

XI Encontro Anual do Conselho Superior da Magistratura



Nos passados dias 18 e 19 de Novembro, realizou-se em Viseu o XI Encontro Anual do CSM.

O XI Encontro Anual contou com as intervenções iniciais da Senhora Vereadora Dr.^a Odete Maria de Matos Paiva (em representação do Sr. Presidente da Câmara de Viseu), do Sr. Presidente do Supremo Tribunal de Justiça e do Conselho Superior da Magistratura, Juiz Conselheiro António Henriques Gaspar e com a intervenção da Senhora Ministra da Justiça, Francisca Van Dunem.

A cerimónia de encerramento contou com a intervenção do Vice-Presidente do Conselho superior da Magistratura, Juiz Conselheiro Mário Morgado.

O tema do encontro: “Racionalização Processual e Direção do Juiz: Abordagem Crítica dos Atuais Paradigmas” foi tripartido em painéis dedicados à “Preparação do Processo”, à “Audiência de Julgamento e Decisão de Facto” e finalizando com “O Recurso”, conforme programa que segue *sub*:

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

| 18 e 19 | Novembro

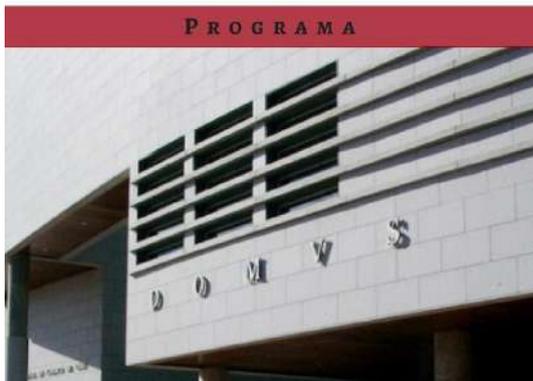
XI Encontro Anual do CSM

| Racionalização Processual e Direção do Juiz |
| Abordagem Crítica dos Atuais Paradigmas |

Viseu

 Hotel Montebelo

PROGRAMA



XI Encontro Anual do CSM

18 de novembro

🕒 09h30  Recepção dos convidados e participantes

🕒 09h45  Cerimónia solene de abertura, com as seguintes intervenções:

O Senhor Presidente da Câmara Municipal de Viseu,
Dr. António Joaquim Almeida Henriques;

O Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça e do Conselho Superior da Magistratura, Juiz Conselheiro
Dr. António da Silva Henriques Gaspar

A Senhora Ministra da Justiça, Dra. Francisca Van Dunem;

🕒 10h30  Pausa para café

🕒 11h00  **Primeiro painel:** A Preparação do Processo

Juíza Desembargadora, Dr.ª Carla Câmara

Juíza de Direito, Dr.ª Idalina Ribeiro

Juíza de Direito, Dr.ª Isabel Namora

 **Moderação:** Vogal do CSM, Juiz de Direito,
Dr. Armando Cordeiro

XI Encontro Anual do CSM

18 de novembro

🕒 12h15  Debate

🕒 13h00  Pausa para almoço

🕒 14h30  **Segundo painel:** Audiência de Julgamento e Decisão de Facto (em primeira e segunda instância)

 **Moderação:** Vogal do CSM, Juiz de Direito,
Dr. Narciso Rodrigues

Juiz Conselheiro, Dr. Manuel Tomé Soares Gomes

Juiz Desembargador, Dr. Jorge Gonçalves

🕒 15h15  Pausa para café

🕒 15h45  **Reinício do Segundo Painel**

Juíza de Direito, Dr.ª Ana Margarida Leite

Professor Doutor Rui Pinto

🕒 16h30  Debate

🕒 17h00  Final dos trabalhos

🕒 20h00  Jantar oficial
(Oferecido pela Câmara Municipal de Viseu)

XI Encontro Anual do CSM

19 de novembro

🕒 10h00  **Terceiro painel:** O Recurso

Juiz Conselheiro, Dr. António Abrantes Gerales

Juiz Desembargador, Dr. Artur Oliveira

Juiz Desembargador, Dr. José Eusébio Almeida

 **Moderação:** Vogal do CSM,
Juiz Desembargador, Dr. José Maria Sousa Pinto

🕒 11h00  Debate

🕒 12h00  Pausa para café

🕒 12h45  Cerimónia de encerramento dos trabalhos do XI Encontro Anual do Conselho Superior da Magistratura com a intervenção do:

Senhor Vice-Presidente do Conselho Superior da Magistratura

Juiz Conselheiro, Dr. Mário Belo Morgado

Organização:



Conselho Superior da Magistratura

e colaboração da Presidência da Comarca de Viseu

Com o apoio:



Câmara Municipal de Viseu



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Seguem algumas intervenções proferidas na cerimónia de tomada de posse e, bem assim, fotografias do evento.

Cerimónia Solene de Abertura



Intervenção de Sua Excelência o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça

E do Conselho Superior da Magistratura

Juiz Conselheiro António Silva Henriques Gaspar

1. Na regularidade que é já instituição, o XI Encontro Anual do CSM pode ser uma pausa no nosso quotidiano em que nos reunimos para pensar em conjunto matérias relevantes da Justiça e do sistema judicial.

Justiça como ideia e ideal, missão, função, mas também organização, gestão e funcionamento, e aqui, como se diz em linguagem nómada que me não é particularmente simpática, performativa na prestação e desempenho.

Nos Encontros de 2014 e 2015 cruzámo-nos sobretudo com as surpresas e as dificuldades da concretização do novo modelo de organização judicial criado pela LOSJ, e com os problemas adjacentes surgidos na execução efectiva - «no terreno», utilizando jargão de fonte operacional.

E nessa contingência, muito em cima do tempo, estivemos confrontados com a exibição no espaço público de noções de aparato - com alguma ambiguidade, diga-se - como gestão e eficiência, que no contexto produziram algum ruído, antes de serem centradas e interpretadas nas condições, culturas e especificidades do sistema de justiça.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Foi, nesses Encontros, a reflexão possível sobre o chamado, por facilidade, court management.

2. O tempo, como bom conselheiro, permite, neste terceiro Encontro após o início da execução da reorganização judiciária de 2014, que nos situemos num outro nível de ponderação: o processo, a racionalização do processo e a direcção do juiz.

E permite uma abordagem crítica dos actuais paradigmas e da natureza das mudanças, que nos encaminhe na procura do lugar certo entre as possíveis leituras da lei e as experiências da prática.

Fica aqui, na compreensão da teoria e da prática, a perspectiva, complexa e sensível, dos possíveis enquadramentos da administração do processo – o case management, restrito, no tema que delimita o perímetro de análise, ao processo civil.

Na definição e função, o processo é um instrumento – apenas e tão-só um instrumento – ao serviço da realização da justiça.

Constitui um necessário espaço de garantia, construído sobre regras e ordenado por princípios, que não pode ser separável da formalidade, mas na forma apenas determinada por uma finalidade: a discussão ordenada no caminho para uma decisão justa.

É um espaço também simbólico, como condição da eficácia do discurso, de garantia, de verificação e de escrutínio.

No mínimo necessário, mas no máximo exigível, o processo permite a elaboração pelos argumentos contra a espontaneidade sem ordem, prevenindo a desigualdade em favor de quem fale mais alto ou tenha condições para se fazer ouvir melhor.

É a «instituição paradigmática» de Ricoeur, suporte jurídico e material do procedimento judicial da definição de direitos.

Em síntese, o processo deve ser o espaço democrático onde os interessados podem exercer os seus direitos com liberdade e igualdade, na reconstrução da realidade como pressuposto necessário do acto de julgar.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Sendo dialéctico, porque, em regra, as posições são conflituais, impõe-se que o juiz permaneça soberano; formalmente soberano, mas objecto de múltiplas sujeições – à pressão das circunstâncias, aos humores das partes, ao vigor das fórmulas de apresentação, ou até aos indicadores de desempenho.

A natureza instrumental na realização da justiça faz com que o processo deva ser dirigido em vista apenas da obtenção desta finalidade: é sempre conveniente salientar que o processo não tem valia por si; vale apenas em função da realização da sua finalidade.

A preparação do processo, que não é mais do que a utilização adequada da sua função instrumental, constitui condição para obter a finalidade a que destina – a justa composição do litígio.

Na linguagem da doutrina, a preparação do processo concretiza o princípio da gestão processual.

Princípio que parece estar, de novo, no centro de toda a discussão.

Em expressão marcada, Miguel Mesquita, em estudo publicado na RLJ, interroga-se mesmo (e interroga-nos) sobre se o princípio da gestão processual será o «Santo Graal» do novo processo civil.

Entramos num campo em que as noções se alteram, embora permaneçam, e dificultam, por isso, uma abordagem crítica.

Desde 1926 discute-se entre nós o poder e o dever, ou melhor, os limites do poder-dever do juiz na gestão do processo; mas as fórmulas, acentuadas em 1995 e em 2013, continuam a preencher um espaço de conteúdo ambíguo, parecendo mesmo em fuga em frente, explicável, segundo alguma opinião, por dificuldades nas culturas sobre o sentido e a finalidade do processo.

O tema do Encontro dá-nos a oportunidade de pensar em conjunto, numa aproximação crítica, a suposta – ou suspeita – ambiguidade dos textos, as incertezas da praxis, as inquietudes culturais, a segurança do conservadorismo formal, ou os limites da fronteira instável entre a gestão pró-activa e o dever de imparcialidade na vertente objectiva.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

A definição, o conteúdo e as relações entre o princípio da adequação formal e o princípio da gestão processual dizem, certamente, do âmbito possível na conciliação da gestão do processo com as regras instrumentais.

O princípio da direcção material, o sentido e a finalidade do diálogo judiciário, a compreensão do processo como uma comunidade de comunicação e o princípio da auto-responsabilidade das partes vão ser, estou certo, tópicos da discussão, que contribuirá para caminhar melhor o caminho do futuro.

Os limites na gestão do processo e a direcção do processo, seja formal, formal pró-activa ou material, são princípios gerais, que integram a noção constitucional de processo equitativo – tribunal (juiz) independente e imparcial, o contraditório, que previne as «decisões-surpresa», e a igualdade de armas, ou específicos do processo civil – os princípios dispositivo e a da auto-responsabilidade das partes.

Fazer do processo um espaço de diálogo, avesso a preclusões, a jogos de subtilezas ou armadilhas formais, que permita alcançar a decisão materialmente justa, é uma exigência de justiça, que nos obriga a reflectir sobre a adequação e a modernidade das nossas culturas funcionais – nossas, de todos, mas especialmente dos advogados e dos juízes

3. Na gestão processual, a audiência de julgamento e a produção de prova vão provavelmente confrontar-nos com a necessidade de formatos diferenciados, em virtude, por um lado, da natureza das questões e da geografia sociológica dos conflitos, e por outro, do modo como o processo foi sendo preparado nos momentos anteriores.

Numa análise que vá além da rotina dos dias, podemos verificar que as coisas mudaram muito, que a densidade do tempo é, ainda assim, assimétrica nas diversas jurisdições, e que a natureza dos direitos e a substância dos conflitos apresentam acentuado grau de heterogeneidade.

As consequências que estes outros contextos devem ter na compreensão do sentido e finalidade da audiência, e a relação entre a natureza das matérias e a



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

tipologia das provas, impõem a nossa reflexão, a abertura de espírito à da mudança e a adaptação cultural a outras perspectivas de análise e entendimento.

Fora do processo penal - que tem exigências reais e simbólicas muito próprias, de publicidade, prevenção, pacificação, confiança na validade axiológica das normas penais e aquietamento social - a relevância da audiência vai ficando esbatida, certamente numa contra-cultura da tradição do processo.

A evolução radical das tecnologias, a alteração da natureza do contencioso - tecnológico, moderno, novas causas, matérias especializadas, massificado - produz alterações inevitáveis nos modos de abordagem e apresentação das questões, na metodologia de invocação e argumentação, e naturalmente nas provas.

A necessidade da audiência vai ficando enfraquecida, e esta mudança não deve ser pensada em modo de nostalgia; a audiência tenderá a deixar o lugar simbólico de acto final da dramaturgia do processo, e poderá vir a ser mais um referente do que um acto de consumo processual corrente.

No contencioso civil em sociedades dinâmicas e massificadas, a prova pessoal, testemunhal, por declarações ou de parte, será frequentemente reduzida na sua relevância, cedendo aos diversos modelos periciais e a outras verificações qualificadas.

A audiência poderá ficar, então, mais como um momento de discussão perante o juiz sobre a valia da prova apresentada, do que propriamente um acto para produção de prova, ou também o momento para confrontar publicamente os argumentos das partes.

Nestas circunstâncias, no futuro, a gestão material do processo, que caiba ainda nos poderes de direcção do juiz, permitirá, em muitas situações, a decisão sem audiência.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

4. No programa do Encontro, a matéria de recursos justifica também alguma reflexão sobre a razoabilidade, proporcionalidade e eficácia dos modelos actuais.

O recurso «garantia», também designado de grau ou «hierárquico» na diferenciação conceptual com o recurso «normativo» de uniformização, constitui ainda um dos elementos integrantes da noção de processo equitativo, interpretada nos limites que têm sido definidos em matéria civil na jurisprudência do Tribunal Constitucional e do TEDH.

O regime dos recursos em processo civil foi consideravelmente alterado na revisão de 2007/8; o essencial desta revisão teve, aliás, que ver com o regime dos recursos.

Algumas dúvidas ficaram patentes, mas não houve nem a percepção nem o cuidado – ou ambos – para colher as lições e cuidar da matéria na revisão de 2013.

Saliento apenas algumas dificuldades que devem merecer o nosso cuidado na precisa identificação do problema e na proposta empenhada, se for o caso, de hipóteses de solução.

Por exemplo, a complexidade do actual regime do recurso em matéria de facto, com problemas de eficácia e proporcionalidade, a recomendar estudo cuidado na relação entre os meios e os resultados.

Este modelo foi construído a partir de 1995, convém lembrar, sobre uma suposta reordenação de meios, com a economia do sistema de juiz único compensada pela maravilha dos modernos meios técnicos que permitiriam, na medida necessária, ser o suporte controlo da prova pela relação.

Permitam-me pensar que foi um tremendo erro, que teve, além do mais, danos colaterais nas culturas no interior da instituição, com o enfraquecimento da colegialidade.

Ainda em matéria de regime dos recursos, não podemos ignorar as tendências comuns nas experiências comparadas, e impostas desde há década e meia pela força das circunstâncias, para a racionalização dos meios no acesso aos supremos tribunais através da criação de procedimentos de filtragem.

Na revisão de 2008, o meio designado – impropriamente - como «revista excepcional» constituiu uma forma que o legislador encontrou para «filtrar» os recursos.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

No entanto, o défice normativo sobre o meio, a omissão na definição da sua natureza e as dificuldades de ordem prática, não facilitam a aplicação; seria útil, a este propósito, projectar a discussão sobre os pressupostos do recurso para o supremo tribunal, com abertura às soluções que forem mais adequadas para o nosso tempo.

5. Nestes dois dias vamos pensar, em conjunto, momentos estruturantes da direcção e gestão do processo; na diversidade das análises, vamos ler e interpretar o presente das nossas práticas, experimentando desta janela o futuro com a dádiva da contribuição do nosso pensamento.

Faço votos para o êxito do XI Encontro do CSM.

António Henriques Gaspar

18 de Novembro de 2016



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Intervenção de Sua Excelência a Ministra da Justiça

Francisca Van Dunem

Inicia-se hoje o XI encontro anual do Conselho Superior da magistratura.

Serão dois dias de intensa reflexão sobre um tema da maior atualidade e relevância: a racionalização processual e abordagem crítica dos atuais paradigmas.

É com muito gosto que participo neste encontro, que tem, para mim, para além do mais, a singularidade de ser a segunda vez que, com o senhor vice-presidente, participo neste evento, ainda que ambos em condições institucionais diferentes.

De facto, nos idos de 2008, no V Encontro anual, em Guimarães partilhámos, como comentadores, uma mesa sobre a temática “comunicação interna, novos temas e problemas”.

Mas no gosto de aqui estar, que se deve, em primeira linha, à qualidade da instituição anfitriã e ao tema central do encontro, estende-se ao local escolhido: Viseu, de origem castreja, importante povoação romana, terra de Grão Vasco, o grande pintor de transição renascentista.

Permitam-me que saúde a renovada descentralização que o Conselho tem elegido para os seus encontros anuais – são gestos simbólicos que também aproximam a justiça dos cidadãos, aproximação que constitui uma preocupação partilhada pelo Governo e que inspirou e modelou a proposta de alteração ao mapa judiciário.

Minhas senhoras e meus senhores,

O Conselho Superior da Magistratura é, na conformação constitucional, para além do órgão de gestão, de disciplina e de avaliação do mérito profissional dos magistrados judiciais, o garante da salvaguarda institucional dos juízes e da sua independência, pressuposto do Estado de Direito.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Este Conselho tem assumido um papel liderante na reflexão sobre os temas da administração dos tribunais, da organização judiciária, da gestão estratégica dos tribunais e da gestão processual – objeto dos últimos três encontros anuais e também do presente.

E este percurso ilustra bem a centralidade e a dificuldade do tema.

É o reconhecimento do desafio que todos temos pela frente, pensado nas suas diversas faces e acompanhando as alterações legislativas introduzidas nos últimos anos e as suas incidências funcionais.

Propõe-se um adensamento do princípio da gestão processual sob o signo de cada uma das fases processuais: preparação do processo, audiência final, decisão de facto e recurso.

O dever de gestão processual, positivado em geral na última reforma do processo civil, em vigor desde 2013, reforçou os poderes do juiz e é um poderoso instrumento de conformação concreta do processo ao fim que serve: a administração da justiça.

Seja nas suas manifestações expressas, como a adequação formal ou na agenda da audiência prévia; seja na vertente casuística em que o juiz, processo a processo, agiliza, adequa e simplifica - sempre limitado pelos princípios essenciais do contraditório, do dispositivo, da igualdade e da fundamentação -, este dever de gestão partilhada, há muito reclamado, será seguramente o instrumento positivo que permitirá à nossa justiça cível encontrar a sua vocação de modernidade e demonstrar a capacidade de ajuste ao seu tempo.

Reflexões como a que hoje iniciam são, por isso, exercícios essenciais. Iniciativas da maior importância e utilidade.

Em primeiro lugar, por partirem de quem partem: dos protagonistas.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Um Conselho que promove o debate interno entre pares é um Conselho aberto a ouvir e fazer falar quem sabe, quem se interroga e quem quer fazer melhor por aquilo que, não sendo coisa sua, é seu múnus: a realização da justiça;

Depois, porque se baseiam necessariamente em reflexões prévias dos interessados e serão um exercício de auto interpelação e amadurecimento.

Finalmente porque a oportunidade é temporalmente perfeita.

De facto, na recente cerimónia de abertura do ano judicial, exortei os representantes das magistraturas, da advocacia e dos demais poderes do Estado ali presentes, a que nos congregássemos num contrato institucional que, reduzindo a possível soma das nossas incompreensões, aprimore formas de cooperação dinâmicas, permanentes e efetivas.

E na mesma cerimónia ouvi com agrado o senhor Presidente da República exortar à celebração de um novo Pacto para a justiça, que explicitou mais tarde que se traduzia num apelo à geração de consensos ou à criação de plataformas de entendimento, entre os agentes não políticos do sistema que pudessem abrir caminho a acordos políticos futuros, que poderiam ser delineados por fases e por áreas.

É este o momento que vivemos e que estou certa, não deixa indiferente esta assembleia.

Senhor Presidente,

Minhas senhoras e meus senhores

Têm e terão sempre no Ministério da Justiça um ouvinte e interlocutor atento.

Prometemos aproximar a justiça dos cidadãos, responder às necessidades destes de forma mais rápida e adequada.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Os tempos exigem uma postura de grande abertura a todos os saberes, mesmo nos domínios mais tradicionais.

A aposta nas novas tecnologias como ferramenta de eficiência é um dos eixos da tarefa a que nos propomos, sempre com a colaboração ativa de todos.

Disponibilizámos os indicadores de gestão.

Temos no terreno o projeto piloto Tribunal+, do qual esperamos retirar informação que favoreça a reorganização das secretarias judiciais e de reconfiguração dos modelos de atendimento.

Acompanhámos e promovemos o desenvolvimento do interface do SISAAE com o Citius, estamos a construir um novo portal, tendo sido disponibilizados os portais das comarcas onde já é possível inserir e recolher informação.

É vital não só melhorar como comunicar a mudança, dar a conhecer o que se faz e como se faz, contribuindo para o alinhamento de algumas ideias pré-concebidas para as quais a justiça e o judiciário, olhados de fora, são campo fértil.

Não enjeitamos realidades e diagnósticos há muito feitos, mas não podemos igualmente deixar de sublinhar o que se faz bem.

A perceção pública da morosidade da justiça, sendo correta em alguns segmentos, ancora-se frequentemente em casos limite, contaminando até domínios em que a realidade dos números desmente o quadro catastrófico frequentemente traçado.

