara que o facto ocorreu, o celebrante de pacto constitutivo de presunção convencional fornece ao juiz um critério metódico de decisão (o concreto raciocínio inferencial) para que este declare que o facto ocorreu.

<sup>1318</sup> “Prova (diritto processuale civile)”, *Novissimo Digesto Italiano*, XIV, Torino, 1967, pp. 290 e 291.

<sup>1319</sup> O autor sustenta que, em determinadas hipóteses, se permite que “anche le parti possano convenzionalmente stabilire delle presunzioni”, acrescentando “tale è infatti il vero contenuto dei c.d. patti che invertono o modificano l’onere della prova (art. 2698 cod. civ.)”, *Manuale di diritto processuale civile*, II, 4ª ed., Giuffrè, Milano, 1984, p. 93.

Discernimos, pois, por um lado, o *universo* do ónus da prova, onde se subdistingue a área das regras legais gerais e a área das regras legais especiais (no âmbito das quais pode haver lugar a inversão do ónus da prova)<sup>1322</sup>; a par deste se situa o *universo* das presunções jurídicas legais.

O primeiro universo e parte do segundo (deste se excluindo as presunções simples) são abrangidos no pano de fundo do campo comum das hipóteses em que há distribuição do esforço de prova, sendo que apenas em algumas circunstâncias a natureza (igualitária ou desigualitária) da distribuição do esforço de prova, entre as partes, decorrente do regime das presunções, corresponde à que se verifica, quando há inversão do ónus da prova. Por outro lado, também só em algumas circunstâncias a parte desfavorecida pela presunção é a inversa relativamente à parte desfavorecida pela decisão segundo as regras gerais do ónus da prova, não dando, por isso, a presunção legal, necessariamente lugar a inversão da versão factual prevalecente no processo.

Diferentemente, na acepção legal, retirável do teor do art. 344.º do Código Civil, presunções e ónus da prova enquadram-se em monobloco, representando, as primeiras, hipótese de inversão das regras gerais do segundo, pelo que, dentro da categoria da noção de ónus da prova, se distingue, nessa acepção, o ónus da prova, em sentido *estrito*<sup>1323</sup> (a envolver as regras gerais e especiais de distribuição do esforço da prova em caso de dúvida insanável e dotada de relevo processual autónomo) e o ónus da prova, em sentido *amplo*<sup>1324</sup> (onde, além do primeiro, e a título de inversão do ónus

---

<sup>1320</sup> “L’inversioni degli oneri probatori nel processo”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Settembre, 1992, Anno 46, N.º 3, Milano, Dott. A. - Giuffrè Editore, p. 729. DENTI sublinha o referido entendimento de VERDE quando transcreve a seguinte passagem deste último: “in tutte le ipotesi in cui il legislatore, pur senza usare espressamente il verbo presumere, allude ad una vicenda di inversione degli oneri probatori, ivi si debbono ritenere annidate autentiche presunzioni”, “L’inversione dell’onere della prova: rilievi introduttivi”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Settembre, 1992, Anno XLVI, N.º 3, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, p. 710.

<sup>1321</sup> PEZZANI observa que as partes invertem ou modificam as distribuições legais de ónus da prova, mediante a criação de presunções. Invoca, para tanto, que se presume “o facto que de outro modo deveria ser provado pelo interessado, desonerando assim este último da prova do facto positivo que está na base da sua pretensão e impondo à outra parte o ónus de provar o facto negativo correspondente”, *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pp. 126 e 127. Não se verifica, porém, afigura-se-nos, nesta hipótese, a nota própria da presunção – no âmbito desta, o beneficiado, em sede de distribuição do esforço de prova não é desonerado de qualquer prova; é-lhe, antes, concedida via mais acessível para que o facto controvertido se possa considerar processualmente provado – mediante prova, não desse facto, mas de um outro (facto base), de cuja verificação se extrai a ocorrência daquele. É esta peça (facto base) que não se identifica, porém, em sede de ónus da prova (invertido ou não).

<sup>1322</sup> No que a esta segunda hipótese concerne, *vide* o estudo de SOUSA RIBEIRO, incidente sobre o critério especial de repartição do ónus da prova constante do art. 493.º, n.º 2 do Código Civil, no âmbito do qual o autor reflecte, designadamente, sobre a aplicabilidade ou não desse critério à responsabilidade civil emergente de acidente de viação, “O ónus da prova da culpa na responsabilidade civil por acidente de aviação”, *Separata do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro*, II, 1979, Coimbra, pp. 413-542.

<sup>1323</sup> O único, a nosso ver, representativo de ónus da prova, em sentido próprio.

<sup>1324</sup> Em sentido impróprio, sob a nossa perspectiva.

da prova, se enquadram, designadamente, as presunções legais). Apenas o primeiro sentido corresponde ao que entendemos, com rigor, associável ao ónus da prova, afigurando-se-nos imprópria a convocação de tal noção, relativamente às hipóteses incluíveis no que, sob o ângulo do entendimento subjacente ao regime legal, integrando a noção de ónus da prova, em sentido amplo, excede a noção de ónus da prova, em sentido estrito. O que, sob o ângulo legal, representa ónus da prova, em sentido estrito, constitui a única dimensão que entendemos integrável no âmbito do ónus da prova. Razão por que entendemos configurar, essa área, o espaço do ónus da prova, em sentido *próprio*, dizendo, a área remanescente, respeito a dimensões que só em sentido *impróprio* podem ser associadas ao instituto do ónus da prova.

### *II.2.3.Repercussões ao nível da validade das convenções de prova*

Contextualizada a figura da presunção legal, cumpre, em conformidade com o percurso anunciado, daí retirar ilações no que diz respeito às relações estabelecíveis entre o regime jurídico das *presunções* legais e o regime jurídico das *convenções de prova*. O problema central em causa neste contexto consiste em apurar se, através de convenções de prova, podem as partes alterar o regime jurídico que cada presunção legal representa.

#### *II.2.3.1. Inversão do esforço de prova*

Não enquadrando nós, as presunções jurídicas legais, no âmbito do ónus da prova, a hipótese de inversão, por via pactícia (convenção de prova), do regime do ónus da prova, mediante a inclusão de presunções legais, enquanto objecto negocial de pactos *inversores do ónus da prova*, fica *ab initio* excluída.

Que dizer, porém, da possibilidade de celebração *deste tipo* de convenções inversoras (do ónus da prova), como via de alteração do regime jurídico constante de presunções legais, quando (como sucede na concepção que preside à redacção da norma expressa no art. 344.º do Código Civil) as presunções legais sejam perspectivadas como formas de inversão do ónus da prova?

Admitir-se-á, na lógica desse entendimento, a inversão, por via convencional, da inversão do ónus da prova que, sob essa óptica, é fruto da presunção legal?

A conclusão extraível do regime legal não é diversa daquela, acima apurada<sup>1325</sup>, não obstante os distintos quadros categoriais subjacentes a cada uma das perspectivas, na medida em que, quando, na norma do art. 344.º, n.º 1 do Código Civil, se contempla a possibilidade de válida celebração de convenção de que decorra a inversão do regime do ónus da prova, se identificam, como objecto passível de

---

<sup>1325</sup> Invalidez da convenção de prova que altere a distribuição do esforço de prova decorrente do regime constante de presunção legal.

convenção, apenas “as regras dos artigos anteriores”, correspondendo estas às regras gerais de distribuição do ónus da prova (constantes do art. 342.º) e as regras especiais do art. 343.º - todas hipóteses correspondentes, na acepção legal, à noção de ónus da prova, em sentido estrito (a coincidente com a única noção de ónus da prova a que reconhecemos propriedade) que não a regras consubstanciadoras de presunções legais. Assim, e não obstante, atendendo à formulação adoptada pelo legislador, no art. 344.º, n.º 1 do Código Civil, aquele tomar as presunções como hipóteses de inversão do ónus da prova (pelo que, no quadro deste diploma, nesta expressão se deverão ter por incluíveis, por norma, também as presunções legais), dever-se-á, em virtude das razões expostas, realizar, para efeito de delimitação do alcance da norma constante do art. 345.º do Código Civil no que respeita ao âmbito das convenções inversoras do ónus da prova, uma interpretação restritiva, excluindo-se desta modalidade convencional as convenções produtoras de efeito inversor do ónus da prova (nesse sentido legal) por conexão com a regulação pactícia da figura da presunção.

A interpretação, do art. 345.º, n.º 1 do Código Civil, coerente com tal visão restritiva, determina, assim, que as convenções, inversoras do ónus da prova, cuja celebração é, nessa sede, regulada, não tenham por objecto possível presunções legais. De notar que, raciocinando em conformidade com os parâmetros classificativos legais, a convenção inversora do ónus da prova, por via da neutralização de presunção legal, representaria inversão do regime do ónus da prova, já por sua vez fruto de inversão como consequência da presunção e, assim, inversão da inversão. Não é esta, porém, a razão justificativa da não inclusão das normas constitutivas de presunções legais, no âmbito das normas alteráveis por convenção de prova, dado que é também essa a hipótese que se verifica (inversão da inversão) quando, convencionalmente, se alterem, em inversão dos sujeitos onerados, as normas constantes dos n.ºs 2 e 3 do art. 343.º do Código Civil,<sup>1326</sup> sem que, como decorre do raciocínio de PELLÍ, tanto represente obstáculo à válida celebração da convenção de prova.<sup>1327</sup> A diversidade de

---

<sup>1326</sup> Excluimos deste âmbito o n.º 1, por se nos afigurar que o regime dele constante não representa inversão do ónus da prova, antes aplicação, à situação especial de inversão das posições processuais das partes, das regras gerais do ónus da prova.

<sup>1327</sup> Comungamos da perspectiva da autora, quando observa que a circunstância de uma determinada norma representar um regime jurídico especial (*lex specialis*), diverso, portanto, do regime geral, não lhe confere carácter necessariamente imperativo. Assim, por exemplo, com as normas especiais de distribuição do ónus da prova, ante o critério geral (previsto, no âmbito do Direito suíço, no art. 8 do ZGB (Código Civil Suíço), nos termos do qual: “Salvo previsão legal em contrário, o ónus da prova da existência de um facto alegado cabe à pessoa que dele juridicamente beneficia”). Não se nos afigura, contudo (em conformidade com as posições que vimos assumindo ao longo do texto), que a validade de contratos relativos ao ónus da prova deva ser aferida, tomando por base a consideração de que aqueles representem acordos de direito privado, como decorreria da posição de PELLÍ, quando os integra nesse ramo do direito, qualificando-os como *Rechtsinstitute des Privatrechts*. Diferentemente, associamos, a tais contratos, natureza processual por respeitarem a matéria relevante no quadro do processo, destituída de índole substantiva por deles não decorrer o critério de definição da *solução jurídica* do litígio, como é próprio das normas substantivas. Trata-se, contudo, de uma categoria particular de normas processuais, na medida em que fixam o sentido da decisão a proferir, quanto a um problema processualmente relevante – o do esclarecimento da matéria de facto controvertida. Tanto não se reflecte, porém, no que diz respeito à possibilidade de adopção dos critérios de compatibilidade com lei imperativa, ordem pública e bons costumes, dado serem estes critérios comuns à aferição da validade

regime deve-se, diferentemente, à distinta natureza da figura jurídica em causa (presunção), relativamente ao ónus da prova. Diferença a que, assim, o legislador implicitamente confere relevo normativo (no art. 345.º, n.º 1 do Código Civil, em leitura conjugada com a primeira parte do n.º 1 do art. 344.º do mesmo diploma), não obstante a equiparação que, no plano classificativo, estabeleça entre ambas as figuras.

### *II.2.3.2. Criação e extinção convencional de presunções jurídicas não judiciais*

Tanto não esgota, porém, o problema central, acima identificado. A circunstância de o regime jurídico das presunções legais não poder ser objecto de modificação por via de convenções inversoras do ónus da prova, não permite concluir não ser válida a modificação daquele regime jurídico por via de pactos de prova, em virtude de não ser aquela<sup>1328</sup> a única modalidade admissível e concebível de convenções de prova.

Constituindo, as presunções jurídicas, fundamentos possíveis da pronúncia, quanto à matéria de facto (assim meios de prova, em sentido amplo, embora não meios de prova, no sentido próprio que quanto a estes identificámos),<sup>1329</sup> cumpre, também quanto a elas (concebidas de modo autónomo relativamente ao instituto do ónus da prova e, por isso, de modo também desligado das convenções de inversão do ónus da prova, indagar em que medida podem ser objecto de convenção ampliadora ou excludente de meios de prova.

Quando, no art. 345.º, n.º 2 do Código Civil, se prevê a admissibilidade de válida celebração de convenções excludentes de meios legais de prova ou admissoras de meios de prova diversos dos legais, será esta expressão tomada, em sentido estrito (donde se excluiria o fundamento lógico-indutivo e, assim, a figura das presunções) ou em sentido amplo (nele se incluindo todas as bases densas de decisão)?

#### 2.3.2.1. Ampliação convencional de presunções jurídicas

Importa, no contexto deste apuramento, atentar, de forma mais detida, nas várias modalidades de convenções de prova que podem ter as presunções legais por

---

de quaisquer contratos (assumam eles natureza substantiva ou adjectiva), *Beweisverträge im Zivilprozess*, Dike Verlag, Zürich, St. Gallen, 2012, pp. 107 e 108.

<sup>1328</sup> Convenção inversora do ónus da prova.

<sup>1329</sup> Coincidente com o de canais transportadores de informação empírica da realidade para o processo, só aplicável relativamente aos fundamentos declarativo e demonstrativo e, assim, no contexto da prova, em sentido semi-amplo. Na área da prova, concebida em sentido amplo, enquadrámos, três fundamentos possíveis de decisão da matéria de facto controvertida: os fundamentos declarativo, demonstrativo e lógico-indutivo, reconduzindo a prova, em sentido semi-amplo aos dois primeiros e a prova, em sentido estrito ao segundo. Apenas os dois primeiros constituindo meios de prova, em sentido estrito ou próprio, assumirá natureza ampla a noção de meio de prova em que se englobe também o terceiro.

objecto. Consideraremos, em primeiro lugar, as convenções, relativas a presunções legais, representativas de pactos a que as partes pretendam associar efeito *ampliador*.

Esta, como acima anunciado, a *primeira dimensão*<sup>1330</sup> do problema discernível no âmbito do *primeiro domínio* que identificámos.<sup>1331</sup>

a) Convenções ampliadoras e presunções legais

A ponderação quanto à admissibilidade ou não de celebração de convenção *ampliadora* assume contornos singulares, quanto a este particular fundamento decisório, a um duplo título.

Consideremos o primeiro.

Por princípio, as convenções ampliadoras de meios de prova respeitam à previsão de outras categorias de fundamentos decisórios, que não os legalmente previstos, pelo que relevam na medida em que conduzem ao extravazamento do universo categorial normativamente previsto. Tanto, porque cada categoria ou tipo de prova corresponde, por norma, a base decisória, cuja convocação processual se basta com a previsão normativa da tipologia em causa.

Não assim, porém, no que diz respeito às presunções legais, na medida em que, não obstante constar, esta categoria tipológica,<sup>1332</sup> do elenco legal de bases de decisão da matéria de facto controvertida, a mera categoria da presunção jurídica legal não constitui, em si, um fundamento de decisão da matéria de facto controvertida, não permitindo, por si só, a convocação, na acção, desta base decisória. A mobilização, no processo, do meio de prova em causa, não se basta, assim, com a mera enunciação normativa do quadro tipológico correspondente ao suporte decisório em apreço.

Representando, a presunção legal, um raciocínio mental, através do qual se retira a certeza, quanto a uma versão factual, cuja verificação era incerta, de um facto certo, só cada inferência realizada a partir de um facto representa uma presunção legal, assim susceptível de mobilização em juízo. A presunção jurídica só releva, neste sentido, enquanto base de decisão, se existir manifestação legal *concreta* desse tipo de fundamento de decisão legalmente previsto com carácter genérico.

Razão por que dissemos serem *manifestações* de uma categoria probatória.<sup>1333</sup> No que diz respeito às presunções legais, tal manifestação traduz-se em cada associação factual (do tipo referido) normativamente expressa pelo legislador.

É, nesta medida, possível (atenta a especificidade do fundamento lógico-indutivo), ampliar os concretos fundamentos de decisão admissíveis, sem, contudo,

---

<sup>1330</sup> Admissibilidade ou não de convenções ampliadoras.

<sup>1331</sup> Presunções legais.

<sup>1332</sup> Subcategoria do tipo, mais amplo, das presunções jurídicas.

<sup>1333</sup> Meio de prova, em sentido amplo.

ampliar, em simultâneo, as categorias ou tipologias de meios de prova normativamente previstos.<sup>1334</sup>

Ao singular contorno, assim surpreendido, *acresce um segundo*.

Apesar de a ampliação (ora considerada), ser, em abstracto, possível,<sup>1335</sup> esta (ampliação) só é concebível, quando o seu autor seja o legislador, na medida em que à presunção legal está indissociavelmente ligada a fonte legislativa.

Não são, assim, por natureza, as presunções legais, passíveis de ser criadas por via de convenções de prova. A diversa fonte (privada) da presunção de imediato altera a sua classificação. A inadmissibilidade não decorre, pois, neste contexto, de considerações relacionadas com a invalidade do tipo de pacto sobre que se atenta, antes com a circunstância de este representar acto jurídico de celebração impossível.

Tanto não significa, porém, que não seja (também em abstracto) concebível criar, por via de convenção de prova, presunções produtoras, ante o decisor, de efeitos em tudo idênticos aos decorrentes das presunções legais, porque impositivas, para o juiz, de sentido decisório de fonte heterónoma.

A presunção criada pelas partes constituirá, porque assim, uma presunção *particular*, constituída por intermédio de *convenção*, e, porque assim, *presunção convencional*.

Tanto não obsta a que as presunções legais possam ser, em abstracto, objecto de convenção de prova, designadamente na medida em que, por via desta, se introduzam alterações ao raciocínio presuntivo definido pelo legislador. Com o que, aumentando ou reduzindo o grau de investimento (e, assim, o valor probatório), que este (legislador) àquelas (presunções) associa, visarão, as partes, por acordo, moldar a presunção legal.

Absolutamente insusceptíveis se revelam, porém, de convenções de prova ampliadoras.

---

<sup>1334</sup> Assim sucede sempre que o legislador cria uma nova presunção legal.

<sup>1335</sup> A possibilidade a que nos reportamos respeita, assim, à realizabilidade prática do acto criativo, que não à sua validade jurídica. Sobre este aspecto nos pronunciaremos adiante.

b) Presunções convencionais (*Vertragliche Vermutungen*)

Poderão, contudo, as partes, celebrar, de modo válido, convenções de prova (de frequente verificação prática, como WAGNER sublinha, e há muito autonomizadas pela doutrina, como decorre, por exemplo, das posições assumidas por KOHLER e SCHÜLLER)<sup>1336</sup> geradoras de presunções convencionais (*Vertragliche Vermutungen*) ?

i) Propendemos para entendimento de sentido negativo.

i.1. Importa, nesta sede, notar que, como acima se observou, a presunção (legal ou convencional) representa sempre a sobreposição de um sentido decisório do legislador ao sentido autonomamente formado pelo julgador, realizando-se, por esta via, uma aproximação, mais definida (relativamente à que tem lugar, quando há mera remissão para os critérios a respeitar, quando a decisão é proferida ao abrigo do princípio da livre apreciação da prova), à solução que o sujeito criador da presunção<sup>1337</sup> preconiza para a resolução da controvérsia factual.

Justaposição, prevalecente, que se compreende admissível, quando proveniente do legislador, por representar, este, ente (supraposicionado ante o juiz e as partes) a quem assiste legitimidade para definir um sentido decisório vinculativo para o decisor, incumbindo ao tribunal, em obediência a tal directriz, concretizar, na acção, o regime por aquele normativamente instituído.

Não assim quando (como sucede no quadro de presunção convencional) o sentido decisório a justapor provenha das partes, posicionadas que estão em situação precisamente oposta (de infraordenação ante o juiz e o legislador) e, porque assim, insusceptíveis de assumir, no plano do dissenso processual, a qualidade de sujeitos *definidores* de sentido decisório, antes representando sujeitos em posição de dependência e vinculação a sentido decisório que o juiz, em conformidade com a directriz<sup>1338</sup> legal, *defina*.

Condição (infraordenada) que (na via processual do dissenso), se associa ao figurino de partes, enquanto entes absolutamente *terceiros* à definição do conteúdo decisório,<sup>1339</sup> constituindo, esta actividade (conformadora do teor da decisão), quando suportada em informação empírica (informação proporcionada por meios de prova,

---

<sup>1336</sup> WAGNER acentua, por mais que uma vez, o importante relevo prático (“erhebliche Rolle”) deste tipo de cláusulas, na realidade do comércio jurídico, *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, pp. 649 e 650. KOHLER inclui entre os pactos de prova os acordos de que decorra que, uma vez provado um facto, se deve ter por verificado um outro facto, *Ueber processrechtliche Verträge und Creationen, Gesammelte Beiträge zum Zivilprocess*, Neudruck der Ausgabe, Berlin, 1894, Scientia Verl., 1969 - X, pp. 127 e ss. Também assim SCHÜLLER, *Die Wirksamkeit von Beweisverträgen nach geltendem Prozeßrecht*, Göttingen, 1932, pp. 15 e 31 e ss.

<sup>1337</sup> Legislador.

<sup>1338</sup> Permissora de actividade jurisdicional autonomamente construtora do teor decisório ou tão só concretizadora de sentido decisório previamente definido.

<sup>1339</sup> Que não apenas entes aptos a moldar o conteúdo decisório, conquanto subordinado este a controlo validante por terceiro imparcial, como sucede na via processual do consenso.

em sentido amplo), função exclusivamente cometida ao terceiro decisor. O tribunal beneficia, neste contexto, como acima pudemos observar, de total independência<sup>1340</sup> ante as partes. *Tercereidade* (“terzietà”) e *independência* (“indipendenza”)<sup>1341</sup> com que a admissibilidade de válida criação de presunções convencionais conflituaria.

i.2. Esta representaria, por outro lado, fonte potencialmente geradora (de modo especialmente intenso) de perigo para a imparcialidade objectiva (grau de coincidência entre a versão factual ocorrida e a versão factual processualmente aceite como verificada). A circunstância de o legislador não ter criado presunção legal de teor idêntico à presunção convencional significa que aquele não concebeu aquele tal via (presunção de fonte heterónoma ante o decisor, assim definida em abstracto) como meio *adequado* para assegurar o maior grau de fidelidade possível, no que diz respeito à correspondência entre a realidade e o conteúdo da decisão relativa à matéria de facto controvertida, perspectivando como canais mais aptos à prossecução desse fim apenas os meios de prova, em sentido semi-amplo e o fundamento lógico-indutivo, de fonte autónoma (sob o ponto de vista do decisor), em que se consubstanciam (no que a este último – fundamento lógico-indutivo –, diz respeito) as presunções judiciais. Nem constitui argumento adutível, de modo fundado, em sentido inverso, aquele nos termos do qual se arguisse que também, quando as partes criam, por via convencional, novos meios de prova, em sentido estrito, geram, com tal previsão, perigo para a fidelidade da informação probatória (e, assim, para a adequação da decisão a proferir com base nela) à realidade, e que, não obstante, podem, tais convenções de prova, ser validamente celebradas, de modo inequívoco, nos termos legais.

A circunstância de, por intermédio das convenções de prova, se impor um sentido decisório ao tribunal, representa, na verdade, essencial traço distintivo das convenções criadoras de presunções legais, relativamente às convenções previsoras de novos meios legais de prova em sentido estrito, bem como uma das linhas delimitadoras das áreas de validade e de invalidade negocial em sede de pactos de prova.

Por intermédio da modalidade convencional que o argumento que se considera usa para confronto, não se altera o sentido decisório, não se impondo ao decisor qualquer solução que deva necessariamente integrar o conteúdo da decisão a proferir. A esta nota distintiva acresce uma segunda. Quando, por via negocial, as partes criam presunções convencionais, não só impõem um sentido decisório, como impõem sentido decisório, cujo apuramento decorre da adopção de um particular método ou critério de decisão – lógico-indutivo ou inferencial –, por norma mais frágil, porque traduzido, não na apreciação crítica de informação empírica probatória veiculada, da realidade, para o processo, por meio de prova –, mas na pressuposição de uma imagem do real, por recurso a razões de ordem probabilística. Domínio em que as convenções relativas aos meios de prova, em sentido próprio, não interferem.

---

<sup>1340</sup> Porque não circunscrita à que cobre a sua actividade, enquanto ente aferidor da validade do teor decisório consensualmente definido pelas partes.

<sup>1341</sup> Aludimos a expressões de Ricci, *Principi di diritto processuale generale*, 3ª ed., Torino, Giappichelli, 2001, pp. 9 e ss.

A inovação de regime introduzida por cada uma das modalidades de convenções que ora perspectivamos em termos comparativos respeita, em suma, a planos não completamente sobreponíveis: as convenções criadoras de novos meios de prova, em sentido próprio, inovam tão só no que diz respeito à ampliação da informação empírica de que o decisor pode processualmente dispor, enquanto material de trabalho, em sede de construção da decisão relativa à matéria de facto controvertida, não intervindo nos planos do sentido decisório, nem do critério de decisão; as convenções criadoras de presunções convencionais inovam no que concerne ao sentido decisório, impondo, em simultâneo, a adopção de critério próprio no acto de definição daquele sentido, não interferindo no âmbito da amplitude do material utilizável para conformação do conteúdo decisório.<sup>1342</sup>

Diversidade de consequências convencionais que permite compreender a diversidade de regime, quanto à validade de cada modalidade de convenção: no sentido da nulidade quanto às convenções criadoras de presunções convencionais; no sentido da validade, quanto às convenções previsoras de novos meios de prova.

De notar, finalmente, que, para além de, na visão que adoptamos, as presentes convenções se não confundirem (diferentemente do que WAGNER propõe) com a figura dos acordos de reconhecimento de factos (ainda que condicionais), a circunstância de estes últimos se terem por admissíveis não representa argumento invocável, no sentido da validade das convenções constitutivas de presunções, em virtude de respeitarem a contextos distintos - se os primeiros se enquadram no âmbito de terreno processual em que se alcançou área de “pacificidade” em sede de facto (assim se extinguindo a dúvida), respeitam, diferentemente, os segundos, a hipótese em que o tribunal é chamado a pronunciar-se relativamente a factualidade, cuja natureza controvertida se mantém.<sup>1343</sup>

---

<sup>1342</sup> O facto base da presunção convencional representava já material mobilizável para efeito de decisão da matéria de facto controvertida, na medida em que era susceptível de ser convocado pelo decisor, no âmbito do recurso a presunções judiciais. Não alterando, assim, embora, a amplitude do material *susceptível* de ser mobilizado na operação de definição do conteúdo decisório, estas convenções alteram, porém, em sentido redutor, a amplitude do material *disponível*, para construção, pelo decisor, de modo autónomo, do conteúdo da decisão, na medida em que, associando as partes, com carácter vinculativo, no âmbito da presunção convencional, ao facto base, uma determinada ilação, fica o decisor privado da possibilidade de, convocando o mesmo facto base, como facto base de presunção judicial, dele retirar ilação diversa.

<sup>1343</sup> WAGNER centra a sua análise sobretudo em dois tipos de cláusulas – aquelas de cujo teor resulta que a parte se encontra esclarecida relativamente ao conteúdo do contrato (*Fingierte Erklärungen*) e aquelas nos termos das quais uma declaração, emitida por uma das partes, se tem por recebida pela contraparte (*Fiktion des Zugangs*), independentemente da natureza ilidível ou inilidível que estas possam assumir. Questiona, a partir desta classificação, se tais previsões pactícias representam contratos declaratórios jurídico-materiais ou contratos de prova processuais („um materiell-rechtliche Feststellungs- oder um prozessuale Beweisverträge“). Depois de denunciar a incongruência que vê na inclusão de tais cláusulas no âmbito da figura da ficção [por entender que esta intervém sobretudo em contexto de ausência de emissão de declaração de vontade das partes, pelo que não se integraria, no âmbito do conceito („...die Dogmatik der Fiktion gesprengt...“)], a hipótese em que as partes a ele recorrem para, emitindo declarações de vontade, inverter a regra geral da doutrina do negócio jurídico, nos termos da qual o silêncio não equivale a concordância}, exclui a sua integração no domínio do ónus da prova, bem como (quando a previsão pactícia assumia carácter geral, de disposição jurídico-material,

ii) Razões, as enunciadas, por que, adoptando visão da sustentada por PEZZANI,<sup>1344</sup> padecerão de invalidade as convenções de prova, através das quais se criem presunções de fonte privada, dirigidas a vincular o conteúdo da decisão jurisdicional.

---

não se circunscrevendo, a possibilidade da sua aplicação, à hipótese de presente ou futuro conflito judicial) na área conceitual da confissão, sustentando estar em causa contrato declaratório, por via do qual as partes conformam a sua relação jurídico material („Die unwiderlegliche Vermutung ist also ebenso wie die Fiktion regelmässig eine blosse Modalität des *materiell-rechtlichen Feststellungsvertrags* und nur ausnahmsweise ein Geständnisvertrag, wenn sie nämlich in bezug auf einen Rechtsstreit vereinbart wird“), *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrenrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 649 e ss. Cremos ser clara a exclusão deste tipo de cláusulas do âmbito do ónus da prova, na medida em que as partes não visam apenas antecipar a forma de superar a hipotética situação de dúvida insanável (mediante previsão da parte contra a qual o tribunal decidiria *não se ter por verificada* uma dada versão factual), antes que se tenha por *verificado* um determinado facto. A sua não qualificação, como confissão, decorrerá do carácter subjectivamente bilateral da previsão, embora não seja de excluir a possibilidade de, no documento de que consta o acordo, poder figurar declaração da exclusiva autoria de uma das partes (a desfavorecida pelo teor declarativo). Nesta hipótese, não se nos afigura que a cláusula devesse deixar de poder ser enquadrável, no âmbito da confissão apenas pela circunstância de as partes não circunscreverem o seu relevo ao plano de um particular conflito jurisdicional. A não ser esta a conclusão em concreto obtenível, duas hipóteses remanesceriam relativamente à classificação da cláusula assim fruto da construção de ambas as partes: como presunção (ou como ficção), quando as partes tão só subordinem (com carácter ilidível ou não) a declaração de verificação do facto desconhecido à consumação de um facto conhecido; como acordo de reconhecimento de factos (subordinado a condição), quando as partes incorporem a verificação do facto, no âmbito de concordante e assumida declaração de ocorrência deste, conquanto dependente da verificação de um particular pressuposto. A configuração do acordado numa ou noutra destas duas possibilidades classificativas não é indiferente: nesta última hipótese, a convenção surge, ante o tribunal, confortada pela assunção, pelas partes, da verificação do facto, podendo dar este por verificado com base no *plus adveniente* desse específico *consenso*, em virtude de terem aquelas retirado natureza *controvertida* ao facto, assim igualmente o retirando do domínio da *prova*; na primeira hipótese, as partes limitam-se a manifestar *consenso* relativamente à imposição, ao tribunal, de prolação de decisão (quanto à matéria de facto *controvertida*) num determinado sentido, indevidamente interferindo no âmbito de livre apreciação da *prova*. As cláusulas em análise são, por isso, susceptíveis de representar confissão, presunções ou ficções jurídicas ou acordos de reconhecimento de factos, sendo que só na segunda hipótese estão em causa convenções de prova. Na terceira hipótese, a circunstância de o pacto não ser como tal (como convenção de prova) classificável, não o transforma, porém, em acordo de índole substantiva (não define, enquanto tal, direitos e deveres substantivos das partes); representa, diversamente, convenção, de índole processual (enquanto sinónimo de adjectivo, por contraposição a substantivo), que serve de base à decisão sobre matéria de facto (não chegando, esta, a assumir natureza controvertida). Com base no suporte factual assim determinado, definir-se-á, em momento *sucessivo*, a solução jurídica aplicável de acordo com as regras de direito *material* ou substantivo. Vemos, nesta medida, as presunções e as ficções jurídicas como figuras situáveis em plano paralelo à confissão e aos acordos de reconhecimentos, não se confundindo com nenhum deles. Diferente parece ser o entendimento de WAGNER, quando observa que as presunções inilidíveis e as ficções podem constituir confissão ou acordo declaratório material.

<sup>1344</sup> Não obstante manifestar reservas, quanto à admissibilidade de convenções reguladoras da apreciação da prova, a autora admite a validade de pactos construtores de presunções convencionais (rejeitando embora que estas possam respeitar ao facto base), em virtude de integrar esta possibilidade no âmbito do art. 2698 do Codice Civile, enquanto forma de “*modificazione*” do regime do ónus da prova, *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009, p. 243.

E se assim é, quando se pretenda, por esta via, condicionar o teor decisório (associando, as partes, à verificação de um facto a definição de um conteúdo decisório que inelutavelmente se impõe ao juiz, em estabelecimento de nexos factuais que o legislador não contemplou), identicamente o será, quando o condicionamento, impositivo de sentido decisório, no âmbito de presunção definida em abstracto,<sup>1345</sup> ocorra por via de alteração das consequências que, no quadro de presunção legal, o legislador associe à verificação de determinado facto (base), dotando, as partes, a ilação legal de poder vincutivo mais intenso (para o decisor) que aquele de que beneficia de acordo com o parâmetro definido pelo autor da presunção (legislador). Constituindo, a presunção legal, parâmetro representativo do grau de investimento depositado, pelo legislador, na eleição em que a presunção se traduz é, assim, este, alargado, convencionalmente, a âmbitos que o legislador não abrangeu, erigindo, fonte privada, tal investimento, a grau de risco que o legislador não quis assumir.<sup>1346</sup>

Quando convencionalmente se promova o valor probatório das presunções legais, amplia-se a medida de relevância do raciocínio lógico-indutivo, criando-se, convencionalmente, presunção, nessa proporção. Valem, porque assim, quanto a estas convenções, as razões, determinantes da invalidade convencional, aduzidas relativamente às convenções promotoras do valor probatório de meios de prova, em sentido estrito, bem como (porque igualmente impositivas, estas convenções, de sentido decisório, em contexto em que, de outro modo, este se não imporá ante o decisor, assim contendendo com a medida da área de intervenção decisória do juiz, em que este é efectivamente independente e terceiro)<sup>1347</sup> as enunciadas relativamente aos pactos de prova criadores de presunções convencionais.

Termos em que se observa reconduzirem-se ao mesmo núcleo essencial de razões os motivos justificativos da invalidade de três tipos de convenções: das convenções criadoras de presunções convencionais, das convenções incrementadoras do valor probatório de presunções legais e das convenções incrementadoras do valor probatório de meios de prova em sentido estrito.

*iii)* Adoptando uma perspectiva de conjunto, no que diz respeito aos métodos de intervenção do legislador, no plano da conformação do conteúdo decisório, suportado em apreciação de prova (em sentido amplo), é possível apurar, atentos os frutos da reflexão até agora desenvolvida, que aqueles se reconduzem a intervenção, em plano *remoto* (por isso de forma indirecta), mediante delimitação do âmbito

---

<sup>1345</sup> Presunção não judicial.

<sup>1346</sup> Embora as referidas convenções gerem alteração do regime jurídico a que a presunção legal se encontra subordinada (por implicar a promoção do valor probatório, a extensão deste a domínio de outro modo por ele não abrangido), tal alteração representa, *nessa área*, criação de presunção convencional e, assim, ampliação dos fundamentos decisórios; quando, por via convencional, se despromova o valor probatório, elimina-se, na *área* em causa, o relevo da presunção legal, nessa sede se excluindo a aplicação de meio de prova legalmente previsto. Raciocínio equivalente vale, "*mutatis mutandis*," quando estejam em causa meios de prova, em sentido estrito, a que legalmente se associe efeito probatório vincutivo especial.

<sup>1347</sup> Apenas distingue, sob este ponto de vista, as convenções promotoras do valor das presunções legais das convenções criadoras de presunções particulares, a circunstância de o sentido decisório imposto convencionalmente, ao juiz, já se impor, nas primeiras, ao decisor, em contexto (e assim em grau) diferente, por determinação legal. Esta legítima, porém.

aplicativo de meios de prova, através do estabelecimento (pela positiva ou pela negativa) de relação de exclusividade entre certos factos e determinados meios de prova, assim definindo o grau de aptidão destes para fornecimento de informação susceptível de suportar a decisão a proferir, em sede de matéria de facto controvertida e respondendo ao problema de saber se determinado meio de prova pode ser processualmente mobilizado para prova de uma dada versão factual. O desenvolvimento da autodeterminação das partes, por via pactícia, só se revela válida, neste âmbito, quando não conflituante com aquela definição, o que se verificará (ausência de conflito) se dela resultar a criação ou extinção de meios de prova sem ligação a factos particulares, objecto de prova, bem como, quando tais criação e extinção sejam reportadas a factos particulares (objecto de prova) não regulados normativamente de modo especial quanto aos meios de prova admissíveis ou em termos não incompatíveis com esta regulação.

A intervenção legislativa assumirá relevo *mais próximo*, quando respeite, de modo imediato, à fase decisória, o que pode suceder mediante determinação do grau de vinculatividade da informação proporcionada por dado meio de prova e mediante definição das ilações probatórias a retirar imperativamente da verificação de determinados factos. No âmbito deste segundo contexto, o legislador define se (quando mobilizado certo meio de prova) pretende que a sua propensão para a eleição de uma dada versão factual releve ou não, bem como, quando haja lugar a tal manifestação electiva, os termos ou grau de intensidade do seu relevo processual.<sup>1348</sup>

*Toda* a intervenção das partes no presente domínio, por via de celebração de convenções de prova, assume natureza conflituante com o regime legal, qualquer que seja o sentido da regulação constante do acordo: se no sentido da criação de presunções convencionais ou do incremento do valor probatório, representa a imposição ao juiz de um sentido decisório decorrente da eleição de uma versão factual em circunstâncias não previstas pelo legislador e, assim, ingerência na actividade de determinação do conteúdo da decisão a proferir, em prejuízo da autonomia do juiz no plano da definição do conteúdo da decisão no plano processual do dissenso; se no sentido da diminuição do valor probatório, implica a restrição das circunstâncias em que aquela eleição (legal) releve ou a eliminação da possibilidade daquele relevo, quando se conceda, convencionalmente, ao decisor, plena liberdade de apreciação da prova. Em qualquer uma das circunstâncias, as partes interferem *directamente* na definição do conteúdo decisório, com suporte em base densa, desenvolvendo actividade da exclusiva competência do legislador (em derrogação da actividade por este precedentemente desenvolvida, quando extinguem presunções legais ou reduzem o valor de meios de prova, em sentido amplo ou impondo uma eleição privada da versão factual a considerar de modo prevalente, quando criam presunções convencionais ou aumentam o valor de meios de prova).

---

<sup>1348</sup> Porque, por via directa ou indirecta, as regras legais, relativas à prova, se repercutem na actividade do decisor, também, o acordo que as partes celebrem em alteração dessas regras (convenção de prova) implica, como nota CHIOVENDA regulação de actividade pública, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1913, p. 105.

Tudo o que representa interferência *directa* na actividade de *decisão*, com base em apreciação de prova (base densa) e, assim, teor convencional de índole sempre conflituante (por isso gerador de invalidade) com o regime legal.

*iii*) Representando, as presunções legais, deliberada tomada de posição (absoluta ou relativa, consoante a natureza da presunção), do legislador, no sentido da propensão para entender ter-se verificado uma dada versão factual (entendimento a espelhar, pelo juiz, a nível decisório, quando verificados os pressupostos da presunção), sendo a distribuição do esforço de prova que dela decorra (quando decorra) mera consequência de tal opção, não assiste às partes a faculdade de, mediante celebração de convenção de prova, alterar o sentido da selecção normativa.

Neste quadro se manifesta o relevo da distinção (acima sustentada) entre a figura das presunções legais e a figura do ónus da prova. Não se identificando aquelas com regime relativo ao ónus da prova, torna-se possível e compreensível (atenta a diferente natureza das matérias em causa, *supra* explicitada) a possibilidade de válida celebração de convenções de prova, quanto ao segundo, que não relativamente às primeiras.

Donde, por outro lado, se retira ser admissível que as partes validamente alterem, por convenção, não só o regime decorrente das regras *gerais* de distribuição do ónus da prova, como também o decorrente de regras (assim não representativas de presunções legais) *especiais* de distribuição do ónus da prova, ainda que não constantes das normas expressas nos n.ºs 2 e 3 do art. 343.º do Código Civil,<sup>1349</sup> contanto que cumpridas as condições de validade relevantes quanto a todas as convenções de prova. Tal admissibilidade é compatível com o fruto decorrente da articulação entre a noção de ónus da prova, em sentido próprio e o regime constante do art. 345.º do Código Civil (adoptante que é dessa noção, como acima apurado), revelando-se igualmente conciliável com o resultado da conjugação entre essa noção de ónus da prova e o regime constante dos arts. 342.º, 343.º, n.ºs 2 e 3, 344.º e 345.º, n.º 1 do Código Civil, na medida em que, não obstante, no art. 344.º, n.º 1, do mesmo diploma, se referirem apenas, a título de normas reguladoras do ónus da prova, susceptíveis de inversão, as constantes do artigo que o antecede (onde se distinguem, no art. 342.º, normas gerais e, no art. 343.º, normas especiais), as normas de distribuição do ónus da prova, representativas de regime inversor da regra geral, localizadas, sob o ponto de vista sistemático, em ponto diverso, partilham (na medida em que foram também concebidas, tendo por escopo primeiro a resolução do problema da dúvida insanável, relativamente à verificação ou não de uma dada temática factual) das mesmas características identificadoras das hipóteses de especialidade previstas na norma, acima mencionada, pelo que, representando hipótese análoga, a possibilidade de inversão convencional, se lhes deve aplicar também por via analógica. Não assim, relativamente às presunções legais, em virtude

---

<sup>1349</sup> Assim, por exemplo, quando as partes invertam, convencionalmente, a regra de distribuição do ónus da prova (norma, cujo conteúdo consubstancia gestão do risco processual, em termos inversos aos que decorreriam de aplicação dos critérios gerais do ónus da prova), nos termos da qual, no âmbito da responsabilidade contratual, impende, sobre o devedor, o ónus de comprovar, em caso de falta de cumprimento ou de cumprimento defeituoso, que estes não se devem a culpa sua (cfr. art. 799.º, n.º 1 do Código Civil).

de, pelas razões acima mencionadas [designadamente atenta a circunstância de constituir razão primeira determinante da previsão destas (contrariamente ao que sucede com o regime do ónus da prova), a eleição de uma versão factual], não comungarem da natureza das hipóteses contempladas nas normas dos n.ºs 2 e 3 do art. 343.º do Código Civil, não lhes sendo, em consequência, aplicável o art. 344.º, n.º 1 do Código Civil, nem directamente, nem por via analógica.