A imagem da justiça é muito alimentada por perceções, que criam corpo e ganham espaço pelo défice comunicacional do sistema.

Todos os estudos feitos nesta matéria evidenciam que o contacto com o sistema favorece a opinião. Que os cidadãos que tiveram já alguma relação com o sistema judiciário têm dele uma imagem mais positiva do que os que o nunca com ele contactaram.

Melhorar a comunicação externa através da recolha, do tratamento e da divulgação de mais informação sobre o sistema de justiça no seu conjunto constitui,



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

nesse contexto, uma necessidade imperiosa e uma forma de permitir uma avaliação mais rigorosa por parte da comunidade jurídica e dos cidadãos em geral.

O Ministério da Justiça tem intenção de concretizar esse objetivo.

A estratégia será nossa, mas um dos papéis principais será vosso.

O juiz, no seu desempenho quotidiano, é uma peça essencial também na comunicação da justiça. Na formação da imagem sobre a justiça e do conceito dos Tribunais.

E não há melhor forma de comunicar que a eficácia; a equilibrada ponderação entre as garantias de um processo equitativo e as exigências da decisão em prazo razoável, tarefa na qual o juiz desempenha tão importante papel.

O direito em ação depende de vós e é essa a consciência que aqui vos traz para pensar a estratégia e a direção do processo.

O Ministério da Justiça segue a vossa importante reflexão e dela seguramente retirará contributos para o esforço que não podemos deixar de desenvolver em estreita colaboração.

Termino adaptando Torga, na sua Mensagem aos Transmontanos de Vila Real:

As mesmas forças visíveis e invisíveis que nos mandam existir, mandam-nos existir sem cadeias, mas obrigam-nos a trabalhar em concertação. Exige-o a natureza e a interdependência dos poderes que corporizamos; impõe-no o momento; entende-o a nossa lucidez. Sem cadeias, porque somos os obreiros dos nossos próprios compromentimentos; articulados, porque entendemos que toda a solidão egoísta será a recusa do progresso e um desencontro com a história.

Desejo-lhes o Melhor para este Encontro.

Muito obrigada!

Francisca Van Dunem

18 de Novembro de 2016

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Primeiro Paine! A Preparação do Processo



Intervenção da Exma. Senhora Juíza Desembargadora

Dr.^a Carla Câmara

Resumo: A preparação do processo há-de fazer-se à luz de uma cultura da decisão, da sua condução finalística. Tem como pilares básicos: O afastamento absoluto de processado não essencial; O conhecimento das questões na primeira intervenção após a respectiva apresentação; A mudança de fase a cada decisão; E o despacho em tempo. Tal condução acarreta, inevitavelmente, redução do tempo médio de duração dos processos, das pendências e dos tempos de calendarização e esta redução surge não como ponto de partida mas de chegada. A gestão processual constitui, pois, um instrumento para atingir um processo ao serviço da justiça material e um processo temporalmente justo.

*

Em primeiro lugar, os meus agradecimentos ao Conselho Superior da Magistratura, que faço nas pessoas dos seus Excelentíssimos Presidente, António Henriques Gaspar, e Vice-Presidente, Mário Belo Morgado, pelo honroso convite para participar neste Encontro.

A todos os demais participantes, designadamente aos meus Colegas de Mesa, endereço os meus cumprimentos.

*



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

A preparação do processo à luz da reforma da organização judiciária e num âmbito mais circunstanciado, da reforma do processo civil, área em que venho desde sempre exercendo funções, trouxe consigo:

- ✓ O reforço dos poderes de flexibilização, adequação formal e direcção efectiva do processo pelo juiz, com vista à justa composição do litígio;
- ✓ As medidas de simplificação processual e de reforço dos instrumentos de defesa contra expedientes dilatatórios;
- ✓ O reforço dos poderes do juiz para rejeitar intervenções injustificadas ou dilatórias.

Estes parâmetros radicam-se, fundamentalmente, numa pretensão de maior celeridade e eficácia.

Não diferem, todavia, e na nossa óptica, dos parâmetros já anteriormente vigentes, os quais já propalavam propósitos que, de forma mais vincada o legislador de 2013, no que ao Código de Processo Civil diz respeito, veio recuperar.

De facto, já antes se não podia assacar ao processo civil uma feição formalista, por nele encontrarmos, mesmo antes de 2013, instrumentos que convenientemente interpretados permitiam dar primazia ao substantivo, em detrimento de soluções formais.

*

A abordagem que farei é eminentemente prática e, nesta perspectiva, não pretendendo ser redutora, afigura-se-me que o que importa que perpasse na preparação do processo é, em primeira linha, uma **CULTURA DE DECISÃO**, de condução finalística do processo, que não perca de vista -num sobrevoo sobre o processo - que a delonga, por vezes necessária, em determinadas fases do processo, não nos pode fazer, NUNCA, perder de vista, o desfecho para que o conduzimos.

Quatro pilares básicos de que podemos partir:



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

1. Afastamento absoluto de processado não essencial;
2. Conhecimento das questões na primeira intervenção após a respectiva apresentação;
3. Mudança de fase a cada decisão e
4. Despacho em tempo.

Concretizando o que se pretende expressar:

1. Não ordenar nem praticar um só acto que não seja necessário a uma regular e sã tramitação processual: arredar o dilatatório, evitar o mero formalismo, colocar barreiras aos incidentes irrelevantes para a decisão final de mérito e pôr de lado as diligências não essenciais ao desenvolvimento do pleito; E igualmente incentivar as partes a agilizarem as práticas processuais e a não levantarem obstáculos desnecessários;

2. Nunca deixar para depois aquilo que pode fazer-se antes; qualquer questão que, porventura, surja, deve ser imediatamente apreciada e decidida, a menos que a solução dependa de factores indisponíveis na altura;

3. Combater a movimentação aparente ou artificial do processo; À decisão proferida seguir-se-á a passagem ao ciclo seguinte da ritologia processual.

4. O despachar sem ultrapassar os prazos legais evita a perda de controlo sobre o serviço concluso.

*

Implementando estas práticas, lograr-se-á obter um processado simples, seguro, escorreito e sem incidentes (a não ser os legalmente tipificados), em que a decisão final surge quando menos se dá por ela.

E nesta preparação do processo se inclui a preparação necessária à condução das audiências (prévia e final), intervindo-se nelas para imprimir ordem, método e



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

celeridade aos trabalhos, bem como para obviar a questões ou situações anómalas, susceptíveis de prejudicar o ritmo e a fluidez da sessão.

Esta condução do processo que imprime celeridade às decisões, simplifica o processado, utiliza métodos de trabalho adequados, que não prescindem da direcção do Tribunal e das diligências com eficácia e segurança, terá, inevitavelmente como consequência a redução substancial do tempo de calendarização, a redução do tempo médio de duração dos processos e redução das pendências.

Estas reduções dos tempos de calendarização e de pendências não são o princípio mas o fim, são a expressão da qualidade do serviço de justiça prestado.

Temos, assim: Apreensão das situações jurídicas submetidas à apreciação do Julgador; Atenção às incidências da tramitação; Direcção célere e disciplinada do processado, tendo em mente a obtenção da decisão de mérito no mais curto espaço de tempo possível.

Do que se trata é, assim, de uma GESTÃO DO PROCESSADO NO PRESSUPOSTO DE QUE ESTE MAIS NÃO É DO QUE UM INSTRUMENTO PARA ATINGIR OS REAIS OBJECTIVOS DA JUSTIÇA.

O processo civil não constitui um fim em si mesmo, mas está ao serviço da satisfação dos direitos de natureza substantiva.

Daí que deva assentar na subvalorização das decisões formais e na sobrevalorização de decisões de mérito.

Esta preconizada desenvoltura na ordenação do processamento, determinação na condução do processado, boa visão de conjunto dos instrumentos processuais, permitem colocar o processo ao serviço da Justiça do caso concreto.

*

DITO ISTO e antes de proceder à exemplificação dos modos de concretizar o que deixámos referido, CUMPRE DEIXAR AS SEGUINTEs NOTAS.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Quando se refere celeridade, não se quer significar decidir apressadamente ou em atropelo dos princípios: da igualdade das partes, do contraditório, do direito à prova.

A Justiça tem um tempo e um ritmo próprio. Requer reflexão, ponderação, em obediência aos princípios porque se rege.

O que se pretende realçar:

É a necessidade de nos despojarmos de práticas arreigadas, formalistas que não cumprem um fim em benefício da decisão em tempo razoável;

É afastar despachos interlocutórios, que pululem nos autos, todos em tempo, trabalhosos, que requereram aos Juízes árduo trabalho mas que para além da erudição que deles ressalta, não cumprem um fim ao serviço da decisão de mérito e prolongam injustificadamente o processo no tempo.

Quando se refere eficácia, o que se pretende significar é a colocação da simplificação, desburocratização, agilização do processo, ao serviço da tutela judicial efectiva (artigo 20º da Constituição da República Portuguesa), cuja prossecução, com êxito, é factor de legitimação do processo e das decisões nele proferidas que conheçam dos litígios trazidos à apreciação judicial.

*

A procura de maior celeridade e eficácia na administração da Justiça, timoneira da preparação do processo de que aqui se cuida, é desprovida de qualquer lógica economicista de produtividade pela produtividade.

Ao invés, tal procura está colocada ao serviço da realização da Justiça, no combate à duração irrazoável do processo desnecessária à prossecução da decisão de mérito sobre litígio trazido à apreciação judicial.

Não se professa aqui qualquer cultura do instantâneo.

A duração necessária do processo, o «prazo razoável» da decisão, deverá corresponder a um «processo temporalmente justo».



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

*

Considerando, então, agora, as SITUAÇÕES PRÁTICAS SUSCEPTÍVEIS DE EXEMPLIFICAREM O QUE ACIMA SE REFERIU, fá-lo-emos com quase total incidência relativamente ao processado em 1ª instância, período em que experienciei estas práticas.

Falta-me tempo no Tribunal da Relação de Lisboa, onde exerço funções desde Setembro passado, que me permita, por ora, elencar com maior exaustão procedimentos e práticas concretas passíveis de concretizar os acima mencionados propósitos, sem prejuízo de atrevidamente, identificar um ou outro que perspectivado como susceptíveis de os alcançar.

Relativamente aos exemplos recolhidos, os mesmos advêm da prática judiciária como Juiz, pelo que comporta uma visão – a minha – relativamente à direcção dos processos em que tive intervenção, na busca da tutela dos direitos em litígio.

Quanto à 1ª instância:

Despacho liminar

Dedicar algum tempo, pouco que seja, à gestão processual no início do processo pode permitir ao Juiz poupar bastante tempo a jusante.

São os Juízes com maior carga processual, aqueles que mais carecem desta gestão e de ter o controlo do processo desde o seu início.

Sendo o despacho liminar, por regra, deixado ao critério do Juiz (590º/1 CPC), ressalvadas as situações em que a citação depende sempre deste despacho (226º/4 CPC), avocar o processo nesta fase pode permitir identificar pedidos manifestamente improcedentes ou a ocorrência de excepções dilatórias insupríveis e de conhecimento oficioso.

Naturalmente que não se sugere que se determine se façam todos os processos conclusos prévios à citação.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Todavia, situações há em que, em estreita colaboração com a secção de processos com que trabalhamos, é possível trocar impressões sobre os processos entrados e despachar liminarmente, tomando *ab initio* o pulso ao processo.

Realização de audiências prévias, cumprindo-se a tendencial obrigatoriedade da sua realização

A) A tentativa de conciliação, como o primeiro identificado fim da audiência prévia:

A reunião dos litigantes perante o julgador num contexto de imediação, é susceptível de lograr uma solução consensual.

E para isso aponta a maior oneração do Julgador que deve agora, «*empenhar-se activamente na obtenção da solução de equidade mais adequada*», deixando-se «*consignadas em ata as concretas soluções sugeridas pelo juiz*» (artigo 594º, nºs 3 e 4).

Ao invés da perspectiva de um acordo que se giza à «*porta da audiência final*», deve o Juiz assumir uma atitude pró-activa no sentido da conciliação das partes.

Esta missão conciliatória do juiz é, também ela, uma das **concretizações do princípio da direcção do processo**, de que não deve prescindir.

B) A concentração, num único momento – o da audiência prévia - dos fins a que se destina a sua realização, obviando à prolação de despachos segmentados que cumpram cada um destes fins em vários momentos do processo:

i) A identificação do objecto do litígio e dos temas da prova: São inúmeras as vantagens da identificação do objecto do litígio e dos temas de prova e imediata decisão das reclamações que sejam deduzidas, associadas à dialéctica



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

intervenção de todos os intervenientes processuais, criando-se uma verdadeira comunidade de trabalho, ao serviço do caso concreto;

Vantagens associadas ainda à oralidade (591º/4, 596º, nº 4 CPC), que subjaz a esta audiência, ficando gravados todos os requerimentos e despachos proferidos, sem prejuízo de serem transcritos para a acta o que o Juiz, officiosamente ou a requerimento dos mandatários tenham por necessário (155º/5 CPC), o que é factor de agilização e de celeridade.

ii) Igualmente a imediata prolação de despacho sobre os **meios de prova**, a agilização da sua obtenção, nos casos, por exemplo em que o processo comporta a necessidade de uma perícia, como adiante se exemplificará;

iii) O agendamento das sessões de audiência final, com o acordo de agendas dos mandatários e do Tribunal ali conseguido e a concertação sobre os tempos de realização e repartição por várias sessões.

*

Com a realização desta audiência promove-se o acordo entre as partes (não se convocando as mesmas apenas para tal fim, o que por norma se revela inútil) e evita-se a prolação de despachos, por regra realizados em 4 momentos processuais distintos:

1. O despacho que dispensa a audiência prévia, identifica o objecto do litígio e fixa os temas da prova (593º, nºs 1 e 2 CPC);

2. O despacho que designa audiência prévia potestativa para conhecimento das reclamações (593/3 CPC) ou que delas conheça sem que tal audiência seja designada, o que é uma prática adoptada por todos quantos são avessos à realização desta audiência;

3. O despacho que admite os meios de prova e determina a sua realização – 598º, nº 1, CPC (que dependendo da instrução a realizar, poderá não permitir a imediata designação da audiência final);



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

4. O despacho que designa data para a audiência final com a prática de actos pela secretaria tendentes a diligenciar pelo acordo de agendas.

A concentração da prática de actos em audiência prévia dispensa estes 4 tempos da prática de actos no processo, com as subsequentes diligências pela secção de processos.

Suspensão da instância

O despacho que declara a suspensão da instância, por acordo das partes e por determinado tempo **não deve prescindir da designação do momento em que os autos devem vir conclusos** e, sendo possível, do acto a praticar então, caso o acordo não se alcance.

Sendo deduzido tal requerimento, em que as partes manifestam o acordo na suspensão da instância, **no início da audiência prévia** (o que é frequente porquanto, em regra, é este o primeiro contacto pessoal entre os mandatários e as partes e é aqui que, pela primeira vez, as partes estão em posição de apresentar propostas de acordo), logrei sempre obter por parte dos Mandatários assentimento a que **formulassem tal requerimento depois de praticados os actos para que haviam sido convocados** e, assim, depois de realizados os fins da audiência prévia e de designada, até, data para audiência final (caso a audiência prévia não obstaculizasse a tal acordo, por exemplo, pelo conhecimento imediato do mérito).

Desta prática decorre:

✓ Uma maximização dos tempos de trabalho: do Juiz, que tinha a audiência preparada e que, se não se realizar naquele dia, terá que recuperar todo o trabalho de preparação feito, para repeti-lo meses depois; dos mandatários que igualmente não voltarão a deslocar-se ao Tribunal para uma audiência que não se realizou por motivo de suspensão da instância.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

✓ Uma data para a realização da audiência final (caso não sobrevenham diligências probatórias que impeçam a sua designação), que servirá como limite temporal máximo para sobrestar na suspensão da instância, obtendo-se desde logo as disponibilidades de agenda ou se for caso de levar a efeito uma perícia, desde logo se deixam preparados os actos para a sua execução.

Prova Pericial

Com alguma frequência, a realização de prova pericial é factor de delonga processual e de hiatos temporais que escapam à direcção do Juiz.

Todavia, mesmo aqui, é possível adoptar procedimentos que permitem o controlo do

tempo de duração da perícia, por um lado; E, por outro, permitam o adensar de meios de prova cuja junção venha a ser requerida a pretexto desta prova pericial.

Tal poderá fazer-se:

i) Pela **calendarização dos tempos previsíveis de realização da prova pericial, à luz das etapas a realizar;**

ii) **Pela condensação neste momento da introdução de documentos à mesma necessários**, evitando-se as «*surpresas*» que não raras vezes são reservadas para a audiência final.

Concretizando:

É certo que a prestação de compromisso de honra pode ser efectuada no relatório pericial, dispensando qualquer intervenção do Juiz.

Todavia, a verdade é que a sua prestação em diligência a tanto destinada poderá ser o pretexto para se promover, junto dos Peritos, a calendarização dos «tempos» da perícia, obviando às delongas não raras vezes ocasionadas, desde logo, pela falta de agilização dos contactos entre os mesmos.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Ou, se assim não se pretender fazer, poder-se-á convocar os peritos e os mandatários das partes especificamente para este fim.

Constata-se, com frequência, que quando os peritos, notificados pelo Tribunal para junção do relatório por estar decorrido o tempo fixado para a sua apresentação, solicitam a prorrogação do mesmo, nada fizeram até à data, sendo apenas por via deste impulso da concessão de um novo prazo improrrogável (artigo 483º/3 CPC), que os peritos se reúnem e se dispõem a elaboração do relatório pericial.

No que se refere à apresentação de documentos que venham a ser solicitados pelos peritos (481º CPC), por necessários à sua realização e que não tenham sido juntos aos autos, a determinação pelo Juiz às partes **de que procedam à sua junção ao processo, bem como daqueles que entendam como relevantes para a realização da perícia** (artigo 6º, nº 1, do Código de Processo Civil), com a **expressa menção a que a sua junção posterior** será valorada pelo Tribunal à luz dos princípios da boa-fé e da cooperação, poderá ter efeito dissuasor da junção de documentos em audiência (com o pretexto de que que são documentos cuja junção se tornou necessária em virtude de ocorrência posterior - 423º/3 CPC).

Ainda quanto à **necessidade de documentos para a realização da perícia**, poder-se-á concertar entre os peritos, as partes e o Tribunal que a **sua junção se efectue a solicitação do perito directamente à parte que o detenha**, dando conhecimento à contraparte e ao Tribunal. De facto, se o perito pede ao Tribunal um documento, a regra é a notificação pelo Tribunal à parte que o detenha para a sua junção. O Juiz não duvidará da sua pertinência para a realização perícia.

Dar a possibilidade de o perito o solicitar directamente à parte permite igualmente imprimir maior colaboração entre as partes, com efeitos no tempo de realização da perícia.

Só não será assim se a parte se recusar a juntar ou informar não o deter em que se não pode prescindir da intervenção judicial para dirimir tal questão.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Prova Documental

Era frequente, nos processos que tramitei – a experiência é das Varas Cíveis de Lisboa, desde 2014 Instância Central Cível - os articulados serem acompanhados de inúmeros documentos, algumas vezes não numerados e muitas vezes desordenados (desordem esta motivada pela capacidade de envio do *citius*), documentos estes que se espraivavam por mais de uma dezena de volumes.

A necessidade de visualizar estes documentos em audiência, para confrontar as testemunhas, comporta tempos de paragem tendentes à sua localização, nos vários volumes, o que é factor dissuasor do ritmo que se quer imprimir à audiência final, designadamente no cumprimento do tempo que se considerou para a audição e que determinou a convocação das testemunhas repartidas por várias sessões.

E tal ocorre sem prejuízo do afincó e detalhe com que foi preparado o processo pelo Juiz

É frequente, agora na Relação, na audição da prova nos recursos da matéria de facto, constatar a frequência com que tal acontece (em que por longos minutos se ouve o folhear do processo e as interjeições entre os vários intervenientes no auxílio à sua localização).

O convite às partes, em momento prévio à audiência final (preferencialmente em audiência prévia) no âmbito do princípio da colaboração, a que identifiquem, à luz dos temas de prova, os documentos em que sedimentam a versão que apresentam da matéria controvertida, com a sua exacta identificação no processo (por referência por exemplo à data em que deram entrada), permite obstar aos constrangimentos em audiência tendentes à referida localização dos documentos.

Audiência final

A junção de documento em audiência não é susceptível de gerar o seu adiamento, mesmo que a parte contrária não prescindia de prazo de vista e mesmo



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

que a parte que o apresentou refira pretender confrontar testemunha com tal documento.

O prazo de vista pode ajustar-se ao momento em foi apresentado e decorrer no âmbito da audiência.

Não sendo caso disso, por exemplo, porque seja junto documento cujo conteúdo seja de difícil apreensão imediata, nada obsta a que o mesmo seja exercido pelo tempo que se julgar adequado, que não tem que ser o prazo supletivo de 10 dias (149º CPC), sem prejuízo do prosseguimento da audiência.