*iiii)* Em suma, por sempre implicarem alteração do regime da actividade de decisão, por via da imposição, ao decisor, da eleição de uma das versões dos factos, verificado que seja o pressuposto em que se traduz a declaração, como processualmente assente, do facto base, dever-se-ão ter por inválidas as convenções de prova que tenham por objecto a criação de presunções jurídicas, *mesmo* quando destas não decorra um efeito decisório equivalente ao que resultaria da inversão do ónus da prova, como sucede, quando estejam em causa presunções convencionais simples (porque revestidas, a esse nível, de carácter neutro) e presunções convencionais que representem eleição da versão factual favorecedora da parte beneficiada, segundo as regras gerais de distribuição do ónus da prova (assim dotadas de carácter coincidente). Não é, na verdade, a alteração do esforço de prova, em si, o fundamento da invalidade. Antes, a colisão do regime que as convenções de prova consubstanciam com o núcleo intangível da jurisdição.

Também nos ora enunciados casos, na verdade, o fundamento decisório seria a presunção convencional (sentido decisório imposto pelas partes). Ainda que, na primeira hipótese (presunção simples), o sentido da decisão definido, por autor e réu, coincida com a convicção do juiz (como, por natureza, sempre acontecerá, quando este tipo de presunção seja mobilizado pelo decisor no processo)<sup>1350</sup>, tal identidade torna-se irrelevante como sustento argumentativo da validade do pacto de prova, na medida em que importa que, no plano processual do dissenso, o fundamento da decisão seja a convicção do juiz ou imposição do legislador, que não a vontade das partes, sob pena de prejuízo para as referidas tercereidade e independência, enquanto características essenciais da actividade jurisdicional.

Por outro lado, no que diz respeito à segunda hipótese, e à semelhança do que sucede quanto a todas as presunções qualificadas, para além de estar em causa previsão convencional por via da qual as partes apagam a autonomia decisória do juiz, em sede de matéria de facto *controvertida*, trata-se de regime privado que impõe pronúncia de decisão de natureza asseverante quando, se, sob o ponto de vista interno, o juiz se encontrar em situação de dúvida insanável, apenas decisão com carácter excludente é adequadamente pronunciável.

---

<sup>1350</sup> Tal coincidência é apenas uma possibilidade nos demais tipos de presunções.

c) Presunções convencionais e acordo quanto a factos

A proibição<sup>1351</sup> de modificabilidade convencional de critérios portadores de sentido decisório não representa, contudo, dimensão do regime jurídico a considerar relevante, quando se pondera quanto à admissibilidade de as partes celebrarem acordos relativamente aos factos, não obstante condicionarem também estas, por essa via e de modo imediato, o sentido da decisão a proferir.

Que às partes seja dado intervir no âmbito da actividade decisória, mediante fixação, por acordo, da base factual da causa, não constitui, assim, excepção ao princípio regra da imodificabilidade dos critérios respondentes de decisão a que temos vindo a fazer referência, na medida em que estes se circunscrevem aos que são observados na hipótese de dissenso, condicionando a actividade decisória a que não é associável natureza meramente homologatória. Não corresponde, assim, a uma das hipóteses enquadráveis, no âmbito da relatividade proibitiva.

Quando celebram acordo directamente respeitante aos factos, enveredam, as partes, pela via do *consenso*, pelo que a convenção que nesse sentido celebrem, não representará condicionamento da decisão judicial, quanto à matéria de facto controvertida, não implicando, em consequência, modificação do critério legal de decisão, a observar, em sede de extinção do núcleo processualmente dubitativo em que se consubstancia o “*thema probandum*”. As partes intervêm, nessa hipótese, a montante, extinguindo, por acordo, a controvérsia quanto a esses factos, que assim retiram do domínio do litígio factual a dirimir pelo tribunal, dispensando, em consequência, a prolação de decisão autónoma.

Porque delimita o âmbito da dúvida, dele retirando tais factos, dispensa, quanto a estes, o desenvolvimento de actividade probatória, bem como a intervenção autonomamente resolutora do juiz, não sendo, tais convenções (como *supra* apurado<sup>1352</sup>), susceptíveis de qualificação, como convenções de prova. Tanto, ainda que, como em exemplo avançado por WAGNER, tal acordo assumia carácter condicional.<sup>1353</sup>

---

<sup>1351</sup> Ainda que relativa, considerando, como se apurou, a admissibilidade de válida celebração de convenções inversoras do ónus da prova.

<sup>1352</sup> Aquando da reflexão sobre a figura do *Anerkennungsvertrag*.

<sup>1353</sup> É a distinção entre acordo de reconhecimento e convenção sobre o ónus da prova que cremos subjacente à observação de WAGNER, quando sublinha que não há lugar a este segundo tipo de negócio jurídico, quando a parte reconhece a existência de vícios, na coisa comprada, mas que é essa a modalidade convencional em causa quando, alterando o regime legal supletivo, o comprador aceita que para si seja transferido o ónus de demonstrar a existência do vício ou quando, modificando regra legal subsidiária, negocialmente se preveja impender sobre o mutuário o encargo de demonstrar a gratuidade do contrato de mútuo (o autor reportava-se à redacção do BGB, então vigente), *Prozeßverträge Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988, p. 652 e 563. Em causa está, pois, um acordo de reconhecimento de verificação de um facto, subordinado à condição de não demonstração do inverso. Esta a hipótese sobre que, na Parte I (a propósito dos *Anerkennungsverträge* e das posições, quanto a eles assumidas, por parte da doutrina, quando condicionais), havíamos reservado pronúncia para o presente momento. Julgamos, porém, não estarem em causa contratos jurídico-materiais, antes acordos relativos a matéria factual.

O efeito deste tipo convencional, não se repercute, assim, ao nível do critério de decisão a observar para extinção da controvérsia fáctica (problema exclusivamente relevante no plano do dissenso, por isso quanto à matéria de facto decidenda, litigiosa e controvertida), antes ao nível do tipo de actividade jurisdicional (puramente homologatória ou não) a desenvolver, em sede de pronúncia quanto à matéria de facto decidenda (litigiosa ou não).

Importará, por esta razão, ante cada convenção, proceder a interpretação da vontade das partes, de modo a apurar se estas pretenderam eliminar directamente a dúvida, quanto a certo ou certos factos (excluindo-os da área da temática factual controvertida) ou determinar as condições em que o decisor poderá proceder a tal extinção.

Delimitação que pode não se vislumbrar com natureza clarividente, sobretudo quando a formulação literal adoptada pelas partes assumia forma condicional.

Quando, como em exemplo dado por EICKMANN<sup>1354</sup>, as partes estipulem que, verificado certo facto, se deve tomar por igualmente verificado facto distinto, podem, com tal previsão, pretender criar presunção convencional, vinculando o juiz a decidir, no sentido por aquelas indicado (o que representaria convenção de prova inválida) ou, diferentemente, celebrar convenção que consubstancia acordo, quanto ao segundo facto, subordinando (o acordo), embora, à condição de verificação do primeiro (o que representaria acordo, quanto a factos, condicional).

### 2.3.2.2. Extinção convencional de presunções jurídicas

Cumpra ponderar, ainda no âmbito do primeiro domínio (presunções legais), sobre a *segunda* dimensão do problema, considerando agora as convenções *excludentes* da possibilidade de recurso a este fundamento (presunções legais) de decisão da matéria de facto controvertida.

---

<sup>1354</sup> Em visão diferente da que propugnamos, EICKMANN sustenta que os pactos em que se prevejam presunções ilidíveis respeitam ao ónus da prova, bem como que não constituem contratos de prova, por não contenderem com o andamento do processo, antes com o conteúdo da decisão a proferir, *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochumer juristische Studien Nr. 57, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1987, pp. 31 e 39. Reporta-se, a título exemplificativo, à hipótese em que as partes convencionem que, salvo prova em contrário, a declaração de denúncia se presume atempadamente recebida, quando se prove que a carta de denúncia foi enviada decorridos três dias antes do termo do prazo de pré-aviso. Afigura-se-nos que não está em causa acordo relativo ao ónus da prova, dado que respeita a hipótese em que não se chega a suscitar a situação de dúvida insanável, quanto à verificação ou não de um dado facto, pretendendo, as partes, que o decisor declare verificado o facto, que não apenas não demonstrada a versão inversa. Determina, contudo, o acordo, a distribuição do esforço de prova entre as partes, em termos diversos dos que, por princípio, decorreriam das regras gerais. A circunstância de ser ou não, o pacto em análise, qualificáveis como contratos de prova, dependerá do facto de a presunção ser ou não enquadrável, no domínio da prova, o que, como vimos, acontece na sistematização conceitual que preside ao Código Civil português e no seio da qual se insere o regime regulador das convenções de prova. Questão distinta será a da validade dessas convenções, sendo que, por determinarem (embora com carácter ilidível) o conteúdo da decisão jurisdicional, as temos por, enquanto tal, inválidas; sem embargo de, em função das particularidades do caso concreto, se poder vir a concluir estar em causa, não convenção de prova, mas acordo das partes, quanto à verificação de um dado facto, conquanto condicionado à ocorrência de um outro.

O efeito da convenção (se válida) implicaria, neste caso, *não a imposição* de um *sentido* decisório, de fonte particular, ao juiz, mas a *neutralização* do relevo de um critério de decisão e de *sentido decisório*, fixados, com carácter vinculativo, pelo legislador, tornando-os inoperantes na acção.

Se, no âmbito das convenções de prova, que vimos de considerar (criadoras de presunções convencionais), as partes interferem em campo da exclusiva competência do legislador<sup>1355</sup> por *criarem*, negocialmente, com carácter imperativo para o juiz, um sentido decisório, mediante conexão presuntiva (lógico-indutiva) entre factos (conexão que o legislador não estabeleceu), no âmbito das convenções, ora em análise, a ingerência no campo de intervenção do legislador ocorre mediante *extinção* da associação presuntiva que este houvera estabelecido entre factos, assim extinguindo a natureza vinculativa do sentido decisório e do critério legal de decisão em que a presunção normativamente fixada se consubstancia.

Dissociando, as partes, por via convencional, o facto legalmente tomado como base do raciocínio lógico-indutivo que inerva a presunção, da estrutura presuntiva legal, reconduzem-no ao terreno processual comum, em que se situam todos os factos – o da mera susceptibilidade de virem a ser convocados, como base de raciocínio lógico-indutivo, por via de presunções jurídicas judiciais.<sup>1356</sup>

Não afectando, embora (contrariamente ao que sucede com as convenções antecedentemente consideradas)<sup>1357</sup>, o presente tipo de pactos, a terçereidade e independência do juiz, por via da substituição, na prática, a este, na medida em que o tribunal não fica vinculado à reprodução de *conteúdo* decisório pré-definido pelas partes ou à adopção de particular *método* de conformação do teor decisório também por estas antecipadamente definido,<sup>1358</sup> não deixam estes acordos, à semelhança dos primeiros,<sup>1359</sup> de ser fonte geradora de perigo, no que diz respeito à imparcialidade objectiva<sup>1360</sup>, por eliminarem via decisória designada, pelo legislador, a título *imperativo*, como percurso a adoptar na senda de esclarecimento da factualidade controvertida em causa, em virtude, por regra, de conceber ser a ilação, assim retirada do facto base, a que, mais fielmente, reproduz a realidade.

A terçereidade e a independência do decisor são, sob este ponto de vista, afectadas por *via indirecta* – *não impondo*, as partes, um método ou conteúdo

---

<sup>1355</sup> Dotadas que são as presunções convencionais, dos mesmos efeitos das presunções legais.

<sup>1356</sup> Se as convenções de prova criadoras de presunções particulares (convencionais) só intervêm a nível tópico, as convenções excludentes de presunções legais podem intervir a nível tópico ou categorial (eliminando singulares presunções legais ou a categoria das presunções legais, como um todo). Diferentemente, como *infra* se observará, as convenções relativas a presunções judiciais reportar-se-ão sempre a este fundamento decisório sob o ponto de vista categorial, independentemente de o regime convencional assumir natureza criadora ou excludente.

<sup>1357</sup> Criadoras de presunções convencionais.

<sup>1358</sup> Há, ao invés, lugar à ampliação de liberdade do decisor, desvinculado, que fica, de observar o regime da presunção legal, conquanto não inibido de adoptar o mesmo sentido decisório e critério de decisão, mediante associação presuntiva entre os mesmos factos por via do recurso a presunção judicial.

<sup>1359</sup> Não obstante o efeito oposto da convenção: extintivo, que não criador, de presunção jurídica.

<sup>1360</sup> Grau de coincidência entre a realidade, por um lado, e o suporte da decisão, bem como o conteúdo decisório, por outro.

decisórios, *impedem*, contudo, a mobilização processual, pelo juiz, de um método e conteúdo decisórios anteriormente fixados, de modo imperativo, pelo legislador.

Constituindo, como acima sublinhado, a presunção legal, uma definição normativa mais próxima do conteúdo da decisão a proferir (estabelecida porque o legislador sente, nesse caso, capacidade para se abeirar da conformação do teor da decisão dada, por norma, a tão acrescida probabilidade que preside à associação entre factos que a torna padrão juridicamente generalizável),<sup>1361</sup> não assiste às partes (vinculadas que estão à decisão jurisdicional e às prescrições legais que a condicionam) legitimidade para alterar o critério de decisão ou o sentido decisório legalmente estabelecidos. Quando o façam, interferem em âmbitos de actividade reservados, com carácter exclusivo, ao legislador, substituindo-se a este na função de condicionamento e regulação do acto decisório a praticar pelo tribunal, no âmbito da matéria factual controvertida.

As considerações acabadas de tecer valem, igualmente, quanto a outras hipóteses através das quais convencionalmente se afecte, também em sentido extintivo, o teor decisório normativamente definido em presunção legal. Assim quando, por exemplo, ao mesmo facto base se associe diferente facto presumido ou quando ao mesmo facto presumido se associe diverso facto base. As convenções de prova, na modalidade que ora se considera, têm apenas a particularidade de contenderem com tal sentido decisório, não mediante *simples* extinção da presunção legal, mas por *acrescida* substituição do critério de decisão, que a presunção legal consubstanciava, por um outro (de fonte privada), pelo que à extinção de presunção legal<sup>1362</sup> se soma, nessa hipótese, a criação de presunção convencional.

Em qualquer um dos mencionados contextos extintivos se interfere com a eleição da versão factual a que o legislador havia procedido (em sede de presunção legal), eliminando-a, de modo singelo, na primeira circunstância (convenções puramente excludentes), substituindo-a por eleição privada (das partes na convenção) na segunda. Razão por que, quanto a elas, valem as observações desenvolvidas a propósito *das* convenções excludentes de presunções legais e *das* convenções criadoras de presunções particulares.

À semelhança do que se observa acontecer quanto às *razões* determinantes da invalidade dos pactos criadores de presunções convencionais relativamente aos *fundamentos* de invalidade dos acordos promotores do valor probatório de presunções legais, também os motivos justificadores da invalidade das convenções extintivas de presunções legais representam razões em simultâneo determinantes da invalidade de convenções de prova por intermédio das quais se reduza o valor probatório daquela categoria de presunções. Mediante diminuição das circunstâncias em que a eleição legal de versão factual (que a presunção representa) se aplica, reduzem-se, na verdade, as hipóteses de relevo processual da visão factual que, por via da presunção legal, o legislador selecciona como a beneficiária de maior grau de compatibilidade com a realidade, *extinguindo-se*, na proporção dessa redução, o

---

<sup>1361</sup> Definição a que o decisor deve obediência, nessa medida se lhe impondo.

<sup>1362</sup> Alterando-se o facto base ou o facto presumido, elimina-se, enquanto tal, a presunção legal que existia.

âmbito de operatividade da presunção legal, em despromoção, pelas partes, por meio negocial (convenção de prova), do grau de investimento que o legislador depositou em tal eleição.

Porque as presunções legais representam meios de prova, em sentido amplo, enquadráveis no âmbito da prova legal (tarifada)<sup>1363</sup>, relevam, por outro lado, quanto a estas convenções, também as observações tecidas quanto aos pactos através dos quais se *reduza* o valor probatório de meios de prova, em sentido próprio a que seja legalmente associado valor especial e fixo de comprovação da factualidade controvertida.

Reconduzem-se, em suma, ao mesmo núcleo essencial de razões, os motivos justificadores da invalidade de convenções excludentes de presunções legais, de convenções redutoras do valor probatório de presunções legais e de convenções redutoras do valor probatório de meios de prova, em sentido estrito.

De sublinhar, por fim, que estas convenções (excludentes de presunções legais) não são equiparáveis às convenções excludentes de meios legais de prova, em sentido próprio, pelo que a circunstância de este último tipo de pactos ser validamente celebrável, de acordo com o regime normativo actualmente em vigor, não representa argumento fundado, no sentido de as convenções de prova, que ora consideramos, o serem também. Se, por via daqueles pactos, se limitam as partes a reduzir o âmbito informativo de que o decisor pode dispor, enquanto objecto de labor na actividade de decisão da matéria de facto controvertida, sem contenderem com o método a observar, no desenvolvimento de tal actividade, nem com o sentido decisório fruto desta, por intermédio das convenções excludentes de presunções legais alteram, as partes negociais, o regime vigente, no que diz respeito ao método e sentido decisórios, mediante *neutralização* (e assim impedimento de relevo) da previsão legal imperativa, sem contenderem, embora, com a amplitude do material informativo susceptível de ser mobilizado pelo juiz, em sede de extinção da controvérsia de facto.<sup>1364</sup>

Razões por que, tal como pudemos concluir no contexto da reflexão sobre as convenções de prova, fonte de presunções convencionais, também relativamente às convenções de prova excludentes de presunções legais se apura, em simetria, que a diversidade de efeitos destas ante os efeitos decorrentes de convenções excludentes de meios legais de prova, em sentido próprio, permite compreender que estas se possam situar adentro da área da validade, quando as primeiras necessariamente padecem de nulidade.

---

<sup>1363</sup> Por meio delas, nota, expressivamente, Baptista MACHADO, o legislador “vem em socorro de uma das partes”, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1994, p. 112.

<sup>1364</sup> O facto base da presunção legal continua a poder ser mobilizado como facto base de presunção judicial.

### 2.3.2.3. Apreciação conjunta

Considerando, de modo conjugado, as *duas dimensões* (ampliadora e excludente) do *primeiro domínio* (relativo às presunções legais) do *problema central* sobre que se pondera (validade ou não de convenções de prova relativas a presunções legais), conclui-se, ante o exposto, não assistir às partes a possibilidade de, por via pactícia (convenções de prova), extinguirem (com ou sem paralela previsão convencional substitutiva) presunções legais, alterarem o valor probatório especial a estas legalmente associado, de modo tarifado, ou de criarem presunções convencionais.

i) Importa enquadrar normativamente a invalidade que assim se apura, observando que a previsão negocial de regimes jurídicos com esse teor se revelaria contrária a normas legais, relativas à prova, determinadas por razões de ordem pública<sup>1365</sup> (as normas previsoras de presunções legais, na primeira hipótese<sup>1366</sup>; as normas previsoras de presunções legais, em conjugação, quando ilidíveis, com a norma previsora do critério geral de livre apreciação da prova, na segunda hipótese<sup>1367</sup>; apenas este princípio, na terceira hipótese<sup>1368</sup>) e, assim, contendente com a condição legal de validade das convenções de prova enunciada em terceiro lugar.<sup>1369</sup>

Condição de validade actuante, na presente hipótese, a título ancilar (enquanto apuramento da primeira delimitação das normas da prova, passíveis de convenção, realizada no n.º 2 do art. 345.º do Código Civil, quando neste se admite a válida celebração de convenções admissoras de meios de prova diversos dos legais ou excludentes de meios de prova legalmente previstos).

Não se estabelecendo, no Código Civil, distinção entre meios de prova, em sentido próprio e meios de prova, em sentido amplo [enunciam-se, ao invés, no plano normativo, a par, e sem estabelecimento de qualquer diferenciação classificativa, os primeiros e o fundamento decisório integrável nos segundos (presunções jurídicas), pelo que todos consubstanciarão meios de prova, na concepção legal, assim representando fundamentos decisórios enquadáveis em tal noção (equivalente a bases ou suportes densos da decisão da matéria de facto controvertida)], quando a noção de meios de prova é convocada, sem qualquer menção restritiva, no âmbito do regime normativo regulador das convenções de prova (art. 345.º, n.º 2 do Código Civil), abrange todos os meios de prova (nela em abstracto se incluindo as presunções jurídicas, quando considerada a prova, em sentido amplo). O afinamento que a terceira condição de validade, actuante a título ancilar, introduz, conduz, porém, como se retira do observado, à exclusão da validade de celebração de convenções concernentes ao fundamento decisório em que as presunções legais se analisam, pelo que estas se excluem do universo das convenções, relativas aos meios de prova,

---

<sup>1365</sup> Ou seja, normas cujo relevo público determina a sua imperatividade, como decorre da noção de ordem pública relevante no contexto do preceito em causa (art. 345.º do Código Civil).

<sup>1366</sup> Quanto às convenções extintivas de presunções legais.

<sup>1367</sup> Quanto às convenções modificadoras do valor probatório de presunções legais.

<sup>1368</sup> Quanto aos pactos constitutivos de presunções convencionais.

<sup>1369</sup> Cfr. art. 345.º, n.º 2, parte final, do Código Civil.

validamente celebráveis. Não podemos, porém, concluir, no presente momento, que, em virtude de tal afinamento (introduzido, no que diz respeito à validade das convenções de prova, pela terceira condição enunciada), apenas os meios de prova, em sentido próprio, podem ser objecto de válida ampliação ou restrição por via de convenção celebrada entre as partes, na medida em que as presunções legais não esgotam os tipos de presunções juridicamente relevantes. Apenas, quando concluída a reflexão quanto à relação entre todas as modalidades de presunções jurídicas e a conformabilidade negocial (mediante convenção de prova) do seu regime jurídico será possível apurar se aquela delimitação se revela correcta. Para então remetemos a resposta a esta questão.

*ii)* No que diz respeito a convenções de prova relativas a presunções legais, em qualquer uma das hipóteses consideradas se condiciona a liberdade de *decisão* do juiz, no plano da definição do conteúdo decisório (dimensão que partilha com as convenções inversoras do ónus da prova, modalidade convencional susceptível de válida celebração, como acima concluído), em circunstâncias em que (na hipótese de exclusão de presunções legais ou de redução do seu valor probatório) o legislador teve, por escopo primeiro, sobrepor à autónoma eleição jurisdicional concreta, de uma versão factual, a selecção por si definida (característica já não comum ao regime do ónus da prova) ou em que (na hipótese de criação de presunções convencionais ou de aumento do valor probatório de presunções legais) o legislador deliberadamente concedeu ao decisor (total ou parcialmente, respectivamente) liberdade para, em apreciação da prova (concebida na sua terceira dimensão e em sentido amplo), eleger a versão factual, cuja verificação se lhe afigure mais verosímil (dimensão igualmente não aplicável no âmbito do regime do ónus da prova, na medida em que neste há necessária ausência de apreciação de material probatório) propositadamente o não vinculando (na medida dessa liberdade) a particular método ou sentido decisório. Razão por que, não obstante estarem em causa meios de prova, em sentido amplo, a sede própria de tratamento das convenções que tenham por objecto presunções (seja no sentido da extinção ou alteração de presunções legais, seja no sentido da autónoma criação de presunções convencionais, seja, ainda, no sentido da criação ou extinção da categoria das presunções judiciais) é a das convenções relativas à actividade *decisória* da matéria de facto controvertida.

*iii)* Adentro destas (convenções atinentes à actividade de decisão da matéria de facto controvertida), distinguimos as convenções relativas à apreciação da prova (contendentes com o regime jurídico da actividade decisória desenvolvida nos momentos (analítico e conclusivo da fase decisória) das convenções reguladoras da actividade decisória por impossibilidade de concludente apreciação da prova (contendente com o regime jurídico a observar tão só no momento conclusivo, atenta a natureza branca da base decisória, decorrente da infrutuosidade da actividade analítica incidente sobre a informação empírica processualmente disponível). Distinção a que, assim, subjaz a diferenciação, que SCHÜLLER especialmente sublinha, entre o ónus da prova (*Beweislast*) e a apreciação da prova (*Beweiswürdigung*).<sup>1370</sup>

---

<sup>1370</sup> “Die Beweislast und Beweiswürdigung sind ebenfalls sehr verschieden voneinander. Die Beweislast ist dasjenige, was zum Siege einer Partei zu erhärten ist Dagegen ist die Beweiswürdigung dasjenige,

As modalidades de convenções de prova de que ora tratamos, representam categorias de pactos relativos à apreciação da prova (tomada em sentido amplo) e contendem com ambos os momentos (analítico e conclusivo) envolvidos na actividade de decisão. Distinguem-se, contudo, das convenções, relativas à apreciação da prova, sobre que acima se reflectiu em virtude de naquelas (então tratadas), a prova, considerada na sua terceira dimensão, corresponde à informação proporcionada por *meios de prova*, em sentido próprio (por isso *prova* enquadrável no âmbito semi-amplo que esta noção pode assumir). Diferentemente, a prova ora em causa, corresponde à informação proporcionada por fundamento decisório que apenas em sentido amplo representa meio de prova, pelo que a informação dele decorrente extravasa o âmbito semi-amplo da noção de prova, só logrando enquadramento no contexto do âmbito amplo da mesma noção.

No quadro da modalidade de convenções relativas à *apreciação da prova*, em sentido amplo, concluímos distinguirem-se, assim, duas categorias: uma primeira, correspondente às convenções concernentes à apreciação da prova, em sentido semi-amplo; uma segunda, correspondente às convenções concernentes à apreciação do outro tipo de prova enquadrável no âmbito amplo da noção de prova. Tanto equivale a distinguir, no seio das convenções relativas à apreciação da prova (em sentido amplo), as convenções em que a informação apreciada representa informação *empírica probatória*, das convenções em que a informação apreciada representa informação *empírica factual*<sup>1371</sup>. É no perímetro desta última categoria que se situam as convenções de prova, relativas a presunções jurídicas.

### II.2.3.3. Convenções de prova sobre presunções de facto

As observações tecidas em torno da relação entre as convenções de prova e a figura da presunção jurídica, têm-no sido, até ao presente momento, como acima salvaguardado, por referência à presunção legal.

Importa agora fazer recair a atenção sobre a figura da presunção jurídica *judicial*, natural ou de facto.<sup>1372</sup>

---

wodurch es erhärtet wird", *Die Wirksamkeit von Beweisverträgen nach geltendem Prozeßrecht*, Göttingen, 1932, p. 32.

<sup>1371</sup> Factos – base de que logico-indutivamente se retiram ilações quanto à ocorrência ou não de outros factos.

<sup>1372</sup> Sobre a função e condições de admissibilidade de "présomptions du fait de l'homme", vide DECOTTIGNIES, *Les présomptions en droit privé*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon & R. Durand-Auzias, Paris, 1950, pp. 261 e ss.

### 2.3.3.1. Considerações gerais

#### i) Sede de tratamento

Não obstante não se discernirem, quanto ao regime jurídico deste tipo de presunção, os pontos de contacto com o regime do ónus da prova que se identificam, quando a ponderação tem por objecto as presunções legais, trataremos das presunções judiciais, neste momento, porque integrantes da categoria geral de fundamentos decisórios (presunções jurídicas) em que se incluem as presunções que vimos de considerar, sendo que ambas beneficiam da característica de apenas, em sentido amplo, serem qualificáveis como meios de prova, em ambas inexistindo associação a elementos probatórios, em sentido próprio (antes a elementos empíricos *factuais*) e a ambas subjazendo raciocínio lógico-indutivo (por isso ambas se integrando na categoria dos fundamentos lógico-indutivos da decisão relativa à matéria de facto controvertida).

#### ii) Presunções judiciais e presunções legais

Partilhando, a presunção judicial, com a presunção legal, a circunstância de, de um facto certo, se retirar a verificação de um facto incerto, ambas constituem base para se dar por processualmente assente a verificação da versão dos factos do interesse de uma das partes e, nessa medida, para haver lugar a adesão asseverante a uma das duas configurações reais possíveis, quanto à versão factual controvertida: conclusão no sentido de que a versão factual se verificou ou conclusão no sentido de que tal versão não se verificou.

Sendo, porém, a primeira (presunção legal), como a designação denuncia, da autoria do legislador e a segunda (presunção judicial), fruto de construção pelo julgador, as presunções integradas na primeira categoria pré-existem ao julgamento da matéria de facto, surgindo, o segundo tipo, na acção, no decurso do processo de apreciação ou análise da informação empírica (factual) disponível e de decisão da factualidade controvertida.<sup>1373</sup>

Ainda no plano da diferenciação: a primeira, enquanto opção legislativa, sobrepõe-se [de modo irredutível ou não, consoante se trate de presunção absoluta (inilidível) ou relativa (ilidível)], à convicção formada pelo juiz; a segunda, constitui a base, não imposta, antes pelo julgador erigida a base de decisão, quando, em

---

<sup>1373</sup> Se ambas são referíveis a categoria jurídica legalmente contemplada e se analisam em particulares relações estabelecidas entre factualidade certa e incerta, este relacionamento ocorre, quanto às presunções legais, em abstracto, fora do quadro de exercício da jurisdição (servindo este apenas de contexto à concretização prática de tal elo) e, quanto às presunções judiciais, em concreto, no palco de exercício da actividade jurisdicional, servindo este de ambiente, onde em simultâneo tem lugar a concepção e concretização operacionalizadora do raciocínio presuntivo.

liberdade de apreciação exercida sobre o facto base, fundamenta a sua pronúncia, quanto à matéria de facto controvertida, no sentido da adesão a uma das duas versões possíveis da espécie factual em causa.

A presunção judicial consubstancia, assim, como CORDOPATRI nota, fundamento em que o decisor alicerça a convicção que formou com base na análise de material empírico, à semelhança do que sucede, quando profere decisão com base em informação proporcionada por meios de prova, em sentido próprio.<sup>1374</sup> Diferentemente do que acontece, porém, nesta última hipótese, em que a base decisória, também fruto de autónoma apreciação pelo julgador (igualmente aqui interveniente como juiz construtor), é a conclusão retirada da análise da prova junta ou produzida na acção, o sustento da sua convicção é, na primeira hipótese, a ilação que (na sequência da concreta construção do que TARUFFO designa por “schema tipo”<sup>1375</sup>) retira da verificação do facto conhecido e processualmente assente (facto base), sendo este (facto) a matéria empírica, objecto de análise.

Em qualquer um dos tipos de presunções (legal e judicial), a inferência retirada da confirmação processual de ocorrência do facto base (verificação do facto presumido, correspondente a ilação, nos termos da qual se exprime adesão jurisdicional a uma das versões elegíveis, no âmbito da controvérsia relativa a uma determinada hipótese de facto) se pode<sup>1376</sup> alicerçar em raciocínio de probabilidade. Em caso de presunção judicial, o julgador retirará tal inferência preferente (de uma das versões) das regras da experiência e dos comuns agir e acontecer, quando destas decorra, com elevado grau de probabilidade, que à verificação do primeiro facto está associada a verificação do segundo. Também assim acontecerá, por norma, quando esteja em causa presunção legal; não, porém, com carácter necessário. Se, por princípio, o facto presumido se retira, no contexto deste tipo de presunções, da elevada probabilidade que a confirmação de ocorrência do facto base permite sustentar, relativamente à verificação do facto que se infere (presumido), a deliberada selecção de uma das versões hipotizáveis a que há lugar por via da presunção pode não ter por base (ou não ter por base exclusiva) a verosímil associação entre factos, representando (antes ou cumulativamente) opção determinada por razões de outra

---

<sup>1374</sup> CORDOPATRI observa que, no que concerne às presunções judiciais, o juiz ocupa “*posizione analogo a quella che occupa di fronte al mezzo di prova rappresentato*”. Explicita, em tripla precisão, que tal categoria de presunções opera “*in sede di ricostruzione della fattispecie concreta*”, não podendo “*germinare da elementi*” não subordinados ao contraditório das partes e devendo, as razões por estas aduzidas, encontrar “*sfogo*” nos argumentos “*solidi e sufficienti per la formazione del libero convincimento*” a constar da fundamentação decisória, “Presunzione (diritto processuale civile)”, *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, Vol. XXXV, 1986, pp. 293 a 295.

<sup>1375</sup> TARUFFO explicita que a decisão com base em presunção judicial assenta no delineamento, pelo julgador, de “esquemas típicos”, correspondentes a sucessões de acontecimentos que, de acordo com as máximas da experiência, observa verificarem-se com carácter regular. Delineamento, cuja legitimidade, enquanto suporte decisório, pressupõe apenas a verificação de tal frequência prática, que não já a profunda compreensão das razões de tal ocorrência, “Presunzioni, inversioni, prova del fatto”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Settembre, 1992, Anno XLVI, N.º 3, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, pp. 733 e ss.

<sup>1376</sup> A referência que fazemos, em texto, à mera possibilidade, prende-se com a circunstância de esse tipo de suporte não assumir carácter necessário no âmbito das presunções legais, como acima se alvitrou e infra se explicitará.

natureza. Tanto assume particular relevo, quando em causa presunções inilidíveis, a cuja previsão legal podem presidir razões de índole sancionatória e preventiva.

A possibilidade de recurso a presunção judicial não representa, contudo, a concessão, ao decisor, de um autêntico poder inovador, no que respeita à opção por um *critério decisório* (quando considerado o critério geral de decisão). Traduz, diferentemente, conformação legal, de sentido ampliador (quando em cotejo com os demais fundamentos, de índole probatória<sup>1377</sup>, da decisão relativa à matéria de facto controvertida), no que diz respeito ao *material de decisão* (factos e não informação proporcionada por meios de prova)<sup>1378</sup>, bem como quanto ao *método de raciocínio*, enquanto elementos convocáveis, pelo juiz, em sede de exercício do *critério de decisão em que se traduz o princípio geral da livre apreciação pelo julgador*, enquanto critério no âmbito do qual releva, nuclearmente, a convicção por este formada. Quando legalmente se contempla a categoria das presunções judiciais, alarga-se o espectro de recursos a que o decisor pode recorrer para formar tal convicção – deixando este de estar limitado à informação proporcionada pelos meios de prova, em sentido próprio, passa a poder mobilizar os subsídios, de carácter probabilístico, que as normas da experiência lhe permitem convocar, mediante o estabelecimento de relações entre factos,<sup>1379</sup> enquanto subsídios utilizáveis na actividade de livre apreciação e decisão da temática factual controvertida.

---

<sup>1377</sup> Compreendida, a prova, em sentido amplo.

<sup>1378</sup> Os factos tomados, pelo tribunal, enquanto factos-base de presunções judiciais não representariam material susceptível de convocação pelo decisor para o efeito de decisão da matéria de facto controvertida, não fosse a previsão legal da possibilidade de recurso, pelo decisor, a presunções judiciais.

<sup>1379</sup> Como decorre do que expusemos, quando nos pronunciámos relativamente ao carácter subsidiário ou não da mobilização das presunções judiciais, enquanto fundamento de decisão da matéria de facto controvertida, a possibilidade de recurso ou não a presunções de facto não depende, porém, do arbitrário exercício da vontade do decisor. Cometido como está, por lei, a resolver a controvérsia factual mediante prolação de decisão tão conforme quanto possível à verdade, impende sobre si o dever de decidir mediante recurso a presunções judiciais sempre que tal se afigure possível (porque processualmente estabelecível relação entre factos) e adequado (por tanto representar a melhor forma de fundamentar a ocorrência de uma determinada versão factual ou por essa constituir a única via de lograr tal fundamentação, atenta a inexistência ou inconsequência, para efeitos decisórios, de ilações extraíveis de outros meios de prova, em sentido amplo. O dever de convocação desta via de fundamentação da decisão associa-se, nesta segunda hipótese, ao dever de só a título subsidiário recorrer aos critérios de distribuição do ónus da prova, privilegiando o recurso a bases densas de decisão, atento o maior grau de adequação e solidez que estas tendem a conferir à pronúncia jurisdicional, em sede de facto). O dever de mobilização da técnica lógico-indutiva de decisão existe também, quando em causa presunções legais. Diverge, esta hipótese, contudo, da anterior, no que diz respeito à previsibilidade e margem de discricionariedade, para o juiz, de decidir mediante mobilização de tal técnica. Se ela (mobilização) é certa, quando se dê por processualmente assente, na instância, versão factual que represente facto base de presunção legal, incumbe, no âmbito das presunções judiciais, ao juiz, decidir (em conformidade com as particularidades do caso e das exigências, no que a este diz respeito, quanto à técnica mais propícia a prolação de decisão com maior qualidade) se (e, em caso positivo, quais), entre os factos processualmente tomados, como certos, se discerne factualidade susceptível de configurar base para ilação (mediante presunção judicial) esclarecedora de versão factual controvertida. A concessão, ao decisor, de poderes, cujo exercício assume relevo, no plano do puro critério de decisão seleccionável, manifesta-se, de modo paralelo, uma vez processualmente assente a matéria de facto, quando, em sede da decisão em que se absorve a base factual assim consolidada, lhe é concedida a possibilidade de decidir mediante recurso a critérios de equidade. Não é imprescindível,

Representa, porque assim, intervenção legal produtora, neste plano, de efeito inverso ao que se verifica, quando se criam presunções legais ou se reconhece especial valor probatório a determinado meio de prova. Se, nestas duas últimas hipóteses, se restringe a amplitude da liberdade de apreciação do juiz, este domínio é enriquecido por via da hipótese que ora se considera. Em síntese, se, quer no âmbito da presunção legal, quer no âmbito da presunção judicial, a controvérsia relativa a versão do facto que se vem a considerar presumida (aquela a que com a mobilização do fundamento decisório, em que a presunção se traduz, se pretende dar resposta) se resolve sem ter por base a prova, em sentido estrito (pelo que à figura da presunção – judicial ou legal – é co-natural a característica de conduzir à dispensa de prova, na sua terceira dimensão, enquanto informação empírica veiculada por meios de prova, em sentido próprio), tanto acontece, na presunção legal, mediante restrição do poder de livre decisão do julgador (a quem se impõe que decida segundo o critério legalmente definido e não em conformidade com o fruto da concreta apreciação da prova) e, na presunção judicial, mediante alargamento da liberdade decisória do juiz (a quem se outorga a possibilidade de, em alternativa à decisão proferida de acordo com o parâmetro geral<sup>1380</sup> da livre apreciação da prova, se pronunciar, também em exercício de liberdade de apreciação<sup>1381</sup>, exclusivamente com base em critérios de probabilidade por si – juiz – laborados, ante a verificação do facto base).<sup>1382</sup>

---

para que o julgador se possa pronunciar mediante recurso a critérios de equidade, que as partes lhe concedam essa faculdade. Diferentemente do que sucede com estas (bem como do que se verifica, quando se tome por cotejo a possibilidade de recurso a presunções judiciais), porém, não beneficia aquele, com carácter geral, da liberdade de selecção das hipóteses em que tal recurso se revela adequado, mesmo no âmbito de matéria disponível, apenas podendo pronunciar-se em conformidade com tal padrão decisório, quando a lei o permita (art. 4.º, a) do Código Civil). Uma vez verificado este pressuposto, contudo, também aqui a opção pelo recurso ou não a esse critério de decisão não depende da sua vontade, antes correspondendo ao exercício de um dever, cabendo-lhe decidir de acordo com critérios de equidade sempre que, existindo autorização legal para tanto, esse se revele o método decisório que, no caso concreto, proporciona melhor administração da justiça. Sobre a noção, “Définir l’équité”, ZAKI, *Archives de Philosophie du droit*, Tome 35, Vocabulaire fundamental du droit, Sirey, Paris, 1990, pp. 87-118.

<sup>1380</sup> Equivalente à avaliação crítica do material empírico probatório. No âmbito da Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola, menciona-se, relativamente a diversos meios de prova, que a informação por estes proporcionada será valorada segundo regras de “sana critica”. Vejam-se, a título exemplificativo, os artigos 295.º, n.º 4, 316.º, n.º 2, 326.º, n.º 2, 334.º, n.º 1, 348.º, 350.º, n.º 4, 376.º, 382.º, n.º 3, 384.º, n.º 3 e 639.º, n.º 4. Sobre a discussão desenvolvida a propósito da equivalência entre esta regra e o princípio da livre apreciação das provas, vd. DENTI, “Scientificità della prova e libera valutazione del giudice”, *Un progetto per la giustizia civile*, Il Mulino, Bologna, 1982, p. 80. Para apreciação crítica relativamente à distinção, de COUTURE, entre sistemas de prova legal, de livre convicção e da crítica sã, cfr. ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. III, 3ª Edição, Reimpressão, Coimbra Editora, 1950, pp. 245 e ss.