De facto, a arguida necessidade de confrontar testemunha com o documento, dará lugar à possibilidade de determinar o seu regresso para ser confrontada, depois de decorrido o prazo de vista, quanto ao ponto concreto cuja prova se pretende fazer com a junção.

Sempre que me foi requerida a junção de documento e o adiamento – sendo-me dado conta até do acordo da parte contrária quanto a que não tivesse lugar o início do julgamento – em razão da junção de documento (mesmo nos casos residuais agora permitidos pelo artigo 423º nº 3, do CPC), tendo proferido despacho no sentido da não verificação dos pressupostos para o adiamento da audiência, sem prejuízo da reinquirição de testemunha quanto ao concreto ponto de facto para que relevasse o documento, nunca, ao longo do tempo em que exerci funções em primeira instância, tal reinquirição de testemunha foi requerida pela parte.

*

Quanto ao Tribunal da Relação de Lisboa:

Necessidade de índices

Por vezes os processos chegam à Relação quando já foram alcançados vários volumes, já foram interpostos vários recursos e se impugnam várias decisões interlocutórias.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Falta-lhes um índice, que permita acompanhar o processado e, de forma célere, apreender o seu histórico, índice este que fosse suficiente para permitir a real apreensão do processado até ao momento em que o processo é remetido ao Tribunal da Relação.

Com este índice se retiraria muito tempo de trabalho ao Julgador na realização de tarefas para as quais não se requerem conhecimentos técnicos mas tão só tempo e paciência.

Um maior entrosamento entre a 1ª instância e o Tribunal da Relação

Ocorrendo deficiente instrução de recursos, quando devam subir em separado, poderia suprir-se tal falta, de forma célere, através de um contacto telefónico deixado referido em cota no processo e um *email* de resposta, igualmente contextualizado nos autos, que permitisse à 1ª Instância enviar de imediato o documento em falta, obviando a que o processo deixe o domíno do Julgador para repousar na secretaria, algumas vezes por tempo demais, enquanto aguarda o cumprimento dos ofícios respectivos tendentes à referida junção.

Se é possível inquirir em primeira instância testemunhas por telefone (artigo 520º do CPC), porque é que este não há-se ser meio adequado para solicitar, entre Tribunais, uma peça processual em falta?

*

Fundamentalmente estas notas aqui deixadas, relativas a procedimentos que permitam tornar mais célere e eficaz a tramitação, mais não pretendem do que o amparo para a implementação de procedimentos que permitam afastar alguma, ainda, inércia do judiciário face a resquícios de um modelo burocrático de organização dos Tribunais e interacção entre eles.

A cultura judiciária, o tempo e o modo de actuação de cada Juiz, faz-se, antes e mais agora, numa perspectiva inter-relacional que não prescindindo de uma cultura de serviço e de auto responsabilidade, centrada em objectivos e resultados, desemboque numa atitude proactiva de racionalização, que não prescinda de



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

uma abordagem dos diplomas legais desprovida de pré-compreensões desadequadas e, antes, busque neles a *ratio* da norma e a sua natureza utilitária ao serviço do processo; que arrede formalismos e actos inúteis, centrando a tramitação do processo no essencial; que tenha o controlo da gestão do processo e o conduza a uma decisão final de mérito.

UM JUIZ NÃO PODE NUNCA TER A PRETENSÃO DE CUMPRIR A SUA FUNÇÃO QUANDO SE ALHEIA DAS CONSEQUÊNCIAS DA SUA INTERVENÇÃO NO PROCESSO.

Ao invés, uma condução do processo responsável, arguta, assente numa cultura jurídica sólida e estruturada, sensata, ponderada e equilibrada logrará alcançar JUSTIÇA.

Não obstante o novo traçado do mapa judiciário e o novo modelo de gestão (este quando traz ínsita a fixação de objectivos) possa trazer, aqui e ali, uma nova concretização prática deste ou daquele desiderato da reforma, um ou outro desvio aos objectivos a prosseguir, certo é que OS PROTAGONISTAS – para o bem e para o mal – DOS ACTUAIS PARADIGMAS SERÃO SEMPRE OS MAGISTRADOS JUDICIAIS.

A reforma judiciária será aquilo que os sujeitos do judiciário dela fizerem.

A preparação do processo reflectirá SEMPRE quem nele interveio, o seu empenho e motivação e as sinergias que carreie para a vida judiciária.

Saibamos encontrar esta energia estimulante que permita colocarmo-nos ao serviço do OUTRO, em nome de quem administramos JUSTIÇA.

*

Muito obrigada pela atenção que me dispensaram e coloco-me ao Vosso inteiro dispor.

Carla Câmara

18 de Novembro de 2016



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Intervenção da Exma. Senhora Juíza de Direito

Dr.^a Idalina Ribeiro

Resumo

A Lei de Organização do Sistema de Judiciário, de pendor marcadamente gestor, entrou em vigor em setembro de 2014. Além das demais, introduziu alterações ao nível do funcionamento interno dos tribunais, designadamente a definição e implementação de objetivos processuais para as unidades de processos e a atribuição de competência ao juiz presidente para a definição dos métodos de trabalho. Estes dois aspetos introduziram alterações nas práticas judiciais e passaram a ser expressamente considerados na avaliação do desempenho dos juizes nos termos previstos no Regulamento das Inspeções Judiciais. A par destas alterações organizacionais a reforma do Código de Processo Civil atribuiu ao juiz de direito um poder dever de gestão processual, convocando princípios de eficiência na gestão do processo judicial, mantendo-se, inalterada a cultura judiciária da gestão do volume processual assente no critério do cumprimento dos prazos processuais.

A conformação das práticas judiciais com os princípios gestores da LOSJ e do CPC implicam mudanças nos procedimentos e organização do trabalho instituídos nos tribunais, direcionando com pertinência e atualidade a discussão em torno do modo concretização dos princípios de racionalização processual e direção do juiz, no atual paradigma de gestão, situado entre o modelo gestor e a burocracia racionalizada.

Este artigo é empírico e exprime, essencialmente, a perceção da prática judiciária da autora enquanto juíza de direito. Pretende contribuir para a discussão da concretização no domínio das práticas judiciais do poder dever de direção processual atribuído ao juiz de direito no atual modelo de gestão processual.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Palavras-chave: modelos de gestão processual, direção do juiz de direito, objetivos processuais e métodos de trabalho.

Parte I

Introdução

As transformações gestionárias no sistema de administração da justiça ganharam centralidade e, com estas, também a organização e funcionamento interno dos tribunais. *"Racionalização processual e direção do juiz, abordagem crítica dos atuais paradigmas"* apelam às temáticas do papel atribuído ao juiz na gestão processual, no quadro do atual modelo de gestão introduzido pela reforma no sistema judiciário que substituiu o modelo técnico burocrático pelo gestor.

A LOSJ prevê a fixação de objetivos processuais para as unidades de processos e atribuiu ao juiz presidente competência para implementar os métodos de trabalho. Por remissão da referida lei, o Regulamento das Inspeções Judiciais prevê que na avaliação do mérito profissional dos juízes sejam consideradas, além do resultado do trabalho expresso em taxas de resolução¹ e congestão², a *"participação na gestão da unidade de processos e a adoção de métodos de trabalho dirigidos à decisão final e à gestão do acervo processual distribuído"*.

Neste quadro problematizamos o poder de direção do juiz em matéria de métodos de trabalho, dirigidos à decisão final e orientados para o cumprimento dos objetivos processuais fixados, face à *contingência dos recursos disponíveis*, na aceção de que não poderá contar com outros nem em maior quantidade que os recursos existentes. Parte-se da conceção da prestação do juiz como um todo que

¹ Taxa de resolução (*clearance rate*): $(\text{proc. findos} / \text{proc. entrados}) \times 100$

Concretização: A taxa de resolução pode ser desdobrada: $(\text{proc. findos} / \text{VRP}) \times (\text{VRP} / \text{proc. entrados})$ e $(\text{proc. findos} / \text{VRP}) / (\text{proc. entrados} / \text{VRP})$.

Taxa de eficácia: $\text{Proc. findos} / \text{VRP}$ e *taxa de congestão*: $\text{Proc. entrados} / \text{VRP}$.

A taxa de resolução é igual a Taxa de Eficácia / Taxa de Congestão.

² Taxa de congestão (*pendência inicial* / *proc. findos*) x 100.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

obtem no contexto organizacional (modelo de gestão, cultura organizacional, organização interna, unidade de processos etc.) e na pendência processual, os fatores determinantes da organização do trabalho.

A atividade jurisdicional impõe uma atividade de suporte prosseguida pelas secretarias judiciais. Considerando que o maior interlocutor do juiz na execução do processo de trabalho, é a unidade de processos é a este nível que se analisam algumas vertentes do poder /dever de direção do juiz, com enfoque na comunicação, no case management e coparticipação na gestão da unidade de processos e nos métodos de trabalho.

Questionamos, pois, considerando o modelo legal em vigor, que recursos ou meios são passíveis de serem racionalizados ou geridos pelos juizes de direito no âmbito das suas competências.

A racionalização dos recursos haverá de operar-se pela gestão orientada por objetivos e pela otimização contínua dos processos.

Serão caracterizados, ainda que sucintamente, o modelo anterior de gestão dos processos e o modelo que resulta da Lei de Organização do Sistema Judiciário, com referência ao papel desenvolvido pelo juiz e pela unidade de processos. Segue-se um contributo empírico de práticas judiciárias de gestão do volume processual. Na terceira parte faz-se uma análise critica do modelo em vigor e por fim uma breve conclusão.

Refere-se que o plano de análise é da micro gestão judiciária, mais concretamente das secções da instância cível da comarca, por ser nestes que se tem conhecimento empírico mais recente.

Parte II

Desenvolvimento

Os modelos de gestão processual



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

O modelo de gestão processual nos tribunais até à entrada em vigor da LOSJ era técnico burocrático. Na prática judiciária as rotinas valorizavam a realização do ato concreto desassociado da finalidade do processo, sendo a gestão processual norteadada pela tirania dos prazos, sobrevalorizando os critérios quantitativos que lhe estão associados. As decisões inerentes à gestão processual eram da responsabilidade da secção de processos e assentes no critério do prazo processual. Eram os prazos processuais e de gestão de secretaria que ditavam as rotinas de trabalho.

O modelo de gestão processual na área cível foi objeto de um estudo, em 2008, pelo Observatório Permanente da Justiça, intitulado *“Para um novo judiciário: qualidade e eficiência na gestão dos processos cíveis”* e, entre outros aspetos, esse estudo destacou a heterogeneidade e a inexistência de critérios objetivos na definição das rotinas e métodos de trabalho. Concluiu que o modelo de funcionamento das secções, atomizado (baseado na divisão um juiz/uma secção) e com predomínio destas (secções) na gestão processual era **ineficiente**³. Noutro estudo posteriormente realizado em 2010⁴, também concluiu que as mudanças verificadas na gestão trazidas pela Lei n.º

52/2008, de 28 de agosto não tiveram impacto na organização interna dos tribunais das comarcas por ela abrangidas. Verificou-se ser apenas pontual e casuística a mudança a nível de distribuição de tarefas e de processos⁵. Na maioria das situações, não se verificou um impacto direto na organização interna dos tribunais, permanecendo inalterados as rotinas e os métodos de trabalho das secções. Este modelo de gestão foi considerado obsoleto, com nota negativa dada pelos diferentes operadores judiciários e pela opinião pública em geral.

³ Um modelo ineficiente é sinónimo de não qualidade, de custo e desperdício

⁴ OPJ, Observatório Permanente da Justiça, “A Gestão nos Tribunais. Um olhar sobre a experiência das comarcas piloto”, Coimbra, Centro de Estudos Sociais/Observatório Permanente da Justiça, 2010.

⁵ A nível macro os objetivos visados pela Lei n.º 52/2008, de 28 de agosto, foram comprometidos pela falta de preparação para a mudança, falta de formação, inadequação das propostas de inovação à estrutura tradicional de funcionamento do sistema, designadamente, rotinas de trabalho consolidadas, forma de organização das secções.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

O modelo gestor

As transformações gestórias no sistema de administração da justiça ganharam importância e, com estas, a organização e funcionamento interno dos tribunais. A adoção de uma perspectiva gestória, orientada para a eficiência e qualidade, impõe que se tenha em consideração aspectos relacionados com a organização e funcionamento interno dos tribunais, incluindo os métodos de trabalho.

A adoção do modelo gestor substitui o modelo técnico burocrático e autoritário por um outro que promove a responsabilidade partilhada, fomentando o trabalho em equipa, partilhando a gestão como forma de movimentação e envolvimento dos funcionários e libertando o poder criativo das pessoas⁶. Para fornecer um desenvolvimento sustentável a este modelo tem sido adotada, um pouco por todo o lado, uma filosofia de gestão que permite às organizações ajustarem-se constantemente às necessidades reais: a gestão pela qualidade total (*Total Quality Management - TQM*). Agrega os conceitos e técnicas de gestão, estatísticos e tecnológicos, permitindo atingir os objetivos da qualidade da organização como um todo. Esta filosofia assenta num modelo europeu de excelência de gestão pela qualidade consagrado pela Fundação Europeia para a Qualidade da Gestão (*European Foundation for Quality Management, EFQM*). Estes critérios vão também ao encontro de alguns princípios defendidos pelo modelo gestor, assumindo-se, deste modo, como princípios organizacionais fundamentais para a nova conceção de administração⁷. Esses princípios são: a liderança, a motivação dos funcionários, o desenvolvimento de uma cultura organizacional, a comunicação e a introdução de novas tecnologias. A introdução

⁶ Rocha, J. A. O., “Gestão do Processo Político e Políticas Públicas”, Escolar Editora, 2010.

⁷ Refere-se, a propósito, a concessão da certificação ISO 9001 aos tribunais de comércio de Pontoise e de Toulouse.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

de um novo sistema de gestão da administração é requisito fundamental da eficiência do sistema judiciário (OPJ, 2010).

2.1 O que mudou desde setembro de 2014 no domínio da prática judiciária

Volvidos dois anos sobre a entrada em vigor da LOSJ, na prática judiciária em algumas comarcas e jurisdições verifica-se que ainda subsiste o modelo atomista, *uma unidade de processos para um ou dois juízes*. Existem tribunais onde não se verificou um impacto direto na organização interna dos tribunais, permanecendo as rotinas e métodos de trabalho das unidades de processos inalterados.

Mudar práticas e culturas organizacionais intrincadas há décadas exige um processo adequado de gestão da mudança que necessariamente compreenda a execução por fases e o objetivo de ser assumida pelos destinatários. O tipo de liderança desenvolvido ao nível micro da gestão interna dos tribunais judiciais influenciam, seguramente, o grau de execução e concretização nas práticas judiciárias dos objetivos subjacentes à LOSJ.

A mudança mais visível que a reforma introduziu ao nível interno dos tribunais foi a definição e implementação de objetivos processuais para as unidades de processos e a atribuição de competência ao juiz presidente para a definição dos métodos de trabalho. Estes dois aspetos introduziram alterações nas práticas judiciárias já que a prestação do juiz de direito, além do mais, passará a ser avaliada em função do grau de cumprimento dos objetivos fixados.

Em matéria de métodos de trabalho criou outro interlocutor ao juiz de direito, além do escrivão de direito/unidade de processos, passando a contar, também, com o juiz presidente.

Vejamos as implicações práticas dessas alterações.

2.1.1 Objetivo processuais e os métodos de trabalho

Os objetivos.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

A LOSJ prevê (n.º 4 do art. 90.º) que os valores de referência processual se reportam a valores de produtividade calculados em abstrato por magistrado, a serem revistos com periodicidade trienal. Estes objetivos processuais são ponderados nos critérios de avaliação dos magistrados nos moldes definidos pelo Conselho superior da Magistratura (n.º 6 do art.91.º LOSJ).

Prevê o Regulamento das Inspeções Judiciais⁸ que é considerado na avaliação dos juízes a produtividade, designadamente a taxa de resolução e de recuperação, bem assim a sua contribuição para o cumprimento dos objetivos processuais aprovados (cfr. als. b) e h) do n.º 3 do art. 12º do referido Regulamento).

É ao juiz presidente que a lei atribui o acompanhamento da realização dos objetivos fixados para os serviços judiciais do tribunal e a realização de reuniões de planeamento e de avaliação dos resultados dos serviços judiciais da comarca (als. b) e c) do n.º 2 do art. 94.º da LOSJ). Atribui-lhe, também, competência para implementar métodos de trabalho e objetivos mensuráveis para cada unidade orgânica, para acompanhar e avaliar a atividade do tribunal, nomeadamente a qualidade do serviço de justiça prestado aos cidadãos, e o movimento processual do tribunal, identificando, designadamente, os processos que estão pendentes por tempo considerado excessivo (als. a), b) e c) do n.º 4 do art. 94.º da LOSJ).

O juiz presidente responde pelos objetivos processuais fixados para a comarca e estes dependem do resultado da prestação dos juízes de direito. O grau de cumprimento desses objetivos releva para o juiz presidente na renovação da nomeação e, para ele e os demais juízes, para efeitos de avaliação em sede de inspeção pelo Conselho Superior da Magistratura (art.93º da LOSJ e als. b) e h) do n.º 3 do art. 12º do Regulamento das Inspeções Judiciárias).

O desafio da relação entre juiz de direito titular e juiz presidente decorre, para além do mais, da ausência de subordinação hierárquica ou funcional do primeiro em relação ao segundo.

⁸ Aprovado na sessão do Plenário de 25.10.2016



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Prática de gestão

A comunicação dos objetivos

A definição dos objetivos a alcançar no trabalho deve ser partilhada entre o presidente de comarca, os juízes e os funcionários, e transcender os objetivos funcionais específicos de cada participante, de molde a aumentar a motivação pelo envolvimento de todos num projeto de implementação de elevados níveis de qualidade no serviço público a prestar, como objetivo partilhado e permanente.

No decurso do processo, a comunicação atempada, frequente e para a resolução de problemas permitirá agregar as potencialidades de cada um para ultrapassar as dificuldades com que diariamente se deparam, sobretudo aquelas que não foram ou não poderiam ter sido previamente previstas. O constante *feedback* sobre o que vai acontecendo (que problemas surgiram, como foram superados, quais os que se mantêm sem solução), permite uma aprendizagem com o erro, o despontar de capacidades antes desconhecidas e estabelece laços de relacionamento pessoal e funcional que garantem uma melhor preparação de toda a organização para futuros desafios.

No dizer de Galpin "(...) *O feedback é o elemento chave de uma organização que aprende com aquilo que faz*"⁹¹⁰.

Os métodos de trabalho e o poder de direção do juiz.

A adoção de uma perspetiva gestionária, orientada para a eficiência e qualidade, impõe que se tenha em consideração aspetos relacionados com a organização e funcionamento interno dos tribunais, incluindo os métodos de trabalho.

A atividade jurisdicional impõe uma atividade de suporte prosseguida pelas secretarias judiciais. Estas asseguram o expediente, autuação e regular tramitação processual em conformidade com a lei de processo e da



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

organização judiciária na dependência funcional do magistrado judicial competente (nº 1 do art. 157º do CPC).

O Regulamento das inspeções judiciais prevê expressamente que na avaliação do desempenho do juiz será considerada a adoção de método de trabalho dirigido à decisão final e à gestão do acervo processual distribuído.

Considerando a relevância prática desta matéria e os efeitos que lhe estão associados, a questão que se pode colocar é como pode ser feita uma boa coordenação dos métodos de trabalho, tendo em conta a cisão¹⁰ existente entre as unidades de processos e o gabinete do juiz.¹²¹¹

Defendendo a necessidade de abandono da cultura do “isolamento” Lopes (2008) defende que *“a cooperação intersubjetiva entre os vários operadores no sistema judiciário, sem prejuízo das competências funcionais de cada um, é assim fundamental por um lado na compreensão do funcionamento do sistema e, por outro, na produção e melhoramento de resultados adequados no sistema produtivo”*(Lopes, 2008:3), (OPJ, 2008:133 134).

Práticas de gestão:

1 - A comunicação

O tribunal judicial incorpora uma dinâmica social resultante dos fluxos comunicacionais e processuais estabelecidos entre estas unidades de processos e o gabinete do juiz.

Não obstante as particularidades da natureza e tipo de relação estabelecida entre os funcionários da unidade de processos e o juiz de direito, é incontestável que a qualidade da relação estabelecida entre um e os outros se reflete no modo como o juiz trabalha e este no resultado do trabalho desenvolvido no tribunal.

¹⁰ A falta de ligação entre os funcionários e juízes, fruto da diluição da relação hierárquica dentro da estrutura do Tribunal, que remonta a 1987.

¹¹ O juiz de direito não têm poder hierárquico sobre os funcionários com quem trabalha na sua dependência funcional (n.º 3 do art. 6.º do Decreto Lei n.º 343/99, de 26 de agosto)



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

A conformação das práticas judiciais com os princípios gestionários da LOSJ implica mudanças nos procedimentos e organização do trabalho instituídos que deve ser planeada e gerida.