<sup>1381</sup> Igualmente da prova, quando tomada (em sentido amplo) como informação empírica [incluindo-se nesta, quer a informação empírica de índole probatória, em sentido estrito (a relevante no domínio dos fundamentos declarativo e demonstrativo), quer a informação empírica de índole factual (a relevante no âmbito do fundamento lógico-indutivo, em que as presunções judiciais se enquadram)].

<sup>1382</sup> A circunstância de o juízo de probabilidade ser fruto do labor do decisor, não o torna, porém, insusceptível de controlo - o raciocínio em que se suporta dever-se-á revelar compaginável com critérios de verosimilhança e plausibilidade, justificadores da inferência alcançada. Controlo jurisdicionalmente inoperável, quando o fundamento decisório lógico-indutivo convocado corresponda a inferência legalmente definida, sede em que cabe tão só (no plano do controlo) apurar da verificação do facto

Por outro lado, quando, na primeira hipótese, a pronúncia de acordo com a presunção, representa circunstância de verificação necessária, constitui, no segundo caso, uma possibilidade. Nesta segunda categoria de presunções jurídicas (judiciais) confere-se, na verdade, um duplo voto de confiança à capacidade deliberativa do juiz: por um lado, concede-se-lhe, como apurado, a acrescida possibilidade de, no plano da resolução da controvérsia fáctica, operada mediante autónomo exercício construtivo do teor decisório, *em exercício de livre apreciação da prova*, se pronunciar fazendo uso de acrescidos materiais e método de apuramento da decisão, com o que se lhe confia a prerrogativa de aferição, na acção, da propriedade de convocação de cada um dos métodos decisórios de que se pode socorrer no caso concreto; por outro lado, o segundo critério, assim tornado disponível, revela-se base mais frágil de decisão, a implicar, portanto, a previsão da possibilidade da sua mobilização, pelo juiz, a outorga, a este, de um instrumento decisório dotado de particular potencial de perigosidade para o acerto (e, assim, para a qualidade) da decisão a proferir, sendo que os benefícios ou prejuízos que do mesmo decorram para a boa administração dependem, em substancial medida, do manuseio que dele o juiz saiba fazer. Aprofunda-se, assim, de modo intenso, o grau de compromisso do juiz na actividade de construção decisória, do seu agir processual se tornando ainda mais dependente o merecimento ou não do teor que informa a decisão com que é posto termo à controvérsia factual.

Maior debilidade da base de apoio da decisão que permite, por um lado, compreender *que* tal critério de decisão não seja convocável nas hipóteses em que não é admitido o recurso à prova testemunhal, bem como que o legislador italiano tenha imposto especiais condições (sublinhadas por COMOGLIO)<sup>1383</sup> de recurso a presunções judiciais.

---

base, sendo a ilação a este associada necessariamente relevada, quando, quanto àquela verificação, se conclua em sentido positivo.

<sup>1383</sup> COMOGLIO vê no rigor que o legislador italiano impõe no que diz respeito às condições, cuja verificação é necessária para que o julgador se possa socorrer de presunções judiciais, uma contrapartida pela derrogação ao princípio do contraditório que entende “conatural ao tipo de prova” em causa, assim se assegurando às partes “um mínimo adequado de controlo preventivo, que possam exercer, pelo menos, quanto ao modo sob que se adquire em juízo o conhecimento dos factos a assumir como “conhecidos” na argumentação presuntiva”, o que considera em linha com os “princípios consagrados no art. 24 da Constituição”, “Le presunzioni”, *Trattato di Diritto Privato*, Torino, UTET, 1997, vol. XIX, p. 325. À data em que o autor se pronuncia, o art. 111 do texto constitucional italiano não havia ainda sofrido as alterações introduzidas pela Legge 2/2009 (publicada na *Gazzetta Ufficiale*, n. 300, de 23 de Dezembro de 1999), em virtude da qual se adicionou, àquela norma, entre outros, parágrafo expressamente previsor do princípio do contraditório, nos termos do qual: “Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale”. Até então, a garantia constitucional deste princípio extraía-se do art. 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, bem como dos arts. 3 e 24 da referida Lei fundamental (previsores, o primeiro, do princípio da igualdade e, o segundo, do direito à tutela jurisdicional efectiva e à defesa em juízo), como o reflecte COMOGLIO no segmento textual que acima transcrevemos (no sentido de que a expressa previsão do princípio do contraditório respeita a garantia já antes retirável dos preceitos enunciados, manifestam-se CARPI, “Riflessioni sui rapporti fra l’art. 111 della Costituzione ed il processo esecutivo”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano, anno 56, n. 2, Giugno, 2001, pp. 381 a 407 e CHIARLONI, “Il nuovo art. 111 cost. e il processo civile”, *Rivista di diritto processuale*, Padova, s.2, anno 55, n. 4, Ottobre-Diciembre, 2000, pp. 1010 a 1034; contra, sustentando que a nova previsão comporta um significado garantístico inovador, COSTANTINO, ““Giusto processo” e procedure concursali”, *Foro italiano*,

Aquela precariedade permite, por outro lado, sustentar a interpretação, que corroboramos, no sentido de que a previsão deste critério de decisão, pelo legislador, tenha tido por principal móbil o intuito de assegurar, ao decisor, expediente (conquanto mais frágil) que assegurasse (em *derradeiro recurso*, na hipótese de dúvida insanável gerada na sequência da apreciação da prova, em sentido estrito), poder-se obviar à imediata mobilização dos critérios (ainda mais frágeis, porque carentes de base densa) do ónus da prova, procurando suprir a dúvida por esta via. Tanto conduz a que as presunções judiciais representem, *por* um lado e *por* princípio<sup>1384</sup>, critério subsidiário de decisão e, *por* outro lado, a que a sua mobilização constitua, quando admissível, um dever do juiz, em caso de inconcludência na apreciação da prova (em sentido estrito).

A natureza de critério de decisão mobilizável em segunda linha, que referimos, assume, porém, como CAVALLONE sublinha, carácter apenas tendencialmente subsidiário, na medida em que, se tal qualidade (subsidiariedade) releva na generalidade das hipóteses, são discerníveis circunstâncias em que há lugar a infirmação de tal regra, devendo haver mobilização das presunções judiciais, enquanto fundamento da decisão, não obstante existirem outros meios de prova convocáveis, por se revelarem o meio em concreto mais fidedigno de sustentação decisória.

As presunções judiciais deverão, de acordo com este raciocínio, quando mobilizáveis na acção, ser objecto<sup>1385</sup> de convocação, pelo decisor, enquanto critério de decisão da matéria de facto controvertida, se convocado a título exclusivo (enquanto único fundamento da pronúncia jurisdicional)<sup>1386</sup>, por regra *apenas*, mas *sempre* que, a valoração da prova (em sentido estrito) se tenha revelado inconclusiva.

### 2.3.3.2. Considerações particulares

1. Para adequado enquadramento das presunções judiciais em conspecto mais geral, importa realizar súmula comparativa, no contexto da qual, considerando as observações tecidas, até ao momento, sobre cada uma das categorias de presunções jurídicas, destacaremos, dentre os múltiplos aspectos releváveis, uma *nota comum* e três *notas distintas*.

---

2001, I, c 3451 e ss.). Cremos, pois, como decorre do exposto em texto, que, à previsão legal daqueles pressupostos (condicionadores da possibilidade de recurso a presunções judiciais), não será também alheio o carácter naturalmente menos sólido desta base decisória, atento o juízo de mera probabilidade em que se consubstancia. No que em particular respeita ao sistema jurídico português, a observância do princípio do contraditório é, também quanto a este meio de prova, não só cumprível, como legalmente imposta, no âmbito deste, como no dos demais meios de prova), enquanto forma de obviar à pronúncia de decisões surpresa. Cfr. art. 3.º, n.º 3 do Código de Processo Civil.

<sup>1384</sup> Como de seguida se explicitará.

<sup>1385</sup> Se juridicamente admissíveis quanto à realidade factual controvertida em causa, e se construíveis, considerando (atenta a factualidade assente no processo e as versões factuais controvertidas integrantes do *thema probandum*) a possibilidade de estabelecimento de aliança entre os dois pólos em causa (factualidade assente/facto base e temática factual controvertida/facto presumido).

<sup>1386</sup> Trata-se, em todo o caso, de um fundamento sempre cumulável (quando aplicável) com outros fundamentos da decisão, quanto à matéria de facto controvertida.

i) No que diz respeito à *primeira (nota comum)*, observa-se que, se determinadas presunções jurídicas (de que se excluem as judiciais e algumas das legais<sup>1387</sup>) podem conduzir a uma diferente distribuição do esforço de prova entre as partes<sup>1388</sup>, nenhuma delas constitui fonte de inversão do ónus da prova.

ii) No que diz respeito às notas *distintivas*, tomaremos por critério *três parâmetros*, sob os quais consideraremos as presunções jurídicas *quanto* à sua fonte de previsão, *quanto* ao autor da associação entre factos (base e presumido) e *quanto* à vinculação do juiz a um sentido de decisão pré-determinado por terceiro.

No que respeita ao *primeiro critério*, as presunções jurídicas podem, em abstracto (considerando a hipótese de trabalho com que lidamos), ter por fonte *legitimadora* a lei (fonte no âmbito da qual actualmente se contemplam, no quadro do sistema jurídico português, presunções legais e presunções judiciais) ou convenção das partes.<sup>1389</sup>

No que concerne ao *autor* da associação entre o facto base e o facto presumido, distinguem-se, como fontes subjectivas possíveis: o juiz (em sede de presunções judiciais), o legislador (na hipótese de presunções legais) e as partes (em caso de presunções convencionais, por via das quais aquelas procedem a tal conexão inferencial, a título de definição negocial de critério de decisão da matéria de facto controvertida).<sup>1390</sup>

Relativamente ao *terceiro* critério, o decisor fica, por força de presunção jurídica, vinculado a sentido decisório heteronomamente fixado nos casos de presunções legais e fica-lo-ia, se válidas fossem, mediante presunções convencionais, sendo que, em ambas as hipóteses, tal vinculação pode assumir carácter absoluto ou relativo.

2. Agora que congregados os principais elementos relativos aos diversos fundamentos de decisão da matéria de facto controvertida, procuraremos pôr em relação, de acordo com diferentes perspectivas, três hipóteses – correspondentes àquelas em que a controvérsia é esclarecida *mediante* recurso apenas a presunção (legal ou judicial); *mediante* exercício de livre apreciação da prova (desenvolvida segundo o critério geral – não lógico-indutivo) culminante em conclusão asseverante e *mediante* convocação das regras distribuidoras do ónus da prova (nestas se incluindo, quer aquelas em que se preveja o critério geral, quer as que consagram regime especial de inversão do sujeito processual sobre quem o ónus impende).

2.1. Tomando por critério a aptidão para constituir *base admissível* de decisão da matéria de facto controvertida, verifica-se que em qualquer uma das hipóteses

---

<sup>1387</sup> Vide, *supra*, distinção entre presunções legais coincidentes e não coincidentes.

<sup>1388</sup> Relativamente ao que decorreria da aplicação das regras legais do ónus da prova.

<sup>1389</sup> Como acima observado, se pudemos já excluir a validade de convenções de prova, no âmbito da sua relação com presunções legais, não lográmos ainda conclusão mais absoluta, no sentido da invalidade de todos os pactos de prova, atinentes a presunções jurídicas, pelo que esta continua a ser uma hipótese de verificação pendente.

<sup>1390</sup> Este o critério (relativo ao autor da associação entre facto base e facto presumido) adoptado pelo legislador, para efeitos enunciativos das categorias de presunções jurídicas (presunções legais e presunções judiciais).

(presunção jurídica, prova em sentido estrito, regras relativas ao ónus da prova) estão em causa fundamentos válidos de decisão da controvérsia factual.

2.2. Considerando a perspectiva segundo a qual se avalie, quando está em causa um *critério de decisão*, verifica-se também que em todos os casos este é convocado. Com duas diferenças, porém, que separam a primeira e terceira hipóteses, por um lado, da segunda, por outro. Se, no primeiro grupo de hipóteses<sup>1391</sup>, a mobilização de um critério de decisão não é acompanhada pela mobilização de prova (em sentido estrito),<sup>1392</sup> no segundo caso<sup>1393</sup> o critério de decisão consubstancia método de análise de informação empírica de índole probatória. Por outro lado, se, no primeiro grupo (quando dele se excluam as presunções judiciais), o critério decisório co-envolve um sentido decisório, antecipadamente definido por terceiro, o critério decisório relevante no âmbito do segundo conduz, diferentemente, a formulação autónoma de juízo decisório, pelo juiz, como fruto de livre apreciação da prova por si desenvolvida, enquanto decisor-construtor.

Tomando por ângulo de análise o *tipo de posição* adoptada pelo decisor quando, seleccionando uma versão factual, se pronuncia quanto à matéria de facto controvertida, verifica-se que aquela posição (do decisor) consubstancia, nas primeira e segunda hipóteses, *confirmação* de uma das versões em abstracto seleccionáveis, não representando, na terceira hipótese, *adesão* a qualquer uma delas (antes exclusão de verificação da preterida).

A consolidação da matéria factual a que assim há lugar, representará, em qualquer caso, benefício para uma das partes, na medida em que a versão seleccionada favorecerá a pretensão sustentada por um dos litigantes. Não é, porém, idêntica, em cada uma das três hipóteses distinguidas, a relação sequencial entre a selecção de uma das versões controvertidas e o benefício da posição processual de uma das partes. Se a presunção e a conclusão *asseverante* obtida com base em meio de prova, em sentido próprio, representam e directamente visam a *eleição* de uma das versões dos factos e, *em consequência* (por força do *suporte* proporcionado por essa base densa quanto à realidade factual) a corroboração, na concreta acção em que esse fundamento decisório seja relevado, da posição sustentada por uma das partes, com o consequente benefício da posição processual que a esta assiste, no quadro de decisão quanto à matéria de facto controvertida proferida com base nas regras do ónus da prova há selecção preferente da posição de uma das partes (da parte que se beneficia de acordo com o critério distributivo do esforço de prova subjacente ao instituto, fazendo impender o ónus da prova particular sobre a parte oposta),<sup>1394</sup> como

---

<sup>1391</sup> Integrante da primeira e terceira hipóteses enunciadas.

<sup>1392</sup> Assim, sem base em material probatório, embora, no caso de presunção, com base na evidência empírica concreta em que o facto base se traduz.

<sup>1393</sup> Correspondente à segunda hipótese referida.

<sup>1394</sup> Embora a selecção da parte beneficiária tome por referência o tipo de facto em causa, este é considerado apenas sob o ponto de vista do seu enquadramento normativo, sendo que, como acima observado, tal contextualização é realizada com base em critério de índole subjectiva, o mesmo é dizer, em função da parte que, processualmente, obtém vantagem na consideração, como assente, da versão factual em causa – será *constitutivo* o facto de que dependa o nascimento do direito do autor (favorecedora da posição deste ou de quem ocupe posição equivalente) e *impeditivo, modificativo* ou *extintivo* o facto representativo de impedimento, modificação ou extinção de direito do autor

*consequência* da necessidade de evitar a omissão de pronúncia, traduzindo-se esta em decisão destituída de qualquer apoio denso (suportado em informação empírica – de índole probatória ou não) representativo da selecção de uma versão dos factos, apenas mediante *exclusão* da versão oposta.

2.4. No que diz respeito ao *tipo de estágio decisório* interno (do juiz), no contexto do qual o critério é mobilizado, corresponde, na terceira hipótese, ao estágio de ausência de convicção.<sup>1395</sup> Na primeira hipótese, e no que diz respeito às presunções legais, identifica-se, nas presunções simples, com o estágio de convicção de verificação da versão dos factos a que o legislador revelou adesão; nas presunções ilidíveis qualificadas, a esse mesmo estágio de convicção ou ao de dúvida insanável e, quanto às presunções inilidíveis, a qualquer estágio de convicção. Em todas as hipóteses (de presunções legais), os identificados estádios tornam-se irrelevantes por convocação da presunção, consubstanciando esta uma preferência normativa que se sobrepõe ao estado de espírito do juiz, mesmo se coincidente. No que concerne às presunções judiciais, constituem critérios de decisão destinados a fundamentar (com base em razões de probabilidade, que não de evidência probatória) a convicção quanto à verificação de uma determinada versão dos factos, pelo que são convocadas e assumem relevo, enquanto meio de exercício de livre apreciação da prova, em circunstância em que o decisor logrou, por via delas, alcançar certeza (com base em raciocínio inferencial desenvolvido sobre informação empírica factual tomada processualmente por assente) relativamente à versão factual controvertida em causa.

Relativamente à segunda hipótese, há lugar a decisão na sequência de apreciação da prova, estando também em causa a fundamentação da livre convicção formada quanto a uma das versões dos factos, pelo que se trata de fundamento decisório convocado e relevado, em termos úteis, em circunstância em que, no espírito do decisor, se formou com base em tais meios, fundada convicção (certeza) no que diz respeito à verificação ou não verificação do quadro fáctico sobre que incide a dúvida.

2.5. No que diz respeito ao *momento de surgimento do critério decisório*, este pré-existe ao momento de decisão da matéria de facto em qualquer das hipóteses (raciocínio lógico-indutivo na primeira hipótese; raciocínio criticamente apreciativo da informação probatória, na segunda hipótese; subsunção da factualidade controvertida a categoria factual normativa, na terceira hipótese). Diverge, porém, o *enriquecimento* do critério de decisão por *sentido decisório* (assumindo aquele natureza respondente): pré-existindo este (sentido decisório) ao momento decisório numa das sub-hipóteses distinguíveis no âmbito da que referimos em primeiro lugar e na terceira hipótese enunciada. A eleição da versão factual a relevar pré-existe (à intervenção jurisdicional), na primeira hipótese, no que diz respeito às presunções legais, bem como na terceira

---

(favorecedora da posição do réu ou de quem ocupe posição aqui valente à deste). As versões factuais não são consideradas, assim, em função do seu teor, em apuramento da sua efectiva ocorrência, antes pela relação que mantêm com os sujeitos processuais, sendo a projecção preferente concedida a um destes (não sobrecarregado com o ónus da prova) a causa da consolidação como assente de uma das versões admissíveis, quanto a uma mesma espécie factual.

<sup>1395</sup> Como COMOGLIO nota, “il punto focale” para que as regras relativas ao ónus da prova convergem, corresponde à preocupação de, ante a dúvida, evitar a denegação de justiça, circunstância que, na perspectiva do autor, representaria violação do princípio da legalidade, assim implicando ofensa de ponto consubstanciador de “cardine del sistema”, *Le prove civili*, terza edizione, UTET, 2010, p. 260.

hipótese. As demais hipóteses respeitam a contextos em que o acto electivo, é desenvolvido pelo juiz durante o processo de decisão da matéria de facto, embora tal construção só possa ocorrer se para tanto existir anterior autorização legislativa e em conformidade com esta.<sup>1396</sup>

2.6. No que concerne à *razão que determina* que os critérios decisórios em causa (como tal legalmente previstos) possam constituir base da decisão sobre a matéria de facto controvertida, aquela prende-se, na primeira hipótese, quanto às presunções legais, com a opção realizada pelo legislador (normalmente com base em razões de ligação provável entre duas circunstâncias de facto) e, quanto às presunções de facto, com a ilação de certeza, retirada pelo decisor, quanto a uma circunstância incerta, a partir de um facto de verificação assente, com base nas regras da experiência. No que diz respeito à segunda hipótese, a selecção do critério como fundamento decisório prende-se com a circunstância de haver lugar a uma análise concreta (só ao singular decisor possível) da situação de facto, atendendo à informação proporcionada pela prova, sem que tanto implique a subjectivização ou arbitrariedade da decisão, pelo que tal critério de decisão se encontra eivado por padrão de objectividade.<sup>1397</sup> A terceira hipótese, consubstancia padrão de decisão concebido com base em vários critérios, de forma a garantir o maior equilíbrio possível na distribuição do esforço de prova entre as partes, considerando, designadamente, quer a dificuldade de prova, quer a probabilidade de verificação do facto.

2.7. No que se relaciona com o recurso ao *raciocínio presuntivo*, este é comum, como anteriormente observado, à primeira e terceira hipóteses. Tomamos por raciocínio presuntivo aquele que, presidindo à decisão da matéria de facto, permite dispensa da confirmação, mediante recurso à prova, em sentido estrito, tomada na sua terceira dimensão, de que uma determinada versão dos factos se verificou. Na verdade, na primeira hipótese, a conclusão que o tribunal alcança alicerça-se na inferência, quanto à ocorrência de um facto, retirada da mera verificação de um outro facto, que não em informação probatória obtida em sede de instrução. Na terceira hipótese, a decisão judicial suporta-se na articulação de vários factores de equilíbrio a que o legislador atendeu na gestão da distribuição do esforço de prova, não na comprovação da verificação de qualquer das versões do facto (de resto, é justamente o insucesso na obtenção de conclusão quanto à verificação de qualquer uma de tais versões que determina a convocação das regras do ónus da prova). Raciocínio presuntivo que, COMO LEBRE DE FREITAS observa, não é exclusivo do domínio das

---

<sup>1396</sup> A previsão da possibilidade de recurso a presunções judiciais encontra-se contemplada no art. 351.º do Código Civil, norma que circunscreve a admissibilidade de tal recurso aos casos e termos em que é admitida a prova testemunhal.

<sup>1397</sup> A não confundibilidade entre arbitrariedade e discricionariedade no exercício do múnus cometido ao juiz é, de resto, comum a todas as dimensões da actividade jurisdicional. Como VIEIRA DE ANDRADE observa, acompanhando ROMANO-TASSONE, nunca o juiz “é um demiurgo livre de forjar como entenda a matéria bruta das normas”; nem tem o monopólio ou o privilégio da sabedoria ou da racionalidade”, *O dever de fundamentação expressa dos actos administrativos*, Almedina, 2003, p. 398. COMOGLIO, FERRI e TARUFFO também o sublinham quando acentuam a importância da distinção conceptual entre *valutazione discrezionale* e *valutazione irrazionale*, *Lezioni sul processo civile, I, Il processo ordinario di cognizione*, 4ª ed., il Mulino, Bologna, 2011, p. 477.

presunções jurídicas.<sup>1398</sup> A ele obedece, por exemplo, o raciocínio realizado pelo legislador, no caso das presunções legais e do ónus da prova, e pelo decisor, no caso das presunções judiciais. Só nas presunções há, porém, uma clara e expressa relação<sup>1399</sup> entre o facto base e o facto presumido,<sup>1400</sup> podendo aquela estar implícita (não revelada) - como nota ANDRIOLI<sup>1401</sup> - no âmbito do procedimento de construção legislativa. Assim, designadamente, no que concerne às regras relativas ao ónus da prova.<sup>1402</sup>

Só na segunda hipótese (de entre as três acima postas em relação) a decisão se fundamenta no acesso a informação comprovativa da realidade dos factos (obtida na sequência da actividade probatória a que houve lugar), não representando, por isso, a conclusão, que nesse contexto se apura, qualquer *pré-assunção* relativamente à realidade ocorrida, antes corolário da verificação comprovativa permitida pela prova.

---

<sup>1398</sup> O autor distingue a noção de presunção, em sentido amplo da noção de presunção em sentido estrito. Inclui na acepção lata todo o “reconhecimento da realidade de um facto a partir da realidade de um outro facto, “inerente a toda a operação de prova”, explicando que “quer a prova que a lei impõe, quer aquele que provém da livre apreciação do juiz (...) repousam sobre um jogo de deduções (a partir dos factos probatórios produzidos perante o juiz) sem os quais jamais se poderia chegar a uma conclusão sobre a realidade de qualquer facto passado (...)”. Concebe as presunções, em sentido estrito, enquanto “deduções estabelecidas a partir de resultados probatórios obtidos através de outros meios de prova”. Concretiza praticamente a distinção, dando como exemplo de presunção do primeiro tipo aquele que se verifica quando, na sequência de um depoimento testemunhal, se presume a realidade dos factos a que diz respeito e como exemplo de presunção do segundo tipo a circunstância de, demonstrando-se ter havido entrega de quantitativo a título de sinal, daí se retirar, por presunção legal, terem as partes excluído o direito a execução específica do contrato promessa; conclusão só rebatível, mediante ilisão da presunção.

<sup>1399</sup> Relação expressa, a título originário, no plano normativo ou no plano jurisdicional (consoante estejam em causa presunções legais ou judiciais, respectivamente).

<sup>1400</sup> Essa a circunstância que permite distinguir o raciocínio presuntivo [no âmbito do qual se pré-assume (ou seja, se assume antes ou independentemente de efectiva comprovação) a ocorrência de uma dada versão factual], da presunção, em sentido próprio.

<sup>1401</sup> Enunciando, a título concretizador, exemplo, enunciado por JHERING, relativo ao raciocínio que preside à construção legal da norma substantiva, relativa à definição da idade correspondente à maioridade, Andrioli observa que, o legislador, em vez de “esigere caso per caso la verificazione del discernimento e della fermezza di carattere, ne fisserà di altre, che hanno com quele una certa correlazione regolare, sebbene non necessària, ma che hanno su di esse il vantaggio di poter essere in concreto riconosciute in maniera più facile e sicura...”, “Presunzioni (Diritto civile e Diritto processuale civile)”, *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Torino, UTET, 1966, pp. 767.

<sup>1402</sup> Também em outras hipóteses o legislador processual retira – de forma *não explicita* –, da verificação de um facto base, consequências quanto ao facto presumido. Trata-se, porém, de casos em que o facto base não é um facto relativo ao mérito da causa, antes facto com relevo processual meramente formal, ocorrido dentro do processo (assim quando da revelia operante ou da omissão de impugnação se retira a verificação dos factos não contestados ou não impugnados) ou no plano extraprocessual (assim, quando da circunstância de um documento ter sido redigido por autoridade dotada de fé pública, se retira uma mais elevada probabilidade de que as declarações por esta prestadas correspondam à realidade); razão por que não se trata de presunções, em sentido estrito. Só em sentido muito amplo se pode, pois, a este propósito, fazer referência à noção de presunção. No primeiro caso, o raciocínio presuntivo (inilidível) subjacente à norma dispensa a prova do facto controvertido. No segundo caso, o raciocínio presuntivo (ilidível) reforça o valor probatório de um meio de prova (documento) relativamente ao facto, objecto de controvérsia.

2.8. No que diz respeito ao recurso ao *raciocínio probabilístico*, este é convocado em qualquer uma das hipóteses. Na primeira hipótese, pela acima referida relação de probabilidade que se estabelece entre a ocorrência de dois factos. Na terceira hipótese, quando a maior probabilidade de não verificação de uma das versões da controvérsia factual seja um dos critérios determinante da concepção que presida à regra de distribuição do ónus da prova. Na segunda hipótese, porque a declaração jurisdicional de que se tem por processualmente comprovada uma determinada versão dos factos equivale à afirmação de que se tem por altamente provável ter havido lugar à ocorrência de tal versão, na medida em que, como Antunes VARELA, Miguel BEZERRA e Sampaio e NORA, sublinham, a decisão em matéria de facto, mesmo quando proferida na sequência de recurso, logrado (o mesmo é dizer, culminando em convicção correspondente a certeza), a critérios de livre apreciação, não corresponde à declaração, beneficiária de absoluto grau de certeza, de que o seu teor coincide com a realidade, mas tão só de que o convencimento do julgador, em que tal decisão se suporta, se situa em grau intermédio entre a certeza irrefutável e a mera verosimilhança.<sup>1403 1404</sup>

---

<sup>1403</sup> Grau que Antunes VARELA, Miguel BEZERRA e Sampaio e NORA designam por *certeza relativa e subjectiva*: “A demonstração da realidade a que tende a prova não é uma operação lógica, visando a certeza absoluta (a irrefragável exclusão da possibilidade de o facto não ter ocorrido ou ter ocorrido de modo diferente), como é, por exemplo, o desenvolvimento de um teorema nas ciências matemáticas. Nem essa demonstração se opera as mais das vezes, à semelhança do que acontece com as análises médicas ou os exames efectuados nos laboratórios das ciências naturais, através da observação directa ou da reconstituição dos factos, com o fim de facultar ao julgador a percepção dos seus resultados. Os factos que interessam ao julgamento da causa são muitas das vezes ocorrências concretas do mundo exterior ou situações do foro espiritual, que pertencem ao passado e não podem ser reconstituídas nos seus atributos essenciais. (...) A demonstração da realidade de factos desta natureza, com a finalidade do seu tratamento jurídico, não pode visar um estado de certeza lógica, absoluta, sob pena de o Direito falhar clamorosamente na sua função essencial de instrumento de paz social e de realização da justiça entre os homens. A prova visa apenas, de acordo com os critérios de razoabilidade essenciais à aplicação prática do Direito, criar no espírito do julgador um estado de *convicção*, assente na *certeza relativa* do facto. (...) A *prova*, no processo, pode assim definir-se como a actividade tendente a criar no espírito do juiz a *convicção (certeza subjectiva)* da realidade de um facto”. É também tomando por base a noção de *certeza subjectiva* que os mesmos autores estabelecem a distinção entre prova e verosimilhança: “Assim se distingue, através deste elemento ou factor psicológico, entre a prova (do facto) e a mera verosimilhança do respectivo juízo. A prova assenta na *certeza subjectiva* da realidade do facto, ou seja, no (alto) grau de probabilidade de verificação do facto, suficiente para as necessidades práticas da vida; a verosimilhança, na simples probabilidade da sua verificação”, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, pp. 435 e 436. Em sentido próximo, Gian Franco RICCI observa (com o intuito de atenuar o relevo da bipartição da verdade em material e processual): “Il problema, dunque, non è tanto quello dell’esistenza di vari livelli di verità nel processo, quanto piuttosto quello di prendere atto che il raggiungimento della verità assoluta è impossibile, per cui il compito del legislatore finisce per essere esclusivamente quello di cercare di enucleare quella che può apparire la tecnica migliore per arrivare alla massima approssimazione alla verità”, “Nuovi rilievi sul problema della “specificità” della prova giuridica”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Dicembre, 2000, Anno LIV, N.º 4, Milano, Dott. A. - Giuffrè Editore, pp. 1129-1163, p. 1147. Defendendo, embora, que “o juízo de verdade, psicologicamente e sociologicamente, se reduz em última análise a um juízo de verosimilhança”, CALAMANDREI adverte para os riscos associados à interpretação que SAUER faz, quanto ao âmbito aplicativo do princípio da verosimilhança (*Wahrscheinlichkeitsprinzip*) no sentido de que, se a toda a decisão subjaz (em consonância com a posição de CALAMANDREI) um juízo de verosimilhança, na fase preliminar do processo (*Vorverfahren*) a decisão sobre o pedido se baseia num juízo superficial de verosimilhança, ao passo que na fase principal (*Hauptverfahren*) há lugar a um juízo de certeza. As reservas manifestadas por CALAMANDREI prendem-se com a circunstância de (em visão que partilhamos)

No que concerne à *parte favorecida* com a decisão, conclui-se que ela pode coincidir ou não com a que resulta beneficiada de acordo com as regras gerais de distribuição do ónus da prova, na primeira e segunda hipóteses, e será a parte oposta a essa quando, na terceira hipótese, haja inversão do ónus da prova.

### 2.3.3.3. Repercussões ao nível da validade das convenções de prova

Importa, em último ponto, ante os elementos apurados, considerar a relação entre a figura das presunções jurídicas judiciais e a modalidade convencional, objecto do presente estudo (convenções de prova), o que faremos perspectivando tal nexos em três contextos: quer quando, nestes pactos se contemple regime ampliador da possibilidade de recurso a este fundamento de decisão da matéria de facto controvertida ou inovadoramente previsor dessa possibilidade, se não existente, esta, no âmbito do sistema jurídico que se considere; quer quando, mantendo-se o âmbito aplicativo da base de decisão (não se verificando efeito ampliador ou circunscrito), da convenção de tal regime resulte especificidade quanto ao modo de operacionalização do método inferencial; quer quando no pacto se preveja a impossibilidade de mobilização de tal base decisória.

---

entender que, do facto de o juízo decisório assentar numa convicção nunca reconduzível ao grau de absoluta certeza (mas de verosimilhança, no particular sentido que a esta atribui) não se pode retirar que ao juiz assista a faculdade de considerar “inadmissível todo o pedido que lhe apareça *prima facie* improcedente”, antes devendo “toda a estrutura do processo ser pré-ordenada para tornar a descoberta da verdade o mais aprofundada e controlada possível”, “Verità e verosimiglianza nel processo civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. X, Parte I, 1955, pp. 190 e 191. Na verdade, a prolação de decisão na fase preliminar do processo, deve assentar em grau de convicção acrescidamente intenso. Sentido corroborado pelo teor literal do actual art. 590.º do Código de Processo Civil (relativo à gestão inicial do processo e correspondente, no essencial do seu teor, à anterior redacção do art. 508.º), no segmento em que se prevê que: “...a petição é indeferida quando o pedido seja *manifestamente* improcedente ou ocorreram, *de forma evidente*, excepções dilatórias insupríveis...” (itálico nosso). O momento embrionário do acto de decisão deve, nesta medida, encontrar justificação no especialmente intenso nível de convencimento, ainda que, não sendo exigível o nível de absoluta certeza, aquele se situe (no sentido calamandriano) no quadro da verosimilhança.

<sup>1404</sup> De notar que, quando, no âmbito do cotejo a que se procedeu, segundo os parâmetros enunciados, se incluam também os meios de prova a que legalmente se associe valor probatório especial, os resultados quanto a estes apurados revelam-se coincidentes com os obtidos (e ora enunciados no corpo do texto) relativamente às presunções legais ilidíveis.

a) Categorias convencionais

a.1) Convenções ampliadoras

No que concerne ao *primeiro contexto*, cumpre observar que as presunções judiciais se revelam insusceptíveis de ser criadas por via convencional, enquanto *manifestações* concretas de uma categoria de meio de prova, dado que lhes é co-natural que a sua construção tenha lugar, na acção, pelo juiz. Quando as partes pretendam, por via convencional, impor ao decisor que, ante determinado facto, este retire a verificação de um outro, criam uma presunção privada,<sup>1405</sup> com efeitos vinculativos, o que corresponde a presunção convencional (criação, por convenção, de presunções representativas de particulares expressões da categoria *presunções judiciais*). Representa, pois, a criação negocial de concretas presunções judiciais, acção insusceptível de concretização.

Concebível é já que a convenção represente *via* de inserção, no elenco de fundamentos decisórios, desta base de decisão, bem como *veículo* de modificação da área em que aquela pode assumir relevo.

De ponderar, assim, no âmbito da primeira área de reflexão, *sobre* as circunstâncias em que a convenção de prova assume feição originariamente inovadora (porque introdutora, de raiz, da figura da presunção judicial, no sistema jurídico), bem como *sobre* aquela em que assume feição ampliadora.

Ambas sub-hipóteses assim incluíveis na categoria das convenções de prova ampliadoras (em sentido lato) do âmbito aplicativo deste fundamento decisório e integradas no contexto de pesquisa assim primeiramente enunciado.

A título concretizador deste tipo de convenção, poder-se-á tomar o exemplo, enunciado por MARINONI (representativo de pacto constitutivo de presunção convencional, dotada de força inilidível), quando alude a cláusula, constante de contrato da Banca Commerciale italiana, nos termos da qual “il fatto spedizione all’ultimo indirizzo conosciuto, determina una presunzione assoluta di conoscenza”.<sup>1406</sup>

---

<sup>1405</sup> Porque não legalmente prevista, nem jurisdicionalmente criada.

<sup>1406</sup> “Clause probatorie nella pratica commerciale e civile”, *Rivista di Diritto Processuale civile*, 1938, I, p. 30. A autora salvaguarda, porém, que, nesta hipótese, “usciamo dal campo delle prove, per entrare in quello del diritto materiale”. Afirmção que sustenta invocando que “la presunzione diventa assoluta, essa si trasforma in affermazione e posizione di un fatto”. Concordamos com a integração da previsão no âmbito do direito material (de fonte convencional, neste caso), quando por aquele se entenda (no âmbito da contraposição material/processual equivalente a respondente/tramitante, a que *supra* tivemos oportunidade de fazer referência) o conjunto de regras que permitem dar resposta (por isso critérios respondentes) a questão jurídica (no exemplo que consideramos, a subjacente à factualidade controvertida). Tanto não retira, porém, a cláusula, do âmbito do direito processual, quando considerado este na contraposição substantivo/processual, não superando, pois o universo da prova, ainda que, por estar em causa fundamento lógico-indutivo, se trate de prova, em sentido amplo.

a.1.1. Regime de base não previsor de fundamento lógico-indutivo judicial

No que concerne à *primeira sub-hipótese*, atento o regime jurídico português, expressamente concessor da admissibilidade de decisão judicial da matéria de facto controvertida com base em presunções de facto<sup>1407</sup>, as convenções de prova de que resulte regime atributivo dessa prerrogativa ao decisor não assumirão carácter inovador, enquanto fonte criadora dessa base de decisão da factualidade controvertida.

Seriam, porém, de admitir, como validamente celebráveis, convenções de prova consagradoras da possibilidade de recurso a presunções judiciais, caso o regime jurídico não previsse a possibilidade de recurso a essa base decisória e admitindo igualmente vigente a normatividade constante do art. 345.º do Código Civil?

Importa considerar, aqui, com especial interesse, o já acima apurado, no sentido de que, representando, embora (quando admissíveis), fundamento de decisão de matéria de facto controvertida, as presunções (judiciais ou não) não constituem meio de prova, em sentido próprio, por não serem canal de transporte de informação da realidade para o processo, antes critério de decisão permissor de apuramento, mediante raciocínio lógico, de ilações factuais a partir de matéria factual assente. Correspondem, assim, a percurso intelectual gerador de conclusão esclarecedora da controvérsia fáctica, com o intuito de obtenção de quadro factual tão próximo quanto possível da realidade, sendo este o único parâmetro regente da mobilização de critério de raciocínio de índole lógico-indutiva.<sup>1408</sup>

No quadro de sistema processual não previsor da possibilidade de decisão da matéria de facto com base em presunções judiciais, a celebração de pacto de prova, no sentido da sua admissibilidade representaria, assim, não o ingresso, no processo, de informação probatória, proporcionada por nova forma de acesso ao real, a acrescer a outras, integráveis na mesma categoria e constantes do elenco legal, mas a criação de distinto método de derença da controvérsia factual, mediante estabelecimento de inovador critério decisório, a implicar, não a resolução por autónoma apreciação de prova, em sentido próprio ou em reprodução de eleição legal, mas a autónoma convocação, pelo julgador, de razões de probabilidade, em percurso mental da sua exclusiva lavra, desenvolvido em obediência a padrão de raciocínio inferencial, em que os elementos indutor e induzido corresponderiam a factos jurídicos, sendo que ao facto indutor (facto base) seria atribuído novo estatuto processual (relativamente àquele que lhe assistia em momento anterior à convenção), na medida em que por essa via lhe seria concedida a qualidade de elemento integrável e dotado de relevo, no âmbito de estrutura criadora de fundamento para a decisão extintiva da dúvida fáctica, a que cada espécie interrogativa incluída no *thema probandum* se reconduz.

---

<sup>1407</sup> Cfr. art. 351.º do Código Civil.

<sup>1408</sup> Diferentemente do que, como acima sublinhado, sucede no âmbito das presunções legais, suportes decisórios a que, sobretudo quando inilidíveis, pode adicionalmente presidir, intuito sancionatório e preventivo.

A previsão convencional da possibilidade de decidir a controvérsia, relativa à matéria de facto, com base em presunções judiciais, consubstanciaria, em suma, não a consagração de um inovador tipo de informação, a ser tratado jurisdicionalmente de acordo com o *modelo de actividade de decisão* (eliminadora da dúvida encerrada nos temas de prova) *normativamente previsto* (como sucede, quando se celebram convenções previsoras de novos meios de prova, em sentido próprio), mas a criação de um inovador *padrão decisório*,<sup>1409</sup> sendo que esta (definição de *método* de decisão), porque influente, de forma *próxima*, sobre a actividade, exclusivamente impendente sobre o juiz, de extinção da controvérsia factual, apenas ao legislador incumbe.

Nem a circunstância de, no âmbito deste tipo de presunções, ser o decisor o autor da associação entre os factos constituiria razão bastante para reconhecer natureza válida à convenção. Atentas as razões justificativas da imodificabilidade que consideramos, esta impõe-se, não apenas às partes, como ao decisor, igualmente vinculado que se encontra, este, pelos critérios de decisão legalmente prescritos e assim destituído de legitimidade para os alterar. As circunstâncias em que o julgador profira decisão segundo método distinto daquele que decorreria das regras *gerais*, definidas pelo legislador, só conduzirão a alteração válida daqueles critérios, quando esta seja autorizada por aquele (legislador), como sucede, quando legalmente se prevê a possibilidade de, em exercício de livre apreciação, o juiz decidir, tomando por base raciocínio presuntivo seu (presunções judiciais) e não, como constitui a regra, com base na análise crítica a que proceda da informação obtida por intermédio dos meios de prova (em sentido próprio) processualmente relevados.