O trabalho em equipa, a comunicação eficaz, oportuna e atempada entre todos os intervenientes no processo de trabalho nos tribunais melhora a qualidade da relação estabelecida, com reflexos na qualidade da resposta do tribunal à procura que lhe é dirigida por utentes, comunidade e instituições.

Sobre o tipo de relações que devem ser estabelecidas entre os participantes no processo de trabalho, a Teoria da Coordenação Relacional (Gittel, 2011) especifica a natureza das relações através das quais a coordenação ocorre, numa cultura de relacionamento, que integra no processo de coordenação três dimensões: partilha de objetivos, partilha de conhecimentos e respeito mútuo, que reforçam a (e são reforçadas pela) comunicação. A comunicação frequente, oportuna, fiável e focalizada na resolução dos problemas assume um papel preponderante.

Assim, com altos níveis de Coordenação Relacional, espera-se dos participantes de um processo global de trabalho mais eficácia na gestão de tarefas.

Tendo em conta que sem comunicação não pode haver organização, gestão, cooperação, motivação ou coordenação de processos de trabalho e que é fundamental o papel de todos e de cada um no desenvolvimento de todo o processo, espera-se que altos níveis de Coordenação Relacional dos participantes de um processo global de trabalho resultem em mais eficácia na gestão de tarefas.

Tanto os resultados de qualidade como os de eficiência podem ser melhorados simultaneamente, permitindo que os participantes alcancem melhores resultados e, ao mesmo tempo, que usem os recursos de forma mais produtiva, e sem desperdícios.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

A eficiência do sistema judiciário é aferida diretamente pelo desempenho dos tribunais judiciais e este é condicionado pelo modo como se desenvolvem as relações de trabalho e métodos de trabalho adotados¹².

2 - Case management

Atingir objetivos pressupõe que o juiz de direito tenha poderes gestionários a este nível micro, sob pena de não poder ser responsabilizado pelos resultados que tiverem sido definidos para as unidades de processos das instâncias da comarca, ainda que estes sejam ou tenham sido consensualmente fixados.

O poder de direção do juiz de direito de gestão dos processos, visto enquanto serviço que lhe está atribuído, comporta o poder de participar na definição com a unidade de processos das rotinas e procedimento a observar para a prática dos atos processuais e movimentação dos processos.

2.1 - Ordens de serviço

Um primeiro grupo de atos de gestão passa pela definição das oficiosidades, emanção de ordens ou orientações de serviço e delegação de atos, no âmbito dos processos de que é titular nos termos da lei (nº 2 do art. 157º do CPC).

No que concerne às ordens de serviço estas podem ser utilizadas para definição do modo e tempo de cumprimentos dos atos processuais na relação com a demais atividades administrativas.

Sob a forma escrita, a ordem de serviço contém a descrição do trabalho individual, com a densidade de pormenor que se mostrar necessária, com menção

¹² 13 Os métodos de trabalho são um dos múltiplos os fatores que condicionam a melhoria da qualidade e eficiência do sistema judicial e, em último grau, da administração da justiça. Regras processuais, políticas ou medidas gestionárias, organização judiciária, organização interna das estruturas judiciais, designadamente das secções de processos, métodos de trabalho, modernização tecnológica, adequação das infra estruturas, formação, colocação e progressão na carreira dos agentes judiciais e cultura judiciária, são fatores a ter em conta quando o objetivo é elevar a qualidade, eficiência e a cidadania da justiça (OPJ 2008:133).



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

também, mais ou menos pormenorizada, da sequência temporal por referência ao trabalho desenvolvido por outro elemento da equipa.

As concertações entre o trabalho da equipa obtêm-se pelo planeamento estratégico com as ordens de serviço vigentes agrupadas por fases processuais e natureza dos atos.

O funcionário não pode alegar o desconhecimento da ordem e quem a emite assume o risco pela execução que determinou.

2.2- Provimentos

Um modo dos juízes exercerem o poder de direção em matéria de critérios de gestão do volume processual da unidade de processos e das rotinas processuais é através dos habitualmente denominados provimentos.

São comandos gerais e abstratos, determinando aos funcionários a adoção de certos procedimentos no futuro, sempre que se verifiquem as hipóteses previstas, com carácter vinculativo. Estas instruções, quando escritas, emitidas pelo juiz titular no âmbito deste poder, são designadas, na prática judiciária, por **provimento**.

Estes instrumentos de *case management* de natureza exclusivamente jurisdicional, gestionários ou que conjuguem medidas de uma e outra natureza, proferidos pelos juízes titulares dos processos abrangidos por esses instrumentos e no âmbito do poder jurisdicional, continuam a ter enquadramento legal (nº 3 do art. 41º do D.L nº 49/2014, de 27 de março).

Os provimentos e ordens de serviço são atos correntes de gestão e inovações na medida em que são práticas novas adotadas pelos juízes na organização do trabalho, no âmbito das suas competências funcionais e que alteram aspetos concretos da tramitação ou gestão dos processos.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

2.2.1 Harmonização das competências do juiz titular e juiz presidente

A forma de harmonizar este poder-dever do juiz de direito com a atribuição pela LOSJ ao juiz presidente de competência ao nível local para as matérias compreendidas na gestão do tribunal, *court management*, deverá fazer-se através da prévia discussão com o juiz presidente do conteúdo do provimento, necessidade e oportunidade. A monitorização deste uso de ordens de serviço permitirá a avaliação do impacto de cada uma das medidas propostas sobre a gestão do tribunal para futuro aprofundamento, alteração ou supressão.

Só o juiz titular pode praticar o núcleo duro dos poderes compreendidos nesta medida de gestão, atentos os poderes inerentes ao desempenho da função judicial

Este instrumento de gestão pode ser usado para:

- definir oficiosidades a praticar pela unidade de processos com vista a libertar o juiz das decisões de secretaria que não tenham natureza jurisdicional;

- delimitação de atos jurisdicionais, administração e de gestão;

- a contenção¹³ do volume diário de processos apresentado a despacho pela secretaria ao juiz, permitindo que desenvolva a atividade que corresponde na essência à função jurisdicional;

- regular andamento do processo na secretaria, sem se deter pela prolação de despachos de cariz meramente administrativo, cujo conteúdo e modo de cumprimento a secretaria conhece de cor.

Através das orientações de serviço, pode o juiz desenvolver a cultura da competência, autoridade e responsabilidade nos funcionários, dando-lhes importância, liberdade e autonomia de ação.

Só assim se pode falar em mudança de paradigma - o juiz liberto de atos de mera expediente e os funcionários nas vestes de prestadores de serviços, com reais

¹³ Na medida das oficiosidades que forem determinadas.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

possibilidades de “*accountability*”, um e outros, em condições de poderem ser responsabilizados pelo respectivo desempenho.

3- Participação na gestão da unidade de processos

Outra medida de gestão compreendida no poder de direção do juiz é a participação na organização do serviço da unidade de processos.

A competência da gestão processual permite questionar a adequação e eficiência dos métodos de trabalho adotados. Permite ainda propor alternativas de reorganização dos objetivos a cumprir.

Este poder concretiza-se, entre outras, nas seguintes práticas:

a) Intervenção na gestão processual.

Evitará desvios marcantes na tramitação processual, visíveis de modo gritante nos períodos de turno, em que a disparidade assume contornos quase insólitos, a coberto de justificações diversas. Os ganhos na tramitação processual em períodos de turno são na maior parte dos casos nulos ou até contraproducentes, se se tiver em conta que a finalidade do processo é a decisão de mérito, célere e eficiente.

b) Definição clara dos atos processuais a ordenar ou decidir pelo juiz. Os atos de secretaria e meramente administrativos ou processuais que em si mesmo não encerrem atos jurisdicionais devem ser praticados pela secretaria.

O objetivo é o da diminuição do número de processos apresentados diariamente ao Juiz.

c) Definir critérios de prevalências entre processos urgentes e prevalências entre fases processuais no mesmo tipo de processos.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Parte III Análise crítica

3.1 A cultura do excesso de trabalho

De entre todos os intervenientes, é ao juiz a quem o sistema judicial atribui um papel mais ativo na gestão do caso concreto. Ao juiz é conferido um papel central na prossecução de uma gestão processual orientada para a eficácia, eficiência e qualidade do caso concreto. *“Ao juiz pede-se um conjunto de atos e procedimentos que a nenhum outro «sujeito da organização» tribunal é pedido”*(Lopes, 2008:3), (OPJ, 2008:133 - 134).

A prestação do juiz de direito é norteadada pelo cumprimento dos objetivos processuais fixados, atentos os efeitos que lhe estão associados e pelo cumprimento dos prazos processuais¹⁴.

A variável determinante para que uns e outros sejam atingidos é o volume de trabalho do juiz o qual depende, essencialmente, da pendência processual do tribunal e dos critérios de gestão processual adotados pela unidade de processos. São estes dois fatores que diretamente interferem no número de processos que diariamente é apresentado a despacho ao juiz de direito. E este volume interfere e condiciona o prazo da resposta.

Por vezes há desajuste entre a celeridade pedida na prolação da decisão e a capacidade de resposta, fruto do excesso de carga de trabalho a que os juizes de direito estão sujeitos. É-lhes pedida sempre a mesma celeridade seja qual for o número de processos distribuídos e a complexidade deles.

O elevado volume de despachos de mero expediente proferidos nos processos ocupa parte significativa da atividade diária dos juizes, confirmando a *“dimensão ainda burocrática”* do atual paradigma de gestão processual. Esta

¹⁴ E agora de modo expreso também, haverá que considerar a adoção de método de trabalho, dirigido à decisão final e à gestão do acervo processual distribuído



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

questão, recorrentemente em discussão no âmbito da justiça civil, tem fortes implicações na adequada gestão processual (OPJ, 2008:107).

Nos tribunais está instituída cultura do excesso de trabalho. Faz parte da cultura organizacional o entendimento que os julgamentos se fazem no horário da secretaria e os despachos saneadores e sentenças à noite ou nos fins-de-semana.

Esta cultura do excesso de trabalho pode estar ancorada no maior comprometimento¹⁵ com o trabalho, mas também na penalização do incumprimento dos prazos processuais na avaliação do mérito profissional.

Num estudo que envolveu juízes americanos, Zimmerman (1981) concluiu que quando os processos se acumulam para julgamento surge a sensação de falta de controlo, desalento e angústia, mesmo em juízes competentes e dedicados. O *stress ocupacional* agrava-se quando o indivíduo tem perceção da responsabilidade e poucas possibilidades de autonomia e controle. A sobrecarga de trabalho, resultante da atribuição de muitas tarefas com prazos curtos para sua execução, e com muitas interrupções, a ambiguidade de prioridades, o nível de autoridade e de autonomia, a incerteza quanto ao futuro, o convívio com colegas insatisfeitos, são fatores associados ao stress ocupacional (Lazarus e Lazarus, 1994). A dinâmica de trabalho dos juízes, as cargas excessivas de trabalho, a pressão dos prazos processuais, a responsabilidade de julgar, são alguns dos fatores de *stress* que podem comprometer a saúde física e psicológica (Wharton, 1993 *apud* Deery, 2005).

De acordo com Guest (2007), o bem-estar pode ser visto sob três pontos de vista distintos: saúde em geral, satisfação no trabalho ou bem-estar psicológico. Por bem-estar psicológico entende-se a saúde mental do indivíduo, que o empregador tem o dever de preservar/cuidar (Robertson, 2010). Este autor divide

¹⁵ A paixão pelo trabalho pode ser definida como uma forte inclinação para o trabalho que faz com que os indivíduos, por razões afetivas, cognitivas e comportamentais, invistam nele muito tempo e energia (Thorgren e Wincent, 2013)



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

este conceito em dois componentes: hedónico (satisfação) e eudemónico (motivação).

O grande desafio colocado aos gestores na atualidade é a adoção de práticas de recursos humanos tendentes à motivação dos trabalhadores. Nas ciências sociais, designadamente, na gestão de recursos humanos está aceite a existência de relação entre o bem-estar dos trabalhadores e a *performance*.

Assumindo o juiz um papel ativo na racionalização do volume processual, designadamente através da intervenção na unidade de processos e nos métodos de trabalho, poderá prosseguir o objetivo de ajuste e prazo processual com respeito pelo equilíbrio vida trabalho.

A grande questão é com que meios poderá atingir esse resultado.

3.2 – Poder de direção do juiz e recursos disponíveis

A prestação do juiz compreende a tramitação e decisão dos processos que estão atribuídos à unidade de processos, sendo o seu desempenho avaliado quer pelo cumprimento dos objetivos quer pela adoção dos métodos de trabalho que se revelem adequados a esse fim.

Considerando que a gestão dos recursos humanos está atribuída ao administrador judiciário, dispondo o juiz de direito de mero poder funcional sobre os funcionários, restam-lhe as potencialidades atribuídas à comunicação e aos ditos provimentos. Sendo indiscutível e essencial a relevância da comunicação entre os intervenientes de um mesmo processo de trabalho, as potencialidades dos provimentos são bastante mais reduzidas.

Os provimentos, pelas alterações que introduzem nas práticas da unidade de processos, são tecnicamente mudanças de processo e como tal a sua implementação tem de ser planeada e gerida. Podem, ainda, ser consideradas inovações administrativas e práticas organizacionais híbridas, por combinarem as lógicas profissionais dos juízes e dos funcionários num mesmo domínio de práticas.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

A implementação *top-down* de provimentos, ordens de serviço e orientações aos funcionários pelos juízes, esbarra na autonomia própria da lógica profissional dos funcionários, designadamente dos escrivães de direito a quem a prática judiciária ainda atribui centralidade na tramitação processual. A coexistência de lógicas profissionais distintas (dos funcionários e juízes) no mesmo domínio de práticas gera por vezes dessintonia ou falta de alinhamento entre si. E evidenciam-se na atipicidade do processo de trabalho nos tribunais onde tecnicamente o juiz e unidade de processos não formam uma equipa de trabalho.

E este aspeto pode comprometer a implantação de práticas próprias de um modelo gestor. As múltiplas lógicas que coexistem num processo de mudança *“dão bases para reivindicações concorrentes e sentidos divergentes da ação ao permitir aos atores separarem-se e distinguirem-se dos outros”* (Lounsbury, 2008: 351).

Por esta razão se questiona se à *New Public Management* não sucedeu uma burocracia racionalizada¹⁶.

Esta dificuldade poderá ser transversal à matéria dos métodos de trabalho. Parece-nos pertinente um estudo que inventarie os métodos de trabalho observados nas unidades de processos das 23 comarcas, necessariamente distinguindo as diferentes jurisdições, permitindo o seu conhecimento, estudo e divulgação. Permitirá, designadamente, verificar como se processou a intervenção

¹⁶ O Neo-Weberian State é um modelo de reforma do setor público que se caracteriza por “uma ambição relativamente modesta de ‘iluminação’ da burocracia existente, através da desregulamentação e a racionalização, e simultaneamente poupar dinheiro ao dar maior rigor aos orçamentos e gestão financeira” (Pollitt e Bouckaert, 2011: 115).

O objetivo é que, sem uma reestruturação fundamental, as estruturas públicas existentes sejam mais práticas, modernas e que funcionem melhor, com maior rigor. O mais típico é a implementação de reformas orçamentais que promovam os resultados e o desempenho (sem que haja o necessário abandono da carreira de serviço público, onde o funcionário ascende por conhecimento técnico das regras aplicáveis à sua função); descentralização extensiva e devolução de autoridade dos ministérios centrais para agências; e um compromisso mais fortalecido com a melhoria da qualidade e responsabilização pelos serviços públicos perante o cidadão. Esta atualização da velha estrutura burocrática pode acontecer pela simples modernização da gestão (sistemas, ferramentas e técnicas) ou/e modernização participativa (devolvendo mais autoridade a governos sub nacionais, desenvolvimento do utilizador responsável e melhor qualidade de serviços) (Cruz, 2013: 42-43).



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

nos métodos de trabalho, quais os resultados atingidos e se esses resultados têm expressão no desempenho da unidade de processos por referência aos objetivos fixados. Exige, ainda, um procedimento de monitorização temporal com recolha de dados que permita a estimação de resultados.

Não é um procedimento espontâneo de resultados imediatos. Como referido, essa alteração de práticas tem de ser planeada, gerida e monitorizada e só o tempo permitirá afirmar a adequação das medidas aos resultados de eficiência pretendidos.

Parte IV

Conclusão

A LOSJ concentrou as atribuições de gestão processual e de métodos de trabalho a nível do tribunal de comarca na articulação entre o juiz presidente/magistrados coordenadores e juízes titulares, em coordenação com as secções, das rotinas e os métodos de trabalho associados à tramitação do processo.

A mudança de paradigma no sistema judiciário (técnico-burocrático para um modelo de matriz gestor) e ditou uma alteração relevante, que é a possibilidade de intervenção ativa na gestão do volume processual sem rodeios e espartilhos.

O recentemente aprovado Regulamento das Inspeções Judiciais deixa claro que ao juiz é pedido resultado do seu trabalho, expresso em taxas de resolução e recuperação, mas também que contribua para que os objetivos processuais definidos sejam atingidos. Na avaliação do seu desempenho será também considerada a participação na gestão da unidade de processos e a adoção de método de trabalho dirigido à decisão final e à gestão do acervo processual distribuído.

Vê-se concretizado o entendimento que vimos defendendo de que os atos descritos têm expressão nos processos e como tal o juiz de direito devia ter o



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

poder de os praticar. Tudo é gestão de processos, porque todos os atos de gestão que os visam concorrem de modo direto ou indireto para que nele se chegue à decisão de mérito.

Mas para que a adoção de métodos de trabalho seja uma prática efetiva é necessária formação sobre gestão da secretaria, desde logo porque a sua organização e funcionamento não é intuitiva. Situações haverá em que a intervenção é desaconselhável, outras desnecessária e outras ainda urgente. Só o conhecimento concreto e esmiuçado da unidade de processos permitirá a tomada de decisão. Por outro lado, em termos organizacionais, as mudanças que tenham os métodos de trabalho por objeto encerram alterações nas práticas, procedimentos e organização do trabalho e como tal devem ser planeadas e geridas. Para que a gestão da mudança seja executada de uma forma eficiente e eficaz Galpin (2000) sustenta a necessidade de um diagnóstico organizacional, a visão e objetivos, a valorização dos aspetos humanos, a liderança e a comunicação como aspetos a ter em consideração quando se planeia uma mudança.

As mudanças provocam comportamentos específicos nas pessoas, ao fazerem emergir forças de integração e desintegração que, se não forem estabilizadas, conduzirão a uma resistência à mudança (Martins, 2012). Por isso, antes de se iniciar um processo de mudança, deve avaliar-se o grau de resistência à mudança das pessoas, pela análise das suas personalidades e comportamentos, e criar estratégias para as reduzir tais resistências, tendo em conta que o poder potencial das organizações é frequentemente usado para impedir a mudança (Hall,1984).

Considerando a relevância que à adoção desta prática pode trazer à *performance* dos tribunais, será veículo facilitador à sua implementação a adoção da cultura de incentivo à mudança e a desvalorização da falta de resultados imediatos, cientes que um processo que altere métodos de trabalho compreende fases e tempos de execução que nem sempre se harmonizam com os prazos da inspeção ou resultados visíveis imediatos.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Referências bibliográficas

Cruz, Isabel, Percursos da *new public* management num hospital EPE, Lisboa: ISCTE-IUL, 42-43

Deery, Stephen (2005). Customer Service Work, Emotional Labour and Performance Human Resources: Personnel Management in Transition. 4ª Edição. Oxford: Blackwell Publishing. p.p 346-371.

Galpin, Timothy (2000) O Lado Humano da Mudança: Um Guia Prático para a Mudança Organizacional. Lisboa: Edições Sílabo.

Gittell, Jody H. (2011) "New Directions for Relational Coordination Theory" in Cameron, Kim S.; Spreitzer, Gretchen (Eds.), Oxford Handbook of Positive Organizational Scholarship (pp. 74-94). New York: Oxford University Press.

Guest, David E. "HRM and the worker: towards a new psychological contract?." Oxford Handbook of Human Resource Management, The (2007): 128.

Hall, R. H. Organizações: estruturas e processos. Rio de Janeiro: Prentice-Hall do Brasil, 1984. Lazarus, R. S. & Lazarus, B. N. (1994). Passion and reason: Making sense of our emotions. New York: Oxford University Press.

Lounsbury, M. (2008), Institutional Rationality and practice Variation: New Directions in The Institutional Analysis of Practice, Accounting, Organizations and Society 33, 349-361.

Martins, Ana (2012). Gestão da mudança na saúde: da revisão à ação (P. M.G). Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa Business School, Lisboa. <http://hdl.handle.net/10071/4698> [14 de Abril de 2015]

OPJ, Observatório Permanente da Justiça (2008) Para um Novo Judiciário: qualidade e eficiência na gestão dos processos cíveis. Coimbra: Centro de Estudos Sociais. OPJ, Observatório Permanente da Justiça (2010) A Gestão nos Tribunais. Um olhar sobre a experiência das comarcas piloto. Coimbra: Centro de Estudos Sociais/Observatório Permanente da Justiça.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Pollitt, C. e G. Bouckaert (2011), *Public management reform: a comparative analysis: NPM, governance and the Neo-Weberian State*, 3.^a ed. Oxford: Oxford University Press.