#### a.1.2. Regime de base previsor de fundamento lógico-indutivo judicial

Quando esteja em causa sistema processual, em que as presunções judiciais constituam base decisória legalmente contemplada, como fundamento e critério de decisão convocável pelo juiz, vimos ser abstractamente concebível, em termos úteis, a alteração, por via negocial, do perímetro aplicativo dos tipos de presunções que consideramos. Tanto corresponde à segunda sub-hipótese, a que aludimos no âmbito do primeiro contexto. Impedindo, o legislador, a admissibilidade da mobilização de presunções judiciais, enquanto fundamento de decisão da matéria de facto

---

<sup>1409</sup> Considerando os tipos de presunções jurídicas, a que fizemos referência, bem como as modalidades de convenções de prova que até agora considerámos e que tomam por objecto o regime jurídico a que as presunções jurídicas se encontram legalmente subordinadas, a definição pactícia modificadora da possibilidade de, quanto a dada versão factual controvertida, se recorrer ao raciocínio lógico-indutivo, poderá, em síntese, ter lugar, *para além* da hipótese em análise, *quando* as mesmas prevejam que a verificação de um dado facto não implica que, contrariamente ao previsto na lei, o julgador daí retire a ilação de que se verificou um outro (excluindo uma presunção legal) e *quando* as partes convencionem que, verificado um determinado facto, se deve ter por verificado um segundo (criando uma presunção não legalmente prevista – presunção convencional). Previsões que, alterando a matéria empírica susceptível de servir de base à decisão da controvérsia, quanto à matéria de facto (ou apenas a obrigatoriedade de consideração dessa matéria de facto, na primeira hipótese, ora explicitada em nota) que, em virtude do acordo celebrado, passa a estar disponível, geram também a adopção de diferente critério de decisão (relativamente ao legalmente previsto).

controvertida, em hipóteses<sup>1410</sup> em que não seja admissível o recurso a prova testemunhal,<sup>1411</sup> é exequível a formal previsão, pelas partes, de regime ampliador da possibilidade de recurso, pelo juiz, a este fundamento decisório, admitindo-o, por via convencional, mesmo quanto a hipóteses em que a prova testemunhal não seja legalmente mobilizável.

Cumpra apurar se a (exequível) celebração de convenção de prova com esse teor, se revela passível de representar acto juridicamente *válido*.

Fazendo-se, a circunscrição legal da possibilidade de decisão com base no raciocínio inferencial (que o suporte decisório em que as presunções judiciais se traduzem envolve), por remissão para hipóteses em que não é admissível prova testemunhal, o impedimento de recurso a esse fundamento de decisão é normativamente estabelecido por referência a particulares temáticas factuais; temáticas discernidas atento o tipo negocial a que respeitem e os sujeitos nele envolvidos<sup>1412</sup> ou o abstracto formal de que constem ou devam constar.<sup>1413</sup>

Prever, convencionalmente, a admissibilidade de decisão com base em fundamento lógico-indutivo, também nesses casos, significaria permitir o recurso a esta base decisória, quanto a factos relativamente aos quais a lei expressamente impede a mobilização de tal fundamento. Trata-se, porque assim, de convenção equivalente àquela (sobre que reflectimos no quadro das convenções ampliadoras de meios de prova, em sentido próprio) em que as partes prevêm como admissível, para comprovação de uma versão factual, o recurso a meio de prova<sup>1414</sup> excluído, quanto a esse facto, por lei.<sup>1415</sup> Atentas as razões (cujo relevo extravasa o do interesse das

---

<sup>1410</sup> Correspondentes a circunstâncias (a que *supra* aludimos) em que estejam em causa factos, cuja admissibilidade de prova esteja especialmente regulada.

<sup>1411</sup> Cfr. art. 351.º do Código Civil.

<sup>1412</sup> Assim, por exemplo, no que diz respeito ao acordo simulatório e ao negócio dissimulado, quando a simulação seja invocada entre os simuladores (art. 394.º, n.º 2 do Código Civil).

<sup>1413</sup> Cfr. art. 393.º n.ºs 2 e 1 do Código Civil, respectivamente. Quando em causa a hipótese prevista no referido n.º 2, o legislador estabelece, por seu intermédio, relativamente a uma determinada espécie fáctica, graduação directa entre fundamentos de decisão da matéria de facto controvertida. No que diz respeito à inadmissibilidade de recurso à prova testemunhal com o intuito de infirmar o conteúdo de um documento - *vide* o acórdão proferido no Proc. 15/09.3TBSBG-A.C1, pelo Tribunal da Relação de Coimbra, em 29/03/2011. Quanto ao sentido da previsão normativa de excepções às limitações de admissibilidade de recurso à prova testemunhal, no âmbito do art. 2, *vide* referência citada no aresto a Salvatore PATTI, "Prova testimoniale. Presunzioni", *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bolonha, Roma, 2001, pp. 57-61. Para idêntica reflexão no quadro do sistema português, *vd.* comentário de Pires de LIMA e Antunes VARELA (com colaboração de Henrique MESQUITA) em *Código Civil Anotado*, Vol.I, Coimbra Editora, 1987, pp. 342 e 343.

<sup>1414</sup> Em sentido próprio.

<sup>1415</sup> Assim, por exemplo, no que respeita à inadmissibilidade da prova testemunhal, as hipóteses previstas nos n.ºs 1 e 2 do art. 393.º do Código Civil. Distingue, porém, ambas as modalidades convencionais, a circunstância, acima sublinhada em texto, de a ampliação de meio de prova (em sentido estrito) conduzir apenas a ampliação da matéria empírica, objecto de apreciação, quando a previsão convencional da possibilidade de recurso jurisdicional a presunções judiciais implica, ademais desse acréscimo, a previsão de um novo método decisório. Em causa está, contudo (e esse é o elemento relevante), a convocação de elementos, cuja mobilização processual se encontra, nesta hipótese, legalmente vedada.

partes processuais) que presidem a tal exclusão (natureza particularmente relevante do facto em causa, por contraposição ao carácter especialmente frágil, no que diz respeito à capacidade de garantia de imparcialidade objectiva<sup>1416</sup> pelo meio de prova), e, assim, a sua natureza imperativa, aqui se conclui, como então, no sentido da invalidade de tais convenções, por violação do terceiro limite material de validade (ora interveniente, a título ancilar), constante do art. 345.º, n.º 2 do Código Civil.

#### a.2) Convenções modificadoras do regime de funcionamento da presunção

Cumprir reflectir sobre o contexto referido em *segundo* lugar, relativo à circunstância em que o regime convencional regula a forma de obtenção de certeza processual, relativamente ao facto *base* da presunção, prevendo, por exemplo, que aquela pode ser adquirida na sequência de recurso a presunção judicial. A autonomização deste problema assenta no pressuposto do entendimento de que, à luz do regime legal, não existe, em sede geral (quando não celebrada a convenção), a possibilidade de recurso a presunção judicial como forma de apuramento de certeza, quanto à verificação do facto base em que a presunção jurídica assenta. Esse (entendimento) o que se nos afigura ser mais compatível, como acima observado, com a importância da consistência da prova (tomada no seu terceiro sentido) como condição de adequação da decisão a proferir, bem como o mais consonante com o cuidado que, por essa razão, o legislador deposita na selecção do que possam ser os suportes da decisão da matéria de facto controvertida, bem como na definição dos pressupostos de produção de prova.

Se tal o acordo for celebrado, no quadro de sistema jurídico em que as presunções judiciais não sejam legalmente contempladas como fundamentos de decisão relativa à matéria de facto controvertida, daquele decorrerá (quando se tomem por confronto as convenções celebradas, no âmbito do primeiro contexto, meramente previsoras, com carácter inovador, da possibilidade de recurso a presunções judiciais), a adopção negocial de regime jurídico gerador de ainda mais intensa ampliação da liberdade de apreciação do juiz. Maior intensidade que resulta da circunstância de, por via convencional, se tornar duplamente relevante, no quadro do mesmo fundamento decisório, a mobilização do raciocínio presuntivo como forma de, por inferência, retirar, de facto certo, certeza quanto a facto incerto. Relevo duplo, por incidir, o raciocínio lógico-indutivo, não apenas *sobre* o material empírico mobilizável, como base de obtenção de certeza, quanto à versão factual controvertida constante do *thema probandum*, como ainda *sobre* a informação que se extrai de tal facto base.

A introdução, por via pactícia, de maior grau de liberdade de apreciação (por permissão de recurso a presunção judicial), relevará em apenas um plano (relativo à forma de obtenção de certeza, quanto ao facto base)<sup>1417</sup>, a conformação convencional

---

<sup>1416</sup> Grau de coincidência entre a factualidade ocorrida e a factualidade processualmente dada por assente.

<sup>1417</sup> Forma de obtenção do material empírico que serve de base à inferência lógico-indutiva do facto base.

da possibilidade de recurso a presunção judicial quando, na estrutura presuntiva em que o facto base se integra, esteja co-envolvido um sentido decisório, legalmente determinado (o que se verifica na hipótese de presunção legal), bem como, quando esteja em causa presunção judicial relevável no contexto de sistema jurídico em que esse seja fundamento, cuja mobilização pelo legislador (como suporte de decisão, quanto à matéria de facto controvertida) seja legalmente admitido.<sup>1418</sup>

Conduz, em qualquer caso, pelo acrescido<sup>1419</sup> relevo que concede à conclusão fruto de mera indução, a uma acentuada precariedade da capacidade de fiel reprodução processual da realidade, por esta base de decisão, gerando uma fragilidade do suporte decisório superior à que o legislador anteviu, quando admitiu que a presunção pudesse ser fundamento de pronúncia, quanto à matéria de facto.

Reconhecer que, no quadro de sistema jurídico inclusivo das presunções judiciais no âmbito do elenco de meios de prova (em sentido amplo) legalmente previstos, as partes possam, por acordo, atribuir capacidade de suporte da decisão da matéria de facto<sup>1420</sup> controvertida a uma base configurada, nos termos enunciados (em que a presunção *inferida* se retira já de anterior *presunção*<sup>1421</sup>, representaria admitir a criação convencional de meio de prova (em sentido amplo) *significativamente* diverso, por consubstanciar previsão de presunção judicial em que, no âmbito da mesma estrutura probatória, os riscos associáveis ao raciocínio lógico-indutivo realizado pelo juiz é potenciado ao *quadrado*. Esta (criação), porém, de natureza inválida, por tornar especialmente ténue o grau de fortaleza da credibilidade informativa que, sob o ponto de vista legal, se deve verificar, com carácter mínimo, para que certo elemento (facto base) possa constituir fundamento de decisão da matéria de facto controvertida.

Invalidez que, sob o ponto de vista do enquadramento normativo, decorre da incompatibilidade do regime convencional com normas legais, relativas à prova, teleologicamente determinadas por razões de ordem pública<sup>1422</sup> e, assim, invalidez

---

<sup>1418</sup> Nestas duas últimas hipóteses, é menor (relativamente à primeira) o grau de intensidade da intervenção convencional no que diz respeito à conformação da liberdade de apreciação do juiz, uma vez que está em causa fundamento decisório que já o era nos termos legais. O âmbito em que a convenção inova é o mesmo em ambas as hipóteses (forma de obtenção de consolidação processual da factualidade que assumirá a natureza de facto-base). Não obstante estas duas circunstâncias, comuns, distinguem-se as hipóteses que ora consideramos, sob o ponto de vista da liberdade decisória de que o juiz beneficia no âmbito de cada uma delas – menor, na primeira hipótese, em virtude de o decisor ver a latitude da sua capacidade de apreciação limitada por sentido decisório previamente determinado, por via legal, com carácter vinculativo.

<sup>1419</sup> Dupla, porque convocada, quer para apuramento do facto base, quer para apuramento do facto presumido. COMOLIO refere, a este propósito, haver lugar a presunção em segundo grau, *Le prove civili*, terza edizione, UTET, 2010, pp. 670 e 671.

<sup>1420</sup> Facto presumido.

<sup>1421</sup> Quanto ao facto base.

<sup>1422</sup> Norma correspondente ao preceito previsor da categoria das presunções judiciais (cfr. art. 351.º do Código Civil). Conquanto do enunciado literal desta norma não decorra a proibição de válida celebração de convenção de prova, com este teor, tal impedimento decorre, assim, da preservação da essencial identidade da figura, subjacente à teleologia que àquela preside, na medida em que a conformação convencional interfere (em sentido acentuadamente debilitante) com a firmeza (adequada capacidade de confirmação de versão factual, objecto de controvérsia) do suporte decisório em causa. As razões de ordem pública associadas à finalidade a prosseguir, por via desta figura, determinam, pois, que a

que sempre decorreria, a título autónomo,<sup>1423</sup> da causa de invalidade convencional enunciada em terceiro lugar, no âmbito do art. 345.º do Código Civil. A não inclusão literal, pelo legislador, deste tipo de convenção, entre as passíveis de padecer de nulidade não é, por isso, interpretável como representativa de lacuna ou de anuência à sua válida celebração.

### a.3) Convenções excludentes

Resta, no que concerne às modalidades de convenções de prova que tenham as presunções judiciais por objecto, considerar (no âmbito do *terceiro contexto* referido) os pactos *excludentes* da possibilidade de mobilização desta base decisória.

#### a.3.1. Considerações gerais

1.1. Impõe-se precisar que, atento o processo próprio de mobilização deste suporte de decisão, não assiste às partes a possibilidade de exclusão de presunções judiciais, enquanto inferências factuais concretas, representativas de critério de decisão pré-determinado que as partes possam, a título singular, excluir a montante.

Porque a associação entre factos é da autoria do concreto decisor e ocorre, no decurso do processo de decisão da matéria de facto, ela (associação) não é antecipadamente excluível por convenção.

É, contudo, concebível a celebração de convenções de prova excludentes de possibilidade de mobilização de presunção judicial, enquanto fundamento de pronúncia jurisdicional, em duas circunstâncias.

---

imperatividade abranja a norma, também no que diz respeito ao pressuposto modo de funcionamento da estrutura presuntiva. De notar, por outro lado, *que* o problema que se considera no corpo do texto é suscitável, quer quando o facto base tomado por objecto de controvérsia represente a base de presunção judicial, quer quando constitua a base de presunção legal, assuma, a presunção jurídica, mobilizada para comprovação de tal facto base, natureza judicial ou legal. A resposta que propugnámos não variará em função de cada um destes factores, não obstante o perigo associado à defesa de interpretação oposta assumir maior intensidade, quando o tipo de presunção convocada seja judicial; perigo sobremaneira acrescido, como observado, quando, nessa hipótese, o facto controvertido de referência represente a base de presunção judicial. Se o facto base de referência respeitar a presunção legal, a norma legal, relativa à prova, determinada por razões de ordem pública, objecto de violação, será aquela de que consta a presunção legal em causa.

<sup>1423</sup> A natureza autónoma da intervenção, ora operada, por esta causa de invalidade, prende-se com a circunstância de, em nenhum segmento do art. 345.º do Código Civil, se prever, como admissível, a alteração convencional do regime jurídico de meios de prova, legalmente contemplados (apenas a conclusão destes ou a previsão de novos meios de prova). Pensável é, porém, conceber estas convenções, como previsoras de novos meios de prova (esta a visão associável à defesa de posição, no sentido de que, no referido preceito, a expressão *meios de prova* é convocada em sentido amplo. Quando adoptada tal perspectiva, a terceira condição de validade interviria a título ancilar.

Em primeiro lugar, quando estas sejam excluídas enquanto *categoria*.

Em segundo lugar, quando a exclusão convencional respeite a uma *particular* presunção (conexão lógico-indutiva entre factos) que as partes referem como *hipótese* de inferência *susceptível* de vir a ser realizada pelo decisor, assim eliminando a possibilidade de o tribunal decidir com base em presunções que representem associação hipoteticamente estabelecível, entre factos, na acção. Representa exemplo de convenção produtora deste efeito, e, por isso, na qualificação de MARINONI, *regula negativa*<sup>1424</sup>, a cláusula que identifica em contrato da London Corn Trade Association, Ltd (La Plata Grain Contract).<sup>1425</sup>

---

<sup>1424</sup> “Nel senso di escluderne” (a autora refere-se às presunções judiciais) “ogni valore, limitando quel potere discrezionale, che l’art. 1349 riconosce al giudice”, “Clausole probatorie nella pratica commerciale e civile”, *Rivista di Diritto Processuale civile*, 1938, I, p. 32. MARINONI reportava-se a preceito do Codice Civile de 1865 (“Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice deduce da un fatto noto per risalire a un fatto ignoto”); norma que encontra integral equivalência de conteúdo (com ligeiras alterações textuais) no art. 2727 da actual versão do mesmo Código (“Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignorato”).

<sup>1425</sup> Nos termos de tal previsão: “*The fact of the parcel so arriving shall not necessary be sufficient proof of na improper shipment*”. “Clausole probatorie nella pratica commerciale e civile”, *Rivista di Diritto Processuale civile*, 1938, I, p. 32. Assim, também com a previsão convencional, no sentido de vedar ao tribunal a possibilidade de [para efeitos de pronúncia, quanto à verificação ou não de determinada versão factual (facto principal)] retirar ilações de factos relativos a comportamento extraprocessual das partes (factos base). Deste tipo de convenção constitui exemplo a cláusula (mencionada pela mesma autora), inserida em contrato da Mutua It. Assicurazione Bestiame, segundo a qual “Le pratiche fatte dalla soc. Per l’accertamento delle circostanze relative all’infortunio e alle sue conseguenze e le comunicazioni fatte o ricevute al riguardo *non costituiscono, nemmeno per presunzione, il riconoscimento* di un obbligo di prestare indennità”. De notar que a cláusula, assim conformada, não se confunde com aquela outra (enquadrável no âmbito das convenções restritivas de meios de prova, em sentido próprio), de que resultasse ficarem as partes impedidas de mobilizar processualmente prova documental representativa de negociações ou troca de correspondência entre as partes. Esta diferenciação pode assumir carácter decisivo para efeitos de determinação da validade da convenção de prova, como se retirará do que, de seguida, referiremos, no corpo do texto, relativamente ao regime que entendemos aplicável ao tipo convencional, que neste ponto se considera. Tal relevo dilui-se, porém (para esse efeito), quando a cláusula conste de contrato de adesão se, como sucede no âmbito do sistema jurídico português, legalmente se vedar a possibilidade de válida inclusão, nesse tipo de negócios jurídicos, de cláusulas restritivas de meios de prova (cfr. al. g) do art. 21.º do D.L. n.º 446/85, de 25 de Outubro (na redacção introduzida pelo D.L. n.º 220/95, de 31 de Agosto). Para análise de algumas das particulares normas de proibição, bem como para relação entre estas e a cláusula geral de boa-fé, vide “Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais”, *Direito dos Contratos Estudos*, Coimbra Editora, 2007, pp. 101-179. Sobre o tema da contratação mediante recurso à técnica da adesão, bem como a cláusulas contratuais gerais, vide também a investigação desenvolvida por PINTO MONTEIRO, em “A contratação em massa e a protecção do consumidor numa economia globalizada”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, a. 139, n. 3961, Mar.-Abr., 2012, pp. 221-235, “Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais, problemas e soluções”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, 2001, “La directive clauses abusives, 5 ans après: a transposition para a ordem jurídica interna da directiva 93/13/CEE”, *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 75, 1999, pp. 523-536 e “O novo regime jurídico dos contratos de

Hipotizável é, portanto, não a exclusão de singulares presunções judiciais (porque só emergíveis, estas, na articulação que o julgador em concreto desenvolva entre factos processualmente assentes e factos controvertidos), mas a exclusão da possibilidade de proferir decisão da matéria de facto com base em presunções judiciais, quer tal exclusão assumam carácter total (quando respeite às presunções judiciais enquanto categoria), quer assumam carácter parcial (por respeitar a inferências concebíveis, pelas partes, como hipoteticamente passíveis de serem relevadas pelo decisor).

1.2. Contrariamente ao que acontece com as presunções legais e com as presunções convencionais, a possibilidade de recurso a presunções judiciais não pré-determina um sentido decisório – apenas permite a possibilidade de fazer uso de uma modalidade de critério de decisão. Se as primeiras representam *limitação* ao princípio geral segundo o qual o juiz beneficia de liberdade de apreciação para efeito de decisão da matéria de facto controvertida, as presunções judiciais constituem, diferentemente, *forma* de exercício da liberdade de apreciação, pelo julgador. Enquadram-se, assim, estas últimas, no âmbito do critério de liberdade de decisão do julgador (por contraposição ao critério da prova legal ou convencional, enquanto critérios em que o sentido decisório é heteronomamente imposto).

Adentro daquele critério de liberdade, discernem-se, assim, as hipóteses em que se confere, ao julgador, a *liberdade* de fazer assentar a sua decisão, das hipóteses em que o exercício daquela liberdade tem lugar mediante *apreciação crítica* da informação proporcionada por meios de prova (em sentido estrito) releváveis, mas na apreciação de material empírico *factual*, por via do estabelecimento de nexo entre factos, realizado em concreto, com base em raciocínio de probabilidade. As presunções judiciais configuram, nesta medida, uma das formas de operacionalização daquele critério global.<sup>1426</sup> Da previsão legal da categoria das presunções judiciais não decorre, pois, a imposição de qualquer teor decisório, antes a concessão de um acrescido fundamento do sentido de decisão que o julgador venha a livremente formar, na sequência da observância de um particular método analítico (inferencial) de um particular objecto de apreciação (factos).

Em síntese, se a presunção jurídica comporta (sempre) particular critério de decisão e representa (sempre) base decisória que se traduz em mero raciocínio,<sup>1427</sup> apenas as presunções legais importam, de modo válido,<sup>1428</sup> a vinculação a um sentido decisório. As presunções judiciais constituem tão só um outro método de, em liberdade de pronúncia, o próprio julgador formar (a título de construção autónoma)

---

adesão/cláusulas contratuais gerais”, *Revista da Ordem dos Advogados*, a. 62, n. 1, Jan., 2002, pp. 111-142.

<sup>1426</sup> Livre apreciação da prova (tomada esta, em sentido amplo).

<sup>1427</sup> Na medida em que dissociado de informação probatória, em sentido estrito. Sublinhando essa característica, Manuel de ANDRADE refere estar em causa “prova conjectural”, *Noções elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, Nova Edição, revista e actualizada, 1993, p. 215.

<sup>1428</sup> Atenta, como acima apurado, a nulidade de pactos de prova previsores de presunções convencionais.

sentido decisório e exprimir, em decisão, esse sentido. Porque assim, mediante a celebração de convenções através das quais as partes excluem a possibilidade de o juiz recorrer a presunções judiciais, elimina-se a possibilidade de, em sede de apreciação da prova, o julgador proferir decisão tomando, por fundamento, raciocínio inferencial incidente sobre factos.

### a.3.2. Regime de validade

Consubstanciando-se, ante o observado, as convenções de prova excludentes de presunções judiciais em fonte de inviabilização da mobilização de uma das bases possíveis de decisão da matéria de facto proferida em exercício, pelo juiz, do poder de livre apreciação, mediante recurso a método lógico-indutivo, não é arguível, enquanto fundamento de nulidade do pacto, a fundamental razão que serve de base à sustentação das convenções de prova extintivas de presunções legais – eliminação, por negócio jurídico celebrado entre as partes, de um sentido decisório imperativamente determinado (de modo condicional ou não) pelo legislador, em interferência directa com área de acesso vedado às partes (o da determinação, pela positiva ou pela negativa, do que deve ser o conteúdo da decisão, quanto à matéria de facto controvertida), sob pena de ofensa das características nuclearmente identificadoras da actividade jurisdicional.

Em que sentido concluir, então? Debrucemo-nos sobre o problema.

#### a.3.2.1. Argumentos no sentido da validade

A três argumentos se reconduzem as razões no essencial invocáveis, no sentido da sustentabilidade da natureza válida de convenções restritivas deste tipo de base decisória.

Dir-se-ia, como primeira razão adutível, no sentido da admissibilidade de tal regime contratual, que, se é certo que o teor do pacto pode comprometer a imparcialidade objectiva da decisão a proferir, dado limitarem-se as fontes de suporte de formação jurisdicional de convicção, certo é também que o legislador contemporiza com tal compromisso, quando genericamente admite a exclusão de meios de prova legalmente contemplados. Da inclusão das presunções jurídicas, no âmbito do capítulo subordinado à epígrafe prova resultaria que também as presunções judiciais seriam, enquanto tal (meio de prova) perspectivadas pelo legislador, não as tendo querido excluir do domínio aplicativo do regime das convenções de prova.<sup>1429</sup> Termos em que,

---

<sup>1429</sup> A localização sistemática a que nos referimos em texto corresponde à Secção II do Capítulo II (arts. 349.º e 351.º do Código Civil). A circunstância de, sob o ponto de vista legal, as presunções jurídicas serem qualificadas, simultaneamente, como meios de prova e como meios de inversão do ónus da prova, denuncia a dessintonia classificativa a que acima fizemos referência. Como decorre do *supra*

em conformidade com a norma legal a este propósito relevante<sup>1430</sup>, as convenções excludentes do recurso a presunções judiciais não padecerão de nulidade, desde que, à semelhana do que sucede com pactos excludentes de meios de prova, em sentido

---

exposto, não representam, sob o nosso ponto de vista, meios de inversão do ónus da prova (embora possam, em alguns casos, conduzir a uma distribuição do esforço de prova equivalente à que, quanto à mesma factualidade, decorreria da mobilização das regras do ónus da prova, caso se verificassem os pressupostos dessa convocação), nem meios de prova, em sentido próprio [não constituem canal de acesso à realidade material nem, assim, veículo de colheita de informação probatória (prova na sua terceira dimensão) para o processo, antes método de raciocínio e inferência de ilações com base em elemento (factual) antecipadamente absorvido no processo; método directamente concessor de resposta para a problemática em causa (controvérsia factual). Há, nesta medida, lugar a dispensa de prova (na dimensão mencionada). Sobre a diferença entre presunções ilidíveis e dispensa do ónus probatório, vide Manuel de ANDRADE, *Noções elementares de Processo Civil*, p. 216. Ante as conclusões até agora apuradas, torna-se possível esboçar quadro sintetizador dos principais traços de relação e distância entre as presunções jurídicas e os meios de prova, em sentido estrito. Considerando os elementos integrantes da estrutura do processo probatório, é comum, às hipóteses em que se mobilizam presunções jurídicas e àquelas em que a via justificativa corresponde a outro meio de prova, a circunstância de um dado elemento, ser objecto de análise por um sujeito, segundo determinado método, decorrendo dessa actividade a solução para a questão sobre que se reflecte. O objecto de ponderação é, no âmbito das presunções, um facto e, no quadro dos demais meios de prova, o material por seu intermédio carreado para o processo. O critério de análise corresponde, no que concerne às presunções, à adopção de raciocínio lógico-indutivo (desenvolvido de forma autónoma, no caso das presunções judiciais e, em reprodução de relação indutiva antecipadamente estabelecida, no caso das presunções legais) e, no que diz respeito aos demais meios de prova, como regra, à livre apreciação do objecto em causa, bem como nos casos especialmente previstos, à explicitação do sentido decisório previamente fixado (no caso de meios de prova dotados de valor probatório legalmente determinado, quando reunidas as condições para a sua afirmação, designadamente por ausência de prova do contrário) ou ao exercício da liberdade de apreciação, nos termos circunscritos legalmente previstos (no caso de meios de prova destituídos de valor probatório autónomo, porque reconduzidos a princípio de prova). O estabelecimento de confronto entre presunções e meios de prova significa pôr em relação duas dimensões distintas do complexo probatório, na medida em que as presunções representam um método e os meios de prova, constituem, vias de obtenção de objecto do método reflexivo a adoptar. Quer os meios de prova, quer as presunções constituem, assim, elementos, de natureza distinta, no que respeita ao complexo probatório de estrutura quaternária (integrado por sujeito decisor, método reflexivo, objecto de reflexão e resolução). Podendo, esse complexo, relevar em diferentes enquadramentos, aquele em que a presunção intervém, enquanto método, é distinto daquele em que os demais meios de prova relevam, enquanto fontes de objecto sobre que o método de reflexão incidirá. Objecto, meio de obtenção processual do objecto e método de labor processual desse objecto são diferentes num caso e noutro. No contexto em que a presunção releva, o objecto será um facto, cuja absorção processual poderá ter tido lugar por diversas vias, designadamente por acordo ou na sequência de decisão judicial, com suporte em informação proporcionada por meios de prova ou com base branca, e o método a própria presunção. O fruto da análise desenvolvida segundo tal método corresponde à solução, cuja obtenção se apurava (facto presumido). Diferentemente, no contexto de relevo dos meios de prova, o objecto corresponderá à informação por estes proporcionada, o método, o legalmente determinado (concessor de maior ou menor amplitude, à liberdade de apreciação do juiz) e a solução o resultado da actividade processual decisória, assim desenvolvida. COMOGLIO sublinha-o quando refere que a presunção legal “non lascia al giudice alcuna alternativa”, *Le prove civili*, terza edizione, UTET, 2010 p. 650. MANUEL DE ANDRADE revela-se sensível à diferente natureza (variável, em função do tipo de prova, em sentido amplo, que constitua base da decisão) do método decisório mobilizado, em sede de esclarecimento da factualidade integrante do *thema probandum*, quando alude à distinção entre “actividade perceptiva ou simplesmente indutiva” do juiz, *Noções elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, Nova Edição, revista e actualizada, 1993, p. 178.

<sup>1430</sup> Art. 345.º do Código Civil.

próprio, aquela exclusão não ocorresse em contexto de infracção de qualquer dos limites de validade.

Sendo, em suma, o escopo almejado pela norma concessora de válida celebração de convenções de prova excludentes de meios legais de prova, permitir que as partes possam, negocialmente, circunscrever o material empírico susceptível de ser mobilizado pelo juiz para efeito de dissipação da dúvida, quanto à matéria factual controvertida, tal admissibilidade de conformação convencional deveria abranger, não apenas a válida convenção, no sentido de que o tribunal não se possa socorrer de meios de prova que facultam o acesso a elementos captados do *real*,<sup>1431</sup> como ainda a possibilidade de celebração de acordo, no sentido de que o juiz não possa convocar, como base da decisão, factos, processualmente consolidados, entre os quais o decisor estabeleça a relação de *probabilidade* que sempre permeia a estrutura probatória em que a presunção judicial se traduz.<sup>1432</sup> Permitindo-se, no âmbito da norma previsora da

<sup>1431</sup> Meios de prova, em sentido próprio, coincidentes com os correspondentes aos fundamentos (de natureza declarativa e demonstrativa) enquadráveis no contexto do âmbito semi-amplo da prova.

<sup>1432</sup> Enquanto método, a presunção integra-se numa estrutura, viabilizadora da obtenção de fundamento decisório, integrada, à semelhança dos meios de prova em sentido próprio, por objecto (da ponderação a desenvolver pelo decisor) e por critério ou método (a observar no desenvolvimento dessa actividade reflexiva). É, contudo, diferente o objecto material de que se parte, assumindo índole diversa o raciocínio probabilístico desenvolvido. Se, no domínio daqueles primeiros fundamentos (meios de prova, em sentido estrito), a base se consubstancia em elementos informativos directamente atinentes à factualidade controvertida (representativos de explicitações do modo como essa realidade teve lugar – a testemunha declara que o lesado sofreu avultados danos não patrimoniais; o perito declara confirmar-se quadro clínico depressivo), incumbindo aferir da probabilidade de tal explicação do objecto questionado corresponder à verdade, no âmbito da segunda, a base de trabalho consiste em realidade autónoma e paralela relativamente àquela sobre cuja verificação se indaga, falecendo, a tal base a função de explicitação que se identifica, quanto aos meios de prova, em sentido estrito (realidade paralela, porque estão em causa factos-base e presumido, que não explicitações probatórias do conteúdo de um facto e esse facto); autónoma, porque os factos em relação constituem realidades distintas, susceptíveis de subsistir com carácter independente um ante o outro. O recurso à violência para aquisição da posse não se confunde com a actuação de má-fé (pode recorrer à violência, no acto de aquisição da posse quem seja titular de direito sobre o bem). Não tem, o primeiro, função analiticamente patenteadora da segunda (tê-la-ia, por exemplo, depoimento testemunhal que confirmasse a emissão de declarações, pelo possuidor, no sentido de que tinha conhecimento de que era outro o titular do direito real sobre o bem). A relação entre ambos é estabelecida por via do nexo lógico-indutivo criado pela presunção. Se nos meios de prova, em sentido estrito, a base (informação proporcionada pelo meio de prova) de que se parte, *representa*, enquanto tal, uma *ponte entre a realidade e o processo*, tornando-se necessário verificar da sua solidez (mediante *juízo probabilístico*, relativamente ao *grau de fidelidade* do meio de prova em causa, enquanto transmissor da dimensão do real a que respeita), no segundo é o tribunal que estabelece, em relação de sucessão (presumida) a ponte entre duas realidades até então processualmente autónomas (a base de trabalho e a factualidade controvertida), a tanto se votando o recurso ao juízo probabilístico. Distinta, assim, a finalidade, cuja prossecução se almeja quando, em cada um dos casos, se mobiliza o raciocínio fundado na probabilidade – *aferir* da fidedignidade de uma imagem da realidade controvertida (transmitida pelo meio de prova), no primeiro caso, *construir* uma imagem da realidade controvertida, no segundo. A circunstância de, neste, ser, a aplicação do método, ao objecto, a *fonte* da versão factual, enquanto, no primeiro, a fonte de versão do facto é o seu objecto de trabalho (informação proporcionada pelo meio de prova, conquanto a credibilidade dessa informação e, assim, da imagem do real que veicula, seja objecto de escrutínio, por via do método de trabalho convocado) permite compreender que, no primeiro, a designação do fundamento decisório se faça por referência ao objecto (assim, por exemplo, com o depoimento testemunhal ou pericial) e, no segundo, por referência ao método (presunção), reflectindo, essa diferente tónica designativa, o distinto relevo activo de cada um dos elementos, em

possibilidade de válida exclusão convencional de meios legais de prova, que as partes condicionem, por via convencional, o que possa constituir objecto ou material informacional empírico, susceptível de ser trabalhado pelo decisor para obtenção de resposta à controvérsia factual, estariam em causa quaisquer bases densas de decisão. Incluindo-se, nestas, as que constituem suporte decisório, no âmbito das presunções judiciais, também os pactos de prova excludentes de presunções judiciais se afigurariam validamente celebráveis.

A este argumento é acrescível um segundo, relacionando com o fortalecimento das bases decisórias disponíveis, na medida em que, por via dos pactos em análise, se excluiria base decisória padecente de particular debilidade, porque não assente em informação probatória, em sentido próprio (razão determinante da necessidade de recurso a raciocínio inferencial, enquanto base de sustentação da conclusão apurada). Tanto permitiria contrariar a invocação de incongruência entre a assunção desta posição (admissibilidade de válida celebração de convenções excludentes de meios de prova) e a simultânea defesa da invalidade de convenções permissoras da possibilidade de recurso a presunções judiciais, no contexto de sistema jurídico em que estas não sejam reconhecidas, enquanto categoria geral. Dir-se-ia, no âmbito desse contra-argumento, afigurar-se contraditório admitir que as partes pudessem dispor, convencionalmente, quanto à mobilização de presunções judiciais apenas num sentido (da impossibilidade da sua convocação, que já não no sentido da possibilidade de recurso a esse meio de prova). A tanto, permitiria, o segundo argumento, responder que, não obstante as presunções judiciais representarem, também nesse enquadramento (de inovadora admissão, por via negocial, desse fundamento decisório), bases densas de decisão, em que o material empírico considerado, assume natureza factual, um elemento divergente permitiria compreender o diferente posicionamento: se as convenções admissoras desta base de decisão introduzem, no sistema processual, método de raciocínio evitado de maior contingência ou falibilidade relativamente ao legalmente previsto, com as implicações negativas que tanto importa para a preservação da imparcialidade objectiva da decisão, não assim com as convenções excludentes, na medida em que eliminadoras dessa base, especialmente frágil, da decisão a proferir, em consequente promoção das garantias de imparcialidade objectiva do conteúdo decisório.

Da dupla fundamentação argumentativa enunciada, resulta a ideia central, no sentido de que a maior fragilidade que, pelas razões enunciadas, a presunção judicial assume, relativamente à generalidade dos meios de prova,<sup>1433</sup> enquanto base de decisão, bem como a circunstância de representar, contudo, como aqueles (meios de prova, em sentido próprio), fundamento decisório assente em base empírica (por isso abarcável, no âmbito aplicativo do segmento do art. 345.º do Código Civil, em que se

---

cada um dos contextos, no processo de apuramento da versão factual que se vem a dar por assente. Sobre a relação entre elementos indiciários e argumentação presuntiva, *vide* COMOGLIO, *Le prove civili*, terza edizione, UTET, 2010, pp. 659 e ss.

<sup>1433</sup> De que excluimos a prova testemunhal, implicitamente equiparada, sob o ponto de vista legal, no que diz respeito ao grau de fidelidade de representação da realidade, às presunções jurídicas, quando se prevê que estas não serão mobilizáveis pelo legislador, nos casos em que aquela o não seja também (art. 351.º do Código Civil). Sobre a problemática relativa à legitimidade de previsão legal de “limiti probatori”, *cfr.* COMOGLIO, TARUFFO e FERRI, *Lezioni sul processo civile, I, Il processo ordinario di cognizione*, 4ª ed., il Mulino, Bologna, 2011, p. 462.

alude a meio de prova), conduziria, por maioria de razão, a que deva ser convencionalmente prescindível nos mesmos casos em que aqueles (não obstante o tendencialmente maior grau de fidelidade da imagem que transmitem da realidade) o são.

Invocar-se-á, como terceiro argumento, não surgir, a este propósito, a dificuldade que, ante convenção excludente de meio de prova, pode emergir, quando esteja em causa meio de prova que represente, sob o ponto de vista legal, o único legalmente admissível para confirmação da verificação ou não verificação de uma determinada versão factual, como (em consonância com o supra observado, no âmbito de convenções relativas a meios de prova, em sentido próprio) vimos acontecer em particulares hipóteses integráveis, nesse contexto. Dada, justamente, a fragilidade do suporte de decisão, não se vislumbra hipótese em que se preveja o recurso a esta base decisória como único fundamento convocável da decisão.

Se legalmente se permite a exclusão convencional de meios de prova que a lei impõe como os únicos mobilizáveis, em determinadas hipóteses (desde que, como observado, o regime convencional não respeite a uma dessas circunstâncias), no âmbito de tal possibilidade excludente se devem considerar integrados também os meios de prova, que o legislador em nenhuma circunstância eleva à condição de única base passível de suportar a decisão relativa à matéria de facto controvertida.

#### a.3.2.2. Apreciação dos argumentos no sentido da validade

Qual o merecimento da argumentação a que vimos de fazer referência?

Assenta, o primeiro argumento, *na* equiparação entre presunções judiciais e meios de prova, em sentido próprio, no que diz respeito à circunstância de, conduzindo, ambas as convenções excludentes destes fundamentos decisórios, à eliminação de material a ser apreciado pelo juiz para efeito de extinção da controvérsia factual, bem como no facto de normativamente se reconhecer, a validade de pactos mediante os quais se excluam meios legais de prova. Tanto determinaria que ambas as fontes de exclusão de bases de decisão devessem ser admitidas.

Não qualificando nós, embora como acima explicitado, as presunções judiciais (nem qualquer outra forma da presunção jurídica), enquanto meios de prova, em sentido próprio, entendemos, porém, que deveria ser-lhes aplicável, *quanto a este aspecto*, o regime vigente quanto àqueles, *se*, entre ambas as hipóteses, houvesse, a *este nível*, similitude, permissora de conclusão no sentido de que não deve obedecer a regime diverso, em ambas as circunstâncias, a restrição negocial da informação concreta, disponível no processo, enquanto base subsumível a labor do decisor e susceptível de constituir suporte de dissipação da dúvida, quanto à matéria de facto controvertida.

Esta, porém, a equiparação que se nos afigura falecer.

Se em ambas as circunstâncias (convenção excludente de meios de prova, em sentido próprio e convenção excludente da possibilidade de recurso, pelo decisor, a presunções judiciais) se visa retirar (mediante convenção) do universo do processo, informação empírica (material, de índole densa) passível de ser apreciada pelo juiz, no sentido de poder processualmente declarar verificada ou não verificada uma dada versão factual, é diverso o contexto situacional de cada um dos indicados tipos de informação, ao tempo em que a convenção de prova produz os seus efeitos na acção.

Quando convencionalmente se exclui a possibilidade de consideração, na acção, de informação veiculada por meios de provam, em sentido próprio, visa-se impedir que tais meios constituam canais de transmissão, para a instância, de uma visão da realidade. O regime negocialmente previsto representa, assim, uma forma de intervenção a montante, evitando-se que a informação entre no processo, não sendo esta, em consequência, nele apreciada. O recurso informativo que, neste contexto, o juiz não aprecia, representa matéria que *não chegou ao seu alcance*, que não se tornou disponível no processo.<sup>1434</sup>

Diferentemente, quando, pela mesma via (convenção de prova), se elimina a possibilidade de mobilização, pelo decisor, de presunções judiciais, visa-se inviabilizar a susceptibilidade de consideração, por este, de informação empírica (factual) que *já se encontra disponível e consolidada no processo*, assim ao alcance do juiz e de todos os que ao processo tenham acesso. Trata-se de impedir a convocação, para fins decisórios, de material já integrado no manancial de subsídios informativos processualmente existente e com que, por isso, o decisor não pode deixar de se deparar. Fazer valer o regime convencional excludente equivaleria a impor, ao terceiro resolutor que tomasse por invisível o que na instância lhe é dado ver; significaria forçar o juiz a não retirar utilidade de recursos, validamente absorvidos no processo, a desaproveitar informação dotada de valia, na medida em que dela são retiráveis consequências para a boa administração da justiça na causa, relegando à condição de irrelevância matéria efectivamente relevante para o processo, existente no processo, nele conservada e do mesmo não desentranhável. Circunstância passível de conduzir à prolação de decisão, cujo sentido se afigure incompatível com o que manifestamente decorreria da pronúncia decisória, quando nesta fosse considerada a factualidade processualmente assente e convencionalmente desqualificada, como informação susceptível de ser considerada pelo tribunal. O que corresponde a permitir que, no mesmo processo, possam co-existir elementos inconciliáveis: pronúncia expressiva de determinado teor decisório e informação (factualidade assente tomável como base de raciocínio lógico-indutivo) conducente a prolação de decisão de teor inverso. O mesmo é dizer que, na instância, poderia remanescer, para todos acessível (quando público, o processo), o sentido decisório (pela pronúncia jurisdicional, tornado vinculativo) e a

---

<sup>1434</sup> Ou que aí entrou em violação do regime validamente estabelecido, por via convencional e estabelecido de forma válida e, consequentemente, em ofensa do regime jurídico aplicável na instância, não devendo, atenta tal colisão, ser objecto de análise e consideração para efeito de decisão da matéria de facto controvertida.

informação confirmadora do desacerto daquele: o teor decisório e os elementos infirmativos da sua correcção.<sup>1435</sup>

Ademais (e à semelhança do que observámos, aquando da reflexão sobre convenções excludentes de presunções legais), quando as partes extingam, por negócio jurídico, a possibilidade de recurso jurisdicional à figura da presunção jurídica, não se limitam a restringir a informação usável como base de decisão. Interferem também na definição da metodologia de construção do conteúdo decisório, a observar, pelo decisor, quando labora sobre o material de que disponha, o que contende já com o próprio acto de decisão e, assim, com domínio de acesso vedado às partes, correspondendo a área em que apenas o legislador e o decisor (em conformidade com o ditame normativo do primeiro) podem legitimamente intervir.

Tudo o que evidencia que, para além de, sob o ponto de vista classificativo, as presunções judiciais *não se* enquadrarem, pelas razões acima aludidas, na categoria dos meios de prova, em sentido próprio, tal distinção *tem* continuidade de relevância quando se consideram particulares aspectos de regime a uns e a outros (meios de prova em sentido próprio e meio de prova apenas em sentido amplo) atinentes, no âmbito das convenções de prova, sendo que um dos planos em que tal diferenciação se afirma respeita à possibilidade de alteração, por via convencional, da extensão do material empírico processualmente mobilizável em sede de actividade decisória. Deve, assim, ser distinta a ilação a retirar, no que diz respeito à validade dos acordos excludentes de cada um destes tipos de bases decisórias, tomando por passíveis de válida celebração (quando respeitadas as condições de validade normativamente enunciadas) as convenções excludentes de meios de prova em sentido próprio e por inválidas as convenções excludentes da possibilidade de recurso a presunções judiciais como base de sustentação da decisão a proferir sobre a matéria de facto controvertida.

Afigura-se-nos, por outro lado, que, com o relevo desta contra-argumentação (relativa ao primeiro argumento invocável, em sentido oposto) não contende o segundo argumento (também conducente à sustentação de sentido inverso) a que se aludiu. Contende este com a circunstância de, por via de convenção excludente da possibilidade de recurso a presunções judiciais, se eliminar a mobilização de método especialmente permeável ao erro, porque consubstanciado em inferência (puro raciocínio lógico) não suportada na prova, em sentido estrito. Representaria esta, em suma, uma via, convencional, de promoção da imparcialidade objectiva da decisão.

A tanto cumpre contrapor que, concordando-se, embora, que, se quando cotejado com o método de apreciação crítica da prova (em sentido próprio), o raciocínio lógico-indutivo representa via mais falível de obtenção de conclusões, quanto à matéria de facto controvertida, tal parâmetro é, contudo, na hipótese que se considera (em que o sistema jurídico inclui as presunções judiciais entre os meios de prova legalmente admitidos) legalmente tido por compatível com os requisitos mínimos de imparcialidade objectiva processualmente exigíveis no contexto de um

---

<sup>1435</sup> Este um argumento igualmente convocável como razão justificativa da invalidade de convenções excludentes de presunções legais.

processo justo e equitativo.<sup>1436</sup> Por outro lado, o prejuízo para a imparcialidade objectiva da decisão pode advir, tanto do maior grau de fragilidade do método de apreciação da informação empírica (método inferencial ou lógico-indutivo, na presente hipótese), como da omissão (em consequência da exclusão convencional) de consideração de informação, dotada da natureza empírica, com base na qual seja possível a obtenção de imagem processual da realidade controvertida.

Considerando que não é seguro: *que* o recurso a presunções judiciais efectivamente comprometa, em todas as circunstâncias, a imparcialidade objectiva decisória, podendo ser fonte da sua promoção; *que*, a existir esse comprometimento, o grau de parcialidade determinado pelo recurso ao método lógico-indutivo (dissociado, que está, de base empírica probatória), seja superior ao gerado pela omissão de apreciação da informação empírica que a factualidade que constitui a base da presunção representa; *que* a informação em causa se encontra já processualmente disponível<sup>1437</sup>, *que* a única via metódica por intermédio da qual essa informação pode ser relevada, enquanto base de decisão da matéria de facto controvertida, é o raciocínio inferencial (em que a associação conectiva entre factos, estabelecida pelo decisor, se traduz) e *que* a convenção que consideramos implicaria interferência das partes, não apenas ao nível do material mobilizável para decisão, como também no que respeita ao método a observar, no próprio acto de decisão (da exclusiva competência do juiz, no que diz respeito à sua concretização na acção e da exclusiva competência do legislador, no que concerne à sua regulação), desprovido se nos afigura ficar, o argumento sobre que ora nos pronunciamos, de força habilitante de concessão de prevalência ao entendimento invocável em defesa da validade de convenções de prova excludentes da possibilidade de recurso jurisdicional a presunções judiciais.

O terceiro argumento invocável, em sustento de interpretação da validade dessa modalidade de convenções de prova consubstancia adução de razão de segunda linha. Reconduzindo-se (tal razão) ao sublinhar da *facilidade applicativa*<sup>1438</sup> do regime jurídico constante de convenções excludentes da admissibilidade de recurso a presunções judiciais, representaria razão arguível, no sentido do *reforço* da opção por este regime jurídico e, assim, em contexto em que, previamente, positivamente se tivesse apurado a bondade do regime em causa, concluindo-se, então, ademais, no sentido de que a sua realização prática não se depararia com obstáculos surgíveis, quando em causa meios de prova, em sentido próprio. À adequação do regime propugnado somar-se-ia, pois, quando assim, a garantia do grau acrescido da sua eficácia por inexistência de escolhos dificultadores do seu relevo prático.

Constitui, em consequência, argumento de segunda ordem, porque só relevante uma vez sustentada, de forma sólida, a adequação ou propriedade do regime jurídico a que respeita. A facilidade applicativa não representa, pois, por si só,

---

<sup>1436</sup> Como decorre da inclusão das presunções judiciais entre os meios de prova legalmente admitidos.

<sup>1437</sup> Consideração correspondente ao primeiro contra-argumento que referimos e para o qual, para efeitos explicitantes, remetemos.

<sup>1438</sup> Não representando, as presunções judiciais, fundamento decisório necessariamente convocável, como base decisória, quanto a factos relativamente aos quais a admissibilidade de prova se encontrasse, por essa via, especialmente regulada.

razão válida para conceder relevo a uma das soluções propugnáveis para um problema jurídico.

Não sendo apurável, atento o supra exposto, conclusão no sentido da adequação da interpretação sustentadora da validade das convenções, que ora se consideram, decai, como fundamento suplementar de eleição dessa interpretação, a facilidade de aplicação do regime jurídico que suporta.

Por outro lado, o fundamento que, daquele argumento, se quisesse retirar, por maioria de razão, no sentido da validade de tais pactos, resulta, cremos, atenta a sua natureza formal, suplantado, em importância, pela procedência e maior solidez das razões subjacentes aos diversos contra-argumentos explicitados.

Não se revelando procedente qualquer dos argumentos invocados, no sentido da validade do presente tipo de pactos e afigurando-se releváveis as razões aduzidas, em sentido inverso, conclui-se padecerem, as convenções de prova excludentes de presunções judiciais, de invalidade, porque contrário, o seu regime, a normas cuja modificação, por via negocial, se revelaria incompatível com a natureza inderrogável de tais preceitos, atentas as razões de ordem pública que também subjazem à sua previsão, bem como o carácter exclusivo, da regulação da matéria a que respeitam, pelo legislador.

Também nesta hipótese (à semelhança do que sucede quanto às convenções com efeito ampliador, no quadro das presunções judiciais) a nulidade decorre da intervenção, a título ancilar, da condição de validade enunciada, em terceiro lugar no art. 345.º do Código Civil.

## b) Apreciação conclusiva

Ante a conclusão apurada no ponto anterior, reunidas se encontram as condições para concluir que a presunção judicial representa estrutura probatória não convencionalmente criável, nem eliminável pelas partes.

Congregados ficam também os pressupostos para responder à questão que havia ficado em suspenso<sup>1439</sup>, nos termos da qual se indagava se, em virtude da intervenção, a título ancilar, da condição de validade enunciada, em terceiro lugar, os meios de prova relativamente aos quais é admissível a válida celebração de convenções *ampliadoras* ou *excludentes* se circunscrevem aos meios de prova em *sentido próprio*.

Apesar da ausência de distinção, no plano legal, sob o ponto de vista de agrupamento classificativo, entre meios de prova, em sentido próprio e meios de

---

<sup>1439</sup> No ponto *i)* da apreciação conjunta, relativa às convenções de prova que tenham por objecto presunções legais.

prova apenas em sentido amplo, a condição de validade enunciada em terceiro lugar retira, porém, como acabamos de verificar, do domínio da noção (meios de prova), quando constante do art. 345.º, n.º 2 do Código Civil, um meio de prova (presunções judiciais) que apenas o é em sentido amplo. Havíamos concluído que o mesmo sucede, no que diz respeito às presunções legais.

Observa-se, assim, em visão conjunta, que todas as categorias de presunções jurídicas, legalmente previstas se encontram excluídas (na sequência da conformação limitadora imposta pela condição de validade referida) do âmbito da noção de meios de prova, enquanto dimensão integrante da norma enunciada. Porque as presunções jurídicas (legais e judiciais) representam o único meio de prova, em sentido amplo, que não o é também em sentido próprio, obtém-se, como corolário, que naquela noção apenas se têm por integráveis os meios de prova, em sentido próprio, em legal concessão implícita de relevo a distinção categorial, entre fundamentos decisórios,<sup>1440</sup> não expressa no plano da enunciação dos meios legais de prova.

#### Capítulo IV – Balanço global da Parte III

Importa adoptar uma visão de conjunto sobre a reflexão desenvolvida relativamente às diferentes modalidades de convenções de prova.

Sobressai a essencial tendência para a validade deste tipo de pactos respeitar a hipóteses relacionadas com a aquisição de informação probatória, assumindo, as convenções associadas ao tratamento e extracção de ilações desse material (ou a partir dele), natureza inválida.

Se as partes podem condicionar o perímetro do objecto da controvérsia fáctica (mediante invocação de factos), bem como os meios de conhecimento da realidade (meios de prova em sentido estrito) processualmente releváveis, não poderão condicionar a exploração, a realizar pelo juiz, desses elementos. Podem, assim, como tendência, introduzir conformações quanto aos materiais de trabalho acessíveis; não quanto ao trabalho jurisdicional desenvolvido mediante recurso a estes.

Tanto, em congruência com o relevo que, a este nível, assume a destrição entre a fase da decisão da matéria de facto controvertida e a fase que a antecede. Se esta decisão pode ser condicionada, pelas partes, a montante (na fase pré-decisória), mediante ampliação ou restrição convencional da possibilidade de acesso à informação probatória (o mesmo é dizer da base decisória,<sup>1441</sup> através do aumento ou

---

<sup>1440</sup> Meios de prova, em sentido próprio e meios de prova em sentido amplo.

<sup>1441</sup> Esta expressão é susceptível de ser compreendida em dois sentidos, na medida em que, quando seja mobilizado, processualmente, meio de prova, em sentido estrito, se distinguem dois tipos de base decisória. Por um lado, a imagem do real, proporcionada pela informação de que aquele é canal. Por outro lado, a imagem do real que o decisor assume por verdadeira, na sequência da interpretação crítica que desenvolva, relativamente à primeira imagem ou da execução concreta que sobre a mesma desenvolva de critério apreciativo legalmente definido. Se é esta última (a imagem do real obtida na sequência do labor realizado sobre a que é facultada pelo meio de prova) a decisiva, por ser em função dela que se dará por verificada ou não verificada a versão factual controvertida, esta base decisória não

diminuição dos meios de prova mobilizáveis), não assiste, às mesmas (partes), qualquer possibilidade de condicionamento da decisão mediante convenção que, reportando-se à fase decisória, implique a alteração do regime legal regulador da actividade jurisdicional de decisão (da matéria de facto controvertida) com base em ponderação sobre elementos informativos empíricos concretos.

Remanesce, contudo, a possibilidade de as partes influírem, no plano da definição do conteúdo da decisão sobre a controvérsia factual, em hipótese em que a pronúncia se não ancore em elementos de prova ou factuais (não havendo, assim, substituição das partes ao decisor no desenvolvimento da actividade de apreciação destes dados empíricos), mas tão só em critérios abstractos de decisão.<sup>1442</sup> Do fundo geral da invalidade dos pactos atinentes ao regime a observar no âmbito da fase de *decisão da matéria de facto controvertida*, ressalvam-se, assim, tão só as convenções de que resulte a inversão do ónus da prova (desde que o regime destas constante se revele em respeito pelo figurino e sentido do instituto, nessa medida se conservando intangível, tanto o tipo de raciocínio a desenvolver, no que diz respeito à opção pela superação ou não da situação de impasse processual gerado pela dúvida incontornável, como o tipo de decisão a proferir, no sentido da superação desse impasse.<sup>1443</sup>

---

seria obténivel sem a primeira camada informativa, pelo que ambas representam parte integrante da base de decisão, quando globalmente perspectivada, assim se desvelando a natureza completa desta. A alusão a que, neste contexto, fazemos, em texto, da expressão, respeita ao primeiro sentido (coincidente com o sentido que está envolvido no âmbito da terceira dimensão da prova). No âmbito do fundamento decisório lógico-indutivo, porém, apenas o segundo sentido releva.

<sup>1442</sup> O acordo que, pelo meio, que se considera em texto (relativo ao ónus da prova) se permite que as partes celebrem quanto aos factos, consubstanciando, a norma que o concede, autorização de disposição quanto aos factos, diverge, porém, daquele em que há também lugar disposição, mediante declaração conjunta de assentimento a que os mesmos sejam dados por processualmente fixados num dado sentido, a três níveis: em primeiro lugar, na medida em que o pacto que ora consideramos respeita a matéria factual controvertida, quando aqueloutro impede que a factualidade a que respeita assuma tal natureza (ou, se relevando em momento processual ulterior a essa assunção, retira-a do domínio de factualidade passível de ser objecto de prova – *thema probandum*); em segundo lugar, em virtude de a convenção, em análise, conduzir a disposição (e, assim, a definição do conteúdo decisório) condicional, na medida em que só relevará se o decisor vier a ficar em situação de dúvida incontornável, não sendo dado aos sujeitos processuais em causa definir ser esse o conteúdo da decisão a proferir em qualquer outra circunstância (que não de dúvida), sob pena de, impedindo a formação de certeza, quanto à verificação ou não da versão factual, objecto de dúvida, quando não excluída a possibilidade de a ela poder haver lugar, sem, em simultâneo, proporcionarem base admissível (de natureza consensual) para que o tribunal possa declarar assente uma determinada versão, colidir com a natureza *efectivamente* terceira do ente definidor da solução, quando tanto não é indispensável para resolução da controvérsia, provocando a convocação em primeiro plano de critério reservado a mobilização subsidiária; em terceiro lugar, na medida em que, em consequência da nota sublinhada no ponto antecedente, o acordo quanto aos factos conduz a que a fixação processual das versões factuais se verifique pela positiva (assente a verificação ou a não verificação) quando, por mediação de regime constante de convenção inversora do ónus da prova, tal fixação tem lugar pela negativa (não assente a verificação ou a não verificação).

<sup>1443</sup> O impedimento de alteração negocial, pelas partes, de critérios de decisão, em sede de esclarecimento da matéria de facto controvertida, respeita, assim, *não apenas* a hipóteses em que a adopção de critério de decisão diverso do legalmente previsto (para a decisão em causa) resulta expressa, clara e densamente (sem necessidade de recurso a conceitos indeterminados) da lei (esse o tipo de proibição infringida, quando as partes prevejam, por exemplo, ser admissível o recurso a

A definição normativa do perímetro de validade convencional realiza-se, nestes termos, em respeito pela linha demarcadora imposta pela característica (inderrogável) da *independência* do decisor, tomando por esta a exclusiva obediência do juiz ao legislador e ao sistema jurídico, no seu conjunto e, porque assim, a ausência de laço de dependência daquele, relativamente às partes (individual ou conjuntamente consideradas), a terceiros<sup>1444</sup> e a si próprio (quando considerado, o decisor, na sua dimensão estritamente pessoal).<sup>1445</sup>

---

presunções judiciais em circunstâncias em que não é admissível a prova testemunhal, assim contrariando a restrição legal que nesse contexto limita a possibilidade de recurso a esse tipo de base decisória), *como ainda* a hipóteses em que tal proibição não se encontra normativamente expressa, conquanto seja interpretativamente retirável do acervo principiológico e das particulares espécies normativas integrantes do sistema jurídico adjectivo (esse o tipo de impedimento, em causa, quando as partes negocialmente criem, por exemplo, presunção convencional em derrogação do critério da livre apreciação da prova ou quando, também em acordo de prova, prevejam a inversão do tipo de decisão a observar em caso de dúvida insanável). Abrangência proibitiva que vale, identicamente, para o juiz, a quem está vedado invocar presunção judicial em circunstância não compatível com a expressa limitação legal, inverter o ónus da prova, quando não verificados os pressupostos legais para que tal inversão possa ter lugar ou alterar o tipo de decisão a proferir nesse contexto.

<sup>1444</sup> Múltiplas são, contudo, as configurações doutrinárias adoptáveis, no que diz respeito ao modelo de decisão judicial e, porque a este intrinsecamente associado, ao modelo de juiz. No âmbito do movimento *Law and Economics*, POSNER propugna que a decisão judicial deva ser permeada por critérios económicos. De notar, porém, a flexibilização de perspectiva que, entretanto, revelou. Se num primeiro momento, defendia que a economia devia ser a única palavra, veio, posteriormente, a esclarecer admitir poderem existir múltiplas influências releváveis, neste plano, sendo, embora, a nota economicista aquela para que propende. Para uma análise da referida modificação verificada na linha de pensamento, AROSO LINHARES, “A unidade dos problemas da jurisdição ou as exigências e limites de uma pragmática custo/benefício. Um diálogo com a Law & Economics Scholarship”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2002, pp. 65-178. Também com interesse, AROSO LINHARES, “Brauchen wir Noch eine Kritische Rechtstheorie?: ein Konversationsstück mit Posner und Fish”, Sep. de *Gerechtigkeitswissenschaft – Kolloquium aus Anlass den 70. Geburtstages von Lothar Philipps*, 2005, pp. 23-45. Como principais referências bibliográficas daquele autor, no que respeita a esta dimensão do seu pensamento, *vd. How judges think*, 2008, Harvard University Press; *Economic Analysis of Law*, 8.ª Edição, Aspen Publishers, 2010 e *Reflections on judging*, 2013, Harvard University Press. No contexto do mesmo movimento, CALABRESI tempera a acentuação da nota da eficiência com outras considerações materiais, explorando sobretudo hipóteses relacionadas com o domínio da responsabilidade civil extracontratual. *Vd.*, em particular, “Some thoughts on the risk distribution and the Law of Torts”, *The Yale Law Journal*, Março, Vol. 70, 1961, N. 4, pp. 499-553, *The costs of accidents: a legal and economic analysis*, 1970, New Haven, London, Yale University Press e “Cosa è l’analisi económica del diritto?”, *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, Anno 66, N. 3, parte prima, 2007, pp. 343-477. Sobre a noção e evolução do instituto da responsabilidade civil, *vide* SINDE MONTEIRO, “Responsabilidade civil”, *Revista de Direito e Economia*, Separata do n.º 2, Julho/Dezembro, 1978, pp. 313-415. Partindo da Teoria Crítica do Direito, o movimento brasileiro do Direito Alternativo adopta também uma particular perspectiva do sentido do jurídico, compreendendo o juiz como sujeito político-ideologicamente comprometido e, assim, como ente decisor que, não obedecendo a um raciocínio puramente lógico-dedutivo, deve, numa visão não formal da igualdade, proferir decisões emancipatórias tuteladoras dos mais desfavorecidos. Numa visão actualizada da dialéctica marxista, e com recepção (entre outras) na Escola de Frankfurt, procura responder à realidade brasileira, marcada por traços específicos, em que os critérios regentes do comportamento humano representam, em certas comunidades (em particular nas favelas), um universo paralelo ao legal. Tal concepção é também facilitada pela permeabilidade do sistema jurídico brasileiro às influências do sistema norte-americano, onde a perfusão de influências de natureza não estritamente jurídica no processo de construção da decisão judicial merece maior acolhimento. Como referências exemplificativas a doutrina enquadrável neste domínio, Luis Fernando COELHO, *Saudade do Futuro: transmodernidade, direito, utopia*, Jurua, 2007, João Baptista HERKENHOFF,

*Como aplicar o Direito: à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política* 5.<sup>a</sup> Ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999,, Lédio ROSA DE ANDRADE, *Juiz alternativo e Poder Judiciário*, 2.<sup>a</sup> Edição, Florianópolis, Conceito editorial, 2008 e António Carlos WOLKMER, *Introdução ao pensamento jurídico crítico*, 8.<sup>a</sup> Ed., São Paulo, Editora Saraiva, 2012. Concepções como as constantes da presente nota deparam-se, porém, com críticas de diversa natureza, designadamente com as que se prendem com a maior possibilidade de arbítrio decisório que permitem, bem como com a disparidade de julgados que facilitam. Para uma visão desenvolvida e perspectiva crítica sobre a índole da decisão judicial, no âmbito do normativismo, do funcionalismo e do jurisprudencialismo, vide CASTANHEIRA NEVES, “Entre o ‘legislador’, a ‘sociedade’ e o ‘juiz’ ou entre ‘sistema’, ‘função’ e ‘problema’ – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 130.º, 1997-98, n.º 3883, pp. 290-300, e n.º 3884, pp. 322-329, e ano 131.º, 1998-99, n.º 3886, pp. 8-14 (também in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXIV, Coimbra, 1998, p. 1-44, bem como in *Digesta – Escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, esp. pp. 161-198), *Apontamentos Complementares de Teoria do Direito (Sumários e Textos)*, Coimbra, 1999, esp. pp. 17-21 (versão A4) e “A redução política do pensamento metodológico-jurídico”, *Digesta*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 379-421. Sobre as implicações da análise económica do direito, desenvolvida pela Escola de Chicago, no plano da admissibilidade de “constituição de direitos de propriedade intelectual sobre certas “informações tecnológicas”, bem como da “delimitação de um adequado âmbito de protecção de exclusivos intelectuais ou industriais assim constituídos”, vd. REMÉDIO MARQUES, *Biotecnologia(s) e Propriedade Intelectual, Direito de Autor Direito de Patente e Modelo de Utilidade Desenhos ou Modelos*, Volume I, Colecção Teses, Almedina, 2007, pp. 77 e ss. No sentido de que “a análise económica do direito” poderá constituir “uma ciência auxiliar do direito, mas não *tout court* ciência do direito”, Sinde MONTEIRO, “Análise económica do Direito”, Separata do Vol. LVII (1981) do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, p. 7.

<sup>1445</sup> Da inexistência de nexo de dependência, relativamente a uma ou a ambas as partes decorre, adentro da noção geral de independência, a garantia da qualidade de *imparcialidade*. Não identificação com as partes de que resulta ser, o decisor, ente terceiro relativamente a estas, pelo que a *imparcialidade* e a *tercereidade* representam dimensões que entre si mantêm estreita conexão (a segunda, condição da primeira), ambas constituindo notas indissociavelmente integrantes (no plano intraprocessual do dissenso) da essência da actividade jurisdicional. Não são, contudo, noções confundíveis entre si. Da primeira (tercereidade) resulta que o decisor deverá ser ente distinto das partes, quer formalmente (a ele incumbindo exprimir o conteúdo decisório), quer informalmente só a ele, e só a ele (tercereidade vinculada) cabendo, de modo autónomo ou em concretização de solução legalmente estabelecida de forma densa, definir o conteúdo decisório, o que inviabiliza a mera reprodução – quando não expressamente homologatória – de solução ditada pelas partes ou por terceiros). Enquanto ente independente, cabe-lhe decidir em termos neutros, relativamente a quaisquer referências que não as legais ou as ditadas pelo sistema jurídico e, assim, de modo alheio ao particular interesse de qualquer uma das partes (imparcial), de terceiros ou a interesses ou critérios puramente pessoais. Pode, assim, preservar-se a *imparcialidade* (enquanto forma de independência) ou a independência em todas as suas dimensões, sem manutenção da garantia de *tercereidade*, se a decisão (quanto à matéria de facto controvertida) que formalmente profira, na *via do dissenso*, conquanto não favorecedora de qualquer das partes, nem norteadora por outros critérios que não os jurídicos, tiver sido *informalmente* ditada pelas partes ou por terceiro, que não fruto da ponderação do decisor. Por outro lado, sendo formal e informalmente terceiro o ente decisor, pode ser contudo imparcial e não ser independente, se, observando, embora, critério na favorecedor de qualquer das partes, esse não for determinado pelo sistema jurídico, mas por fonte outra. Representa decisão não parcial (porque não favorecedora de uma das partes ante a outra), mas não independente (porque não em consonância com o padrão – sistema jurídico – relevante para este efeito), decisão em que se declare provado um facto que ambas as partes tenham interesse em ver considerado assente, mas cuja ocorrência os elementos de prova proporcionados não permitem concluir. Assim se, por exemplo, em acção declarativa em que se requeira a constituição de servidão de passagem, se dêem por provados (sem fundamento probatório válido) os factos consubstanciadores do *corpus* e do *animus* necessários à aquisição originária, pelo réu, por usucapião do imóvel serviente. Se tanto é relevante para o autor, na medida em que, para que procedente o pedido que formula, importa que na acção intervenha, como réu, o proprietário do prédio

Para que *efectivamente imparcial*, deve o juiz ser *efectivamente terceiro*, o que implica que a tercoreidade se verifique, não apenas sob o ponto de vista *formal* (sendo o decisor, que não as partes, o ente expressivo ou dizente da solução), como ainda sob o ponto de vista *real* (sendo o decisor o verdadeiro *definidor* da solução, sem

---

a onerar, é também do interesse deste último sujeito, quando não queira que se gere ou remanesça a dúvida, relativamente à sua titularidade do direito de propriedade sobre o prédio. Quando independente, porém, o decisor será, necessariamente, imparcial.

A imparcialidade e independência da sua conduta não se confundem, contudo, com a imparcialidade e coincidência com a realidade do fruto (decisão) daquela actividade processual. Ainda que a primeira (conduta) reúna tais qualidades, pode o mesmo não suceder com a segunda, em virtude do risco de erro co-natural ao exercício de actividade jurisdicional, decorrente, quer da falibilidade humana do ente decisor, quer da imprecisão do material informacional que constitui a sua base de trabalho (dimensão objectiva do processo decisório), causável, entre outras circunstâncias, pela também falibilidade dos elementos humanos intervenientes no processo de transmissão da informação em que os factos e a prova se consubstanciam.

A imparcialidade e independência subjectivas, a que nos referimos, aferem-se em função do respeito ou não, pelo juiz, dos critérios juridicamente determinados. Discernível é, porém, um outro tipo de independência, em que se considera a independência relativamente às partes no quadro dos termos definidos pelo sistema jurídico; hipótese em que, ainda que destas dependente sob esta óptica, o decisor actua de modo independente, quando tomada a primeira. Consideramos pois, neste segundo ângulo de análise, a independência intranormativa que se verifica, quando as regras jurídicas processuais a que o decisor deve obedecer no desenvolvimento da sua actividade são apenas as definidas pelo legislador, não se dando às partes a possibilidade de, em auto-regulação normativa, adjectiva, definir os padrões por que o decisor se deve reger. Quando assim, esse tipo de matéria ficará excluído do âmbito do objecto possível das convenções de índole adjectiva, designadamente das convenções de prova. A independência deste segundo tipo não constitui uma dimensão a observar, com carácter imperativo, pelo legislador, em sede de produção normativa. Ela não é observada, por exemplo, quando se permite que as partes definam o conteúdo da decisão a observar pelo decisor em caso de dúvida insanável quanto à verificação ou não da factualidade controvertida (mediante determinação do sujeito sobre quem impende o ónus da prova, em sentido particular) e, assim, do sentido da decisão a proferir em tal hipótese). Vedado lhe estará, porém, quebrar tal tipo de independência, quando tal contenda com as notas essencialmente caracterizadoras da actividade jurisdicional (designadamente por infracção da tercoreidade decisória, em termos com aquela – natureza jurisdicional – conflituantes), sendo que o grau de perigosidade de que tanto suceda aumenta à medida que o tipo de actividade processual desenvolvida pelo terceiro se aproxima da actividade com cariz decisório. Adentro do domínio em que seja admissível a previsão legal desta dependência, o índice da sua concessão aumentará em razão directamente proporcional ao grau de relevo processual que o legislador queira conceder ao princípio do dispositivo e, assim, à autodeterminação jurídica adjectiva. A adequação (o mesmo é dizer, o grau de qualidade) da decisão quanto à matéria de facto controvertida decorre, assim, da agregação de qualidade dos elementos (objectivos e subjectivos) envolvidos na sua construção: da fidelidade (ou imparcialidade, em sentido amplo, enquanto equivalente de coincidência com a realidade) objectiva (ou seja, de base empírica sobre que o decisor opera); da propriedade do critério (método de trabalho a observar no desenvolvimento dessa actividade); da independência do decisor e da correcta aplicação, por este, do método ao objecto (ou matéria) sobre que aquela incide. A visão exposta corresponde a uma perspectiva que cremos adoptável, no que diz respeito à relação estabelecível entre as noções em presença. Como, porém, Mariana FRANÇA GOUVEIA salienta, os critérios de distinção entre independência e imparcialidade, bem como a necessidade dessa diferenciação, estão muito aquém da unanimidade doutrinal, “O dever de independência do árbitro de parte”, *Themis, Revista da Faculdade de Direito da U.N.L.*, Ano IX, N.º 16, 2009, Almedina, pp. 319-320.

intervenção, nessa actividade, das partes, nem, por maioria de razão, substituição daquele por estas)<sup>1446</sup>.

---

<sup>1446</sup> Substituição passível de operar por via *directa* (quando as partes, de modo imediato, definam o conteúdo da decisão a proferir) ou por via *indirecta* (quando a indicação, pelas partes, do que deva ser o teor da decisão, ocorra mediante remissão, destas, para decisão proferida por terceiro). É a segunda a hipótese que se verifica, quando as partes convencionem que o conteúdo da decisão a proferir, pelo tribunal, quanto à matéria de facto controvertida, deverá ser igual ao de decisão proferida, quanto à mesma controvérsia fáctica, numa outra acção. Importa sublinhar quatro aspectos quanto a este tipo de acordos. Em *primeiro* lugar, cumpre notar que não está em causa convenção de prova – pretende-se, por intermédio do pacto, não, alterar, negocialmente, o regime jurídico (supletivo) da prova; antes prescindir do recurso a esta, como base de resolução da dúvida quanto à matéria de facto. A garantia da independência do decisor impõe, porém, que este não fique vinculado a resolver o dissenso (quanto à factualidade ocorrida), processualmente existente entre as partes, de acordo com padrão fixado por terceiro (que não o legislador). Em causa está o problema da “transferência de juízos históricos”. Sobre ele se pronunciou expressamente [respondendo em sentido negativo quanto à admissibilidade de tal transferência, salvo admissibilidade de previsão legal, em sentido diverso, e notando que, nessa hipótese, a sentença não representa, a qualquer título – designadamente presuntivo (em virtude de o juízo formulado por outro juiz não se integrar no âmbito da noção de facto base), documental ou pericial - meio de prova], CALAMANDREI, no artigo “La sentenza civile come mezzo di prova”, *Rivista di Diritto Processuale*, XV, I, 1938, pp. 108-129). Este, problema diverso daquele em que se analisa o valor extraprocessual das provas (neste segundo, aquilo que se discute não é o aproveitamento, num certo processo, da decisão factual proferida num processo anterior; antes o aproveitamento, neste processo posterior, dos meios de prova produzidos ou juntos do processo antecedente, enquanto fundamento para, no segundo processo, o juiz proferir decisão sobre a matéria de facto. Matéria que, como *supra* referido, é objecto de previsão legal no art. 421.º C.P.C. Quando o não fosse, tratar-se-ia de aspecto relacionado com a dimensão procedimental da produção de prova, não no sentido da alteração da tramitação da prova produzida - essa condizente com o regime legal - , mas no sentido da alteração da sede de produção da prova, em causa - outro processo que não aquele, onde se pretende que a informação probatória venha a relevar -). A problemática associada à “transferência dos juízos históricos” reconduz-se, pois, no essencial, à seguinte questão: constituindo, a sentença documento, prova plena da ocorrência dos actos praticados ou percebidos pelo juiz, mas circunscrevendo-se, a força vinculativa do caso julgado, à parte dispositiva da sentença, será transponível, para um segundo processo, o julgamento de facto que tenha tido lugar no âmbito de um processo anterior? Não se encontrando, a fundamentação factual da decisão proferida, adentro do círculo dominado pela imodificabilidade e vinculatividade extraprocessual próprias do caso julgado material, a decisão sobre a matéria de facto controvertida não vinculará quem julgue uma outra acção em que a mesma factualidade assuma também relevo, integrando o âmbito dos factos, cuja efectiva verificação cumpra esclarecer. Trata-se de matéria, relativamente à qual cada decisor deve conservar total autonomia, cabendo-lhe “reconstruir no seu laboratório novos instrumentos de busca e recomeçar sobre os mesmos factos um novo trabalho de indagação”, como nota CALAMANDREI (“La sentenza civile come mezzo di prova”, *Rivista di Diritto Processuale*, I, 1938, pp. 120 e 121) , em asserção que Maria José CAPELO expressamente comunga, *A sentença entre a autoridade e a prova em busca de traços distintivos do caso julgado civil*, Coimbra, 2010, p. 185. CALAMANDREI admite, porém (nas pp. seguintes), conceder relevo a tal juízo de facto, mediante recurso à figura da presunção judicial. De acordo com este raciocínio, o decisor poderia retirar da primeira decisão a ilação de verificação da factualidade, em conformidade com o decidido (no sentido da verificação ou da não verificação) no primeiro processo. Tanto representaria, contudo, recurso “ampliado” à presunção judicial, não conforme com as razões que determinam a concessão legal de relevo processual a este suporte da decisão da matéria de facto controvertida (presunção judicial), na medida em que a base da presunção não seria um facto qualificado como assente, mas o julgamento que um terceiro houvera feito sobre um certo facto, sendo deste julgamento (alheio) que se retiraria a inferência sobre a verificação da factualidade controvertida. A solidez da base de decisão ver-se-ia, assim, debilitada, pelo que partilhamos da posição do autor, quando observa que este tipo de raciocínio só deve ser convocável, na medida em que o legislador expressamente o admita. Não seguimos, assim, a este nível, a visão assumida por LESSONA, quando,

invocando a figura das presunções judiciais, considera admissível que a decisão, quanto à matéria de facto proferida numa acção, possa valer, quanto ao juízo probatório dela constante, em acção posterior, *Trattato delle prove in materia civile*, Terza Edizione interamente riveduta, Volume Primo, Torino, UTET, 1927, pp. 14 e ss e, em síntese, a pp. 71. O fundamento decisório assumiria, na verdade, natureza duplamente indirecta e, nessa medida padecente de maior perigosidade de imprecisão que aquele é co-natural à própria presunção simples. Como Maria José CAPELO sublinha (a propósito da invocação de sentença estrangeira, em juízo, para aproveitamento, nesse processo, do julgamento da matéria de facto que daquela consta), não tendo, a base da presunção, sido “produzido no processo pendente”, representa “construção” padecente de “fragilidades processuais”, *ob. cit.*, pp. 218 e 219. Nesse sentido, quando, no actual artigo 978.º, n.º 2 do Código de Processo Civil, se prevê (à semelhança do que anteriormente sucedia no âmbito do artigo 1094.º, n.º 2 do mesmo corpo normativo) que uma decisão estrangeira, não revista, pode ser invocada como “simples meio de prova”, esta possibilidade deve entender-se corresponder à que se reconhece a qualquer sentença-documento. O que significa que, não obstante a decisão proferida no estrangeiro não poder valer no sistema jurídico português *qua tale*, isto é, enquanto decisão dotada de força vinculativa e executória, nada obsta a que o documento que constitui o seu suporte possa ser convocado como meio de prova de que a decisão foi proferida, bem como de que se verificaram os factos que o decisor declara ter praticado ou percebido. E tanto pode assumir efectivo relevo prático. Admita-se, por hipótese, que B, réu numa acção pendente, nos tribunais internos, pretende demonstrar, neste processo, que, contrariamente ao alegado por A (autor), no dia X não se encontrava em determinado local do território português. O documento de que conste a sentença constituirá meio de prova de tal facto se o decisor nela declarar que no mesmo dia B prestou depoimento de parte, no tribunal estrangeiro em causa. Comungamos, assim, da posição de Maria José CAPELO, quando observa ser este o relevo a conceder à sentença estrangeira não reconhecida, partilhando igualmente das razões que para tanto invoca, designadamente a circunstância de, a assim não se entender, haver lugar a violação dos princípios da imediação, da plenitude de assistência dos juízes e da livre apreciação da prova. Inadmissibilidade por maioria de razão sufragável quando, como nota a pp. 222 e seguintes da *ob. cit.*, as partes no segundo processo sejam total ou parcialmente distintas das que figuram no primeiro. Para uma perspectiva doutrinal de conjunto sobre esta problemática, *vd.* autora e *ob. cit.*, pp.191 e ss. Retomando a ordem de razões que tecíamos, importa, pois, notar que da autonomia reconhecida ao decisor decorre, em *segundo* lugar, a invalidade de pacto de que resulte impor-se, num dado processo, o juízo de facto constante de processo anterior. De observar, porém, em *terceiro* lugar, que tanto não obsta a que as partes celebrem um diferente tipo de acordo – de reconhecimento de factos (tipo de acordo que, como *supra* observado, na Parte I, também não representa convenção de prova), nos termos do qual aquelas consensualizem que a factualidade controvertida ocorreu nos termos jurisdicionalmente definidos numa outra acção. Nesta hipótese, o tribunal decidirá, não na via intraprocessual do dissenso, em dependência do teor de prévia decisão proferida, no âmbito de distinta instância, mas na via intraprocessual do consenso, em absorção homologatória de acordo das partes, cujo teor é definido, por estas (em delimitação do objecto fáctico da controvérsia), por referência ao teor de anterior decisão jurisdicional. De ressaltar, finalmente, em *quarto* lugar, a possibilidade de, em ordem a alcançar, em casos especiais, a prossecução de determinados objectivos (designadamente a uniformidade entre julgados e a promoção da celeridade processual), o legislador expressamente conceder às partes o direito de, por contrato, vincularem o tribunal a resolver o dissenso, quanto à matéria de facto controvertida, em conformidade com o decidido, quanto à mesma matéria, numa outra acção. Quando assim, é o único ente terceiro ante quem o decisor se encontra dependente, quem define, em contexto particular, os especiais termos de exercício da autonomia decisória, permitindo que, numa determinada instância, se adopte, como modelo a observar, um outro processo, sendo, assim, este, naquela tomado como *Musterprozess*. Designa-se, o pacto que, em concreto, lhe confere essa qualidade, *Musterprozessvertrag*. Do regime jurídico alemão em que esta realidade (onde várias *nuanças* aplicativas são discerníveis) se enquadra, trata, detidamente, Florian JACOBY, *Der Musterprozessvertrag: die gewillkürte Bindung an gerichtliche Entscheidungen*, Mohr Siebeck, 2000. Sobre a agregação, a *consolidation* (norte-americana) e a *Verbindung* (germânica), enquanto vias de resposta para o tratamento jurisdicional de litígios cuja resolução conjunta se revela importante para a celeridade e congruência de decisões, *vd.* Mariana França GOUVEIA, “A acção especial de litigância de massas”, *Novas exigências do Processo Civil Organização, celeridade e eficácia*, Coimbra Editora, 2007, pp. 137-152.