Ribeiro, Idalina, *et al.*, (2015) "Gestão processual", *Revista Julgar*, n.º 27 (setembro - dezembro), pp. 154-166.

Rocha, J. A. O., "Gestão do Processo Político e Políticas Públicas", Escolar Editora, 2010.

Thorgren, Sara; Wincent, J. (2013) "Passion and challenging goals: Drawbacks of rushing into goal-setting processes" *Journal of Applied Social Psychology*. 43(11).

Zimmerman, I. M. (1981). Stress: What it does to judges and how it can be lessened. *Judges Journal*, 4, 18-22. Brasília: CAPES: UAB.

Idalina Ribeiro

18 de Novembro de 2016



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Intervenção da Exma. Senhora Juíza de Direito

Dr.^a Isabel Namora

I.

Os meus agradecimentos ao Conselho Superior da Magistratura pelo honroso convite para participar neste encontro, cumprimentando não só os responsáveis pela organização, mas também os demais intervenientes, nomeadamente, os meus colegas de mesa, Senhora Dr.^a Carla Câmara e Senhora Dr.^a Idalina Ribeiro.

Foi-me solicitado que situasse a minha intervenção na preparação do processo para julgamento.

Sabendo das intervenções que me antecediam, cedo percebi, que a área de abordagem estava limitada, sendo-me exigida alguma criatividade para justificar a atenção que me estão agora a dispensar.

Decidi, por isso mesmo, centrar a minha exposição num conjunto de reflexões sobre a condução do processo entre a data em que o mesmo é distribuído em juízo e o momento em que se inicia a audiência de julgamento.

Abordarei algumas práticas processuais que contribuem para que o momento da decisão final, seja ele com a sentença ou com o acórdão, se venha a protelar para além do que seria expectável ou desejável.

Paralelamente, indicarei soluções menos convencionais que têm a virtualidade de imprimir maior celeridade na condução do processo, ajustando a tramitação processual às efetivas comunicações eletrónicas que dispomos, bem como ao mundo das redes sociais e profissionais, no que de útil delas podemos retirar.

II.

Como ponto de partida vou indicar os tempos médios de pendência dos processos em juízo (ações comuns e ordinárias e processos comuns singulares e comuns coletivos), por referência aos que findaram no período que decorreu entre setembro de 2015 e agosto de 2016.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Esta análise resulta do tratamento estatístico dos dados relativos a todas as secções criminais do Tribunal Judicial da Comarca de Coimbra no que se refere aos processos de natureza criminal (comuns singulares e coletivos).

No que respeita aos processos da jurisdição cível foi apenas considerada a secção cível da instância central e local de Coimbra.

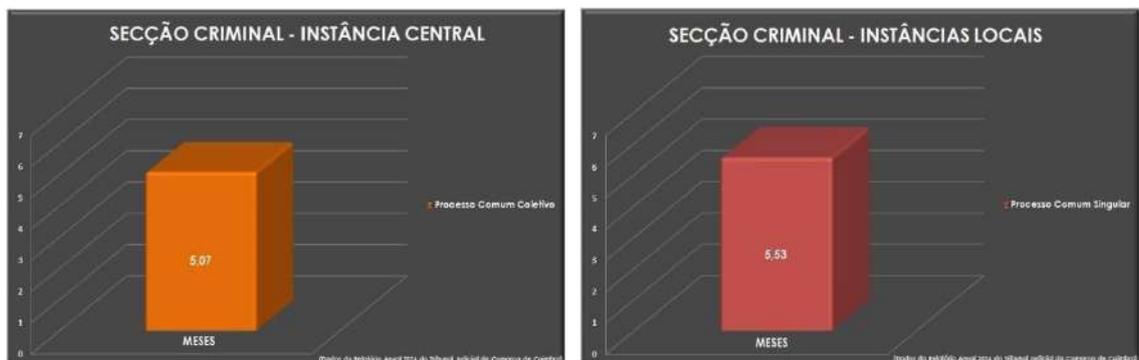
O tempo de duração médio indicado tem por referência a data em que o processo foi distribuído e a data em que nele foi proferida decisão final.

Nesta análise, não se consideraram os processos criminais nos quais o arguido foi declarado contumaz, na medida em que a responsabilidade pelo período de tempo em que o arguido assim permaneceu não pode, por regra, se atribuída à tramitação processual imprimida pelo juiz titular.

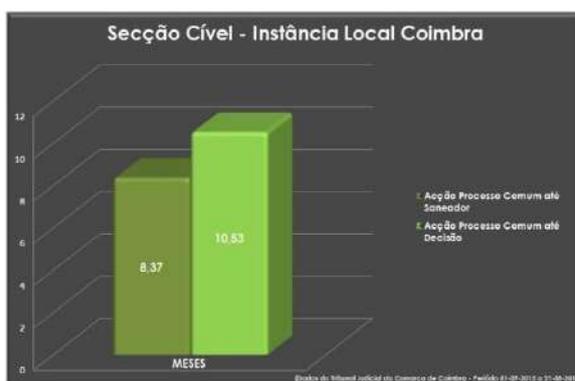
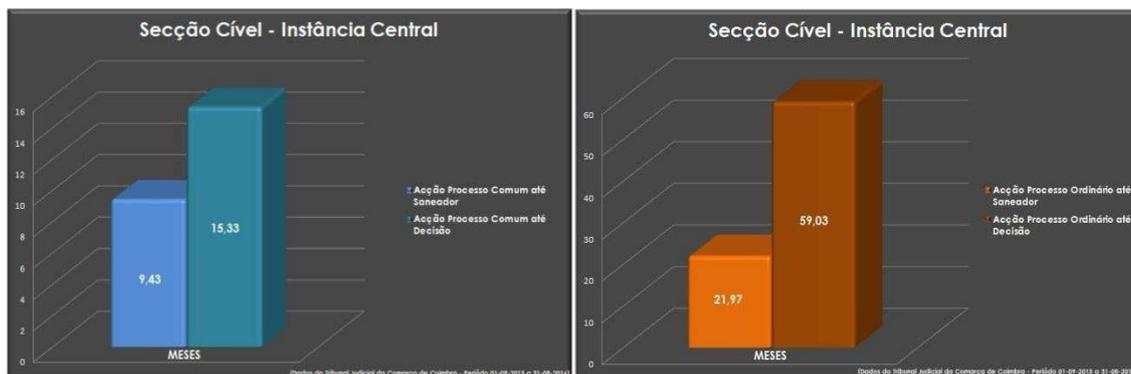
Por outro lado, na análise das ações declarativas, quer comuns, quer aquelas que pendem sobre a forma de processo ordinário considerou-se não só o tempo de duração do processo até à prolação de decisão final, mas também o tempo de duração do processo até à prolação do despacho saneador, acompanhado de base instrutória (nas ações sob a forma de processo ordinário) ou do despacho que fixa os temas de prova (nas ações comuns).

TEMPO DE DURAÇÃO DO PROCESSO

(finalizados entre setembro 2015 e agosto 2016)



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA



Com base nos resultados assim obtidos, os quais têm por referência o trabalho desenvolvido no Tribunal Judicial da Comarca de Coimbra, obtiveram-se os indicados tempos de duração do processo até ao momento em que é proferida decisão final.

Jurisdição penal

A média de duração do processo comum singular e comum coletivo que foi obtida para os processos que findaram no período de setembro de 2015 a agosto de 2016 ascende, respetivamente, a 5 meses e meio e a 5 meses.

No processo penal, concretamente no processo comum singular e no processo comum coletivo, a preparação do processo anterior à realização da audiência de julgamento não apresenta especificidades dignas de relevo.

De todo o modo e porque estamos perante tempos médios, obtidos através da análise de todos os processos que findaram no período, não podemos deixar de refletir sobre as situações que tendem a protelar e dilatar o momento em que é proferida a sentença ou acórdão, o que acontece em várias situações.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Algumas dessas causas têm a seguinte expressão:

- perícias,
- causas prejudiciais,
- residência no estrangeiro de testemunhas.

Em sede do processo criminal, porque as perícias são por regra realizadas por institutos públicos, a margem para o juiz promover uma tramitação processual célere é mais reduzida. Contudo, uma vez junto o relatório pericial, poderá equacionar-se a possibilidade dos esclarecimentos que regularmente são solicitados virem a ser prestados em sede de audiência de julgamento ou, ainda que o sejam por escrito, a data do julgamento ser designada logo que o relatório é apresentado.

Paralelamente, a análise atenta do processo quando o mesmo é remetido à distribuição evitará que o juiz seja mais tarde surpreendido pela falta dos relatórios periciais relativos a perícias ordenadas em sede de inquérito, quando a acusação tenha sido deduzida sem que tais perícias estejam concluídas.

Detenho-me ainda nas situações em que são arroladas testemunhas residentes no estrangeiro, chamando a atenção para a importância de uma análise criteriosa dos pedidos de inquirição de testemunhas através de carta rogatória, uma vez que só deverão ser enviadas quando sejam necessárias para provar factos essenciais para a acusação ou para a defesa (art.º 230º do CPP).

Ainda assim, quando se preenchem tais requisitos, havendo acordo dos intervenientes processuais, nada obsta a que tal inquirição venha a ser efetuada através de meios de comunicação menos convencionais.

Esta questão coloca-se essencialmente quanto à prova indicada pela defesa, uma vez que a ausência para o estrangeiro de testemunhas indicadas pela acusação deveria ser suprida, por regra, com a tomada de declarações para memória futura. Sendo indicadas testemunhas que residam ou trabalhem no estrangeiro, alerta para a possibilidade da sua inquirição poder ser efetuada através do skype.

Na fase processual que antecede a realização do julgamento destaco ainda, por influir diretamente no seu tempo de duração, a calendarização da audiência de julgamento, concretamente no âmbito dos processos com maior número de



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

intervenientes processuais. A este propósito é seguro que o modo como o juiz conduz o processo terá reflexos positivos no tempo de duração da audiência de julgamento.

É desejável que a calendarização da audiência de julgamento seja efetuada com o Ministério Público, defensores e mandatários, ponderando o tempo de duração previsível dos depoimentos. O número elevado de testemunhas ou o objeto do processo poderá justificar que o agendamento seja precedido de uma reunião marcada para esse efeito, dividindo-se a produção de prova de um modo eficaz, evitando o agendamento diário por defeito ou por excesso.

O respeito pela continuidade da audiência de julgamento será tanto mais assegurado quanto menores forem os hiatos temporais entre a produção de prova, o que depende em muito do agendamento efetuado.

Nos casos em que seja previsível que o julgamento se prolongue por mais sessões é possível efetuar um agendamento que contemple um dia/sessão por semana para o qual não se convoquem testemunhas. Essa prática permite que ouvir as testemunhas que no decurso da semana tiverem faltado, bem como aquelas que não foi possível ouvir nos dias para os quais foram convocadas. Evita, ainda, o sub-agendamento, na medida em que as testemunhas que não puderem ser inquiridas no dia para o qual foram convocadas sê-lo-ão na própria semana, sem necessidade de alterar a demais produção de prova.

Em julgamentos com maior número de testemunhas e/ou com um maior volume de prova pode também agendar-se inicialmente o dia para a conclusão do julgamento com a realização das alegações finais.

Ainda que o agendamento assim efetuado possa vir a contemplar um número de sessões superior àquele que efetivamente se revela necessário, assegura a continuidade da audiência e a conclusão do julgamento num menor espaço de tempo. Em sede de audiência final os constrangimentos de agenda dos vários intervenientes conduzem necessariamente a uma maior dilação entre sessões e a um dispêndio de tempo unicamente com objetivo de agendar datas para a continuação do julgamento.

O agendamento assim efetuado, com concentração e proximidade temporal das sessões de julgamento, permite uma mais rápida avaliação crítica da prova



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

produzida, do que resulta uma economia de tempo para o juiz quando está a elaborar a sentença ou acórdão.

Esta ponderação tem atualidade, com as devidas adaptações, à jurisdição cível, concretamente ao agendamento efetuado em sede de audiência prévia.

Por último, não desconhecendo que a prova testemunhal é, em regra, produzida pela ordem em que é indicada (art.º 348º do CPP), pode o juiz que preside ao julgamento, por fundado motivo, determinar de modo diferente.

Por regra a prova testemunhal que é indicada na acusação contempla também os órgãos de polícia criminal que praticaram atos de inquérito, os quais normalmente são arrolados em primeiro lugar.

Nos processos com um número muito relevante de atos de inquérito o depoimento destas testemunhas (órgãos de polícia criminal) consiste, na prática, numa descrição da atividade desenvolvida no inquérito, a qual já se encontra vastamente documentada no processo.

Coloco à reflexão a oportunidade de proceder à alteração da produção de prova logo no momento em que é calendarizado o julgamento, ouvindo tais testemunhas em último lugar, ainda que para o efeito seja obtida a anuência do Ministério Público.

Deste modo evitam-se longos depoimentos que mais não são do que a descrição desnecessária do inquérito e a confirmação do teor dos vários autos, quando o juiz que preside ao julgamento, bem como os demais intervenientes processuais, preparou e estudou o processo. A repetição em audiência de julgamento das diligências de investigação documentadas nos autos numa perspetiva puramente descritiva corresponde, na minha ótica, a períodos de total ineficiência, que dão uma errada imagem de um juiz desconhecedor do processo a cujo julgamento preside.

Foi sempre com algum desconforto que presenciei a este tipo de depoimentos descritivos do iter processual em fase de inquérito, por se me afigurar que têm uma oculta, mas inegável, natureza pedagógica junto do juiz.

Por outro lado, quando a inquirição dos órgãos de polícia criminal que foram arrolados como testemunhas, como propomos, é relegado para o final da restante



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

produção de prova, a sua inquirição cinge-se muito naturalmente ao esclarecimento de questões concretas e relevantes e bem assim de dúvidas que surgiram no decurso da produção da restante prova.

Jurisdição cível

Regressando à jurisdição cível, concretamente à tramitação das ações declarativas, os dados que apresentamos são esclarecedores quanto à duração média do processo comum comparado com a ação de processo ordinário.

Os tempos médios de duração das ações comuns estão substancialmente reduzidos. Ainda assim, a diferença é mais assinalável na redução do tempo médio do processo até ao momento em que foi proferido despacho saneador.

Nas ações comuns oscilou entre 8 e 9 meses, enquanto nas ações declarativas sob a forma de processo ordinário atingiu os 22 meses. A redução destes tempos nas ações que foram instauradas após setembro de 2013, sendo significativa, tem condições para melhorar.

Com esse objetivo irei elencar um conjunto de práticas processuais que subsistem mas podem ser repensadas e melhoradas, apelando também à oportunidade de acompanhar a velocidade a que são realizadas as comunicações e da maior rapidez de acesso à informação que existe na sociedade atual.

1. Pedido de autorização de acompanhamento de processos

Quer na fase dos articulados, quer na subsequente fase de instrução do processo surge com alguma frequência a necessidade de consultar outro processo, que por vezes se prolonga no tempo, com regularidade variável. Tal necessidade pode ater-se à obtenção de informação do estado dos autos, mas também à necessidade de consulta de várias peças e mesmo da incorporação de cópia nos autos.

Tradicionalmente o juiz solicita essa informação e a unidade de processos envia um ofício, aguardando pela resposta, repetindo este procedimento tantas vezes quanto necessário. Paralelamente, o processo vai sendo concluso ao juiz com a informação ou elementos solicitados, que nem sempre são os pretendidos.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Sucedo que o sistema informático permite desde há cerca de um ano aceder ao outro processo sem necessidade de percorrer todos os indicados passos.

O “pedido de acompanhamento de processo”, aplicação disponível no Citius, desde que aceite pelo juiz titular do processo que pretende ser acompanhado, passou a permitir o acesso ao processo, quer pelo juiz, quer pelo funcionário judicial. Evita múltiplos ofícios, mas principalmente a obtenção exata da informação ou elementos pretendidos, na medida em que o processo é consultado por quem pretende a informação (seja o funcionário ou o juiz). A aplicação permite, ainda, a extração de cópias de peças processuais e subsequente incorporação no processo.

O recurso a esta aplicação do sistema Citius, evita as delongas inerentes à troca de ofícios, bem como a correta obtenção da informação pretendida. Permite ainda a consulta regular de um determinado processo quando a decisão que aí se vier a proferir constituir causa prejudicial, consultando a decisão quando esta for efetivamente proferida sem necessidade do envio regular de ofícios questionando o estado dos autos. Para o efeito basta consultar o processo.

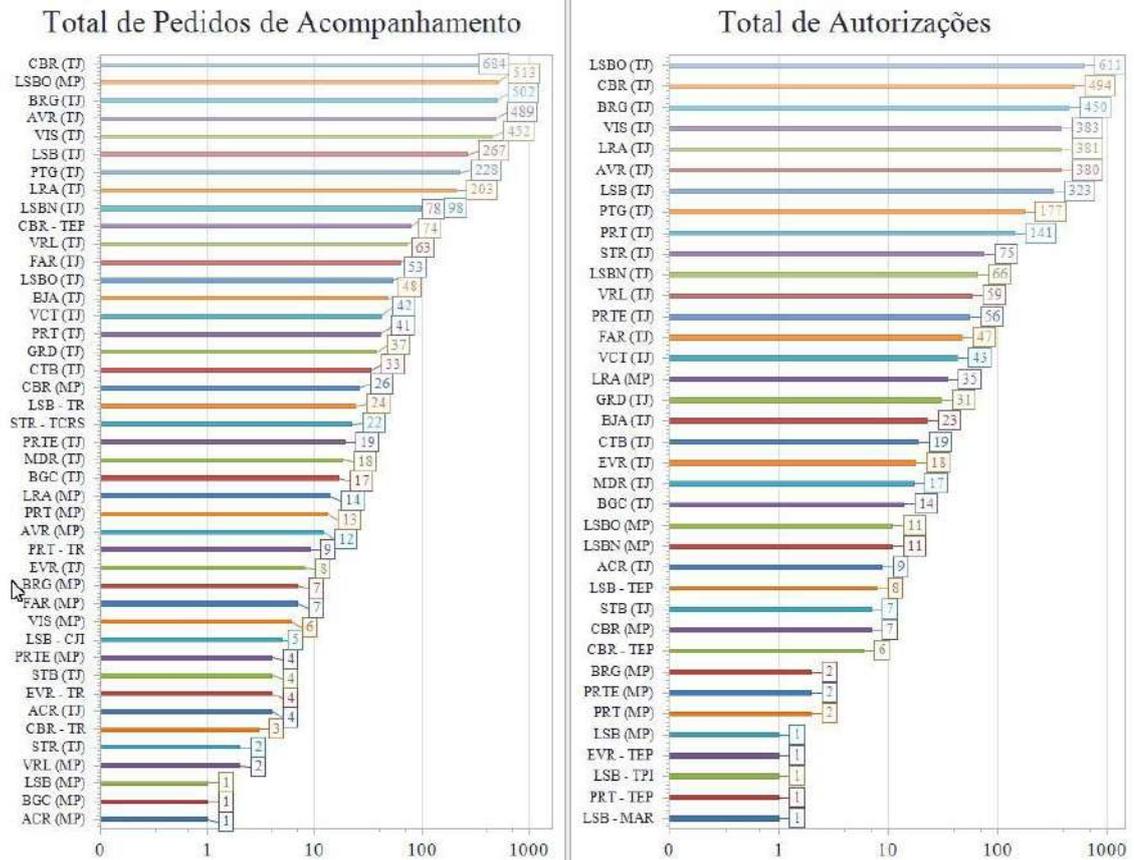
Será importante considerar que a utilização deste meio de consulta de processos não deverá implicar a movimentação do processo, sendo desejável na minha ótica que o juiz se articule com a unidade de processos, delegando nos funcionários a solicitação do pedido de consulta, bem como a concessão de autorização nos pedidos de consulta que lhe sejam dirigidos.

Pretende-se encurtar tempos de tramitação processual, facultar um acesso integral à informação, reduzindo também a intervenção processual do juiz.

Neste sentido seria desejável que o juiz promovesse a alteração de rotinas de trabalho dos funcionários judiciais, os quais são pouco permeáveis a mudanças. Saliento que o recurso a esta aplicação não é facilmente aceite, na medida em que faz recair sobre o funcionário uma maior exigência quando vai consultar outro processo.

Nos quadros que se apresentam estão registados o número total de pedidos de acompanhamento, bem como de autorizações que foram concedidas desde o início de 2016 até ao dia 7 do corrente mês de novembro.

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA



2. Perícias

As perícias cuja realização é atribuída ao INML têm atualmente tempos mais curtos, percebendo-se, pelo menos em Coimbra, que este Instituto tem feito um investimento no sentido de dar resposta mais célere às solicitações do Tribunal.