Porque assim, estando em causa (como na presente hipótese, de decisão da matéria de facto controvertida) circunstância em que (porque não superado o dissenso) compita ao juiz pronunciar-se de forma a extinguir o litígio, em nenhuma circunstância se permitirá que esta pronúncia (quando tomando, sublinha-se, por base, o material de prova), só aparentemente corresponda à declaração do decisor, desenvolvida segundo os ditames impostos pelo legislador, à margem de qualquer intervenção das partes. Não se tratando de prolação de decisão meramente homologatória da solução (quanto à matéria de facto) construída por estas (como sucede na área do consenso), mas de pronúncia desenvolvida a título de formulação própria, pelo decisor, com base em elementos empíricos (em exercício de apreciação crítica da prova ou em reprodução de sentido decisório previamente definido legalmente) deve estar completamente vedada às partes a possibilidade de, por convenção, a este imporem a emissão de declaração (decisória) por aquelas construída.<sup>1447</sup> Não assistirá, pois, a estes sujeitos processuais, a prerrogativa de pôr em causa a forma como o juiz labora com base nos elementos de facto e de prova disponíveis, nem as ilações que deles retira.<sup>1448</sup>

---

<sup>1447</sup> Quando se salvaguarda, normativamente, a concessão, às partes, da faculdade de, no âmbito da fase decisória, determinarem, convencionalmente, o sujeito sobre quem impende o ónus da prova (em sentido particular), tanto, afecta a efectiva terceridade da decisão, por ser dado, às partes, determinar o teor decisório, limitando-se o terceiro a explicitar, em decisão formal, em conformidade com o pré-determinado pelas partes, o sujeito contra quem decide e, assim a solução, definida, em autonomia de regulação convencional, pelos sujeitos litigantes. Que este acordo ponha em causa a real terceridade da decisão não colide, porém, nesta hipótese, com a *essência* da natureza jurisdicional da actividade exercida, por não impedir que o juiz forme convicção quanto à realidade das versões factuais em causa ou exprima certeza abstractamente definida, pelo legislador, relativamente à realidade relevante. Não havendo, na circunstância processual a cuja regulação o presente tipo de pacto se destina, lugar a afirmação de veracidade ou não das alegações de facto (por se tratar de circunstância em que, por se revelar inalcançável essa conclusão, se superam os efeitos processuais da dúvida incontornável mediante declaração de ausência de prova de uma das versões), não se sobrepõem, as partes, mediante celebração do pacto, à valoração que a qualquer um dos mencionados títulos se pudesse formar. Não há lugar, assim, a substituição, pelas partes, do *juízo* que o terceiro decisor autonomamente formule ou do juízo heterónimo (legal) que aquele se limite a reproduzir, quanto à versão dos factos a dar por verificada; nem se cria o paradoxo em que se traduz a subordinação, à apreciação do tribunal, de matéria empírica, e a simultânea imposição do sentido da apreciação a exprimir, por este, no que diz respeito ao fruto retirado da informação constante de tal matéria. Definem, aquelas, não se a versão factual a considerar provada é a questionada ou a que lhe é inversa (o que, obedecendo a critério de verdade, *não se pode fundar* senão em bases densas – inexistentes, na presente hipótese-, pressupondo actividade valorativa, abstracta ou concreta), antes, em gestão de álea, que versão factual se *não dá* por provada.

<sup>1448</sup> No plano da decisão de direito (tomando, por esta, a decisão cujo conteúdo decorre da aplicação de critérios jurídicos à factualidade já processualmente consolidada), diferentemente, poderão as partes (como *supra* se explicitou) convencionalmente determinar (se em causa matéria não imperativa) o critério *do qual o decisor extrairá* a solução (alterando o conteúdo de normas jurídicas supletivas. Assim, por exemplo, se as partes fixarem, contratualmente, taxa de juro inferior à legal). Compreende-se a maior abertura à intervenção contratual das partes, quando esteja em causa a definição de critérios de decisão em matéria de direito, relativamente à permitida, quando se trate de intervir na regulação da decisão em matéria de facto: se, nesta última hipótese, a decisão jurisdicional responde a problema que se traduz no apuramento da *verificação* ou *não verificação* de uma versão factual (o que representa questão, cuja resposta correcta é uma só – a verdadeira; univocidade incompatível com a discutibilidade), na primeira, a decisão constitui resposta para o problema relacionado com o apuramento das consequências jurídicas que se devem fazer corresponder à verificação de uma dada

O inverso significaria permitir que as partes pudessem, por via negocial, forçar o juiz a, em contexto decisório que pressupõe ponderação das ilações a retirar de material empírico, conceder relevo a ponderação que não é a dele, nem do único ente a quem se encontra vinculado (legislador),<sup>1449</sup> antes a definição antecipada ou intensamente determinada, pelas partes, quanto às conclusões a apurar. Verificar-se-ia, em suma, a estipulação, privada, do que deve ser o concreto agir jurisdicional, do juiz, em sede de resolução da *controvérsia* factual, quando aquela (resolução) é algo que, atenta a natureza da actividade jurisdicional, lhes é alheio.

Lidas, à luz centralizadora do valor da imparcialidade, as razões justificativas do regime aplicável às convenções de prova, relativas à actividade de decisão da matéria de facto controvertida (quando fundada em meio de prova, em sentido amplo), observa-se, assim, que a invalidade que se associa a algumas das modalidades desse tipo de pactos, se prende, na generalidade das hipóteses, com a circunstância de a matéria sobre que versam integrar o *reduto último da jurisdição*, na medida em que domínio no âmbito do qual a observância da efectiva terciariedade do ente definidor da solução será condição de verificação imprescindível, porque representar, esta, característica que a actividade de resolução dos litígios deve, nesse contexto, necessariamente assumir, para que qualificável como jurisdicional. O essencial motivo determinante da nulidade desta modalidade convencional corresponde, porque assim, à salvaguarda da *essência da jurisdição*, relativamente à investida negocial das partes. Congruente se revela, nestes termos, a tendência, que referimos, para a invalidade convencional dizer, fundamentalmente, respeito a hipóteses em que o acordo de prova tem por objecto o regime relativo à fase *decisória, impedindo-se*, as partes, de interferirem no acto decisório (determinado por existência de dissenso) ancorado em informação empírica (na dupla natureza que esta pode assumir), independentemente da via por que tal interferência opere: seja por via da conformação do sentido da

---

hipótese de facto. Representando, estas consequências, fruto da ponderação humana quanto ao que deverá ser o corolário mais adequado a ter lugar na sequência da ocorrência de uma dada circunstância factual, está em causa o alcance de uma resposta, cujo teor não assume, no que diz respeito à sua adequação, carácter necessariamente unívoco e indiscutível, por isso se tratando de matéria mais compatível com a possibilidade de, no seu âmbito, se discernirem hipóteses em que a derrogação convencional, pelas partes, se afigura admissível. Não poderão, contudo, as partes, mesmo nessa sede (estritamente contendente com a estatuição aplicável à factualidade assente), determinar o *critério de extracção* da solução (a traduzir-se este no método de relação, contínua e reciprocamente condicionante, entre a problematicidade do caso e a problematicidade da norma ou do critério desta substitutivo, que Castanheira NEVES sublinha, “*Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Studia Iuridica I*, Coimbra Editora, 1993). No sentido de que a actividade jurisdicional do decisor implica uma dimensão interpretativa e criativa, na medida em que “*toute interprétation implique un certain degré d’appréciation et de choix, et donc de création*”, acentuando que esta dimensão criadora tem vindo a aumentar, quando considerada a tendência de evolução histórica, vide de CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, Economica, Presses universitaires d’Aix-Marseille, 1990, pp. 110 e ss.

<sup>1449</sup> De notar, porém, como excepção à regra dessa exclusividade, a obediência também devida a instâncias jurisdicionais superiores, conquanto apenas em sede de recurso. Para análise histórica do relevo jurídico dos precedentes enquanto fontes de vinculação decisória em sede de jurisdição, “O modo setecentista de julgar em Portugal : uma reflexão em torno do valor dos precedentes judiciais no passado e no presente”, *O perfil do juiz na tradição ocidental : seminário internacional*, Instituto de História do Direito e do Pensamento Político, Almedina, 2009, pp. 121-129.

decisão, seja por via da determinação do concreto *modus operandi*<sup>1450</sup> da sua definição.<sup>1451</sup> Conforme, também, com aquele pressuposto, se revela a expressa

<sup>1450</sup> Estão em causa, neste âmbito, regras de segundo grau e, por isso, regras procedimentais – respeitam ao caminho a observar para atingir o resultado a prosseguir. Diferentemente, porém, do que acontece com as regras processuais, em sentido estrito (alteráveis, pelas partes, nas pontuais hipóteses em que o legislador o permite), estas são regras de segundo grau que respeitam exclusivamente ao processo ou metódica de formação do concreto juízo decisório. Regras de juízo, portanto, que definem um modelo de decisão. Relacionando-se com a forma como o juiz raciocina, pensa a decisão, assumem carácter inalterável pelas partes. A tanto (à preservação destas características) se destinam as salvaguardas em que se consubstanciam as condições específicas de validade das convenções de prova.

<sup>1451</sup> Como resulta do anteriormente exposto, a adopção de cada critério de decisão, pelo legislador, decorre de maturada ponderação, relativamente às virtualidades que condensa e à repercussão processual dos seus efeitos, constituindo, a sua concepção e regulação, actos a que subjaz selecção propositada e fundada. Não é, assim, indiferente a sua manutenção ou alteração, por via de convenção, celebrada entre as partes. A possibilidade ou não da sua modificação, por via negocial, não será, por outro lado, alheia ao tipo de critério de decisão em causa. Considerando os vários tipos de critérios de decisão a que temos feito referência, cumpre distinguir os que proporcionam matéria de decisão, dos que consubstanciam puro critério decisório. Os primeiros representam critérios dotados de índole respondente, no sentido que *supra* atribuímos a esta qualificação, na contraposição entre os qualificativos *respondente* e *tramitante*, estabelecida, na Parte I, a propósito dos diversos significados associáveis ao adjectivo ‘processual’. Os segundos representam, no âmbito do mesmo contraste classificativo, critérios com carácter puramente tramitante. Constitui exemplo de simples critério de decisão o princípio da livre apreciação da prova, por só ser mobilizado, enquanto padrão orientador do labor jurisprudencial de construção da decisão (no plano da controvérsia factual, neste caso), não inculcando qualquer sentido decisório. Assim sucede, também, com os critérios decisórios relativos ao grau de profundidade de conhecimento do fluxo informativo proporcionado pelos meios de prova (determinantes da informação proporcionada pelos meios de prova, como mero argumento de prova), com os critérios criadores ou extintivos da possibilidade de recurso a presunções judiciais, bem como com os redutores do valor probatório especial legalmente associado a meios de prova. Representa exemplo de critério de decisão a que se associa sentido decisório o que subjaz às presunções legais. Assim, por outro lado, também com as presunções convencionais (estas, porém, de previsão negocial juridicamente inadmissível. Representam também critérios de decisão proporcionadores de sentido decisório os que se associam a meios de prova a que o legislador empresta especial valor probatório). O mesmo sucede com os critérios de decisão por via dos quais as partes convencionalmente associam valor probatório especial a determinado meio de prova (critérios insusceptíveis, porém, de vigência no processo, porque cometida, como observado, a convenção de que constam, de nulidade). Também as regras distributivas do ónus da prova constituem critério de decisão, com dimensão respondente. As normas substantivas convocadas, aquando da decisão final (total ou parcial) da causa contêm matéria de decisão, a que, em simultâneo, se associa critério decisório. Fonte de matéria decisória, na medida em que a solução do caso se ancora na sua estatuição; matéria decisória a que é associado critério estritamente decisório determinante de padrão próprio a que obedece a conformação da decisão a proferir em quadro de labor operante na relação entre dois objectos ou materiais de trabalho – a norma e o caso. As presunções jurídicas configuram, como referido, critério decisório concomitantemente portador do teor da decisão, a proferir em concreto. Diferentemente, porém, do que sucede no âmbito da definição privada do regime jurídico substantivo, consistente em regras constitutivas de critérios de adequada resolução do problema jurídico suscitado por determinada constelação fáctica, e geradores de sentidos decisórios expressivos de opções criativas humanas, quanto às consequências que se entende deverem associar-se à verificação da hipótese (assim sentido decisório a que preside critério de ampla liberdade criativa), o sentido decisório constante de presunções legais, convencionais ou de outros fundamentos decisórios, dotados de valor probatório especial, respeita, como acima observado, ao plano da factualidade ocorrida, constituindo, a decisão a proferir, declaração relativamente à realidade verificada. Neste domínio, porém, a solução adequada é, por regra, uma só (a coincidente com a realidade), sendo, também por princípio, o único critério decisório almejado o alcance (processual) de conclusão tão próxima quanto possível, da verdade, razão por que (contrariamente ao que sucede no âmbito do direito substantivo) às partes não é concedida maleabilidade na configuração deste tipo de

critério decisório, sob pena de, por essa via, poderem adulterar a fidelidade da relação entre o conteúdo da decisão a proferir para extinção, na via do dissenso, da controvérsia quanto à matéria de facto e a factualidade efectivamente ocorrida, conduzindo o tribunal a declarar corresponder à realidade o que nela não encontra real correspondência ou a tomar por processualmente assentes versões factuais que não se verificaram. Tal distinção assume relevo, quando se considere a autonomia reconhecida à liberdade convencional das partes, no plano da decisão da matéria de facto controvertida, na medida em que não se lhes reconhece autonomia para inovarem no universo dos puros critérios de decisão, só no âmbito dos critérios decisórios respondentes (portadores de sentido de decisão) se discernindo uma hipótese de concessão, às partes, de intervenção auto-reguladora por via negocial, sendo que, adentro deste domínio, apenas lhes é dado inovar, em particular e restrito nicho da normatividade nessa sede relevante – a relativa à distribuição do ónus da prova. Os critérios de decisão suportados na repartição do ónus da prova representam, assim, espaço, diminuto, beneficiário, pela sua particular natureza, de estatuto absolutamente excepcional, no contexto dos critérios de decisão. A imodificabilidade, pelas partes, dos critérios de decisão legalmente definidos, em sede de pronúncia quanto à matéria de facto controvertida assume, em síntese, carácter absoluto no que diz respeito a critérios puramente consubstanciadores de métodos decisórios e carácter relativo no que concerne a critérios com relevo directo no plano do conteúdo decisório. Ante o que se conclui não ser dado às partes influir no *sentido* da decisão a proferir, quanto à matéria de facto controvertida, quer quando tal violação ocorra mediante alteração convencional de pré-existente adesão legal a versão factual (adesão a que há lugar quando o legislador atribui aos meios de prova, em sentido estrito, um valor probatório específico – não relegando, assim, para a completa liberdade de apreciação do decisor, as conclusões a retirar da informação por aqueles proporcionada, bem como, quando cria presunções legais), quer quando a mesma violação tenha lugar mediante criação de sentidos decisórios próprios, vinculativos para o juiz (prevendo as partes presunções convencionais ou promovendo o valor probatório associado, pelo legislador, aos meios de prova, em sentido amplo). A proibição de ofensa do impedimento (absoluto) de alteração, pelas partes, por via convencional, de critérios *puros* de decisão da matéria de facto controvertida revela-se *na* impossibilidade de aquelas (partes) alterarem a viabilidade de o decisor suportar a certeza quanto à verificação ou não verificação de um facto, a título exclusivo, na informação proporcionada por determinado meio de prova [reduzindo ou aumentando, as partes, a capacidade comprovativa deste mediante recondução daquela (informação) a mero princípio de prova ou mediante aumento dessa capacidade comprovativa, eliminando a qualificação legal da informação em causa como mero princípio de prova], *na* impossibilidade de definirem o grau de profundidade do conhecimento (a desenvolver no momento analítico da fase decisória) dos elementos empíricos processualmente disponíveis, *na* impossibilidade de determinarem o tipo de decisão (asseverante ou meramente excludente) a proferir, qualquer que seja o tipo de base (branca ou densa) em que a pronúncia em causa se ancore, *na* impossibilidade de alterarem o tipo de reacção a adoptar ante a estagnação na dinâmica processual gerada pela dúvida incontornável (convertendo um sistema onde vigora o princípio da proibição do *non liquet* em sistema em que este passe a ser admissível) e *na* impossibilidade de alterarem o regime vigente no que concerne à admissibilidade de decisão mediante recurso a presunções judiciais (quer tal alteração se traduza na previsão da possibilidade de recurso a esse fundamento decisório, quando tanto se afigure legalmente inadmissível, quer quando consubstancie a hipótese inversa, traduzindo-se na previsão da impossibilidade de recurso a esse tipo de critério decisório, não obstante, tanto se afigurar possível de acordo com o regime legal). Também ao decisor não são, por princípio, dados poderes, cujo exercício tenha reflexo no plano do critério decisório a observar. Ressalva-se, porém, quanto a este sujeito processual, a possibilidade de mais flexível conformação concreta dos termos de exercício do princípio da livre apreciação a desenvolver, quando seja legalmente autorizado a pronunciar-se mediante recurso a presunções judiciais. Concessão legal que lhe faculta, assim, o poder de optar por critério de decisão lógico-indutivo (critério de construção do conteúdo decisório em que este é apurado mediante definição da imagem do real jurisprudencialmente construída sobre base empírica factual, que não na sequência de interpretação do acerto ou não da imagem do real veiculada pela informação, cuja canalização para a instância é proporcionada por meios de prova, em sentido estrito). A influência ao nível dos critérios de decisão só pode ter lugar, em qualquer hipótese (qualquer que seja o sujeito processual influente – o juiz ou as partes – e qualquer que seja o tipo de critério de decisão – puro ou portador de sentido decisório), mediante autorização legal.

*admissão* de válida celebração de convenções, cujo regime tem por objecto domínio (do regime da prova) relativo à fase *pré-decisória*.

A excepção em que se traduz a possibilidade de influência das partes, por via negocial, na definição do conteúdo de decisão, mediante inversão pactícia do sujeito sobre quem impende o ónus da prova, representa hipótese que, adentro do domínio de definição do conteúdo decisório, é a que, afectando embora, a natureza efectivamente terceira do ente definidor de solução para a controvérsia factual, menos gravemente se repercute na alteração do grau de coincidência entre o conteúdo da decisão, quanto à matéria de facto controvertida e a realidade, na medida em que está em causa circunstância em que o decisor não dispõe de elementos úteis para formação de certeza, pronunciando-se segundo critério puramente regulativo,<sup>1452</sup> destituído de conexão com qualquer base densa de decisão.<sup>1453</sup>

As circunstâncias em que normativamente se permite a válida celebração de convenção de prova, coincidem, assim, com aquelas em que menor probabilidade existe de o regime, de origem privada, contender com o grau de coincidência entre a realidade e o conteúdo da decisão, quanto à matéria de facto controvertida, seja porque não relativo (aquele regime) à fase decisória, seja porque relativo a esta fase na dimensão menos repercutível nessa qualidade decisória.

Em “cabine estéril” (relativamente à auto-regulação convencional das partes) fica, nestes termos, no que concerne a actividade isolada do juiz, na fase decisória, o que se passa quando, acedendo, este, a informação radiculada na realidade (tornada processualmente disponível, em sede de instrução) passa à particular actividade da sua análise e de elaboração da decisão quanto à matéria de facto controvertida com base em tal património informativo.

Dir-se-á, em *visão congregadora* das diversas dimensões que integram o regime que consideramos, que, às partes, é dado conformar, convencionalmente, a actividade jurisdicional, em sede de prova, mediante regulação de aspectos com influência mais remota para a definição do conteúdo decisório, determinando, em sentido ampliador ou restritivo, os meios de prova (em sentido estrito) admissíveis (os elementos sobre que incide o trabalho reflexivo do decisor), contanto o façam em termos não

---

<sup>1452</sup> Embora, nesta hipótese, haja lugar à aplicação de critérios normativos a factos, estes são considerados, não na singularidade que assumam, mas enquanto elementos categoriais directamente integráveis em quadros normativos, nessa dimensão, sendo perspectivados, de forma alheia, assim, relativamente a qualquer referência empírica que concretamente os densifique e associe a notas de particularidades comprovadamente integrantes da identidade do caso.

<sup>1453</sup> Não é, pois, identicamente importante, que o juiz seja decisor, efectivamente terceiro (em autónoma construção ou em reprodução de sentido decisório legal), quando a decisão toma por base informação empírica (suporte denso) ou quando assenta em base branca (meros critérios normativos), na medida em que o acesso a informação referente ao plano da realidade (a que há lugar, na primeira hipótese) representa oportunidade única de exploração de elementos dotados de especial potencialidade para retratar com maior grau de precisão a verdade da factualidade ocorrida e, assim, de recurso a meios particularmente garantidores da imparcialidade objectiva da decisão. Garantia que a base alicerçada em considerações de ordem puramente normativa (base branca) não proporciona, pelo que a normatividade jurídica regente de actividade decisória que nela se suporta, se afigura mais permeável a modificação convencional.

conflitantes com regime legal de que, pela positiva ou pela negativa, decorra a exclusão da possibilidade de recurso a determinados meios de prova como fonte de informação susceptível de servir de suporte de decisão, quanto a particulares temáticas factuais controvertidas.<sup>1454</sup>

Maiores restrições relevam quando, passando do momento pré-decisório ao momento decisório (da matéria de facto controvertida), as partes pretendam convencionalmente regular a actividade decisória *analítica* ou a actividade decisória de formação (fase decisória propriamente dita) e expressão *conclusivas* a desenvolver pelo juiz. Neste domínio, a tendência é de sentido proibitivo, vedando-se a possibilidade de intervenção negocial das partes, quer no que diz respeito à criação de regras quanto ao *método* de apreciação da informação empírica disponível, quer no que (superando o plano puramente metódico) concerne à definição do *conteúdo* decisório.

A proibição de condicionamento da liberdade do juiz, nestas duas dimensões, inclui, no que diz respeito à *primeira*, a proibição: *de* determinação do grau de profundidade de conhecimento do material probatório; *de* atribuição, aos meios de prova, de capacidade de propiciar informação dotada de autonomia para servir de base à decisão sobre a factualidade controvertida, bem como *de* privação dessa qualidade, quando existente. Também nesta dimensão se enquadra a proibição *de* implementar, por acordo, a adopção de método de decisão (presunções judiciais) não legalmente previsto, nem de criação convencional legalmente admitida e, bem assim, a proibição *de* extinguir a possibilidade de recurso a esse método, quando legalmente admissível a sua mobilização.

A proibição de condicionamento da liberdade da actividade decisória do juiz implica, no que concerne à *segunda* dimensão, a proibição de condicionar a definição do conteúdo decisório pela *negativa* (extinguindo as partes, por via convencional, sentido decisório legalmente determinado, mediante *eliminação* de manifestações de adesão, pelo legislador, a determinada versão da factualidade controvertida - quer tal eliminação opere por via da extinção de presunções legais, quer pela via de redução do valor probatório, legalmente fixado, de meios de prova, em sentido amplo) e a proibição de condicionar a definição desse mesmo conteúdo pela *positiva* (mediante *criação* de vinculação - vinculação, assim, de fonte privada e passível de ser dotada de carácter absoluto ou relativo) do decisor a aderir a determinada versão de factualidade controvertida, seja por via da criação, pelas partes, de presunções convencionais, seja por via do incremento do valor, legalmente fixado, de meios de prova, em sentido amplo. É-lhes, contudo, permitido, em virtude da existência de autorização legal, nesse sentido, directamente definir, por via regulativa, o conteúdo decisório, mediante eliminação de selecção legal de uma das versões possíveis da factualidade controvertida, quando tal selecção não se suporte em evidência empírica concreta, por se tratar de hipótese em que legalmente se visa, em apuramento categorial abstracto, superar o impasse decisório, gerado por dúvida incontornável, mediante adopção de

---

<sup>1454</sup> Exclusão prevista, seja atenta a natureza da factualidade em causa, seja em virtude de esta se encontrar já comprovada por meio de prova a que é associada maior capacidade de reprodução fiel da realidade.

critério distributivo do risco de prova entre as partes (ónus da prova, em sentido particular), contanto que o regime convencional em causa se repercuta tão só em sede de inversão do sujeito sobre quem tal ónus impende, não contendendo, assim, com o tipo de decisão a proferir, nem com a identidade essencial do sistema (gestor da álea probatória para continuidade da lide, que não cessante da actividade processual ante a insanabilidade da dúvida) em causa.

No que diz respeito ao condicionamento da actividade jurisdicional, no âmbito das regras procedimentais a observar, a margem de válida regulação por intermédio de convenção circunscreve-se às especiais e singulares hipóteses em que a admissibilidade de tal previsão pactícia se encontra legalmente prevista.<sup>1455</sup>

No que concerne às *excepções* às duas *tendências* de regime identificadas (tendência no sentido da validade convencional no âmbito da definição do objecto de trabalho do decisor e tendência inviabilizadora da licitude negocial, quando a convenção tenha por objecto a regulação do método de trabalho e definição do conteúdo decisório), apura-se que, a primeira tendência, sofre excepção em pontuais áreas de invalidade, legalmente determinadas (correspondentes a hipóteses em que a criação ou restrição, por acordo, de meios de prova, assume natureza conflituante) e que, a segunda tendência, não se cumpre numa especial área em que a válida celebração de convenção de prova decorre de permissão legalmente definida (recondutível à possibilidade de inversão, por via convencional, do sujeito processual sobre quem impende o ónus da prova, em sentido particular).

A independência do decisor ante as partes assume, assim, carácter absoluto, tão só sob o ponto de vista externo, que não sob o ângulo *intranormativo* (em sentido amplo)<sup>1456</sup> – o decisor encontra-se vinculado às partes (nesta medida delas

---

<sup>1455</sup> Para cumprimento da teleologia das normas concessoras da possibilidade de alteração, pelas partes, de regras procedimentais, não deverá o juiz, quando aquelas (partes) façam uso de tal prerrogativa modeladora, sobrepor-se à configuração processual convencionalmente determinada, mediante justaposição prevalecente de regime procedimental que este (juiz) venha a desenhar naquela particular acção, em exercício dos poderes de adequação e de gestão processuais de que beneficia, quando tanto se afigure incompatível com o regime fruto de negociação entre as partes. Embora, neste caso, haja, porque assim, restrição dos poderes do juiz, enquanto arquitecto possível da estrutura processual (circunscrevendo-se a dimensão da sua feição de actor neste domínio), esta restrição não decorre, pois, da alteração, pelas partes, da norma em que tais poderes se encontram previstos; antes, modificando estas, nos termos legalmente permitidos, a regra relativa ao procedimento, celebram convenção de prova, cuja permissão decorre de norma previsora dessa possibilidade, sendo o cumprimento da razão de ser desta norma (atributiva à vontade das partes, de relevo conformador do processo), a fonte da restrição de exercício daqueles outros poderes. A celebração da convenção representa, pois, apenas o acto tonificador de tal teleologia, por constituir a acção mediante a qual as partes concretizam o exercício do poder contido na norma, tornando-a, assim, actuante no sistema jurídico e, em consequência, produtora de todos os efeitos repercussivos (designadamente, ao nível dos poderes a exercer pelo juiz) que tal activação implica.

<sup>1456</sup> Sentido no âmbito do qual por *norma* se entende o critério jurídico regulador (critério normativo), independentemente da natureza abstracta ou concreta da previsão que nele se consubstancia, bem como do carácter público ou privado da fonte de que promana. Nele se inclui, *quer* a determinação material para a acção, institucionalmente criada pelo legislador (enquadrada, por CASTANHEIRA NEVES, no âmbito do segundo estrato das fontes de direito. *Vd.* “Fontes do Direito Contributo para a revisão do seu problema”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Homenagem aos Profs. M. Paulo Merêa e G. Braga da Cruz*, Vol. LVIII, 1982, esp. pp. 190 e ss.), *quer* a regra de conduta de fonte

dependente) nos domínios em que legalmente se autoriza que estas fixem convencionalmente o regime de prova a observar na instância. A independência *intranormativa* do juiz ante as partes, no domínio da prova, beneficia, pois, de natureza meramente relativa, circunscrita que se encontra às hipóteses em que as convenções de prova padecem de invalidade.<sup>1457</sup>

O regime relativo à decisão da matéria de facto controvertida com base na apreciação da prova representa, em suma: núcleo de absoluta independência (também *intranormativa*) do decisor ante as partes; núcleo que totalmente integra e totalmente preenche a área exclusivamente afecta, sob o ponto de vista da repartição funcional legal, em sede de extinção da controvérsia factual, com base na prova, ao juiz; núcleo que o legislador considerou intocável pelas partes, assim definindo as dimensões em que a actividade decisória representa, necessariamente, para aquelas (actuantes, enquanto partes, mediante mobilização das vias não negociais de assunção de conduta processual ou mediante celebração de convenções de prova), um acto totalmente terceiro. Porque assim, essas representam áreas de actividade processual exclusivamente *exercitável* pelo juiz e exclusivamente *regulável* pela comunidade derentora de conflitos – áreas a qualquer um dos títulos (exercício e regulação), em consequência, fora do âmbito de alcance das partes. Domínios, em suma, pertencentes ao âmbito da autodeterminação colectiva, que não da autodeterminação dos particulares, representando “matéria pétrea” para estes.

---

privada. Na hipótese que consideramos (convenções de prova), está em causa critério normativo, criado pelas partes, por via negocial, regulador de actividade desenvolvida (no domínio da prova) em sede processual e com efeitos circunscritos à instância em que tal acordo é validamente admitido.

<sup>1457</sup> A actividade processual do decisor é, nestes termos, susceptível *de* ser vinculativamente regulada por regime criado por sujeitos privados ou actuantes nessa qualidade (destituídos de *ius imperii*), em convenção de prova validamente celebrada ou *de* sofrer influência decorrente de tal celebração, sobre ele impendendo o dever de actuar e de fazer actuar em conformidade com os critérios jurídicos assim tornados relevantes no processo, em substituição da *normatividade* legal aplicável, na ausência de tal particular previsão. Como acima observado, aquando da reflexão sobre a natureza das convenções de prova (no que concerne ao seu carácter processual ou não), a alteração dos poderes do decisor deflui, neste segundo caso (no âmbito do qual se enquadram as hipóteses em que, na sequência da celebração de convenção de prova, o juiz vê modificados os poderes processuais, cujo exercício lhe incumbe, enquanto sujeito processual, em sede de prova, designadamente no que diz respeito aos meios de prova, cuja produção pode oficiosamente ordenar), não da normatividade criada pelas partes, mas da norma ao abrigo da qual as partes validamente criaram tal normatividade, ou seja, da norma permissora da celebração da convenção de prova em causa. A repercussão que o decisor sofre da actuação das partes prende-se, assim, não com o regime jurídico que estas criem, mas com a circunstância de, para construírem regime jurídico próprio, aquelas mobilizarem normas jurídicas legais. A *dependência intranormativa* do juiz, relativamente às partes, não se prende, pois, nessa hipótese, com a *criação normativa* a que estas procedam, mas com a *mobilização normativa* pelas mesmas desenvolvida como fundamento jurídico de suporte para *criação normativa* por via convencional. Razão por que, o primeiro tipo de *dependência intranormativa*, referido no corpo do texto, assume natureza *directa* e, o segundo, natureza *reflexa*.

### Proposições de síntese

Cumprido o percurso reflexivo a que nos havíamos proposto, importa, em breve visão de conjunto, congregar o essencial da reflexão desenvolvida, mediante formulação de algumas proposições de síntese.

A prova é integrada por diversas dimensões (assim não reciprocamente excludentes), sendo que só mediante a operância conjugada destas o instituto cumpre a funcionalidade a que se encontra normativamente adstrito.

Pode, no que diz respeito ao âmbito, ser-lhe associada amplitude mais ou menos extensa. No quadro da expressão legal “convenções sobre as provas”<sup>1458</sup>, o conceito é considerado em sentido amplíssimo. No contexto, porém, do n.º 2 do art. 345.º do Código Civil, o legislador alude à noção em sentido semi-amplo (a abranger apenas os fundamentos declarativo e demonstrativo – meios de prova em sentido próprio).

No que concerne à estrutura de articulação das declarações negociais, a convenção de prova corresponde, por regra, a acordo (cuja classificação, como processual ou não, depende do ângulo analítico que se tome por referência) de que, quando válido, decorre a mutação do regime processual (relativo à prova) vigente na instância. Não constitui, contudo, em qualquer circunstância, o facto jurídico geneticamente causante de modificação do estatuto processual do decisor. Quando, na sequência do pacto celebrado entre as partes, os poderes processuais do juiz sofram modificação (ampliadora, redutora ou modificativa em sentido estrito), tanto deve-se à circunstância de, nos termos legais, aquele se encontrar subordinado às regras que validamente ordenam a concreta instância, bem como ao facto de tal alteração se revelar necessária para cumprimento da teleologia subjacente ao regime previsto no art. 345.º do Código Civil.

As regras relativas à prova respeitam à área processual do *dissenso*, representando, esta, sede de resolução do litígio que assenta na descoberta da verdade, a tanto se dirigindo o exercício da actividade jurisdicional. Atentos os interesses públicos (directos e indirectos) nesta envolvidos, quando a extinção do litígio tome por base a prova, a interpretação das regras probatórias conduzirá, por regra, à conclusão de que são negocialmente imutáveis. Ressalva-se, porém, a possibilidade de expressa salvaguarda do legislador em sentido inverso, bem como a eventualidade de, em concreto, se discernirem subsídios interpretativos de outra natureza (não literais), que permitam concluir em sentido diferente.

Implicando, as convenções de prova, para que dotadas de efeito útil, a alteração do regime jurídico da prova, e sendo, esta (prova), um factor condicionante da correcção e da qualidade da decisão a proferir, a celebração deste tipo de negócios jurídicos envolve sempre, qualquer que seja a modalidade que assumam, o perigo de diminuição daquelas características decisórias, sendo que estas correspondem a

---

<sup>1458</sup> Correspondente à epígrafe do art. 345.º do Código Civil.

valores, cuja realização é, não apenas exigível pelas partes, como também a estas oponível.

Ante o regime legal português, as normas relativas à prova, afiguram-se modificáveis no que concerne aos meios de prova (compreendidos em sentido próprio) e à inversão do sujeito sobre quem supletivamente impende o ónus da prova (ónus e inversão que não se confundem, nem se subordinam ao regime da figura da presunção jurídica). Admissíveis se revelam também as modificações pactícias das regras relativas ao procedimento de prova (nas pontuais hipóteses de convenções de prova especialmente reguladas).

As convenções de prova, cuja válida celebração o legislador admite (concedendo relevo à autodeterminação processual das partes, em sede de gestão da maior fonte de risco processual - a prova), coincidem com as modalidades que importam menor perigo de compromisso das enunciadas qualidades decisórias. As primeiras (convenções relativas aos meios de prova mobilizáveis), por mais remotamente contenderem com o apuramento do conteúdo da decisão da matéria factual controvertida, apenas nele reflexamente se repercutindo (mediante condicionamento do material de prova susceptível de, para esse efeito, ser jurisdicionalmente considerado); as segundas (concernentes ao ónus da prova) por, contendendo, embora, de modo directo, com a definição do conteúdo da decisão, respeitarem a hipóteses em que, atenta a impossibilidade ou infrutuosidade de apreciação de material de prova, se revela já rarefeito o índice de aproximação à realidade, dependente que está, este, nessa hipótese,<sup>1459</sup> do recurso a critério não suportado em base empírica (densa), antes consubstanciado em distribuição, entre as partes, da álea associada à prova; as terceiras, em virtude de as regras modificáveis se encontrarem enunciadas, de modo preciso, pelo legislador, bem como atento o facto de o regime a observar ser também, por este, estabelecido em termos densos.

A clara distinção entre o primeiro e o terceiro tipo de pactos constitui requisito indispensável para obstar ao perigo de, através das convenções de prova, se subverter o regime legal. Tanto pressupõe que, com exactidão, se apurem os conteúdos, sentido e fundamento de cada um dos autónomos tipos legais de prova normativamente previstos.

Com a referida selecção das matérias passíveis de convenção de prova, o legislador respeitou, com carácter tendencial, a regra da exclusividade do juiz para definir o teor da resposta à matéria de facto controvertida e, com carácter absoluto, o princípio da liberdade do decisor quanto à apreciação da prova.

Nulas serão as convenções que, contendendo directamente com a construção do conteúdo da decisão, com base na prova, afectam a essência da actividade jurisdicional, por porem em causa a natureza *efectivamente* terceira do decisor, quer tanto suceda por via *imediata* (impondo ou impedindo, as partes, negocialmente, um certo teor decisório), quer ocorra por via *mediata* (como consequência da regulação convencional, pelas mesmas partes, do método de trabalho a observar na fase

---

<sup>1459</sup> Decisão da matéria de facto controvertida, com base na convocação dos critérios de distribuição do ónus da prova.

decisória; via, esta, representativa de intenso condicionamento do que virá a ser o conteúdo da decisão). Em ambas as hipóteses, o decisor actuaria (se válida a convenção), no *acto jurisdicional de apuramento da decisão, sob direcção ou orientação das partes*, assim se tornando estas, na prática, decisoras, em colisão com o carácter necessariamente heterónimo que, no âmbito do modo jurisdicional de resolução de conflitos (e, adentro deste, no plano processual do dissenso), a decisão desta deve, ante elas, necessariamente assumir.

A validade das convenções, relativas às referidas dimensões do regime da prova em que a intervenção conformadora das partes se revela juridicamente admissível, depende, contudo, da observância de condições de licitude negocial, legalmente previstas, para este efeito, em norma própria, embora concretizadoras de limites à autonomia privada relevantes, de acordo com o regime geral, como barreiras intransponíveis à liberdade negocial.

Os limites normativamente enunciados em primeiro e em segundo lugares, assentam, sob o ponto de vista da axiologia adjectiva que os determina, nos valores da neutralidade instrumental e da instrumentalidade efectiva do processo. O terceiro limite releva (a título principal ou ancilar) no plano da dilucidação das regras da prova passíveis de modificação por via negocial.

A validade das convenções de prova encontra-se, acrescidamente, subordinada às condições de licitude aplicáveis à generalidade dos negócios jurídicos, bem como, em determinadas hipóteses e com as devidas adaptações, a condições de regularidade constantes do Código de Processo Civil.

O regime relativo à validade das convenções de prova intervém em área de regulação, onde (ao nível da prova jurisdicional) se articulam os vectores da liberdade contratual<sup>1460</sup> e da imparcialidade objectiva (correspondente, esta, à coincidência entre a realidade e os elementos –objectos- a tomar em consideração na resposta ao *thema probandum*).

O teor de tal regime reflecte o critério, normativamente adoptado, de lograr a conjugação entre ambas as dimensões, sendo que, da análise daquele, se depreende ter o legislador optado por conceder relevo à liberdade contratual em calibre mínimo<sup>1461</sup>, mediante permissão de válida celebração tão só das convenções de prova que menor reflexo implicam, ao nível daquela imparcialidade.<sup>1462</sup>

---

<sup>1460</sup> Tomando a noção de contrato, em sentido amplo.

<sup>1461</sup> Padrão minimalista, que se nos afigura, contudo, suficientemente pródigo. Para que a solução de compromisso normativamente adoptada se possa qualificar de equilíbrio, cremos não dever ser ultrapassado o actual parâmetro normativo, não sendo de promover a evolução do regime, em sentido maximalista e, assim, de maior abertura à liberdade convencional.

<sup>1462</sup> O legislador circunscreveu, em consonância, neste domínio, a auto-regulação adjectiva das partes às dimensões, do regime da prova, cujo potencial impacto negativo (uma vez objecto de modulação conformativa pelas partes), se e quando consumado, se revela produtor de consequências, em sede de correcção da decisão da matéria de facto controvertida, que, de entre as várias concebíveis, como frutos possíveis de pactos de prova, se afiguram as revestidas de menor gravidade.

O direito à prova revela-se, no quadro jurisdicional, ante o regime legal relevante em matéria de convenções de prova,<sup>1463</sup> direito indisponível quanto à *titularidade*; disponível quanto ao *exercício* (na modalidade de exercício estimulado)<sup>1464</sup>; indisponível quanto à *sede de exercício*;<sup>1465</sup> indisponível, por regra, quanto à *sede de prática* dos actos materiais que tal exercício (quando em causa prova constituenda) pressupõe<sup>1466</sup> e relativamente disponível quanto ao *conteúdo* (só se afigurando moldável, por via pactícia, nas dimensões e sob as condições normativamente contempladas).

Conquanto *passível* de ser objecto de disposição convencional, o regime da prova não é, juridicamente qualificável, *de plano*, como disponível.

---

<sup>1463</sup> O mesmo é dizer, no âmbito de acção jurisdicional, quando, enveredando-se, no seio desta, pela via do dissenso, se pretenda a extinção do litígio mediante pronúncia jurisdicional tradutora do exercício de poder decisório autónomo, em sentido estrito (não meramente homologatório). Para confronto entre as características próprias de sentença homologatória e não homologatória (na hipótese de o objecto da homologação corresponder a transacção), *vide* Rita Lobo XAVIER, “Transacção judicial e processo civil”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. III, Coimbra Editora, 2010, pp. 817-835.

<sup>1464</sup> Donde o particular relevo que, nesta sede, a figura do ónus jurídico assume.

<sup>1465</sup> Devendo, neste enquadramento (jurisdicional), a prova ser necessariamente feita valer em juízo, não obstante se tratar de direito passível de, num conspecto geral, ser exercido em sede intra ou extraprocessual.

<sup>1466</sup> Prática que só terá lugar no exterior do tribunal nas hipóteses em que a lei expressamente o preveja ou quando autorize que as partes assim o determinem.

## Índice bibliográfico

ABREU, Carlos Pinto de, “Prova e Meios de Obtenção de Prova Breve Nota sobre a Natureza e o Regime dos Exames no Processo Penal”, *I Congresso de Processo Penal*, Almedina, pp. 257 a 311.

AGOSTINI, Éric, De l'autonomie de la volonté à la sauvegarde de justice, *Recueil Dalloz Sirey. Chronique*, Paris, n.30, 8 sept.1994, p.235-236.

ALARCÃO, Rui, “Sobre a invalidade do negócio jurídico”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro, Boletim da Faculdade de Direito*, Número Especial, vol. III, Coimbra, pp. 609 a 630.

*Direito das Obrigações*, Coimbra, 1983.

ALBIGES, Christophe, *De l'équité en droit privé*.

ALEXANDRE, Isabel, “A fase da instrução e os novos meios de prova no Código de processo Civil”, *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 34, n. 134, Abril-Junho, 2013, pp. 9-42.

*Provas Ilícitas em Processo Civil*, Almedina, Coimbra, 1998.

ALLORIO, Enrico, *Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiziale*, Jus, 1955.

ALPA, Guido , RAPISARDA, Cristina, “Il controllo dei contratti per adesione”, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, ano 87, n.º 9-12, Settembre-Dicembre 1989, Parte Prima, pp. 531-656.

AMIEL-COSME, Laurence, “La fonction d'homologation judiciaire”, *Justices Revue Générale de Droit Processuel*, Janvier-Mars, 5, 1997, pp. 135-156.

AMODIO, Ennio, “Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Nuova serie, a. 42, n.º 1, Gennaio-Marzo, 1999, Milano, pp. 3-9.

ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra Editora, 1992.

ANDRADE, Manuel de, *Noções elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, Nova Edição, revista e actualizada, 1993.

ANDRIOLI, Virgilio, “Confessione (Diritto processuale civile)”, *Novissimo Digesto Italiano*, IV, 1959, pp.10-25.

“Giuramento”, *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, UTET, 1961, vol. VII, pp.943-958.

“Presunzioni (Diritto civile e Diritto processuale civile)”, *Novissimo Digesto Italiano*, XIII, Torino, UTET, 1966, pp. 766-772.

“Prova (diritto processuale civile)”, *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1967, vol. XXV, pp. 261-300.

“Prova in genere (Diritto civile)”, *Nuovo Digesto Italiano*, Torino, 1939, vol. XVII, Torino, UTET, pp. 813-829.

“Prova testimoniale (diritto processuale civile)”, *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1967, vol. XIV, pp. 329-365.

*Appunti di diritto processuale civile : processi di cognizioni e di esecuzioni forzata*, Napoli, Casa Editrice Dott., Eugenio Jovene, 1964.

*Commento al codice di procedura civile*, vol. I, Napoli, 1961.

Antunes VARELA, João de Matos, “O direito de acção e a sua natureza jurídica”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 125, n.º 3824, 1 de Março de 1993, pp. 325-331; ano 125, n.º 3825, 1 de Abril de 1993, pp. 357-361; ano 126, n.º 3826, 1 de Maio de 1993, pp. 12-16; n.º 3827, 1 de Junho de 1993, pp. 37-41; n.º 3828, 1 de Junho de 1993, pp. 70-75; n.ºs 3829-3830, 1 de Agosto – 1 de Setembro de 1993, pp. 103-107 e n.º 3831, 1 de Outubro de 1993, pp. 166-170.

AROCA, Juan Montero, COLOMER, Juan Luís Gómez, REDONDO, Alberto Montón, VILAR, Silvia Barona, *Derecho Jurisdiccional I Parte general*, 13ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

*La prueba en el proceso civil*, Segunda edición, Editorial Civitas, Madrid, 1998.

*Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Los poderes del juez y la oralidad*, Tirant lo Blanch alternativa, Valencia, 2001.

ASCENSÃO, José de Oliveira, *O Direito, Introdução e teoria geral*, 13.ª edição, Almedina, 2006.

BALLE, Robert Le, *Des conventions sur le procédé de preuve en Droit Civil*, Meulan, Imprimerie Auguste Réty, 1923.

BATTAGLIA, Viviana, “Sull’onere del convenuto di “prendere posizione” ordine ai fatti posti a fondamento della domanda (riflessioni sull’onere della prova)”, *Rivista di Diritto Processuale*, Novembre-Dicembre, 2009, Anno LXIV, Seconda Serie, N.6 , Cedam, pp. 1512-1536.

BAUMGÄRTEL, Gottfried, *Wesen und begriff der prozesshandlung einer partei im Zivilprozess*, 2. Unver. Auf., Koln, Carl Heymanns, 1972.

BEIGNIER, Bernard, “L'ordre public et les personnes”, *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, Toulouse, t.42, 1994, pp.31- 47.

BESSO Marcheis, Chiara, “Probabilità e prova: considerazioni sulla struttura del giudizio di fatto”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile*, 1991, pp. 1119-1163

BESSONE, “Aspetti sostanziali e aspetti processuali dell’accordo di deroga alla competenza”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile*, 1965, II, pp. 1064-1090.

BETTI, EMILIO, *Diritto Processuale Civile Italiano*, 2ª ed., Corredatta della recente giurisprudenza, Roma, Foro Italiano, 1936, XXXVI.

*Teoria generale del negozio giuridico*, terza ristampa corretta della seconda Edizione, Torino, Utet, 1960.

BIAGIONI, Giacomo, "L'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e l'ordine pubblico processuale nel sistema della Convenzione di Bruxelles", *Rivista di Diritto Internazionale*, 3, 2001, pp. 723-737.

BIAVATI, Paolo, *L'accertamento dei fatti e le tecniche probatorie nel processo civile comunitario*, Milano, Giuffrè, 1992.

BLOMEYER, Arwed, "Non liquet", *Juristenzeitung*, Nr. 19, Verlag J.C.B. Mohr, Tübingen, 1955, pp. 605-606.

BONGIORNO, Girolamo, "Accordo processuale", *Enciclopedia Giuridica*, Roma, Treccani, 2007, vol. I, pp. 1-5.

BONNIER, Édouard, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*, Librairie Plou, Librairie Maresco Aimé, Paris, cinquième édition, 1888.

BOVE, MAURO, *La perizia arbitrale*, Torino, Giappichelli, 2001.

"Il Sapere Tecnico nell Processo Civile", *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LXVI, (Seconde Serie) - N° 6, Novembre-Dicembre, 2011, pp. 1431-1450.

BREILLAT, Jacques, "Ordre public, Ordre social, Ordre politique: quelles interactions?", *L'ordre public: Ordre public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 247-283.

BRITO, Pedro Madeira de, "O novo princípio da adequação formal", *Aspectos do Novo Processo Civil*, Lex, Lisboa, 1997, pp. 31-67.

BROGGINI, Gerardo, "La preuve dans l'ancien droit Romain", *La Preuve*, Première Partie, Antiquité, Editions de la Librairie Bruxelles, XVI, Encyclopédique, 1964, pp.223-276.

BÜLOW, Oskar, "Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung", *Archiv für die zivilistische Praxis*, 64, 1881, pp. 1-109.

CADIET, Loïc, "Les conventions relatives au procès en droit français sur la contractualisation du Règlement des Litiges", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Settembre, 2008, Anno LXII, supplemento al n.3, Milano, pp.7-36.

CADIET, Loïc, GUINCHARD, Serge, "Les jeux de la justice et de l'économie", *Justices, Revue Générale de Droit Processuel*, 1995, 1, Janv.-Juin, Dalloz, pp. 1- 6.

CALAMANDREI, Iolanda, *La Prova Documentale*, Cedam, 1995.

CALAMANDREI, Piero, "Il giudice e lo storico", *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. XVI, Parte I, Anno 1939, Cedam, Padova, pp. 105-128.

“Il processo come giuoco”, *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. V, Parte I, anno 1950, Cedam, Padova, pp. 23-51.

“La sentenza civile come mezzo di prova”, *Rivista di Diritto Processuale*, XV, I, 1938, pp. 108-129.

“Linee fondamentali del processo civile inquisitorio”, *Opere Giuridiche*, Morano Editore, 1965, vol. I., pp.145-176.

“Oralità nel processo”, *Opere Giuridiche*, Morano Editore, 1965, vol.I, pp.450-455.

“Per la definizione del fatto notorio”, *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1925, pp. 273-304.

“Verità e verosimiglianza nel processo civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. X, Parte I, 1955, pp. 164-192.

*Istituzioni di diritto processuale civile: secondo il nuovo codice*, vol. I, cedam 1943.

*Proceso y democracia*, EJE, Buenos Aires, 1960.

CALVÃO DA SILVA, João, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, 4ª ed., Almedina, 2002.

CAMON, Alberto, “Accordi processual e giustizia penale: la prova patteggiata”, *Rivista di Diritto Processuale*, Gennaio-Febbraio, 2008, Anno LXIII, Seconda Serie, N.1, Cedam, pp. 55-78.

CAMPEIS, Giuseppe, “Comentário a Cass. Civ., I sez., 13.12.1999, n. 13928 (conferma app. Brescia, 18.8.1998)”, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, Gennaio-Febbraio, N. 1, Anno XVII, 2001, pp. 1-9.

CAMPOS, Diogo Leite de, “Autonomia contratual e Contrato a favor de terceiro”, *Revista de direito comparado luso-brasileiro*, ano 1, n.º 1, Julho, 1982, pp. 93-106.

“Os direitos de personalidade: categoria em reapreciação”, *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 403, 1991.

*Contrato a favor de terceiro*, Almedina, Janeiro, 2009.

CANARIS, Claus-Wilhelm, “A liberdade e a justiça contractual na “sociedade de direito privado”, *Contratos: actualidade e evolução*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1997, pp. 49-66.

CANDIAN, Aurelio, “Documentazione e documento” (teoria generale), *Enciclopedia del Diritto*, XIII, Giuffrè, pp. 578- 597.

CAPELO, Maria José de Oliveira, “A enigmática figura do técnico no Código de Processo Civil”, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Lebre de Freitas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 1045-1067.

“A fase prévia à declaração de insolvência: algumas questões processuais”, *I Congresso de Direito da Insolvência*, Almedina, 2013, pp. 187-200.

“A intervenção do responsável civil na acção de indemnização fundada em acidente de viação”, *Sub Judice*, 17, 2000, pp. 31-42.

“A lei de arbitragem voluntária e os centros de arbitragem de conflitos de consumo”, *Revista Portuguesa de Direito de Consumo*, nº 20, 1999, pp. 30-43.

“Ainda o artigo 825.º do Código de Processo Civil: o alcance e o valor da declaração de comunicabilidade da dívida”, *Lex Familiae Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 3, n.º 5, Janeiro-Junho, 2006, pp. 57-63.

“As verificações não judiciais qualificadas: reforço ou desvirtuamento da prova por inspecção judicial?”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 144, n. 3992, Maio-Junho, 2015, pp. 330-340.

“Interesse processual e legitimidade singular nas acções de filiação”, *Studia Iuridica*, 15, Coimbra Editora, Coimbra, 1996.

“O novo regime de execução das dívidas comuns fundadas em título diverso de sentença, à luz da nova redacção do art. 825.º do Código de Processo Civil”, *Lex Familiae Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 1, n.º 2, Julho-Dezembro, 2004, pp. 123-125.

“Os factos notórios e a prova dos danos não patrimoniais”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 143, n.º 3983, Março-Abril, 2014, pp. 286-304.

*A sentença entre a autoridade e a prova em busca de traços distintivos do caso julgado civil*, Coimbra, 2010.

CAPONI, Remo, “Autonomia privata e processo civile: *gli accordi processuali*”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Settembre 1998, Anno LXII, supplementi al n.3, Giuffrè, Milano, pp.99-119.

“Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001”, *Rivista di Diritto Civile*, Anno LII, N. 4, Parte Prima, Luglio-Agosto, 2006, pp. 523-548

CAPPELLETTI, Mauro, “Ideologias en el derecho processa”l, *La Revista de derecho, jurisprudência e administración*, t. 58, n.º 4, Abril, 1962, pp. 85- 99.

“Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiuridiche della struttura del processo”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1967, XXII, pp. 407-428.

“La «natura» delle norme sulle prove”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1969, Volume XXIV, II Serie, anno 1969, Cedam, Padova, pp. 92-99.

“O Valor atual do Principio da Oralidade”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Vol. 21, Março, 2002, pp. 255 a 260.

*La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, Parte prima, Giuffrè, Milano, 1962.

*Le pouvoir des juges*, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1990.

*Procédure orale et procédure écrite*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1971.

*Processo, ideologias e sociedade*, Vol. II, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2010.

CARAMELO, António Sampaio, "A disponibilidade do direito como critério de arbitrabilidade do litígio – reflexões de jure condendo", *Temas de Direito da Arbitragem*, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 71-104.

CARNELUTTI, Francesco, "Documento e Negozio Giuridico", *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Volume III, Parte I, Anno 1926, pp. 181-220.

"Note sull'accertamento negoziale", *Rivista di Diritto Processuale*, 1940 , I, pp. 3-24.

"Preclusione dell'offerta di riduzione del contratto ad equità", *Rivista di Diritto Processuale*, Volume VIII, Parte II, 1953, pp. 108-111.

"Profilo dei rapporti tra diritto e processo", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XIV, 1960, pp.167-180.

"Prove civili e prove penali", *Rivista di Diritto Processuale Civile*, 1925, I, pp. 3-26.

*Istituzioni del nuovo processo civile italiano, terza edizione emendata e compiuta* Tomo primo, 1942 – XX, Soc. Ed. Del Foro Italiano

*Instituciones del Proceso Civil*, Vol. II, E.J.E.A., Buenos Aires, 1973

*La prova civile, Parte Generale, Il Concetto Giuridico della prova*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1992.

*Sistema di Diritto Processuale Civile*, Vol. I, Padova, Cedam, 1936.

CARPI, Federico, "Giusto processo, laboriosa utopia", *Rivista di Diritto Processuale, Ottobre-Dicembre, 2005, Anno LX, Seconda Serie, N.4*, Cedam, pp. 1111-1144.

CARRATA, Antonio, "Funzione dimostrativa della prova (verità del fatto nel processo e sistema probatorio)", *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LVI, N. 1, Gennaio-Marzo, 2001, pp. 73-103.

CAVALLONE, Bruno, "Critica della teoria delle prove atipiche", *Il giudice e la prova*, CEDAM, Padova, 1991, pp. 335-410.

"Difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)", *Rivista di diritto processuale*, Anno LXV, Seconda Serie, N. 1, Gennaio-Febbraio, 2010, pp. 1-26.

“Forme del procedimento e funzione della prova (ottant’anni dopo Chiovenda)”, *Rivista di Diritto Processuale*, Aprile-Giugno, 2006, Anno LXI, Seconda Serie, N. 2, Cedam, pp. 417- 432.

“Il giudice e la prova nel processo civile”, CEDAM, Padova, 1991.

“L’art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e il diritti delle prove”, *Studi Parmensi*, 1977, pp. 187-192.

“Oralità e disciplina delle prove nella riforma del diritto processuale civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, Vol.XXXIX, II Serie, anno1984, pp. 686-747.

“Pinocchio e la funzione educativa del processo”, *Rivista di Diritto Processuale*, Gennaio-Febbraio, 2008, Anno LXIII, Seconda Serie, N.1, Cedam, pp. 133-141.

“Riflessioni sulla cultura della prova”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2008, pp. 947-983.

CHIARLONI, Sergio, “Questioni rilevabili d’ufficio, diritto di difesa e “formalismo delle garanzie”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, ano XLI, 1987, pp. 569 -584.

“Riflessioni minime Sulla tutela Giuridica dei Diritti dei Deboli”, *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LIII, (Seconda Serie), N° 4, Ottobre - Dicembre, 1998, pp. 958 - 995.

“Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Settembre, 1986, Anno 40, N.º 3, Milano, Dott. A. –Giuffrè Editore, pp. 819-872.

CHIOVENDA, Giuseppe, “L’oralità e la prova”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, volume I, Parte I, anno 1924, Cedam, Padova, pp. 5-32.

“La natura processuale delle norme sulla prova e l’efficacia delle legge processuale nel tempo”, *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, Società Editrice “Foro Italiano”, (1900-1930) – Nuova Edizione considerevolmente aumentada dei “Saggi” e dei “Nuovi Saggi”, Volume Primo, pp. 241-378.

*Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Vol. I, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1957.

*Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1913.

*Saggi di diritto processuale civile*, Vol. Primo, Terzo, Milano, Giuffrè Editore, 1993, pp. 1894-1937.

CHRETIEN, Anne-Sophie, *Contrat et action en justice*, 2000.

COCURAL, Marcelle, *Étude théorique et jurisprudentielle des conventions des parties en matière de preuves en droit civil français*, impr. de H. Basuyau, Toulouse, 1933.

COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira, « A renúncia abdicativa no direito civil (algumas notas tendentes à definição do seu regime) », *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1995, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 5-193.

COMOGLIO, Luigi Paolo, “« Terza via » e processo « giusto »”, *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LXI, (Seconda Serie), N° 2, Aprile-Giugno 2006, pp. 755 - 762.

“L'utilizzazione processuale del sapere extragiuridico nella prospettiva comparatística”, *Rivista di Diritto Processuale*, Aprile-Giugno, 1994, Anno XLIX, Seconda Serie, N.2 , Cedam, pp. 1145-1170.

“Abuso dei diritti di difesa e durata ragionevole del processo: un nuovo parametro per i poteri direttivi del giudice?”, *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LXIV, (Seconda Serie), N° 6, Novembre-Dicembre 2009, pp.1686-1700.

“Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Dicembre, 1994, Anno XLVIII, N.º 4, Milano, Dott. A. - Giuffrè Editore, pp. 1063-1111.

“Il problema delle prove illecite nella esperienza angloamericana e germanica”, *Studi nelle Scienze Giuridiche e Sociali*, Facoltà di Giurisprudenza, XXXIX, Pavia, 1967, pp. 259-372.

“Il giusto processo » civile nella dimensione comparatistica”, *Rivista di diritto processuale*, Luglio-Settembre, 2002, Anno LVII, Seconda Serie, N.3 , Cedam, pp. 703-758.

“L'effettività della tutela giurisdizionale nella carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea”, *La nuova giurisprudenza civile comentata*, Anno XVII, 2001, N.6, Novembre-Dicembre, pp. 471- 482.

“Le garanzie fondamentali del giusto processo”, *Jus, Rivista di Scienze Giuridiche*, Anno 47, 3, 2000, pp. 335-382.

“Regole deontologiche e doveri di verità nel processo”, *La nuova giurisprudenza civile comentata*, Anno XIV, 1998, N.3, Maggio-Giugno, pp. 128-136.

“Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, Novembre-Dicembre, 2008, Anno LXIII, Seconda Serie, N.6 , Cedam, pp. 1509-1534.

“L'inutilizzabilità “assoluta” delle prove “incostituzionali””, *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LXVI, Seconda Serie, N. 1, Gennaio-Febbraio, 2011, pp. 30-46.

*Il principio di economia processuale*, II, Nuova Serie, Volume 33, Cedam, Padova, 1982.

*La Garanzia Costituzionale dell'Azione ed il Processo Civile*, Cedam, Padova, 1970.

*Le prove civili*, terza edizione, UTET, 2010.

“Aspetti Processuali della Tutela del consumatore”, *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LXII, Seconda Serie, N. 2, Marzo-Aprile, 2007, pp. 307-324.

“La Durata Ragionevole del Processo e el Forme Alternative di Tutela”, *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LXII, (Seconda Serie), N° 3, Maggio-Giugno, 2007, Cedam, pp. 591 a 619.

CONSOLO, Claudio, “Diritto sostanziale e processo” un ideale dialogo tra Betti e Carnelutti”, *Rivista di Diritto Processuale*, Marzo-Aprile, 2007, Anno 62, Seconda Serie, N.2 , Cedam, pp. 361-364.

*Spiegazioni di diritto processuale civile*, Vol. I, Giappichelli Editore, Torino, 2011.

CONTE, Mario, *Le prove civili*, 2. ed., aggiornata alla legge di riforma del processo civile 18 giugno 2009, n. 69, Milano: Giuffrè, 2009.

CORDEIRO, Antonio Menezes, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo I, 3.ª Edição, Almedina, 2011

CORDOPATRI, Franco, “Presunzione (diritto processuale civile)”, *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, Vol. XXXV, 1986, pp. 274-300.

“Note in tema di “principio di prova per iscritti”, *Rivista di Diritto Processuale*, Serie 2, anno 62, N. 5, Settembre-Ottobre, 2007, pp. 1155-1176..

CORREIA, João Conde, “A distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial”, *Revista do CEJ*, 1.º Semestre, N. 4, 2006, pp. 175-202.

CROZE, Hervé, “Informatique, preuve et sécurité”, *Recueil Dalloz Sirey, Chronique*, Paris, n. 24, 18 Juin, 1987, XXXI, pp. 165-170.

CROZE, Hervé, MOREL, Christian, FRADIN, Olivier, *Procédure civile*, PUF, Paris, 2002.

DALMOTTO, Eugenio, “L’onere della prova e la protezione del consumatore”, *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, Anno XXI, N. 3, Maggio-Giugno, 2005, pp. 131-146.

DE NOVA, Giorgio, “Accordi delle parti e decisione”, *Rivista Trimestrale di Diritti e Procedura Civile*, Settembre, 2008, Anno LVII, Supplemento al N. 3, Milano, Giuffrè, pp.59-68.

DE STEFANO, Franco, “Onere (dir. proc. civ.)”, *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1980, vol. XXX, pp. 114-126.

*Contributo alla dottrina del componimento processuale*, Milano, Giuffrè, 1959.

*Studi sugli accordi processuale*, Milano, Giuffrè, 1959.

DECOTTIGNIES, Roger, *Les présomptions en droit privé*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, R. Pichon & R. Durand-Auzias, Paris, 1950.

DENTI, Vittorio, “Intorno alla relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1964, pp. 64-77.

“L’inversione dell’onere della prova: rilievi introduttivi”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Settembre, 1992, Anno XLVI, N.º 3, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, pp. 709-713.

“La natura giuridica delle norme sulle prove”, *Dall’azione al giudicato: temi del processo civile*, Cedam, Padova, 1983, pp. 263-294.

“La tutela della riservatezza: profili processuali”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Settembre, 1998, Anno LII, N.º 3, Milano, Dott. A. - Giuffrè Editore, pp. 747-751.

“Scientificità della prova e libera valutazione del giudice”, *Un progetto per la giustizia civile*, Il Mulino, Bologna, 1982, pp. 61-87.

DEPADT-SEBAG, Valérie, “Les conventions sur la preuve”, *La preuve*, Collection Études Juridiques (sous la direction de C. Puiglier), n.º 19, éd. Economica, Paris, 2004, pp. 13-28.

DIAS, Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva, “Particularidades da Prova em Processo Penal. Algumas questões ligadas à Prova Pericial”, *Revista do CEJ*, 2º Semestre, 2005, N.3, pp.169-225.

DICKHOFF, Volker, *Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeß*, Buchdruckerei Franz Linke, Berlin, 1941.

DITTRICH, Lottario, “La ricerca della verità nel processo civile: profile evolutivi tema di prova testimoniale: consulenza técnica e fatto notório”, *Rivista di Diritto Processuale*, s. 2, anno 66, n.º 1, Gennaio-Febbraio, 2011, pp. 108-125.

DUMERIL, Henri, “Les fictions juridiques”, *Revue générale du Droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l’étranger*, V.6, Paris, 1882, pp. 448-453.

EICKMANN, Karl Wilhelm, *Beweisverträge im Zivilprozeß*, Bochumer juristische Studien Nr. 57, Studienverlag Dr. N. Brockmeyer, Bochum, 1987.

ENGISH, Karl, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 3.ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 1964, Lisboa.

FABIANI, Ernesto, “Note sulla nuova figura di testimonianza (c.d. scritta) introdotta dalla legge n. 69 del 2009”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile.*, n. 3, 2011, pp. 823-844.

FARIA, Rita Lynce, “Apreciação da proposta de inversão do contencioso cautelar apresentada pela Comissão de Reforma do Código de Processo Civil”, *Revista do Ministério Público*, Caderno 11, 2012, pp. 48-60.

*A Inversão do Ónus da Prova no Direito Civil Português*, Lex, Lisboa, 2001.

FAZZALARI, Elio, *L’arbitrato*, UTET, Roma, 1996.

FENOUILLET, Dominique, “Les bonnes moeurs sont mortes! Vive l’ordre public philanthropique!”, *Études Offertes à Pierre Catala, Le droit privé français à la fin du XXe Siècle*, Litec, 2001, pp. 487-528.

FERNANDES, Luis Carvalho, *A teoria da imprevisão no direito civil português*, Quid Iuris, 2001.

FERRARI, Vincenzo, « Le parti e il rischio del processo », *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Settembre, 2008, anno LVII, supplemento al N. 3, Milano, Giuffrè, pp. 37-58.

FIGUEIREDO DIAS, José, *Direito Processual Penal*, Coimbra Editora, 2004.

FLOYD, Juliet, “Prova versus demonstração: Wittgenstein sobre Gödel, Tarski e a verdade”, *Revista Portuguesa de Filosofia*, Tomo 58, N. 3, Julho-Setembro, Braga, 2002, pp. 605-632.

FONSECA, Isabel Celeste, “Verdade e verosimilhança: o provável erro de Calamandrei”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. 81, 2005, pp. 633-672.

FOYER, Jean, “L’Evolution du Droit des Preuves en France depuis les codes Napoleonicens”, *Recueils de La Société Jean Bodin pour L’histoire Comparative des Institutions, XIX, La Preuve*, Quatrième Partie, Période contemporaine, pp. 187-209.

FRADA, Manuel Carneiro da, “A ordem pública no domínio dos contratos”, *Ars Iudicandi, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Vol. II, Direito Privado, Coimbra, 2008, pp. 255-268.

FREITAS, José Lebre de (coord.), *Das Beweisrecht der Europäischen Union*, Kluwer Law International, 2004.

“A confissão no contencioso administrativo”, *Boletim do Ministério da Justiça*, 406, 1991, pp. 5-43.

*A confissão no direito probatório*, Coimbra Editora, 1991.

*Introdução ao Processo Civil, Conceito e Princípios Gerais, à Luz do Código Revisto*, Coimbra Editora, 1996.

FREITAS, José Lebre de, MACHADO, António Montalvão, PINTO, Rui, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. II, Coimbra Editora, 2001.

FREITAS, José Lebre de, SANTOS, Cristina Máximo dos, *O Processo Civil na Constituição*, Coimbra Editora, 2008.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne, « Vers le droit processuel économique », *Justices, Revue Générale de Droit Processuel*, 1995, 1, Janv.-Juin, Dalloz, pp. 91-105.

FURNO, CARLO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, G.C. Sansoni Editore, 1948.

GHESTIN, Jacques, JAMIN, Christophe, “Le juste et l’utile dans les effets du contrat”, *Contratos: actualidade e evolução*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1997, pp. 123-165.

GHIRGA, Maria Francesca, “Riflessioni Sul Significato di Giudice Naturale nel Processo Civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LVII, (Seconda Serie), Nº 3, Luglio-Settembre, 2002, Cedam, pp. 805 - 843.

GIBIINO, Salvatore, *La Prova Testimoniale nel Processo Civile*, Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1970.

GIORGIANNI, Michele, “Accertamento (negozio di)”, *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1958, vol. I, pp. 227-242.

GOLDSCHMIDT, James, *Derecho, Derecho Penal y Proceso, II Derecho Procesal Civil*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

GOMES, Júlio, “Cláusulas de Hardship”, *Contratos: actualidade e evolução*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1997, pp. 167-204.

GOMES, Manuel Tomé Soares, “Um olhar sobre a prova em demanda da verdade no processo civil”, *Revista do CEJ*, 2. Semestre 2005, Número 3, pp. 127 a 168.

GOUVEIA, Mariana França (coord.), *Análise de Jurisprudência sobre Arbitragem*, Almedina, 2011.

GOUVEIA, Mariana CARVALHO, Jorge Morais, “Arbitragens complexas: questões materiais e processuais”, *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 4, 2011, pp. 111-161.

“A experiência da UMAC na mediação de conflitos de consumo”, *Conflitos de consumo*, pp. 23-51.

GOUVEIA, Mariana França, CRISTAS, Assunção, “A violação da ordem pública como fundamento de anulação de sentenças arbitrais”, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 29, 2010, pp. 48-56.

GOUVEIA, Mariana França, “A acção especial de litigância de massas”, *Novas exigências do Processo Civil Organização, celeridade e eficácia*, Coimbra Editora, 2007, pp. 137-152.

“A prova”, *Themis, Revista da Faculdade de Direito da U.N.L.*, 2008, Edição Especial, Almedina, pp. 331-341.

“Meios de resolução alternativa de litígios: negociação, mediação e julgados de paz”, *Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Vol. II, pp. 727-758.

“O dever de independência do árbitro de parte”, *Themis, Revista da Faculdade de Direito da U.N.L.*, Ano IX, N.º 16, 2009, Almedina, pp. 319-326.

“O princípio dispositivo e a alegação de factos em processo civil”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73, n.ºs 2/3, Abril-Setembro, 2013, pp. 595-617.

“Os poderes do juiz cível na acção declarativa Em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão”, *Julgar*, Janeiro-Abril, 2007, pp. 47-66.

*A causa de pedir na acção declarativa*, Almedina, Coimbra, 2004.

GOUVEIA, Mariana França, CRISTAS, Assunção e NEVES, Vitor, *Transmissão da propriedade e contrato*, Almedina, 2001.

GOUVEIA, Mariana França, *Curso de Resolução Alternativa de Litígios*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2012.

GOUVEIA, Mariana França, FERREIRA, João Pinto, “A oposição à execução baseada em requerimento de injunção”, *Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Ano XIII, N.ºs 24/25, 2013, pp. 315-348.

GOUVEIA, Mariana França, *Regime Processual Experimental*, Almedina, 2006.

GOWLAND, Norberto, “Procédure civile et indisponibilité juridique L’indisponibilité dans les voies d’exécution”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, Vol. 7, n.º 4, 1955, pp. 772-774.

GRASSO, Eduardo, “La dottrina del processo civile alla fine del secolo”, *Rivista di Diritto Civile*, Anno XLIII, N. 3, Maggio-Giugno, 1997, Cedam, Padova, pp. 385-401.

*La pronuncia d’ufficio, I, La pronuncia di merito*, Milano, Dott. A. - Giuffrè Editore, 1967.

GRAZIOSI, Andrea, “Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno LXV, N.º 3, 2011, Milano, Dott. A. - Giuffrè Editore, pp. 693-727.

GUINCHARD, Serge, “L’avenir du juge”, *Études Offertes à Pierre Catala, Le droit privé français à la fin du XXe Siècle*, Litec, 2001, pp. 172-224.

HELLWIG, Hans-Jürgen, *Zur Systematik des zivilprozeßrechtlichen Vertrages*, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn, 1968.

HÉMARD, Jean, “La preuve en Europe occidentale continentale aux XIX et XX siècles, Rapport General”, *Recueils de la société Jean Bodin l’histoire comparative des Institutions*, XIX, pp. 21 a 48.

HERON, Jacques, “L’ordre public dans le procès”, *Association Henri Capitant*, 1998, pp. 943 a 959.

HERON, Jacques, WIEDERKEHR, Georges, “Justice civile”, *Justices, Revue Générale de Droit Processuel*, 1995, 1, Janv.-Juin, Dalloz, pp. 237-261.

JÄCKEL, Holger, *Beweisvereinbarungen im Zivilrecht Wirksamkeit und Wirkungen aus materiell-rechtlicher und prozessualer Sicht*, Duisburg, Köln, 2007.

JACOBY, Florian, *Der Musterprozessvertrag: die gewillkürte Bindung an gerichtliche Entscheidungen*, Mohr Siebeck, 2000

JARROSSON, Charles, "La contractualisation de la justice: jusqu'où aller?: introduction", *Réformes de la justice, réforme de l'État*, PUF, 2003, pp. 185-191.

JAUERNIG, Othmar, *Zivilprozessrecht*, 29. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2007.

JEULAND, Emmanuel, *Droit processuel général*, 2e édition, Montchrestien, Paris, 2012.

JUSTO, António dos Santos, "A "Fictio Iuris" no Direito Romano", *Boletim da Faculdade de Direito*, Suplemento, Vol. XXXII, Coimbra, 1989.

"A administração da Justiça no Direito Romano", *O perfil do juiz na tradição ocidental*, Almedina, 2007, pp. 71-93.

"Vontade e negócio jurídico do Direito Romano: breve referência ao direito português", *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, 3 v., pp. 171-187.

KNECHT, Otto, *Die Beweisverträge im Zivilprozeß*, Freiburg im Breisgau, Buchdruckerei Rudolf Rosswog, 1937.

KOHLER, Josef, "Ueber processrechtliche Verträge und Creationen", *Gesammelte Beiträge zum Zivilprocess*, Neudruck der Ausgabe, Berlin, 1894, Scientia Verl., 1969 - X, pp. 127-238.

LA CHINA, Sergio, "Dal giudice giudicante al giudice pianificante (variazioni minime su un tema scabroso)", *Rivista di Diritto Processuale*, Luglio-Agosto, 2007, Anno LXII, Seconda Serie, N.4, Cedam, pp. 847-861.

LAGARDE, Xavier, "Verité et légitimé dans le droit de la preuve", *Droits Revue française de théorie, de philosophie et de cultures juridiques*, n.23, Paris, 1996, 31-39.

LAMOUREUX, Marie, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants Recherche sur un possible imperium des contractants*, Aix-en Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006.

LASERRA, Giorgio, "Critica delle cosiddette «prove innominate»", *Giurisprudenza Italiana*, Vol. CXII, 1960, pp. 838 a 842.

*La prova civile*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1957.

LEANZA, Piero, *Le prove civili*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012.

LEBRETON, Gilles, "Ordre public et dignité de la personne humaine: un problème de frontière", *L'ordre public: Ordre public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 353-367.

LEGEAIS, Raymond, *Les règles de preuve en droit civil "Permanences et transformations"*, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1955.

LEMENNICIER, Bertrand, "Économie de la justice: du monopole d'État à la concurrence privée?", *Justices, Revue Générale de Droit Processuel*, 1995, 1, Janv.-Juin, Dalloz, pp. 135-146.

LESSONA, Carlo, *Trattato delle prove in materia civile*, Terza Edizione interamente riveduta, Vols. I, II, IV e V, Torino, UTET, 1927.

LEVY-BRUHL, Henri, *La preuve judiciaire. Etude de sociologie juridique*, Librairie Marcel Riviere, Paris, 1964.

LIEBMAN, Enrico Tullio, "Fondamento del principio dispositivo", *Rivista di Diritto Processuale*, n.º 15, 1960, pp. 551-565.

"Questioni vecchie e nuove tema di qualificazione delle norme sulle prove", *Rivista di Diritto Processuale*, v. 24, 1969, pp. 353 – 359.

"Risoluzione convenzionale del processo", *Rivista di Diritto Processuale*, 1932, 1, vol. 9, pp. 260-293.

*Manuale di diritto processuale civile*, II, 4ª ed., Giuffrè, Milano, 1992

LIMA, Pires de, VARELA, Antunes, (com colaboração de Henrique MESQUITA), *Código Civil Anotado*, Vols. I e III, Coimbra Editora, 1987.

LIPARI, "Contratti di prova, comentário a Cass., 18 giugno 1934", *Il Circolo Giuridico*, Nuova Serie, Anno VI, Fasc. I, Gennaio-Marzo, 1935 – XIII-C.C.P., pp. 5-21.

LOMBARDO, Luigi, "La scienza e il giudice nella ricostruzione del fatto", *Rivista di diritto processuale*, Anno LXII, n. 1, Gennaio-Febrero, Padova, 2007, pp. 35-62.

"Profili delle prove civili atipiche", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Dicembre, 2009, Anno LXIII, Nº 4, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, pp. 1447-1465.

MACHADO, João Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, Almedina, 1994.

MAERO, Giancarlo, *Le prove atipiche nel processo civile*, Cedam, 2001.

MALAUURIE, Philippe, "Rapport de Synthèse", *L'Ordre Public à la fin du XX Siècle*, Dalloz, 1996, pp. 105-111.

MALAUURIE, Philippe, *L'ordre public et le contrat (Etude de Droit civil comparé France, Angleterre, U.R.S.S.)*, Tome premier, Éditions Matot – Braine, Reims, 1953.

MANCA, Antonio, "Accordi", *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, UTET, 1957, vol. I, pp. 145-147.

MANDRIOLI, Crisanto, *Diritto processuale civile*, V. II, Il processo di cognizione, 19ª ed., G. Giappichelli Editore, Torino, 2007.

MANGA, Eugène Bertrand Ayssi, *L'ordre public en droit judiciaire privé*, Centre de Recherche Juridique de l'Ouest, Rennes, 1998.

MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo, "A capacidade jurídica em retrospectiva", *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Volume II, Coimbra Editora, pp. 183-197.

“O modo setecentista de julgar em Portugal : uma reflexão em torno do valor dos precedentes judiciais no passado e no presente”, *O perfil do juiz na tradição ocidental : seminário internacional*, Instituto de História do Direito e do Pensamento Político, Almedina, 2009, pp. 121-129.

MARINONI, Marina, “Clausole probatorie nella pratica commerciale e civile”, *Rivista di Diritto Processuale civile*, 1938, I, pp. 15-42.

MARQUES, João Paulo Remédio, “ A arbitrabilidade dos litígios e a dedução de providências cautelares por empresas de medicamentos de referência, na sequência da aprovação de medicamentos genéricos”, *Julgar*, Janeiro-Abril, 2012, pp. 33-99.

“ Investigação de paternidade Aplicação no tempo da Lei n.º 21/98, de 12 de Maio”, *Lex Familiae, Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 1, n.º 1, 2004, pp. 15-39.

“A apreciação da validade de patentes (ou certificados complementares de protecção) por tribunal arbitral necessário – excepção *versus* reconvenção na Lei n.º 62/2011”, *Julgar*, Janeiro-Abril, 2012, pp. 179-212.

“A aquisição e a valoração probatória de factos (des)favoráveis ao depoente ou à parte chamada a prestar informações ou esclarecimentos”, *Julgar*, Janeiro-Abril, 2012, pp. 138-172.

“Alguns aspectos processuais da tutela da personalidade humana na revisão do processo civil de 2012”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 72, n.ºs 2 e 3, Abril-Setembro, 2012, pp. 653-675.

“Propriedade intelectual e interesse público”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. LXXIX, Coimbra, 2003, pp. 293-354.

*A penhora e a reforma do processo civil Em especial a penhora de depósitos bancários e do estabelecimento*, Lex, Lisboa, 2000.

*Ação Declarativa à luz do Código Revisto (pelo Decreto-Lei N.º 303/2007, de 24 de Agosto)*, 3.ª Edição, Coimbra Editora, 2011.

*Algumas notas sobre alimentos (devidos a menores) “versus” o dever de assistência dos pais para com os filhos (em especial filhos menores)*, Coimbra Editora, 2007.

*Biotecnologia(s) e Propriedade Intelectual, Direito de Autor Direito de Patente e Modelo de Utilidade Desenhos ou Modelos*, Volume I, Coleção Teses, Almedina, 2007.

MARTIN, Jean-Clément, “La demarche historique face à la vérité judiciaire. Juges et historiens”, *Droit et Société*, 38, 1998, L.G.D.J., pp. 13-20.

MAYER, Pierre, “L’arbitre et la loi”, *Études Offertes à Pierre Catala, Le droit privé français à la fin*

*du XXe Siècle*, Litec, 2001, pp. 225-240.

“La sentence contraire à l’ordre public au fond”, *Revue de l’Arbitrage*, Année 1994, N.º 4, Octobre-Décembre, pp. 615-652 .

MENDES, João de Castro, *Direito Processual Civil*, Vols.I e II, AAFDL, Lisboa.

*Do conceito de prova em processo civil*, Lisboa, 1961.

MÉNDEZ, Francisco Ramos, “El Juicio Jurisdiccional como perspectiva de las relaciones entre Derecho y Proceso”, *Studi in memoria di Salvatore Satta*, Volume Secondo, 1982, Cedam, Padova, pp. 1377-1428.

“La eficacia del proceso”, *Justicia*, nº 82, II, 1982, pp. 97-113.

MESQUITA, Manuel Henrique, “Arbitragem: competência do tribunal arbitral e responsabilidade civil do árbitro”, *Ab uno ad omnes (1920-1995)*, Coimbra Editora, 1998, pp. 1381-1392.

“Pedido de anulação de um negócio jurídico, com fundamento em causas de pedir incompatíveis, Comentário ao acórdão do S. T. J. de 18-11-97”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, Ano 132º, nº 3900, Julho, 1999, pp. 76-90.

*Direitos Reais*, dactilografado e impresso por João Abrantes, 1966/67.

*Obrigações Reais e Ónus Reais*, Almedina, Coimbra, 1990.

MESQUITA, Manuel Henrique, Sá, Almeno de, “Determinação do preço por terceiro”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 141º, nº 3973, Março-Abril, 2012, pp. 202-228.

MESQUITA, Miguel, “A flexibilização do princípio do pedido à luz do moderno processo civil”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 143, n. 3983, Novembro-Dezembro, 2013, pp. 129-151.

“A oposição às emissões nas relações de vizinhança”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, Coimbra Editora, 2009, pp. 19

“A personalidade judiciária do condomínio nas acções de impugnação de deliberações da assembleia de condóminos, Anotação ao Acórdão da Relação de Lisboa, de 25/06/2009”, *Cadernos de Direito Privado*, Braga, Julho-Setembro, 2011, pp. 41-56.

“A revelia no processo ordinário”, *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Lebre de Freitas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 1067-1103.

*A metamorfose do futuro tribunal de comarca*, Coimbra, Almedina, 2014.

*Apreensão de Bens em Processo Executivo e Oposição de Terceiro*, 2.ª Edição revista e aumentada, Coimbra, Almedina, 2001.

*Reconvenção e Excepção no Processo Civil, O dilema da escolha entre a Reconvenção e a Excepção e o Problema da Falta de Exercício do Direito de Reconvir no*

*Processo Civil, O dilema da escolha entre a Reconvenção e a Excepção e o Problema da Falta de Exercício do Direito de Reconvir*, Coimbra, Almedina, 2009.

MICHELI, Gian Antonio, “Iura novit curia”, *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. XVI, 1961, pp. 575-605.

*L'onere della prova*, Padova, CEDAM, 1966.

MONTEIRO, António Pedro Pinto, “Da ordem pública no processo arbitral”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Vol. II, Coimbra Editora, pp.589-673.

“A contratação em massa e a protecção do consumidor numa economia globalizada”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, a. 139, n. 3961, Mar.-Abr., 2012, pp. 221-235.

“As cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade sob o olhar da jurisprudência portuguesa recente”, *Direito e Justiça*, Volume especial, n. 1, 2011, pp. 273-309.

“Cláusulas contratuais gerais: da desatenção do legislador de 2001 à indispensável interpretação correctiva da lei”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Almedina, 2012, pp. 141-150.

“Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais, problemas e soluções”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra Editora, 2001.

“La directive clauses abusives, 5 ans après: a transposição para a ordem jurídica interna da directiva 93/13/CEE”, *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 75, 1999, pp. 523-536.