A minha proposta de reflexão recai principalmente sobre as demais perícias, concretamente aquelas cuja realização não é solicitada a organismos oficiais.

O tempo de duração da perícia tem um peso muito significativo, determinando o tempo de duração do processo, exponenciando-o de forma quase sempre inaceitável. Acresce que na maioria das situações o juiz titular do processo encara esta realidade como uma inevitabilidade, conformando-se a mesma de forma quase acrítica.

É importante ter presente que o Código Processo Civil indica o prazo máximo para a realização da perícia (30 dias), prazo esse que poderá apenas ser prorrogado por uma única vez (art.º 483º do CPC).



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

A sanção para o desrespeito por tal prazo está igualmente prevista na lei adjetiva. A condenação em multa decorre quer do disposto no art.º 469º, nº 1, que regula o desempenho da função do perito, quer do art.º 417º, nº 2, sob a epígrafe “dever de colaboração para a descoberta da verdade”.

É com alguma perplexidade que se assiste ao controle do cumprimento pelos juízes dos prazos processuais, sem que estes sintam necessidade de imprimir o mesmo rigor no cumprimento dos prazos que fixam aos intervenientes processuais no processo e que ainda assim decorrem também da lei processual. Em última análise o interesse que subjaz a qualquer desses prazos é o mesmo, assegurar e garantir que a decisão final seja proferida em tempo razoável, desiderato que fica muito comprometido se o juiz não assume efetiva direção do processo na fase de instrução, concretamente quando tolera sucessivas prorrogações de prazos para a conclusão da perícia.

3. Inquirição de testemunhas residentes no estrangeiro

Ainda no domínio da instrução do processo o prolongamento da fase de instrução e por consequência o retardamento do início da audiência de julgamento ocorre com frequência quando são arroladas testemunhas residentes no estrangeiro.

O cumprimento de cartas rogatórias e precatórias para o consulado português (situações excecionais) e mesmo a solicitação de teleconferências ultrapassa por regra o prazo previsto no art.º 176º do C.P.C. para a obtenção de tais meios de prova – três meses.

O problema não consiste na existência de um prazo, que o juiz pode fixar em período superior ou mesmo prorrogar (nº 3 da citada norma), mas antes no tempo necessário para a realização da diligência.

Com exceção da realização de teleconferências para alguns países da Europa, as demais teleconferências e principalmente a expedição de cartas para a tomada de declarações a testemunhas residentes no estrangeiro prolonga-se, muitas das vezes, durante anos. Aliás, há cartas que nunca chegam a ser devolvidas.

Entendemos que este constrangimento pode, se o juiz titular do processo também assim o entender, ser ultrapassado com recurso ao skype, desde que não



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

sejam colocadas reservas ou dúvidas em relação à identificação da testemunha e esta a tanto se dispuser.

O skype, como plataforma de comunicação que é, constitui um valioso instrumento de trabalho, com aptidão para assegurar a realização de uma comunicação de voz e imagem em tempo real, fazendo prevalecer os princípios da imediação e da oralidade sobre o depoimento escrito.

A sua utilização depende, como referimos, de decisão nesse sentido por parte do juiz titular dos autos, quer por entender que tem similitude com a teleconferência, quer porque as partes a tanto anuem. De todo o modo, caso se concretizem as anunciadas alterações legislativas ao art.º 502º do CPC este meio de recolha de depoimentos passará a estar contido na previsão legal, na medida em que consiste no uso de um equipamento electrónico de comunicação à distância que permite a interação, visual e sonora, em tempo real.

Depende, ainda e tal como já mencionamos, da disponibilidade da testemunha nesse sentido e da inexistência de reservas quanto à sua identidade por parte do Tribunal ou das partes. Deverá ser também o juiz titular a afastar a utilização do Skype, se entender que não se ajusta às situações em que o processo tem limitações à sua publicidade.

No âmbito da tramitação processual desenvolvida no Tribunal Judicial da Comarca de Coimbra o recurso ao Skype tem acontecido não só no âmbito da jurisdição cível, mas também na jurisdição laboral e de família e menores. Na jurisdição cível e laboral, para além de depoimentos prestados em sede de audiência final, permitiu a inquirição de testemunhas em providências cautelares. Nos processos da jurisdição de família e menores a utilização desta plataforma de comunicação permite mais do que a redução do tempo de instrução do processo, permite a prolação de uma decisão em tempo útil, na medida em que é utilizada com frequência em processos de regulação das responsabilidades parentais e bem assim em ações de divórcio.

Acrescentamos que desconhecemos qualquer situação em que os advogados se tenham oposto à utilização desta plataforma de comunicação.

Até há cerca de um ano a utilização do Skype era pontual, com recurso a equipamentos próprios dos senhores juizes ou dos senhores advogados. Desde então foi assumido na Comarca que tal plataforma constituía um instrumento de



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

trabalho, podendo ser utilizado profissionalmente nos computadores instalados nas várias secções, com apoio técnico a prestar pela unidade de informática.

4. Requisição de documentos

Uma outra situação que contribui para o protelamento da fase de julgamento sucede quando as partes solicitam a intervenção do tribunal para obter determinado documento, ao abrigo dos n.ºs 1 e 2 do art.º 535º do CPC.

Com frequência a justificação apresentada é puramente tabelar, apelando apenas às dificuldades na sua obtenção sem que as concretize. Deferindo o juiz a solicitada intervenção na obtenção do documento, que por vezes se prolonga por tempos indeterminados, acaba por se verificar que só a parte poderia aceder a tal informação por estar protegida pelo sigilo.

A análise criteriosa de tais pedidos apresentados pelas partes poderá obviar a delongas na fase de instrução, muitas das vezes sem resultados.

Verifica-se, ainda, que o juiz na fase prévia à realização da audiência prévia determina que as partes apresentem documentos que suportam os factos que alegam. Afastando as situações em que tais documentos são essenciais para conhecer de exceções no despacho saneador ou mesmo para conhecer de mérito, nos demais casos, o ónus da prova dos factos recai sobre as partes que têm o ónus de os apresentar e podem fazê-lo até 20 dias antes da data em que se realize a audiência final. Nessa medida, a prolação de despachos unicamente com esse objetivo deveria ser repensado, até porque transmite a ideia que o juiz está a protelar o andamento do processo, aproveitando-se do facto de, muitas vezes, o mandatário ter protestado juntar tais documentos. Este procedimento é ainda causa do subsequente exercício do contraditório, com a apresentação de mais articulados, os quais subvertem os princípios que estruturam o Código de Processo Civil.

5. Suspensão da instância

Muito embora a lei adjetiva não permita a suspensão da instância por acordo das partes se da mesma resultar o adiamento da audiência final, esta proibição é por vezes contornada com o recurso à suspensão por motivo justificado.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Admitindo que nas situações em que tal sucede exista efetivamente um motivo justificado o juiz deveria sempre fazer refletir no processo essa realidade, concretamente os termos em que as partes se propõem celebrar o acordo e a razão pela qual não o celebram de imediato.

Paralelamente, quando a instância seja suspensa nestas circunstâncias (por motivo justificado), propomos como melhor prática o simultâneo agendamento do julgamento, ainda que o mesmo venha a ser dado sem efeito caso o acordo se concretize.

Entendemos que a tal não obsta o regime da suspensão, nos termos do qual enquanto esta durar só podem praticar-se validamente os atos urgentes destinados a evitar dano irreparável (art.º 275º do CPC). Esta previsão legal visa em particular as demais situações de suspensão da instância – óbito da parte, falta de constituição obrigatória de advogado e existência de causa prejudicial.

O simultâneo agendamento do julgamento quando é determinada a suspensão da instância por ser previsível a celebração de um acordo, considerado este como motivo justificado, é sempre efetuado na presença dos mandatários, sem que daí resulte qualquer prejuízo ou preclusão para as partes.

Este procedimento evita a subsequente prática de atos pela unidade de processos, indagando da efetiva celebração do acordo. Paralelamente, a imediata calendarização do julgamento evita também que uma suspensão, por exemplo, de 15 dias contribua para que a fase do julgamento se venha a prolongar por alguns meses, em face da movimentação que a unidade de processos venha a imprimir ao processo e da disponibilidade subsequente de agenda do juiz.

Por outro lado, decorrido o prazo de suspensão da instância com o objetivo de transigir sobre o objecto do litígio, ainda que as partes nada digam, cessa a suspensão, recaindo sobre o juiz a responsabilidade de imprimir ao processo a tramitação subsequente. Nessa medida, demandam alguma reflexão as situações em que o juiz determina a notificação das partes para informarem o resultado das negociações, com a advertência da deserção da instância caso nada digam.

6. Concentração dos despachos

Uma das grandes causas do protelamento da fase de julgamento ou simplesmente do tempo de duração do processo situa-se, em termos genéricos, na



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

profusão de despachos, que implicam o avolumar de serviço para a unidade de processos.

A análise e estudo do processo permite concentrar num só despacho a tramitação subsequente do processo. O exemplo mais próximo do que estamos a referir é o despacho que conclui determinando que “oportunamente sejam os autos conclusos”.

7. Obtenção de informações relativas a intervenientes processuais

A necessidade de localizar intervenientes processuais é uma constante em várias jurisdições, com particular acuidade nas secções de família e menores, designadamente para localizar a residência e local de trabalho dos progenitores, nas secções de trabalho para localizar os sinistrados, bem como nos casos em que os arguidos foram declarados contumazes (jurisdição criminal), quer em fase de julgamento, quer na subsequente fase do cumprimento da pena.

As dificuldades que surgem a este respeito podem, em muitos dos casos, ser ultrapassadas com a consulta de informações públicas, disponíveis nas redes sociais e profissionais.

Desde que o juiz assim o entenda podem ser melhoradas e ampliadas as rotinas de pesquisa de informação por parte dos funcionários judiciais através das redes sociais e profissionais (facebook e linkedin).

Para este efeito tais pesquisas poderão ser efetuadas através de contas registadas apenas para esse efeito, registo esse que será disponibilizado às unidades de processo para uso exclusivo no contexto das necessidades do serviço.

No Tribunal Judicial da Comarca de Coimbra este procedimento foi impulsionado pela senhora juíza titular na secção de família e menores, que sentiu obstáculos vários na sua implementação. Tais obstáculos, reflexo da reserva à inovação, justificaram uma consulta a todos os juízes do Tribunal. Posteriormente, sob a forma de ordem de serviço para todo o Tribunal, impulsionou-se o recurso a meios de pesquisa até então não utilizados, alterando as rotinas de pesquisa, com reflexos muito positivos na obtenção de informações que de outro modo não seriam rapidamente recolhidas.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

III.

Concluindo, direi que o conjunto de propostas de reflexão e de sugestões para uma direção processual mais ativa e mas atual pretende contribuir para o abandono da visão formalista que afasta o processo da realização efetiva de justiça.

Não dizendo nada de novo, reafirmo que o processo civil não constitui um fim em si mesmo, mas um instrumento necessário à condução do processo até à fase de julgamento, assegurando a prolação de uma decisão final de mérito que dirima o conflito que justificou o recurso à tutela jurisdicional.

Quanto mais focada for a atitude do juiz na importância de alcançar e concluir a fase do julgamento com a prolação de sentença, maior será a probabilidade de assegurar uma efetiva tutela dos interesses juridicamente relevantes e dos direitos subjetivos.

Nesta medida, a atitude que se espera do juiz, de simplificação processual, gerindo os meios que dispõe e promovendo a realização atempada das diligências probatórias, fará transparecer uma efetiva capacidade de gestão do processo.

Esta atitude, dando corpo a muitos dos princípios que estão consagrados no atual Código Processo Civil, conduz a um desempenho mais eficiente e eficaz.

Eficiente, porque a efetiva direção do processo, bem como a utilização e otimização dos recursos disponíveis, conduzirá a um melhor desempenho.

Eficaz, porque a atitude processual que se desenhou terá como corolário uma maior rapidez, qualidade e quantidade de decisões, atingindo objetivos que, estando ou não fixados, são co-naturais ao exercício de uma magistratura judicial responsável.

Isabel Matos Namora

18 de Novembro de 2016

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Segundo Painel: A Audiência de Julgamento e Decisão de Facto



Intervenção do Exmo. Senhor Juiz Conselheiro

Dr. Manuel Tomé Soares Gomes

Do Julgamento da Matéria de Facto no Recurso de Apelação

Introdução

O tema que me cabe abordar neste Encontro do Conselho Superior da Magistratura tem por objeto o julgamento da matéria de facto em sede do recurso de apelação¹⁷. Compreende, nuclearmente, a problemática respeitante ao âmbito, modo e critério do julgamento da matéria de facto na 2.ª instância. Porém, tal abordagem não pode deixar de convocar um breve enquadramento sobre a natureza e os parâmetros da verdade judicial com relevo para a aferição das formas e procedimentos na sua construção por via processual.

Como é sabido, o julgamento de facto constitui, não raramente, o cerne da resolução dos litígios em tribunal, na medida em que os factos são a substância essencial à encarnação do quadro normativo aplicável ao caso. Numa linguagem metafórica, direi que os factos são a massa muscular que dá corpo e vivifica o

¹⁷ O presente texto constitui a versão integral que serviu de base à intervenção oral do aqui signatário no Encontro do Conselho Superior da Magistratura realizado em Viseu, no dia 18 de novembro de 2016. Dado o tempo ali disponível, não foi possível apresentar todo o conteúdo dos tópicos em apreço. Esta é, pois, a versão integral que se deixa à consideração de quem nela tiver interesse.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

esqueleto abstrato das normas jurídicas, transformando o direito idealizado na lei em direito realizado na vida, em direito em ação.

Ora, enquanto que a interpretação e aplicação das normas jurídicas obedecem a metodologias e cânones bem sedimentados na ciência e na doutrina do Direito, já a indagação, a análise, a interpretação e a valoração dos factos no processo não têm merecido, pelo menos entre nós, o mesmo labor científico ou dogmático, ficando, quase sempre, relegadas para o domínio do mero conhecimento empírico e da praxis forense.

Sucede que o alcance da função atribuída aos meios de prova e a economia dos procedimentos probatórios prendem-se umbilicalmente com a verdade judicial também designada por verdade judiciária. Por isso, começarei por fazer algumas considerações gerais sobre a sua natureza e sobre as especificidades do método processual utilizado na sua obtenção.

Além disso, muito embora esta abordagem se centre no julgamento de facto no âmbito do recurso de apelação, não se pode deixar de ter presentes aspectos essenciais do julgamento em 1.^a instância com repercussão na economia do julgamento em 2.^a instância. Nessa linha, irei também sinalizar alguns desses aspectos, procurando salientar o que da disciplina legal se pode colher como indicadores para as boas práticas no julgamento em 1.^a instância e na elaboração da sentença, em sede da decisão de facto.

I

Da Verdade Judicial

Antes de mais, importa não confundir a verdade judicial com a verdade histórica nem com a verdade científica.

Por vezes, há a tendência para reconduzir a verdade judicial ao paradigma historicista, assimilando a figura do juiz à do historiador, ou mesmo aos padrões da verdade científica, aproximando o julgador do investigador das ciências da natureza. São perspetivas contaminadas pelo cientismo positivista que facilmente descambam no mito da verdade absoluta. É este mito que, tantas vezes, tolda o espírito do



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

cidadão comum e que pode contribuir, de algum modo, para o descrédito das decisões judiciais.

Desde logo, há que ter presente que qualquer tipo de verdade - seja ela histórica, científica, filosófica ou religiosa - é sempre resultado de uma construção cognitivo-emotiva que a mente humana tece na base de percepções sobre o mundo exterior, radicada em afloramentos intuitivos gerados nos eflúvios magmáticos das vivências e em esquemas concebidos pela razão individual e coletiva. A dita verdade material é, pois, algo de fugaz que apenas se deixa captar pelo filtro das nossas representações intelectivas, deixando alguns vestígios nas narrativas que sobre ela elaboramos. Ainda assim, poderemos conseguir alguma proximidade do real quando partilhamos os resultados das nossas percepções e representações mentais.

Com efeito, a consistência e a validade de qualquer tipo de verdade ou conhecimento dependem sobremaneira da metodologia empregue na sua construção e do rigor com que o respetivo método é empregue. Daí que cada tipo de verdade não possa deixar de ser sempre tributário de tais pressupostos epistemológicos e aferível em função deles. A realidade objetiva é tão só o campo, diria quase inesgotável, donde os seres humanos colhem os dados da sua percepção ou imagem do mundo. Por sua vez, a verdade é o fruto da nossa encarnação intelectiva nesse mundo, inseminada com o material genético dos nossos vislumbres e palpitações emocionais.

Penso ser o bastante para desfazer o erro frequente em que o senso comum incorre, ao confundir a realidade objetiva com a verdade sobre ela urdida.

A distinção entre a verdade judicial e as verdades histórica e científica pode ser alcançada com apelo à função de uma e de outras e aos métodos de pesquisa que lhes estão associados.

A verdade judicial tem em vista a fixação, num determinado contexto espaciotemporal, de uma realidade de facto com significação jurídica pertinente à resolução judicial de um litígio concreto. Por seu lado, as verdades histórica e científica dirigem-se à explicação racional dos fenómenos sociais e da natureza. O campo de pesquisa destas é potencialmente interminável e os resultados obtidos nunca se consideram plenamente satisfeitos. Por seu turno, a verdade judicial tem um campo de pesquisa circunscrito, no âmbito do qual os resultados obtidos têm-se por satisfeitos para o fim prático tido em vista.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Mas também diferem quanto ao método. As verdades histórica e científica são dominadas por uma atividade predominantemente intelectual, teórica, ainda que sustentada em observação e experimentação factual; a verdade judicial inscreve-se na esfera da atividade cognitivo-volitiva, implicando a demonstração de factos - que até podem ser futuros ou conjecturais -, mediante a formação de uma convicção e decisão sobre a sua ocorrência.

Nessa medida, enquanto que a verdades histórica e científica têm como critério de certeza uma racionalidade inferida da comprovação, nunca absolutamente definitiva, dos dados pesquisados, o mais importante para a consistência e validade da verdade judicial é a licitude dos meios e dos procedimentos empregues para a sua obtenção em tempo útil.

Mas como construir a verdade judicial sobre uma dada factualidade litigiosa?

Já alguém disse (Henri Poincaré) que uma casa é uma acumulação de pedras, mas nem toda a acumulação de pedras se traduz numa casa. A construção de uma casa pressupõe a prévia extração e escolha da alvenaria, o aparelhamento da cantaria e a concertada disposição desta no espaço edificativo, de acordo com o projeto de arquitetura e os projetos de especialidade para tal elaborados.

Direi, em linguagem metafórica, que a resolução de um litígio em tribunal depende:

i) - da seleção da alvenaria, ou seja, dos factos (dados de facto) essenciais a carrear para os autos, seja na fase dos articulados, no pré-saneador, na audiência prévia ou mesmo na audiência final;

ii) - depois, do aparelhamento da cantaria, aqui consistente na seleção desse material - no quadro da identificação do objeto do litígio e da enunciação dos temas da prova - para ser submetido à atividade de instrução em audiência, sendo importante curar, para o efeito, dos instrumentos de regra e esquadro - entenda-se aqui, por exemplo, as regras de repartição do ónus de prova e dos procedimentos probatórios - e, em especial, do engenho do canteiro, ou seja, dos intervenientes ativos na audiência, em especial, de quem dirige a administração das provas;

iii) - por fim, da construção do edifício, no caso, mediante as alegações orais, por parte dos mandatários das partes, e a subsequente decisão de facto e respetiva motivação a inserir na sentença.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Aqui “os projetos de arquitetura e de especialidades” realizam-se, com base no caso e na lei, através da configuração do litígio dada pelas partes e do estudo do processo pelo juiz.

Assim, para o estabelecimento da verdade judiciária há que atentar em três planos fundamentais:

a) - o plano da configuração do objeto da causa – nos articulados, na identificação do objeto do litígio e na enunciação dos temas da prova;

b) - o plano dos meios e procedimentos para a demonstração dos factos – na apresentação e na produção dos meios de prova;

c) - o plano da fixação dos factos provados e não provados – no julgamento de facto.

Desse modo, a consistência do julgamento de facto depende em muito da observância de uma metodologia adequada ao seu tratamento, o que deve envolver não só determinados parâmetros normativos, mas ainda conhecimentos relativos às ciências da comunicação, da linguagem e da psicologia judiciária.

Nessa conformidade, a aferição da relevância dos factos para a resolução do caso deverá ser feita em função de três vetores confluentes:

(i) - Em primeiro lugar, o referencial normativo desenhado na *facti species* legal, simples, complexa ou concorrente, em que se inscreve a pretensão deduzida ou a exceção perentória em causa, atentas as regras, gerais ou especiais, de distribuição do ónus da prova, na perspectiva aberta do quadro de soluções de direito plausíveis que o tribunal possa vir, a final, a considerar, ao abrigo do disposto no n.º 3 do artigo 5.º do CPC¹⁸;

(ii) – Em segundo lugar, o contexto factológico narrativo alegado pelas partes na fase dos articulados e complementado, conforme os casos: a) - por via de articulados supervenientes – artigos 588.º, 589.º e 611.º do CPC; b) - através de articulados complementares ou corretivos deduzidos na sequência de despacho de aperfeiçoamento - art.º 590.º, n.º 2, alínea b), 4 a 6, do CPC); c) - em sede de

¹⁸ Este referencial normativo deve nortear a identificação do objeto do litígio feita no despacho a que se refere o art.º 596.º do CPC, tanto mais que a configuração ali dada permite às partes divisar, de antemão, o coeficiente de esforço probatório que lhe é exigido. Será também através daquele referencial que se equacionam, no relatório da sentença, as questões a resolver, nos termos do art.º 607.º, n.º 2, parte final, do mesmo Código.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

discussão dos termos do litígio na audiência prévia - artigos 3.º, n.º 4, e 591.º, n.º 1, alínea c), do CPC; d) - durante a instrução da causa, mormente na audiência final, nos termos do art.º 5.º, n.º 2, alíneas a) e b), do CPC;

(iii) – Por fim, o contexto histórico ou real do litígio, que, em regra, deflui da produção da prova.

Estes três vetores – o referencial normativo, o contexto factológico narrativo e o contexto factual histórico – representam um esquema de base, triangular, fundamental tanto para delinear os temas da prova a submeter a instrução na audiência final, como para administrar as provas, no sentido de apurar tudo o que se mostre necessário e útil para a decisão da causa.

Com efeito, o referencial normativo parametriza o quadro das soluções de direito plausíveis, incluindo a repartição do ónus da prova, para que melhor se possa divisar o alcance jurídico de cada facto submetido a prova e o coeficiente de esforço probatório exigido a cada uma das partes.

Por sua vez, o contexto factológico narrativo permite situar dada espécie factual no espectro de cada uma das versões apresentadas pelos litigantes, de modo a ter presente o sentido que ali lhe é dado e a sua coerência como os restantes segmentos fácticos em causa. Tal perspectiva integrada proporcionará maior economia na própria atividade instrutória e evitará ulteriores sobreposições, aporias ou mesmo contradições entre os juízos probatórios.

Por fim, o contexto histórico ou real do litígio, que decorre, em regra, da produção da prova, permite pôr em linha o contexto narrativo das partes com a sua matriz sociológica, no sentido de um maior apego à dimensão real dos factos, possibilitando, conseqüentemente, a concretização ou complementação dos juízos probatórios, quando tal se afigure útil para a subsequente análise jurídica.

A este propósito, convém recordar que a jurisprudência tem apontado no sentido de considerar que a decisão de facto não se deve ficar por enunciados demasiadamente secos, mas que, na medida do possível e do necessário, sejam complementados por extensões concretizadoras, de modo, dir-se-á, a ajustar o contexto narrativo dos factos no processo ao contexto histórico que dimana da prova, tendo em vista o referencial normativo das questões de direito a resolver. A



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

arte de valorar a prova passa, em boa medida, pela habilidade do julgador nesse jogo triangular.

Ora, a última reforma do CPC tem vindo a colocar inúmeras questões sobre os procedimentos a adotar em sede da produção, análise e valoração da prova e até mesmo no campo da estruturação da decisão de facto.

Nas palavras do filósofo brasileiro Eduardo Portella, “temos de passar a repovoar a língua e, conseqüentemente, a repovoar o pensamento”, no sentido de contribuir para uma reabilitação ecológica do espírito.

Para tanto, também no dizer de Blaise Pascal, importa que nos “esforcemos por pensar bem, é este o princípio da ética”. Mas só se consegue pensar bem se o fizermos em diálogo, pois é no confronto das nossas ideias e das nossas perspectivas, que podemos encontrar os consensos, ou pelo menos os compromissos, necessários à construção de um património cultural com futuro.

Envolvidos numa conjuntura de profunda alteração do paradigma do processo civil, podemos considerar-nos, de certo modo, privilegiados pela oportunidade histórica de desbravar as veredas de novos procedimentos, fruto ainda embrionário da sementeira das novas ideias.

As nossas incertezas, nas palavras de Edgar Morin, mais não são do que sintomas das dores de “uma gravidez nervosa” da mudança, a exigir que nos “armemos de uma ardente paciência” para assumir o desafio que se nos depara.

Uma das atuais críticas sobre as decisões dos tribunais prende-se com a linguagem utilizada e a extensão discursiva da respetiva fundamentação. Censura-se, em particular, a falta de clareza e a prolixidade da fundamentação das decisões – adiposidade argumentativa e erudição impertinente (vulgo palha a mais). A tal propósito, tem-se trazido à colação a exemplaridade de arestos dos tribunais superiores de outrora, sinteticamente estruturados e de textura elegante. Mas convém recordar que, nessa altura, alguns autores, entre os quais Castro Mendes, chegaram a lamentar a escassa profundidade de, pelo menos, alguma jurisprudência dos nossos tribunais superiores.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Só que os tempos mudaram e muito. Basta lembrar que, nessa época, por exemplo, as Relações só raramente se ocupavam da impugnação da decisão de facto, mormente, em sede de apreciação da prova livre.

A sociedade de informação e comunicação em que vivemos, à escala global, vem colocar novos desafios. Hoje somos inundados por contínuos tsunamis informativos que nem nos deixam tempo de vir à superfície refrescar as ideias.

No meio desta convulsão coletiva, confunde-se muitas vezes informação e conhecimento. Mas se é apodítico que o conhecimento supõe informação, não é menos certo que a valia daquele não se basta com a mera acumulação desta. Informação em excesso, ou absorvida acriticamente, pode desaguar em inundações de conhecimento penumbroso, degenerado, ou mesmo em anti-conhecimento. Só a informação bem digerida, através de um método adequado de análise e síntese, poderá contribuir para o conhecimento racional da realidade.

Nem sempre o tratamento da informação disponível se afigura fácil. Manter o equilíbrio entre o sintético e o consistente ou persuasivo, não sendo tarefas dos deuses, é trabalho árduo e exige engenho. Como já alguém disse, “falar muito e bem é talento do sábio”; “muito e mal é o vício do enfatado”; “pouco e mal é o condão do tolo”; “pouco e bem é o carácter do ajuizado”. Recordo-vos o desabafo de Blaise Pascal (1623-1667), quando, ao escrever a um amigo, desabafava que: “fiz esta carta tão longa, porque não tive tempo de a fazer mais curta”; e também Einstein, ao dizer, sobre a formulação de teorias científicas, que devem ser “o mais simples possível, mas não mais do que isso”.

Eis aqui o drama de escrever “pouco e bem”.

Seja como for, no que respeita ao discurso judiciário, em especial, no que aqui nos ocupa – fundamentação da decisão de facto – importa refletir sobre os fatores que podem levar a excessos argumentativos.

Colocá-los-ei em duas vertentes: uma mais atomística e outra sistémica.

Na vertente atomística, pode dizer-se que, em regra, as ideias confusas propendem para a verbosidade. A confusão das ideias pode ser patológica ou fisiológica. É patológica, por exemplo, quando resulta de uma pulsão imanente à lei natural do “menor esforço” (v.g. a inércia ao estudo) ou então quando não se dispõe de tempo para a necessária reflexão. A confusão de ideias fisiológica radica já na própria natureza das coisas; por exemplo, a emergência de leis novas sobre



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

realidades novíssimas, ainda pouco sedimentadas na experiência, ou a utilização de conceitos indeterminados que obrigam a maiores desenvolvidos argumentativos para densificar os parâmetros normativos ajustados à singularidade do caso.

Num plano mais sistémico, a tendência para a verbosidade decorre da falta de método de análise, sendo o método um fator essencial não só para a economia do pensamento como ainda para a sua objetividade. A validade ou consistência de determinado tipo de conhecimento – filosófico, científico, histórico ou judiciário – dependem do método utilizado na sua construção.

A partir deste breve diagnóstico, gostaria de sugerir a discussão sobre o método adequado à análise crítica da prova e à fundamentação da decisão de facto.

Como já referi, o método de interpretação e aplicação da lei tem vindo a ser ensinado nas nossas academias, desde a universidade às escolas de formação profissional, embora se deva salientar que o método de interpretação e aplicação (hermenêutica jurídica) do cultor do direito (académico) é distinto do método judiciário: aquele tende para uma trajetória especulativa de ramificação e exploração de hipóteses; este para o confinamento progressivo no quadro das exigências do caso prático.

Mas, no que respeita ao método de análise crítica da prova e da fundamentação da decisão de facto não se encontram, entre nós, o mesmo nível de tratamento científico nem manuais de instruções; muito se joga numa base empírica e difusa. Porém, nos últimos anos, têm sido produzidas algumas monografias sobre estes temas¹⁹.

Ora, a natureza e estrutura da decisão de facto e o âmbito da sua reapreciação pela 2.ª instância postulam o ónus, por banda da parte impugnante, de delimitar com precisão o objeto do recurso, ou seja, de definir as questões a reapreciar pelo tribunal superior, como decorre do preceituado no art.º 640, n.º 1 e 3, do CPC.

Estou em crer que a desatenção sobre as linhas estruturais da decisão de facto está na origem de muitos equívocos e confusões na elaboração das alegações de

¹⁹ Vide, entre outros, *Linguagem, Argumentação e Decisão Judiciária*, in *Justiça XXI*, sob a coordenação de Rui do Carmo, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2012; *Para uma Teoria da Prova*, Maria Clara Calheiros, Centro de Estudos Jurídicos do Minho, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2012; *A Fundamentação de Facto e de Direito da Decisão Cível*, Helena Cabrita, Coimbra Editora, 1.ª Edição, 2015; *Prova por Presunção no Direito Civil*, Luís Filipe Pires de Sousa, Almedina, 2012; *Prova Testemunhal*, Luís Filipe Pires de Sousa, Almedina, 2013.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

recurso, como, por exemplo, quando se empreende uma análise centrada na transcrição de depoimentos prestados e na argumentação probatória, sem previamente se especificarem os pontos de facto que se pretendem impugnar e só então, a coberto deles, se convocarem os meios de prova a auditar e a respetiva argumentação probatória.

Com efeito, a elaboração das alegações recursórias, nomeadamente em sede de impugnação da decisão de facto, obedece a parâmetros técnico-jurídicos, que se inscrevem no método processual a empregar no tratamento das questões, não se devendo cair num discurso libertino, ao sabor da imaginação de cada um, por mais criativo que seja.

Essa disciplina impõe-se não só como plataforma de comunicação eficiente entre os vários intervenientes processuais, como ainda para garantir a consistência do conhecimento que se visa produzir. Parafraseando o prestigiado astrónomo estadunidense Carl Sagan, dir-se-á que “o pensamento não pode ser tão livre, tão livre que o cérebro rebente”.

Reconhecida que fica a necessidade de encontrar um método adequado à construção da verdade judiciária, avancemos agora para as problemáticas do julgamento de facto.

II

Aspectos Essenciais do Julgamento de Facto em 1.ª Instância

1. Parâmetros metodológicos do julgamento de facto

Vejamos alguns dos parâmetros metodológicos do julgamento de facto, mormente os decorrentes das disposições processuais.

Em primeira linha, convém atentar na disciplina a observar na realização da audiência final, em 1.ª instância, no respeitante à produção da prova, nos termos gerais dos artigos 602.º e 604.º, n, 3, do CPC e das disposições específicas de cada um dos meios probatórios típicos (v.g., quanto ao depoimento de parte, nos artigos 458.º a 463.º e, quanto à inquirição de testemunhas, nos artigos 512.º e seguintes do CPC).



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

No quadro dessa disciplina legal e à luz do princípio da gestão processual, importa adotar boas práticas na condução da audiência e na administração da prova, de modo a tornar eficiente a atividade instrutória, a otimizar o tempo disponível e a assegurar um resultado probatório proficiente. Deixar fluir a audiência nas asas do imprevisto e do acaso é dar largas à entropia, tornando mais árdua a subsequente tarefa de análise crítica da prova e potenciando maiores níveis de polémica e de especulação em sede da impugnação da decisão de facto.

Ora um dos instrumentos de condução da atividade probatória em audiência é precisamente a enunciação dos temas da prova prevista do artigo 596.º, n.º 1, do CPC, através da qual devem ser condensados os tópicos essenciais da factualidade a submeter a instrução. Mas, há que ter presente que essa produção de prova incide, substancialmente, sobre os factos controvertidos alegados pelas partes, alcançando ainda os factos instrumentais, complementares e concretizadores que, embora não alegados, resultem da instrução, nos termos do art.º 5.º, n.º 2, alíneas a) e b), do CPC. Significa isto que, para a boa realização da instrução em audiência, não basta atentar nos temas da prova enunciados, importando ainda ter bem presente a substância dos factos alegados.

Considero assim a enunciação dos temas da prova como marcador de escala ou mapa temático de ordenação dos diversos segmentos ou sectores da factualidade alegada e, de certo modo, indicador dos seus horizontes. Todavia, parece-me curial que, a par daquela enunciação temática, se ressalvem ou referenciem logo os pontos de facto que, porventura genericamente nela compreendidos, já se encontrem assentes por acordo das partes, por documento ou por confissão, de modo a não induzir os litigantes na falsa expectativa de que tais pontos são controvertidos e a evitar a produção de prova desnecessária sobre os mesmos.

Por outro lado, um dos efeitos perversos do apego excessivo aos temas da prova com o alheamento dos factos alegados é o de deixar escapar, pela janela "ofuscante" da abstração, determinada matéria factual que depois se revela útil à decisão de direito. Recai, pois, sobre o juiz uma particular atenção para não deixar que tal aconteça.

Uma das funcionalidades da ordenação dos temas da prova será proporcionar o posterior encadeamento lógico e cronológico da factualidade provada na sentença, o que pode favorecer uma análise mais escorreita dessa factualidade e evitar incongruências ou contradições formais entre os diversos enunciados da decisão de



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

facto. É ainda frequente, por exemplo, entremear as vicissitudes da execução do contrato com os factos relativos à formação deste ou à fase pré-contratual; e, em ações emergentes de acidente de viação, misturar as circunstâncias envolventes com a execução da manobra ou com as sequelas, ou espartilhar de forma descontinuada pontos de facto conexos, incorrendo em sobreposições e repetições inúteis.

Por isso, deixo aqui uma espécie de apelo para que tanto os prosélitos como os mais críticos dos temas da prova se empenhem em tirar partido dessa funcionalidade com vista a melhor conseguirem, na sentença, compatibilizar a matéria de facto a que se refere a parte final do n.º 4 do artigo 607.º do CPC. Além de se traduzir na observância de uma diretriz legal, será um bom contributo para facilitar a análise factual por parte do tribunal de recurso.

Ainda em sede de condução da audiência, importa que o juiz se pautar por uma intervenção ativa no sentido de não deixar que permaneçam evitáveis confusões ou ambiguidades sobre os depoimentos prestados e que potenciam ulteriores especulações argumentativas no âmbito da impugnação da decisão de facto. Quanto verbo pode ser poupado sobre um depoimento, epidermicamente rugoso ou retalhado pelas contorções de interrogatórios cruzados, para tentar perscrutar uma suposta coerência velada, se houver uma intervenção oportuna do juiz do julgamento, ao abrigo do disposto no artigo 516.º, n.º 4, do CPC, no sentido de que a testemunha esclareça determinadas afirmações contraditórias, ambíguas ou vagas.

Uma outra sugestão que ousar fazer é a de que se consigne em ata a referência aos factos sobre que cada uma das testemunhas depusera – o que de resto ainda se faz em relação aos depoimentos de parte. Não ignoro que tal não é requerido atenta a inexistência de limite de factos por cada testemunha, mas ainda assim se mostra conveniente e útil para a eventualidade de o tribunal de recurso, no uso dos seus poderes de investigação oficiosa, pretender saber e socorrer-se de algum depoimento que, não tendo sido convocado pelas partes nem indicado pelo tribunal recorrido, tenha incidido sobre a matéria em causa. Com efeito, tal consignação mostra-se oportuna e fácil por parte do tribunal recorrido e poupa trabalho material de indagação ao tribunal de recurso. Será ainda um meio auxiliar para o próprio juiz do julgamento referenciar na sentença, em relação a cada juízo probatório, a respetiva proveniência, prática que nem sempre é seguida. A falta dessa indicação



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

dificulta depois a análise do tribunal de recurso ao ter de apurar a proveniência ou contexto alegatório do ponto de facto em apreciação.

Já no domínio das alegações orais em 1.ª instância, o artigo 604.º, n.º 3, alínea e), do CPC dispõe que, finda a produção de prova em audiência, se realizam:

Alegações orais, nas quais os advogados exponham as conclusões, de facto e de direito, que hajam extraído da prova produzida (...)

E o artigo 602.º, n.º 2, alínea d) e e), do CPC confere ao juiz poderes para moderar os debates e para exortar aos advogados e o MP a necessidade de esclarecer pontos obscuros ou duvidosos.

Neste âmbito, incumbe os advogados (ou o MP) examinar as provas produzidas, interpretando o seu sentido e alcance, confrontando-as naquilo que tenham de contraditório, incoerente ou convergente, e concluindo pelo modo como entendem que devem ser julgados os factos controvertidos. Os debates, nesta parte, serão uma espécie de “proposta” da decisão de facto.

Nesta linha, creio que o enobrecimento da discussão sobre a prova e o empenhamento nela, por parte dos advogados e até pelo tribunal, no papel subsidiário que lhe compete, podem proporcionar um bom diagnóstico quanto às maiores divergências das partes sobre os pontos de facto controvertidos para, em função delas, se divisar quais os que requerem maior desenvolvimento de fundamentação na apreciação crítica da prova.

No domínio da elaboração da sentença, o artigo 607.º, n.º 4, do CPC determina que:

Na fundamentação da sentença, o juiz declara quais os factos julgados provados e quais os que julga não provados, analisando criticamente as provas, indicando as ilações tiradas dos factos instrumentais e especificando os demais fundamentos que foram decisivos para a sua convicção (...), compatibilizando toda a matéria de facto adquirida e extraindo dos factos apurados as presunções impostas pela lei ou por regras da experiência.

Por seu lado, o n.º 5 do mesmo artigo prescreve que:

O juiz aprecia livremente as provas segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

E convém lembrar aqui também o princípio da economia dos atos consagrado no artigo 131.º, n.º 1, do CPC, no sentido de que a forma dos atos processuais – em que se incluem as alegações e a sentença – deve ter a forma mais simples que melhor corresponda ao fim que visam atingir, ou seja, como dizia Einstein, o mais simples possível, mas não mais que isso.

Assim, o julgamento de facto passa pelas seguintes etapas:

i) - Em primeira linha, o juiz atentará nos factos essenciais (e alguns instrumentais relevantes) sobre os quais deva recair o juízo probatório positivo ou negativo;

ii) - Seguidamente, apreciará as provas em relação a cada espécie factual, não só sob o ponto de vista diacrónico, parcelar ou atomístico, mas numa perspetiva integradora de cada espécie em toda a trama factual - a já referida compatibilização de toda a matéria de facto (art.º 607.º, n.º 4, parte final, do CPC);

iii) - Feito este trabalho de análise, importa a seguir elaborar a decisão de facto e a respetiva fundamentação, nos seguintes moldes:

- formular e inserir na sentença os enunciados de cada facto provado, bem como os de cada facto não provado;

- na motivação, em relação a cada um desses juízos probatórios, ou porventura com agregação de alguns deles, indicar os meios de prova que foram tidos por relevantes e especificar os fatores decisivos para a convicção do tribunal, nomeadamente os índices de credibilidade e de consistência dos depoimentos, decorrentes da razão de ciência e dalgumas passagens de teor; em caso de divergência de depoimentos, salientando o que foi decisivo para dar prevalência a uns em relação a outros.

Atentos os parâmetros metodológicos indicados, convirá passar em revista algumas práticas que, na minha opinião, parecem desviar-se deles, gerando algumas confusões e níveis excessivos de problematização, obrigando, conseqüentemente, a maiores dispêndios de análise e de fundamentação na reapreciação da decisão de facto pela Relação.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

2. Práticas de conformidade legal problemática

Eis, pois, algumas das práticas de conformidade problemática ou duvidosa com as diretrizes legais sobre a elaboração da decisão de facto e da sua fundamentação em 1.ª instância.

Desde logo, parece-me ser de proscrever a prática que, não raro, sucede, consistente em, por exemplo, depois dos factos dados como provados, se declarar não provados, genérica ou designadamente, os restantes factos. Esta prática, a meu ver, viola o disposto nos números 4 e 5 do artigo 607.º do CPC, ao preceituar, respetivamente, que o juiz declara quais os factos que julga não provados e que o juiz aprecia livremente as provas segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto.

Embora o n.º 3 do citado artigo 607.º não se refira à especificação dos factos não provados, o n.º 4 do mesmo artigo é bem claro ao exigir a declaração judicial de quais os que se julga não provados. A diferença, nesse ponto, entre o consignado num e noutro número, dever-se-á ao simples facto de se ter mantido o teor do n.º 3 por arrastamento da lei anterior, ao passo que foi transposto, de forma inovatória, para a sentença, o que dantes constava separadamente sobre a decisão de facto no correspondente n.º 2 do artigo 653.º do CPC. Deve, portanto, prevalecer o preceituado no n.º 4 do artigo 607.º.