“O novo regime jurídico dos contratos de adesão/cláusulas contratuais gerais”, *Revista da Ordem dos Advogados*, a. 62, n. 1, Jan., 2002, pp. 111-142.

*Cláusula Penal e indemnização*, Coimbra, Almedina, 1990.

*Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Almedina, 1985 (reimpressão em 2003).

MONTEIRO, Jorge Sinde, “Análise económica do Direito”, Separata do Vol. LVII (1981) do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, pp. 3-7.

“Comentário a acórdão de 12 de Novembro de 1996”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, ano 131, n. 3887-3888, Junho-Julho, 1998; n. 3889, Agosto, 1998; n. 3897, Abril, 1999; ano 132, n.3898, Maio, 1999; n. 3899, Junho, 1999; n.3900, Julho, 1999, pp. 41-50; pp. 106-113; pp. 378-380; pp. 28-32; pp. 60-64 e pp.90-96.

“Pactos familiares, perícia contratual e avaliação de empresas”, *Colectânea de Jurisprudência*, Ano 10, Tomo 3, 2002, Coimbra, pp. 5-29.

“Responsabilidade civil”, *Separata do nº 2 de Julho-Dezembro 1978, Revista de Direito e Economia*, pp. 313-415.

*Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra, Almedina, 1989.

MONTELEONE, Girolamo, “Alle origini del principio del libero convincimento del giudice”, *Rivista di Diritto Processuale*, Gennaio-Febbraio, 2008, Anno LXIII, Seconda Serie, N.1 , Cedam, pp. 123-132.

“Dal giudice giudicante al giudice pianificante (variazioni minime su un tema scabroso)”, *Rivista di Diritto Processuale*, Luglio-Agosto, 2007, Anno LXII, Seconda Serie, N.4 , Cedam, pp. 847-874

“Intorno al concetto di verità “materiale” o “oggettiva” nel processo civile”, *Rivista di Diritto Processuale*, Gennaio-Febbraio, 2009, Anno LXIV, Seconda Serie, N.1 , Cedam, pp. 1-13.

“Limiti alla prova di ufficio nel processo civile. Cenni di diritto comparato e sul diritto comparato”, *Rivista di Diritto Processuale*, Luglio-Agosto, 2007, Anno LXII, Seconda Serie, N.4 , Cedam, pp. 863-874.

“Note sui rapporti tra giurisdizione e legge nello Stato di diritto”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Marzo, 1987, Anno XLI, N.º 1, Milano, Dott. A. - Giuffrè Editore, pp. 1-87.

“Principi e ideologie del Processo Civile: impressioni di un « revisionista»”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giugno, 2003, Anno LVII, N.º 2, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, pp. 575 – 582.

*Diritto Processuale Civile*, Terza Edizione, Cedam, 2002.

MONTESANO, Luigi, “Aspetti problematici del « potere giudiziario » e della giurisprudenza « teorica » e « pratica » nell’Italia d’Oggi”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Settembre, 1991, Anno XLV, N.º 3, pp. 665 - 741.

“Le « Prove atipiche » nelle « presunzioni » e negli « argomenti » del giudice civile”, Studi memoria di Salvatore Satta, Volume Secondo, 1982, Cedam, Padova, pp. 999-1015.

“Le prove disponibili d’ufficio e l’imparzialità del giudice”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1978, Anno XXXII, N.º 3, pp. 189-206.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, “A Constituição e as provas ilicitamente obtidas”, *Direito e Cidadania*, n.º 2, Novembro de 1997 a Fevereiro de 1998, Praia, Cabo Verde, pp. 9-23.

“A garantia do contraditório na actividade de instrução”, *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, 2.ª Fase, Ano XX, 1986, N. 46, Rio de Janeiro, pp. 1-14.

“Correntes e contra Correntes no processo Civil Contemporâneo”, *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n.º 27, pp. 3-18.

“Duelo e Processo”, *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, N. 24, pp. 41-101.

“O neoprivatismo no Processo Civil”, *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n.º 28, pp. 31-49.

“Observaciones sobre las llamadas pruebas atípicas”, *Revista de Derecho Procesal*, n.º 3, 1999, pp. 539-552.

“Os poderes do juiz na direcção e na instrução do processo”, *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n.º 4, 1999, pp. 107-113.

“Restricciones a la prueba en la Constitución brasileña”, *Revista de Derecho Procesal*, n.º 3, 1995, Edersa, pp. 791-803.

MOTA PINTO, Carlos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2005.

“A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, Vol. II, Coimbra Editora, 2001, pp. 527-558.

“O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º 69, 1993, pp. 479-586.

MOURA RAMOS, Rui, “L’ordre public international en droit portugais”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Vol. 74, 1998, pp. 45-62.

MURIAS, Pedro, *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, Lex, Lisboa, 2000.

MUSIELAK, Hans Joachim, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess*, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1975.

“A inserção de terceiros no domínio de protecção contratual”, *Contratos: actualidade e evolução*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1997, pp. 283-296.

*Grundkurs ZPO*, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1998.

NEGRO, Franco, *I diritti indisponibili nel sistema dell’ordinamento giuridico, Il foro Italiano*, Vol. 79, Parte V, 1956, pp. 209-220.

NEVES, António Castanheira, *Sumários de processo criminal*, Coimbra, 1968.

“Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” - os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 131º, nº 3886, Maio, 1998.

“Fontes do Direito Contributo para a revisão do seu problema”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Homenagem aos Profs. M. Paulo Merêa e G. Braga da Cruz*, Vol. LVIII, 1982, pp. 169-285.

*Metodologia Jurídica - Problemas Fundamentais*, Coimbra Editora, 1993.

*Questão-de-Facto – Questão-de-Direito ou O Problema Metodológico da Juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica). I A Crise*, Coimbra, Almedina, 1967.

OLIVERO, Luciano, *L’indisponibilità dei diritti: analisi di una categoria*, G. Giappichelli, Turim, 2008.

ORIANI, Renato, “Atti processuali (diritto processuale civile)”, *Enciclopedia Giuridica*, 1988, Vol. IV, pp. 1-10.

OUISSÉ, Véronique Wester, *Convention et juridiction pénale*, Université de Nantes, 1999.

OUSMANOU, Sadjó, *Les conventions relatives au procès*, I, 1996.

PATTI, Salvatore, “La disponibilità delle prove”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Marzo, 2011, Anno LXV, Supplemento al. N. 1, Numero Speciale, pp. 75-100.

*Le Prove Parte generale*, Giuffrè Editore, Milano, 2010.

PELLI, Olivia, *Beweisverträge im Zivilprozess*, Dike Verlag, Zürich, St. Gallen, 2012.

PERELMAN, Chaim, “La spécificité de la preuve juridique”, *Recueils de La Société Jean Bodin pour l’Histoire Comparative des Institutions, XIX, La Preuve, Quatrième Partie : Période Contemporaine*, Editions de La Librairie Encyclopédique, Bruxelles, 1963, pp. 5-17.

PERROT, Roger, “Das Recht aus Beweis”, *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmäßige Ordnung*, Gieseking-Verlag, Bielefeld, 1985, pp. 91-116.

“Le silence en droit judiciaire privé”, *Mélanges dédiés à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, Paris, 1985, pp. 627-649.

PEZZANI, Titina Maria, *Il regime convenzionale delle prove*, Giuffrè Editore, Milano, 2009.

PICARD, Etienne, “Introduction générale: la fonction de l’ordre public dans l’ordre juridique”, *L’ordre public: Ordre public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 17-61.

PISANI, Andrea Proto, “Appunti sulla Giurisdizione”, *Il Foro Italiano*, Anno CXIX, N. 1, Gennaio, 1994, pp. 14-23.

“Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile”, *Il Foro Italiano*, Anno 2003, Vol. CXXVI, pp. 604-608.

PIZZORUSSO, Alessandro, “Sulla distinzione fra accertamento dei fatti ed applicazione delle norme giuridiche”, *Studi onore di Titto Carnacini*, Vol II, Tomo I, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 625 a 636.

PLANCK, Johann Wilhelm, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Bd. 1, Nördlingen, 1887.

PLANTEY, Alain, “Définition et principes de l’ordre public”, *L’ordre public*, PUF, Paris, 1996, pp. 27-45.

POLIN, Raymond, “L’ordre public”, *L’ordre public*, PUF, Paris, 1996, pp. 7-25.

PUNZI, Carmine, “Cláusulas contratuais previsão de futuras controvérsias e inovação financeira”, *Rivista di Diritto Processuale*, Janeiro-Março, 1988, Anno XLIII, II Serie, Suplemento al N. 4, Cedam, pp. 1-15.

RAMOS, Manuel Ortells, *Derecho Procesal Civil*, séptima edición, Thomson, Aranzadi, 2010.

RANGEL, Rui Manuel de Freitas, *O ónus da prova no processo civil*, 3.ª edição, Almedina, 2006.

REALE, Miguel, *Lições Preliminares de Direito*, 10.ª edição, Almedina, Coimbra, 1982.

REIS, José Alberto dos, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. III, 3ª Edição, Reimpressão, Coimbra Editora, 1950.

*Código de Processo Civil Anotado*, Vol. IV, Reimpressão, Coimbra Editora, 1951.

*Comentário ao Código de Processo Civil*, Vol. 3º, Coimbra Editora, 1946.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa, “Autonomia privada e atipicidade dos valores mobiliários”, *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. VI, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 295-312.

“Constitucionalização do direito civil”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXIV, 1998, pp. 729 a 755.

“Direito dos contratos e regulação do mercado”, *Direito dos Contratos Estudos*, Coimbra Editora, 2007, pp. 57-74.

“Economia do contrato, autonomia privada e boa fé”, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 969-982.

“O ónus da prova da culpa na responsabilidade civil por acidente de aviação”, *Separata do Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro*, II, 1979, Coimbra, pp. 413-542.

“O regime dos contratos de adesão: algumas questões decorrentes da transposição da directiva sobre cláusulas abusivas”, *Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Coimbra Editora, 2004, pp. 209-233.

“Responsabilidade e garantia em cláusulas contratuais gerais”, *Direito dos Contratos Estudos*, Coimbra Editora, 2007, pp. 101-179.

*Direito dos Contratos Estudos*, Coimbra Editora, 2007.

*O problema do contrato As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Almedina, Coimbra, 1999.

RICCI, Gian Franco, "Le prove illecite nel processo civile", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Marzo, 1987, Anno XLI, Milano, Dott. A. - Giuffrè Editore, 1987, pp. 34-87.

*Le prove atipiche*, Milano, Giuffrè, 1999.

"Nuovi rilievi sul problema della "specificità" della prova giuridica", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Dicembre, 2000, Anno LIV, N.º 4, Milano, Dott. A. - Giuffrè Editore, pp. 1129-1163.

RICCI, Gian Franco, *Principi di diritto processuale generale*, 3ª ed., Torino, Giappichelli, 2001.

ROCCO, Ugo, *Trattato di diritto processuale civile*, Vol. II, Parte Generale, UTET, Torino, 1957.

ROSENBERG, Leo, *Die Beweislast: auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches und der Zivilprozeßordnung*, 5ª ed., München-Berlin, 1965 / *Die Beweislast: auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches und der Zivilprozeßordnung*, 2. Auf., Berlin, 1923.

*La carga de la prueba*, 2. Edición, IB de f, Montevideo, Buenos Aires, 2002.

ROSENBERG, Leo, SCHWAB, Karl Heinz, GOTTWALD, Peter, *Zivilprozeßrecht*, 16 Aufl., C. H. Beck, München, 2004.

ROUHETTE, Georges, "L'ordre juridique processuel, Réflexions sur le droit du procès", *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, Paris, 1985, pp. 687-718.

SACHSE, "Beweisverträge", *Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess*, Band 54, 1929, pp. 409-434.

SATTA, Salvatore, "Accordo (diritto processuale civile)", *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1958, vol. I, pp. 300-301.

"lura novit curia", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1998, Anno IX, Milano, Dott. A. Guiffè Editore, pp. 380-385.

SCALAMOGNA, Margherita, "L'efficacia probatoria degli argomenti di prova", *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LXIV, Seconda Serie, N. 5, Settembre-Ottobre, 2009, pp. 1161-1180.

SCHIEDERMAIR, Gerhard, *Vereinbarungen im Zivilprozeß*, Ludwig Röhrscheid, Bonn, 1935.

SCHLOSSER, *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß*, Tübingen, 1968.

SCHÜLLER, W., *Die Wirksamkeit von Beweisverträgen nach geltendem Prozeßrecht*, Göttingen, 1932.

SERRA, Adriano Vaz, “Prescrição e Caducidade”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 105, 1961, pp. 5-248.

„Contratos a favor de terceiro Contratos de prestação por terceiro“, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 51, Novembro, 1955, pp. 29-228.

„Provas (direito probatório material)“, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 110, 111 e 112, 1961, pp. 61-256, 5-94 e 33-299.

SILVA, Lucinda Dias da, *Processo Cautelar Comum Princípio do contraditório e dispensa de audição prévia do requerido*, Coimbra Editora, 2009.

SILVA, Paula Costa e, “A execução em Portugal de decisões arbitrais nacionais e estrangeiras”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 67, Setembro, 2007, pp. 629-682.

“A ideia de Estado de Direito e a responsabilidade do Estado por erro judiciário: The King can do [no] wrong”, *O Direito*, 142.º, 2010, I, pp. 39-80.

“A ordem do juízo de D. João III e o regime processual experimental”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 68, Janeiro, 2008, pp. 255-273.

“A Realização Coerciva de Testes de ADN em Acções de Estabelecimento da Filiação”, *Estudos de Direito da Bioética*, Almedina, 2005, pp. 165-186.

“Arbitrabilidade e tutela colectiva no contencioso das deliberações sociais”, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Volume IV, pp.357-391.

“Cautela e certeza: breve apontamento acerca do proposto regime de inversão do contencioso na tutela cautelar”, *Revista do Ministério Público*, Caderno 11, 2012, pp. 138-148.

“Contrato a favor de terceiro, conformação subjectiva da instância e legitimidade processual”, *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos: homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, Almedina, Coimbra, 2007.

“De minimis non curat praetor”, *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Vol. III, Almedina, 2010, pp. 288-301.

“Irrelevância da ilegitimidade superveniente de um dos proprietários na constituição de arrendamento por decisão judicial proferida em acção de execução específica. Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Abril de 1993”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 54, Julho, 1994, pp. 665-680.

“O abuso do direito de acção e o art. 22.º do CIRE”, *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Fernandes, Direito e Justiça (volume especial)*, Vol. III, 2011, pp. 157-166.

“Ofertas públicas e alteração das circunstâncias”, *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. IV, Coimbra Editora, 2003, pp. 127-146.

*A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias*, Almedina, 2009.

SILVA, Paula Costa e, CALDAS, Filipa, “O tempo jurídico e o tempo gregoriano: a suspensão do prazo para impugnação de actos administrativos”, *Justiça Administrativa*, N.º 95, Setembro/Outubro, 2012, pp. 43-58.

*O Dogma da Irrelevância da Vontade na Interpretação e nos Vícios do Acto Postulativo Acto e Processo*, Coimbra Editora, 2003.

*Posse ou Posses?*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2005.

*Processo de Execução*, Vol. I, Coimbra Editora, 2006.

SILVA, Paula Costa e, REIS, Nuno Trigo dos, “Acção modificativa do caso julgado arbitral: um meio de impugnação esquecido”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 74, Abril-Junho, 2014, pp. 425-441.

*Repensando a transmissão da Coisa ou Direito em Litígio, Contribuição para o Estudo da Substituição Processual*, Coimbra Editora, 2009.

“Contratação automatizada”, *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. IV, pp. 289-305.

“A natureza processual da tutela do terceiro adquirente de boa fé e a título oneroso. Excepção, reconvenção e eficácia preclusiva do caso julgado”, *O Direito*, ano 141.º, 2009, I, pp. 203-239.

“Acção executiva fundada em sentença e substituição processual”, *Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Faculdade de Direito de Lisboa, Lex, pp. 153-173.

“Contratação electrónica”, *Lei do Comércio Electrónico Anotada*, Coimbra Editora, 2005, pp. 181-189.

*A litigância de má fé*, Coimbra Editora, 2008.

SILVA, Paula Costa, GERALDES, João de Oliveira, “A concordata de 2004 e o novo artigo 1626.º do Código Civil”, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. III, Coimbra Editora, 2010, pp. 795-816.

“Injustiça intolerável e ruptura do caso julgado”, *Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, Vol. II, Coimbra Editora, pp.741-781.

SIMON, Alain, *L'ordre public en droit privé*, Rennes, 1941, Imprimeries réunies, Rennes.

SOUSA, Miguel Teixeira de, “A livre apreciação da prova em processo civil”, *Scientia Iuridica*, XXXIII, 1984, pp. 115-146.

“Arguição de nulidades processuais e diligência das partes Anotação ao Acórdão n.º 678/98 do Tribunal Constitucional”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 61, n.º 3, Dezembro, 2001, pp. 1453-1478.

“Aspectos metodológicos e didáticos do direito processual civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. 35, nº 2, 1994, pp. 337-438.

“O objecto da Sentença e o Caso Julgado Material. Estudo sobre funcionalidade processual”, *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 325, Abril, 1983, pp. 49-229.

*As Partes, o Objecto, e a Prova na Acção Declarativa*, Lex, Lisboa, 1997.

*Estudos sobre o Novo Processo Civil*, 2ª Edição, Lex, Lisboa, 1997.

*O concurso de títulos de aquisição da prestação Estudo sobre a dogmática da pretensão e do concurso de pretensões*, Almedina, Coimbra, 1988.

SOUSA, Rabindranath Capelo de, *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, 1995.

SPIAZZI, Dante, “Prova Testimoniale, Diritto Processuale Civile”, *Nuovissimo Digesto*, pp. 84 a 85.

STEIN/JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 4, §§253-327, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 22. Aufl., 2013.

TARSKI, Alfred, “The semantic conception of truth”, *Philosophy and Phenomenological Research*, 4 (3), pp. 341-376.

TARUFFO, Michele, “Elementi per un’analisi del giudizio di fatto”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Settembre, 1995, Anno XLIX, N.º 3, Milano, Dott. A. - Giuffrè Editore, pp. 785-821.

“Funzione della prova: la funzione dimostrativa”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Settembre, Anno LI, N.º 3, Milano, Dott. A. - Giuffrè Editore, pp. 553-573.

“Il giudice e la storico. Considerazioni metodologiche”, *Rivista di Diritto Processuale*, Volume XXII, II Serie, Cedam, 1967, pp. 438-465.

“Presunzioni, inversioni, prova del fatto”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Settembre, 1992, Anno XLVI, N.º 3, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, pp. 733-756.

“Prove atipiche e convincimento del giudice”, *Rivista di Diritto Processuale*, Vol. XXVIII, II Serie, Anno 1973, pp. 389-434.

“Verità negoziata?”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Settembre, 2008, Anno LXII, Supplemento al N.º 3, Milano, Giuffrè, pp. 69 a 98.

TARUFFO, Michele, COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Corrado, *Lezioni sul processo civile, I, Il processo ordinario di cognizione*, 4ª ed., il Mulino, Bologna, 2011.

TARUFFO, Michele, *Uma simples verdade O juiz e a construção dos factos*, Marcial Pons, 2012

TARZIA, Giuseppe, *Problemi del processo civile di cognizione*, Padova, Cedam, 1989.

TEDOLDI, Aberto, "La non contestazione nel nuovo art. 115 C.P.C.", *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LXVI, Seconda Serie, N. 1, Gennaio-Febbraio, 2011, pp. 76- 96.

TELLES, Inocêncio Galvão, *Direito das Obrigações*, 7.ª Edição, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010

*Manual dos contratos em geral*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2002.

TESORIERE, Giovanni, *Il Processo Civile Riformato*, Cedam, 1995.

TOMBARI, Giovanna Fabbrini, "Note in tema di presunzioni legali", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Settembre, 1991, Anno XLV, N.3, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, pp. 917-938.

VARELA, João de Matos Antunes, "A reforma do processo civil português. Principais inovações na estrutura do processo declaratório ordinário", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, N.ºs 3870, pp. 258-263, 3871, pp. 290-296, 3872, pp. 322-330, 3874, pp. 5-9, 3877, pp. 98-104, 3878, pp. 130-136, 3880, pp. 194-199, 3885, pp. 359-364, 3892, pp. 194-197, 3897, pp. 354-358, 3900, pp. 66-69 .

"O Direito de Acção e a sua Natureza Jurídica", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 125 (pp. 325-331 e 357-361) e 126 (pp. 12-16 e 37-41), Coimbra Editora, 1992.

VARELA, João de Matos Antunes, BEZERRA, Miguel, NORA, Sampaio e, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, 2.ª Edição, Reimpressão, 2006.

VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2000.

VERDE, Giovanni, "L'inversioni degli oneri probatori nel processo", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Settembre, 1992, Anno 46 , N.º 3, Milano, Dott. A. - Giuffrè Editore, pp. 715-731.

"Prova generale (teoria generale e diritto processuale civile)", *Enciclopedia del Diritto*, Milano, Giuffrè, 1988, vol. XXXVII.

VERDUN, Franck, *La gestion des risques juridiques*, Éditions d'Organisation, 2006.

VICENT, Jean, "La procédure civile et l'ordre public", *Mélanges Paul Roubier*, Tome II, Dalloz-Sirey, Paris, 1961, pp. 303-341.

VICENT, Jean, GUINCHARD, Serge, *Procédure civile*, 20ª éd., Dalloz, Paris, 1981

VICENTE, Dário Moura, «Convenção de arbitragem, perícia contratual e avaliação vinculante», *Cadernos de Direito Privado*, n.º 8, Outubro-Dezembro, 2000, pp. 44-56.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *A Justiça Administrativa*, 11.ª Edição, Almedina, 2011.

"Tutela cautelar", *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 34, Julho/Agosto, 2002, pp. 45-53.

*O dever de fundamentação expressa dos actos administrativos*, Almedina, 2003.

*Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2012.

WACH, Adolf, "Das Geständnis Ein Beitrag zur Lehre von den processualischen Rechtsgeschäften", *Archiv für die Civilistische Praxis*, 64, 1881, pp. 201-255.

WAGNER, Gerhard, *Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1988.

WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Band 2, Frankfurt, 6. Aufl., 1887

XAVIER, Rita Lobo, "Transacção judicial e processo civil", ", *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. III, Coimbra Editora, 2010, pp. 817-835.

ZAKI, M. S., "Définir l'équité", *Archives de Philosophie du droit*, Tome 35, Vocabulaire fundamental du droit, Sirey, Paris, 1990, pp. 87-118.

ZUCKERMAN, Adrian, "Adjudication of Civil Dispute", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Settembre, 2008, Supplemento al. N° 3, Giuffrè, pp.121-126.

Índice Geral

Súmula/Abstract .....	1
Parte I – Convenções de Prova – Objecto e Natureza .....	1
Capítulo I – Objecto Convencional .....	2
Secção I- Conteúdo .....	3
Secção II- Âmbito .....	5
<b>Subsecção I- Matéria factual controvertida</b> .....	6
a) Delimitação .....	6
b) Consequência desta delimitação no plano das convenções de prova .....	12
<i>b.1. Contratos de reconhecimento (Anerkennungsverträge)</i> .....	12
<i>b.2. Omissão de exercício do contraditório, no plano da invocação da matéria de facto</i> ..	17
<b>Subsecção II- Fundamentos da decisão da matéria de facto controvertida</b> .....	22
a) Tipos de fundamentos da decisão da matéria de facto controvertida .....	23
<i>a.1) Fundamento declarativo</i> .....	23
<i>a.2) Fundamento demonstrativo</i> .....	24
<i>a.3) Fundamento lógico-indutivo</i> .....	25
<i>a.4) Fundamento desonerador</i> .....	29
b) Fundamentos da decisão da matéria de facto controvertida integráveis no âmbito da noção de prova .....	34
<i>b.1) Prova em sentido estrito</i> .....	34
<i>b.2) Prova em sentido amplo</i> .....	34
<i>b.3) Prova em sentido amplíssimo</i> .....	39
<i>b.4) Âmbito da noção para efeitos de convenções de prova</i> .....	41
c) <i>Reflexo do tipo de fundamento decisório, ao nível da natureza da actividade jurisdicional desenvolvida</i> .....	42
d) <i>Relação entre os fundamentos da decisão da matéria de facto controvertida e as fases processuais conducentes à extinção de tal controvérsia</i> .....	46
<i>d.1) Fase pré-decisória e fase decisória</i> .....	46
<i>d.2) Momentos das fases processuais pré-decisória e decisória</i> .....	48
Secção III- Implicações das dimensões e do âmbito conceitual da prova, ao nível das modalidades de convenções de prova .....	50
<b>Subsecção I- Dimensões da prova passíveis de convenção</b> .....	50
<b>Subsecção II- Tipos de convenções de prova e critérios classificativos</b> .....	52
a) Critério puro .....	52
b) Critério misto .....	52
c) Critério legal .....	53
d) Critério adoptado .....	54
Capítulo II - Natureza da Convenção de Prova .....	57
Secção I - Natureza da <i>convenção</i> de prova, quanto ao tipo de congregação de vontades .....	59

a) Convenções relativas ao procedimento de prova e à decisão da matéria de facto controvertida.....	63
b) Convenções relativas aos meios de prova .....	72
b.1 Convenções restritivas de meios de prova .....	72
b.1.1 Efeitos pretendidos pelas partes .....	74
b.1.2 Forma de articulação das declarações de vontade negociais.....	75
b.1.3. Convenções de prova e conformação dos poderes processuais do juiz .....	78
b. 1.3.1 Duplo estatuto do juiz, em sede de prova .....	78
b.1.3.2. Equilíbrio processual de poderes de iniciativa probatória, entre partes e juiz .....	85
b.1.3.3. Restrição dos poderes de promoção instrutória do juiz .....	87
b.1.3.3.1. Fins justificativos - convencionais e normativos .....	87
b.1.3.3.2. Solução <i>de iure constituto</i> e solução <i>de iure constituendo</i> .....	90
b.1.3.3.3. Natureza da convenção .....	93
b.1.3.3.4. Fonte jurídica da restrição.....	95
(1) Tipologia negocial.....	95
(2) Modo de operatividade da restrição.....	97
(3) Acordo vinculativo para terceiros ou com efeitos (normativamente) repercutíveis em terceiros?.....	101
b.2. <i>Convenções ampliadoras de meios de prova</i> .....	105
b.2.1) <i>Convenções inovadoras e convenções ampliadoras</i> .....	106
b.2.2) <i>Convenção de prova e conformação dos poderes processuais do juiz</i> .....	111
b.2.2.1. Poderes do juiz, enquanto guardião e decisor .....	111
b.2.2.2. Poderes do juiz, enquanto promotor oficioso da prova .....	112
b.2.2.2.1. Convenções com efeito exclusivamente inovador .....	112
b.2.2.2.2. Convenções com efeito inovador e restritivo dos meios legais de prova .....	115
(1) Repercussão do efeito restritivo .....	115
(2) Não repercussão do efeito restritivo .....	116
b 2.2.2.3. Apreciação conjunta .....	117
b.2.3) <i>Natureza da convenção</i> .....	118
<b>Secção II - Natureza da <i>convenção</i> de prova, quanto ao carácter processual (ou não).....</b>	<b>121</b>
<b>a)- ângulo situacional</b> .....	<b>121</b>
<b>b)- ângulo objectivo</b> .....	<b>124</b>

b.1. primeiro sentido da contraposição material vs. processual .....	127
b.2. segundo sentido da contraposição material vs. processual .....	128
b.3. terceiro sentido da contraposição material vs. processual .....	132
c)- ângulo prospectivo .....	136
d)- <i>Apreciação conjunta</i> .....	140
Parte II – Validade das convenções de prova .....	141
Capítulo I – Condições específicas de validade das convenções de prova .....	142
Secção I - Natureza disponível dos direitos .....	142
<i>Subsecção I – Processo normativo e processo físico</i> .....	146
<i>Subsecção II - Neutralidade instrumental</i> .....	147
<i>Subsecção III – Natureza da indisponibilidade</i> .....	153
Secção II - Grau de dificuldade de exercício do direito .....	158
<i>Subsecção I – Efectividade instrumental</i> .....	158
<i>Subsecção II – Densificação do critério</i> .....	161
a) Modalidades convencionais abrangidas .....	161
b) Dimensão subjectivamente unilateral ou bilateral da proibição .....	162
c) Natureza do juízo decisório .....	177
c.1. <i>Natureza concreta</i> .....	177
c.1.a. <i>Dimensão objectiva</i> .....	177
c.1.b. <i>Dimensão subjectiva</i> .....	188
c.2. <i>Natureza graduada</i> .....	189
c.2.a. <i>Apuramento do critério</i> .....	189
c.2.b. <i>Iniciativa do conhecimento do excessivo grau de dificuldade</i> .....	191
<i>Subsecção III - Apreciação comparativa</i> .....	193
Secção III - <i>Ordem Pública</i> .....	194
<i>Subsecção I – Sentido da noção</i> .....	195
I.1. Considerações gerais .....	195
I.1.a. <i>Plano formal</i> .....	196
I.1.b. <i>Plano da densidade axiológica</i> .....	199
I.1.c. <i>Visão conjunta</i> .....	202
I.2. Sentido no âmbito do art. 345.º, n.º 2 do Código Civil .....	203
<i>Subsecção II – Modalidades convencionais abrangidas</i> .....	205
Secção IV – <i>Relação entre as condições específicas de validade das convenções de prova e os limites gerais à liberdade contratual</i> .....	209
Secção V- <i>Relação entre as condições específicas de invalidade</i> .....	216
Capítulo II – Condições gerais de natureza processual .....	220
Capítulo III – Pressupostos gerais de validade dos negócios jurídicos .....	224
Secção I – Regularidade na formação e expressão da vontade .....	224

a) Relevância da vontade .....	225
b) Impacto no processo .....	227
<b>Secção II – Regime da forma negocial</b> .....	233
<b>Capítulo IV – Corolários da inobservância das condições de validade das convenções de prova</b> ....	237
<b>Secção I - Tipo de invalidade do acto</b> .....	237
<b>Secção II - Regime processual da invalidade</b> .....	242
<b>Subsecção I – Invalidade da convenção de prova</b> .....	242
1. Meio processual de invocação.....	243
2. Iniciativa do conhecimento.....	247
3. Decorrências do conhecimento .....	249
4. Modificabilidade da decisão relativa à validade .....	251
<b>Subsecção II – Invalidade dos actos processuais subsequentes a convenção de prova</b> .....	255
<b>Capítulo V - Risco processual e (in)validade convencional</b> .....	257
<b>Parte III - Modalidades de Convenções de Prova</b> .....	264
<b>Capítulo I – Convenções relativas aos meios de prova (<i>Beweismittelverträge</i>)</b> .....	265
<b>Secção I – Convenções constitutivas de novos meios de prova</b> .....	266
<b>Subsecção I – Considerações prévias</b> .....	266
a) Convenções de prova quanto a factos com admissibilidade de prova especialmente regulada.....	266
b) Convenções ampliadoras de manifestações legais de meios de prova .....	267
c) Perspectiva de análise .....	268
<b>Subsecção II – Prova atípica, diversa e convencional</b> .....	269
<b>Subsecção III – Meios de prova típicos</b> .....	276
III.1. Fontes densas de informação.....	276
III.2. Fontes de transmissão estruturalmente sequenciada de informação .....	277
III.3. Fontes de informação tipologicamente reguladas .....	279
<b>III.3.1. Meios de prova em sentido estrito</b> .....	281
<b>3.1.1. Manifestações significativas humanas</b> .....	281
1.1. Prova testemunhal.....	282
1.2. Declarações das partes .....	283
1.3. Prova pericial .....	287
1.3.1. Natureza da figura .....	287
1.3.2. Delimitação do âmbito da figura .....	289
a) Verificações não judiciais.....	289
b) Pareceres .....	292
1.4. Prova documental.....	294

a) Documento e suporte documental.....	294
b) Corolários ao nível da atipicidade convencional da prova .....	297
3.1.2. Prova real .....	302
2.1. Bivalência processual do objecto.....	302
2.2. Prova real, inspecção judicial, exibição de coisa – meios de prova e meios instrumentais de meios de prova .....	304
2.3. Prova real e prova documental.....	308
III.3.2. Meios de prova em sentido amplo.....	310
<b>Subsecção IV – Prova ilícita .....</b>	<b>313</b>
IV.1. Âmbito.....	313
IV.2. Níveis de avaliação .....	314
<b>Subsecção V – (In) admissibilidade de prova atípica .....</b>	<b>320</b>
V.1. Admissibilidade .....	321
a) Argumentos .....	321
b) Apreciação .....	323
V.2. Inadmissibilidade.....	351
a) Argumento.....	351
b) Apreciação.....	351
b.1. Enquadramento teleológico.....	352
b.1.1. Adequação e eficácia .....	353
b.1.2. Contenção, celeridade, eficácia e eficiência processuais .....	355
b.1.3. Ponderação valorativa .....	360
b.2. Enquadramento normativo.....	363
<b>Subsecção VI - Enquadramento classificativo de algumas figuras .....</b>	<b>366</b>
a) Perícia arbitral .....	366
a.1) Considerações gerais .....	366
a.2) Natureza da figura .....	371
a.2.1. Delimitação por via negativa .....	371
a.2.2. Delimitação por via positiva .....	378
a.2.3. Conclusão .....	383
b) Comportamento processual das partes .....	385
c) Modelos executivos de meios de prova .....	386
d) Apreciação final .....	388
<b>Secção II - Convenções restritivas de meios de prova .....</b>	<b>390</b>
<b>Secção III – Convenções quanto a factos de admissibilidade de prova especialmente regulada</b>	<b>404</b>
<b>Subsecção I - Vias de restrição legal de meios de prova .....</b>	<b>405</b>

I.1. Convenção em caso de restrição legal de meios de prova por via <i>positiva</i> .....	407
I.2. Convenção em caso de restrição legal de meios de prova por via <i>negativa</i> .....	414
<b>Subsecção II - <i>Apreciação conjunta</i></b> .....	417
<b>Capítulo II - Convenções relativas ao procedimento de prova</b> .....	418
<b>Secção I – Considerações gerais</b> .....	418
<b>Secção II – Problema da admissibilidade</b> .....	421
<b>Subsecção I - <i>Condições hipotéticas de validade</i></b> .....	422
<b>Subsecção II – <i>Condição de validade relativa à imperatividade normativa</i></b> .....	425
II.1. Critério de determinação das normas procedimentais supletivas .....	425
II.2. Sujeitos processuais com aptidão conformativa das normas procedimentais da prova .....	430
II.3. Selectividade das convenções .....	434
<b>Secção III – Condições de validade de convenções especialmente reguladas</b> .....	439
<b>Capítulo III - Convenções relativas à decisão sobre a matéria de facto controvertida</b> .....	445
<b>Secção I - Convenções relativas à decisão da matéria de facto controvertida com base na apreciação da prova</b> .....	447
<b>Subsecção I – <i>Dimensões da liberdade de apreciação da prova pelo decisor e seu condicionamento</i></b> .....	447
I.1. Condicionamento legal .....	448
I.1.1. <i>Definição do grau de conhecimento da prova</i> .....	448
I.1.2. <i>Sobreposição de sentido decisório de terceiro ao sentido decisório do juiz</i> .....	450
I.1.2.1. <i>Níveis de liberdade de definição jurisdicional do conteúdo decisório</i> .....	451
a) <i>Ampla liberdade de definição autónoma</i> .....	451
b) <i>Liberdade de definição autónoma condicionada</i> .....	453
c) <i>Ausência de liberdade de definição autónoma</i> .....	456
I.1.2.2. <i>Actividade jurisdicional decisória construtora e receptora</i> .....	457
I.1.3. <i>Desconsideração do grau de convicção do juiz</i> .....	460
I.1.4. <i>Apreciação conjunta</i> .....	463
I.2. Condicionamento convencional .....	465
I.2.1. <i>Tipos de convenções condicionadoras da decisão da matéria de facto controvertida com base na prova</i> .....	465
I.2.1.1. <i>Convenções condicionadoras do grau de conhecimento da prova</i> .....	465
a) <i>Redução convencional do grau de conhecimento da prova</i> .....	466
b) <i>Aumento convencional do grau de conhecimento da prova</i> .....	470
c) <i>Apreciação conjunta</i> .....	472
I.2.1.2. <i>Convenções relativas ao sentido decisório</i> .....	473
a) <i>Convenções impositivas de sentido decisório</i> .....	474

b)	Convenções extintivas de imposição legal de sentido decisório .....	482
c)	Apreciação conjunta.....	485
<i>I.2.1.3.</i>	<i>Convenções condicionadoras do grau de convicção .....</i>	<i>488</i>
a)	Ponto prévio .....	488
b)	Espécies convencionais incluíveis.....	490
b.1.	Convenções impositivas de grau de convicção .....	490
b.1.1.	Conteúdo convencional.....	490
b.1.2.	Aquisição processual .....	494
b.2.	Convenções extintivas da imposição legal de grau de convicção.....	498
c)	Apreciação conjunta .....	500
<i>I.2.2.</i>	<i>Apreciação conjunta quanto às convenções relativas à decisão da matéria de facto controvertida com base na apreciação da prova .....</i>	<i>501</i>
I.3.	Balanço parcial da parte terceira.....	506
<b>Secção II– Convenções relativas à decisão da matéria de facto controvertida com base nas regras do ónus da prova (Beweislastverträge).....</b>		<b>512</b>
<b><i>Subsecção I - Considerações gerais .....</i></b>		<b><i>512</i></b>
<b><i>Subsecção II – Sentidos da expressão ónus da prova .....</i></b>		<b><i>513</i></b>
II.1.	Ónus da prova em sentido geral e em sentido particular .....	513
<i>II.1.1.</i>	<i>Ónus.....</i>	<i>513</i>
<i>II.1.2.</i>	<i>Ónus da prova – sentidos geral e particular .....</i>	<i>515</i>
<i>II.1.3.</i>	<i>Ónus da prova em sentido particular .....</i>	<i>524</i>
<i>II.1.3.1.</i>	<i>Enquadramento .....</i>	<i>524</i>
<i>II.1.3.2.</i>	<i>Inversão do ónus da prova .....</i>	<i>527</i>
a)	Vias de inversão .....	529
a.1.	Inversão pelo objecto.....	530
a.2.	Inversão pelo critério .....	532
a.2.1.	Tipo e sentido decisórios .....	534
a.2.1.1.	Tipos de decisão: asseverante e excludente.....	534
a.2.1.2.	Consequências de decisão excludente .....	537
i)	no plano factual .....	537
ii)	no plano do direito .....	538
iii)	significado do tipo de decisão.....	539
<i>II.1.3.3.</i>	<i>Inversão do paradigma .....</i>	<i>542</i>

II.1.3.4. <i>Repercussões ao nível da validade das convenções de prova</i> .....	543
II.1.4. <i>Repartição legal e convencional de funções</i> .....	548
II.2. Ónus da prova em sentido impróprio - convenções ampliadoras e convenções restritivas de manifestações legais de meios de prova .....	550
II.2.1. <i>Manifestações legais de meios de prova</i> .....	552
II.2.2. <i>Presunções e ónus da prova – relação</i> .....	555
II.2.2.1. <i>Raciocínio presuntivo</i> .....	557
II.2.2.2. <i>Esforço de prova</i> .....	560
2.2.2.1. Distribuição do esforço de prova .....	560
2.2.2.2. Categorias de presunções .....	562
a) Critérios .....	562
i) Primeiro critério – presunções simples e qualificadas.....	563
ii) Segundo critério – presunções neutras, consonantes e não consonantes....	566
iii) Terceiro critério – presunções coincidentes e não coincidentes.....	566
b) Visão integrada.....	567
2.2.2.3. <i>Apreciação conjunta</i> .....	571
II.2.3. <i>Repercussões ao nível da validade das convenções de prova</i> .....	581
II.2.3.1. <i>Inversão do esforço de prova</i> .....	581
II.2.3.2. <i>Criação e extinção convencional de presunções jurídicas não judiciais</i> .....	583
2.3.2.1. <i>Ampliação convencional de presunções jurídicas</i> .....	583
a) <i>Convenções ampliadoras e presunções legais</i> .....	584
b) <i>Presunções convencionais (Vertragliche Vermutungen)</i> .....	586
c) <i>Presunções convencionais e acordo quanto a factos</i> .....	594
2.3.2.2. <i>Extinção convencional de presunções jurídicas</i> .....	595
2.3.2.3. <i>Apreciação conjunta</i> .....	599
II.2.3.3. <i>Convenções de prova sobre presunções de facto</i> .....	601
2.3.3.1. <i>Considerações gerais</i> .....	602
i) <i>Sede de tratamento</i> .....	602
ii) <i>Presunções judiciais e presunções legais</i> .....	602
2.3.3.2. <i>Considerações particulares</i> .....	607
2.3.3.3. <i>Repercussões ao nível da validade das convenções de prova</i> .....	614
a) <i>Categorias convencionais</i> .....	615

a.1) Convenções ampliadoras.....	615
a.1.1. Regime de base não previsor de fundamento lógico-indutivo judicial .....	616
a.1.2. Regime de base previsor de fundamento lógico-indutivo judicial .....	617
a.2) Convenções modificadoras do regime de funcionamento da presunção .....	619
a.3) Convenções excludentes .....	621
a.3.1. Considerações gerais .....	621
a.3.2. Regime de validade.....	624
a.3.2.1. Argumentos no sentido da validade .....	624
a.3.2.2. Apreciação dos argumentos no sentido da validade .....	628
<b>b) Apreciação conclusiva .....</b>	<b>632</b>
<b>Capítulo IV – Balanço global da Parte III.....</b>	<b>633</b>
<b>Proposições de síntese .....</b>	<b>648</b>
<b>Índice bibliográfico .....</b>	<b>652</b>