Basta pensar na dificuldade de observar o ónus de impugnação da decisão de facto, quanto à especificação dos pontos tidos por incorretamente julgados, ante uma afirmação genérica de que se tem por não provados todos os restantes ou designadamente os restantes.

Outra prática que não recomendo é a de, na motivação da decisão de facto, começar por transcrever ou relatar integral ou quase integralmente o teor dos depoimentos e terminar, de modo fulminante, declarando assim provados os factos tais a tais e não provados tais e tais. Esta prática traduz-se em omissão de análise crítica das provas no sentido do n.º 4 e 5 do art.º 607.º, deixando na sombra ou na escuridão a indicação dos fatores que foram decisivos para a convicção do julgador. De resto, tais fatores são relevantes para a reapreciação pelo tribunal de recurso, já que para sindicar o erro de julgamento torna-se necessário saber as razões pelas



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

quais o tribunal recorrido, por exemplo, deu prevalência a determinado depoimento em detrimento de outro.

Seria, porventura, dispensável a especificação dos fatores de convicção pelo tribunal recorrido num sistema em que fosse atribuída ao tribunal de recurso a competência para proceder a um novo julgamento da causa, que não para a sindicância do erro de julgamento sobre determinados pontos da decisão de facto. Mas não é aquele o sistema consagrado na lei.

Ocorre também, por vezes, uma prática de inserir na motivação de facto a mera conclusão de que, face aos depoimentos transcritos, o autor não fez prova dos factos tais e tais. A expressão não fazer prova é ambígua: uma situação é não fazer prova, ou seja, não se ter produzido qualquer prova; outra bem diferente é a de se ter produzido prova, mas essa prova não ser consistente nem convincente, devendo, neste caso, ser expostas as respetivas razões.

Ainda outra situação que se verifica é a de declarar, na motivação, tão só ou quase só que os factos tais e tais se têm por provados ou não provados como se pode alcançar dos depoimentos gravados e/ou dos documentos juntos aos autos. A meu ver, salvo o devido respeito, esta prática viola o disposto no n.º 4 e 5 do artigo 607.º, para além de desvirtuar a natureza do julgamento da 1.ª instância.

O juiz da 1.ª instância não é um mero instrutor do processo, a quem caiba informar o tribunal de recurso que “julgou assim, porque sim” como o tribunal de recurso poderá confirmar da prova carreada para os autos. O juiz da 1.ª instância julga e deve apresentar as razões por julgou de tal ou qual modo; só assim é que a Relação poderá ajuizar sobre o eventual erro de julgamento.

E, quanto às remissões para documentos juntos aos autos, não me parece adequado fazê-lo de forma genérica ou vaga, devendo-se individualizar os documentos tidos em conta e concretizar, quanto possível, o que deles se extrai ou interpreta como decisivo para a convicção do julgador sobre determinado facto, pelo menos quando se trate de documentos extensos ou de conteúdo controverso ou controvertido.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Outras observações me ocorrem, quanto ao modo como é orientada a produção da prova.

Por exemplo, como já acima aludi, na inquirição de testemunhas, o advogado de uma parte pode tender a orientar o interrogatório com perguntas suscetíveis de levar a testemunha a depor da forma mais condizente possível com o que estrategicamente ele pretenda. Depois, nas instâncias, o advogado da parte contrária tenderá a fragilizar aquele depoimento, o que pode levar a testemunha a contradizer-se ou baralhar-se. Nalguns casos, poderá estar em causa a consistência daqueles depoimentos. Mas noutros, as incoerências das testemunhas são fruto do modo como as perguntas foram feitas ou percebidas por elas.

Caso o juiz não intervenha para que a testemunha esclareça ou complete o seu depoimento, o resultado mais provável é que, no recurso sobre a decisão de facto, cada uma das partes procure explorar as incongruências ou omissões daquele depoimento no sentido que melhor lhe aproveite, levando a que o tribunal de recurso tenha de desenvolver maior argumentário, além de nem sequer estar numa situação de imediação com o meio de prova, podendo chegar-se ao ponto de se suscitar a hipótese de renovação da prova.

Ora, se o juiz da 1.^a instância tivesse atuado, oportunamente, em termos de evitar perguntas sugestivas ou no sentido de recolocar a pergunta à testemunha mais ao nível da sua compreensão, ou fazendo até perguntas complementares, ficariam já desmontados os efeitos pretendidos pelas partes com a confusão da testemunha, retirando margem de manobra à especulação em sede de recurso e facilitando o trabalho da Relação.

Outro aspeto importante é o de, na produção de prova, o tribunal estar bem inteirado dos factos que interessa provar e na forma como devem ser dados como provados ou não provados, em função da repartição do ónus da prova, ainda que flexível ou dinâmica. Ao contrário do que já ouvi e li ser sustentado no sentido de que a repartição do ónus da prova só interessa ser atendida na sentença, salvo o devido respeito, não partilho desse entendimento.

Na minha modesta opinião, interessa atentar na repartição do ónus da prova desde o início do processo, ainda que em perspectivas não definitivas, mormente:



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

i) - Na fase dos articulados, por banda das partes, no sentido de equacionarem os factos que lhes incumbe provar e portanto previamente alegar, a título de factos constitutivos ou excetivos;

ii) - Na própria enunciação ou desenho dos temas da prova, para o que não será indiferente perspetivar, ou pelo menos ter em linha de conta, a forma, por exemplo, positiva ou negativa, em que o facto provado ou não provado deva ser a final enunciado; tal pode, reflexamente, influir no modo como se desenha o próprio enunciado do tema da prova;

iii) - Na momento da produção da prova, como indicador do coeficiente do esforço probatório a cargo de cada parte.

Mas atenção, problema diferente é a repartição do ónus da prova como critério de julgamento, o qual só é de aplicar, a final, no juízo de procedência ou improcedência, face aos factos dados como provados e não provados. Ou seja, este critério de julgamento não serve para formar o juízo probatório sobre cada facto, o qual tem de ser alicerçado na livre e prudente convicção do julgador.

Por exemplo, se estamos perante uma situação em que incumba ao autor provar que não deu autorização ao réu para a prática de determinado ato ou quando impenda sobre o réu o ónus de provar o pagamento de certa prestação pecuniária, parece-me não ser correto que o tema da prova seja enunciado sob a forma alternativa, no sentido de saber se o autor deu ou não aquela autorização ou se o réu pagou ou não. Uma formulação deste género presta-se a posteriores equívocos, seja sobre o coeficiente de esforço probatório de cada uma das partes, seja mesma quanto ao modo como se deve formular, a final, o juízo probatório sobre tal matéria. Quando muito, poderá admitir-se a formulação alternativa do tema da prova, se estivermos perante uma situação em que seja duvidosa ou problemática a regra da distribuição do ónus probatório.

Ademais, se o facto a provar tiver de ser enunciado, pelo menos inequivocamente, na versão negativa, o esforço probatório recairá mais sobre a contraprova, beneficiando a outra parte de presunções judiciais, o que pode determinar, por banda das partes e do tribunal, um incremento maior na tomada dos depoimentos de determinadas testemunhas. Se a produção de prova não for orientada nessa linha, é bem provável que se passe a investir, quase até à exaustão, em depoimentos dirigidos à comprovação de um “não acontecido”, quando o que



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

interessava era explorar depoimentos tendentes à comprovação de factos indiciários da inverosimilhança desse “não acontecido.”

Ainda outro aspeto respeitante agora aos factos impugnativos.

Dantes considerava-se que, em sede de questionário ou da base instrutória, só tinham, em princípio, de ser seleccionados os factos essenciais constitutivos ou excetivos impugnados. Os factos impugnativos daqueles, constantes das contraversões não eram levados à condensação; estavam como que na sombra dos factos assim impugnados, tanto mais que não cabe ao impugnante fazer a prova desses factos impugnativos, mas assim apenas lançar dúvida séria sobre a prova produzida pela outra parte (art.º 346.º do CC). Nessa linha, os factos impugnativos eram submetidos a instrução mas na órbita dos factos essenciais impugnados, estes sim passíveis do juízo probatório. Só nalguns casos em que os factos impugnativos podiam relevar – v. g. em casos de acidentes de viação ou de conflitos de posse – é que interessaria seleccioná-los, dando-se depois respostas conjuntas em sede dos factos essenciais. Outras vezes esses factos impugnativos entravam nas respostas restritivas ou como esclarecimentos dos factos essenciais.

Hoje, não havendo tal selecção da matéria de facto, parece-me que esse trabalho de triagem tem de ser feito no momento da sentença. Ou seja, o juiz na sentença só tem de incorporar, em regra, os factos essenciais constitutivos ou excetivos provados ou não provados ou, eventualmente, factos instrumentais relevantes para extrair ilações sobre aqueles factos essenciais.

Porém, por vezes, inserem-se, na sentença, paralelamente aos factos essenciais, também os respetivos factos impugnativos, dando como provados os factos essenciais (e até factos impugnativos) e como não provados ou parcialmente provados os respetivos factos impugnativos, gerando-se assim algumas contradições, depois exploradas pelas partes no recurso.

Estou em crer que a boa prática é a de, em regra, só formular os juízos probatórios sobre os factos essenciais constitutivos ou excetivos – ou porventura sobre os factos deles instrumentais mais relevantes. Se da prova produzida sobre os factos impugnativos resultarem elementos úteis de concretização ou de confinamento dos factos essenciais, tal concretização ou confinamento deverá ser introduzida na própria formulação desses factos essenciais. No entanto, tratando-se



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

de realidades mais complexas – v.g. no domínio dos acidentes de viação ou de conflitos de posse – poderá ser conveniente desdobrar os juízos probatórios sobre os factos constitutivos ou excetivos e os respetivos factos impugnativos, podendo até dar-se o caso de relevarem como base de presunções legais – v.g. na repartição da culpa ou na presunção de posse.

Admito que nem sempre seja tarefa fácil operar a distinção entre os factos essenciais e os respetivos factos impugnativos e reconheço que a não inclusão formal destes na decisão de facto pode ser depois problematizada pelas partes. Porém, um modo prático de resolver esta dificuldade será complementar o enunciado do facto essencial com a referência aos artigos em que tais factos se encontram vertidos nos articulados. Por exemplo, depois da enunciação do facto essencial, com as concretizações, explicitações ou restrições que se imponham, mencionar que tal matéria respeita ao alegado nos artigos tais e tais da petição inicial e nos artigos tais e tais da contestação, deixando assim expreso que foi tida em conta a matéria impugnativa.

Outra prática frequente, como já referi, é a desarrumação da matéria de facto, conforme o já acima exemplificado.

Convém, pois, sequenciar os factos pela lógica natural e legal da factispecies. Assim, numa ação emergente do contrato, deve começar-se por inserir os factos respeitantes à formação do contrato e às suas cláusulas; depois, enunciar os relativos às modificações contratuais entretanto introduzidas; seguidamente, a matéria relevante em termos de execução ou incumprimento do contrato; por fim, a matéria relativa aos danos e sua quantificação. Numa ação emergente de acidente de viação, deve começar-se por descrever a infra-estrutura do acidente e circunstâncias de tempo e lugar, depois a execução da manobra em termos de preencher ou não a norma estradal violada, por fim, a matéria dos danos.

Em suma, a adoção de uma sequência lógica e cronológica da factualidade pertinente permite uma melhor compreensão da trama factual e evita o risco de que escape algum facto elementar disperso no meio de matéria que lhe não é conexas.

Deixo aqui também uma chamada de atenção para a importância de saber em que plano o diferendo litigioso se centra: se em sede de julgamento de facto; se na



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

decisão de direito. Há que decidir de facto o que, nesta sede, deve ser decidido, sem evasivas.

Imagine-se, por exemplo, que está em causa apurar o sentido da vontade real das partes na celebração de um contrato. É esta a questão fundamental. Há, pois, que incrementar a prova até onde for possível, nomeadamente por via de presunções judiciais e assumi-lo. Não se deve embarcar no facilitismo da prova e acabar por decidir provado apenas o que consta do documento de fls. tal, transferindo para a decisão de direito o que deveria ter sido julgado em sede de facto. O que não significa que não possa haver casos que não tenha de ser assim. Mas, por vezes, ocorrem situações em que, quer o tribunal quer as partes, poderiam ter ido mais longe nos interrogatórios com perguntas pertinentes e que não foram feitas, acabando por embrenhar-se depois em complexas e arrevesadas construções de direito.

Ficam aqui estes exemplos, como incentivo à reflexão sobre o que se pode economizar em termos de práticas processuais e método de análise no sentido de emagrecer a verbosidade e de dar mais proficiência à fundamentação da decisão de facto, sem nos perdermos na discussão simplistas do escrever mais ou menos.

III

Do Julgamento de Facto em 2.ª Instância

1. Quanto ao ónus de impugnação da decisão de facto

No recurso para a segunda instância, compete, em primeiro lugar, ao recorrente (e nalguns casos ao recorrido em caso de ampliação do objeto do recurso), nos termos dos artigos 640.º, n.º 1, 2 e 3, do CPC, especificar, sob pena de rejeição:

a) – os pontos de factos que tem por incorretamente julgados, ou seja ou juízos probatórios positivos ou negativos enunciados na sentença que impugna;



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

b) – os concretos meios probatórios que impunham decisão diversa sobre os factos impugnados, indicando com exatidão as passagens da gravação em que se funda o recurso, sem prejuízo de poder proceder à transcrição de excertos que considere relevantes;

c) – a decisão que, no seu entender, deve ser proferida sobre essa matéria.

Segundo a alínea a) do n.º 1 e n.º 3 do art.º 640.º do CPC, o recorrente e o recorrido que pretenda ampliar o âmbito do recurso devem especificar, sob pena de rejeição, os concretos pontos de facto que consideram incorretamente julgados. De resto, esta exigência prende-se, ao fim e ao cabo, com a delimitação do objeto do recurso em sede de impugnação da decisão de facto. Tal especificação pode fazer-se de diferentes modos: o mais simples, por referência, total ou parcelar, aos pontos da sentença em que se encontram inseridos; ou então pela transcrição do próprio enunciado do juízo probatório.

Por seu lado, nos termos do citado artigo 640.º, n.º 1, alínea b), cabe também ao impugnante, sob pena de rejeição do recurso nessa parte, nas circunstâncias indicadas, especificar os meios de prova, constante do processo ou de registo ou gravação nele realizada, que impunham decisão sobre os pontos de facto impugnados diversa da recorrida, sem prejuízo do poder oficioso do tribunal de recurso de atender a meios de provas não indicados pelas partes, mas constantes dos autos ou das gravações nele realizadas. Esta exigência não tem a ver propriamente com a delimitação do objeto do recurso, mas já com a amplitude dos meios probatórios a tomar em linha de conta, ou seja, com a amplitude intrínseca da apreciação daquele.

Impõe-se também ao impugnante, sob a mesma cominação, nos termos da alínea c) do n.º 1 do art.º 640.º, o requisito formal de indicar a decisão que, no seu entender deve ser proferida sobre as questões de facto impugnadas.

E, por fim, exige-se, literalmente, na alínea a) do n.º 2 do mesmo normativo, sob igual cominação, que o impugnante, quando convoque prova gravada, indique com exatidão as passagens da gravação em que se funda o seu recurso, sem prejuízo de poder proceder à sua transcrição dos excertos que considere relevantes.

Todos estes requisitos formais radicam na estrutura atomizada da decisão de facto e no parcelamento da respetiva fundamentação, ou seja, mediante apreciação livre das provas acerca de cada facto (art.º 607.º, n.º 5, do CPC).



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Por outro lado, o legislador terá sido cauteloso em não permitir a utilização abusiva ou facilitação do mecanismo-remédio de impugnação da decisão de facto. De resto, mal se perceberia que o impugnante atacasse a decisão de facto sem ter bem presente cada um dos enunciados probatórios e os meios de prova utilizados ou a utilizar na sua fundamentação cirúrgica. Daí a cominação severa da imediata rejeição do recurso.

Neste domínio, tem-se suscitado, com frequência, a questão de saber se os requisitos do ónus impugnatório previstos no n.º 1 do artigo 640.º podem figurar apenas no corpo das alegações ou se devem também ser levados às conclusões recursórias, não existindo consenso jurisprudencial nesta matéria.

Segundo determinado entendimento, pelo menos, a especificação dos concretos pontos de facto que se pretendem impugnar deve constar das conclusões do recurso, sob pena de rejeição deste nessa parte, por aplicação subsidiária do disposto nos artigos 635.º, n.º 2, e 639.º, n.º 1, do CPC. De acordo com outro entendimento, a falta de disposição expressa nesse sentido não permitiria uma consequência tão drástica.

Esta questão tem-se arrastado desde a introdução do novo regime recursal pelo Dec.-Lei n.º 303/2007, de 24-08. Pena é que o legislador tenha andado tão alheado destas questões práticas que as não tenha resolvido na última reforma introduzida pela Lei n.º 41/2013, de 26-06, ao invés de se preocupar com a minudência da exigência das passagens das gravações.

Pessoalmente, embora considere que seria mais curial que a especificação dos pontos de facto impugnados e mesmo a indicação da decisão a proferir sobre cada facto constassem das conclusões recursórias, face à ambiguidade da lei, tenho vindo, por ora, a inclinar-me para a solução moderada de aproveitar a especificação feita no corpo das alegações, desde que se mostre adequadamente inteligível. E mesmo para os que defendem tal exigência, considero que, pelo menos, se deveria convidar o impugnante a aperfeiçoar as conclusões, ao abrigo do disposto no n.º 3 do art.º 640.º do CPC.

Já me parece não ser de aceitar um tal aproveitamento nas situações, ainda hoje não raras, em que o impugnante não especifica os pontos de facto concretos que pretende ver reapreciados, limitando-se a extrair passagens de depoimentos e a



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

tecer considerações críticas com base nelas. Aceitar esta prática como modo idóneo de impugnação da decisão de facto, para além de desvirtuar o sentido e finalidade da lei - art.º 640.º, n.º 1, alíneas a) e c), do CPC -, seria transferir para o tribunal a incumbência do recorrente de delimitar o objeto do recurso, nessa parte, o que colidiria com o princípio da imparcialidade do juiz e até com o princípio do contraditório, na medida em que tal delimitação seria feita a jusante das contra-alegações.

Já a indicação dos meios de prova e das passagens das gravações não me parece que tenham de constar das conclusões, por não respeitarem à delimitação do objeto do recurso.

Ainda quanto à exigência da indicação das passagens das gravações, não obstante a expressividade literal da lei, tenho feito um entendimento flexível da mesma. Parece-me tratar-se de uma exigência excessiva, e até anacrónica, em face do atual meio tecnológico de gravação e do modo como se realizam os depoimentos, tanto mais que hoje se cometem ao tribunal de recurso largos poderes inquisitórios, não confinados aos meios de prova convocados pelas partes.

Na verdade, torna-se fácil localizar hoje os depoimentos gravados nos dispositivos empregues. Por outro lado, não se mostra muito prático andar a saltitar entre interrogatórios e instâncias de modo “a pescar à linha” esta ou aquela passagem de determinado depoimento, o que se agrava agora com o novo método de conduzir a produção da prova em função de temas mais ou menos abertos.

Estou em crer que o legislador adotou como paradigma dessa exigência centrado no tipo de depoimento extenso, segmentado e heterogéneo, o que não ocorre no caso de depoimentos breves ou circunscritos a poucos factos; por exemplo, num caso em que os depoimentos convocados incidam apenas e totalmente sobre um facto, parece não fazer muito sentido rejeitar o recurso porque os recorrentes não fez indicação exata das passagens das gravações, pois é evidente que a audição versará sobre todo o depoimento.

Nessa linha, parece-me que, por redução teleológica interpretativa do disposto na alínea a) do n.º 2 do art.º 640.º, se poderá ajustar aquela exigência, na medida do funcionalmente praticável, no sentido de considerar irrelevante qualquer irregularidade nesse domínio que não seja obstativa, para o recorrido nem para o tribunal de recurso, de localizar o depoimento convocado.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Melhor seria que, em sede de audiência final, dentro dos temas de prova formulados, se fizesse constar da ata a indicação dos factos sobre os quais cada parte ou testemunha depôs com referência aos artigos em que os mesmos foram alegados nos articulados, bem como se indicasse, na ata ou na sentença, a emergência de factos complementares não alegados pelas partes, mas atendidos pelo tribunal ao abrigo do artigo 5.º, n.º 2, alínea b), do CPC.

Uma situação que tem vindo a verificar-se é a de o Tribunal da Relação rejeitar o recurso sobre a impugnação da matéria de facto por considerar manifestamente inconsistentes ou meramente vagas as razões apresentadas pelo recorrente ou então, nas mesmas circunstâncias, julgar, desde logo, improcedente o recurso nessa parte, sem necessidade da audiência da prova.

Em primeiro lugar, afigura-se que a mediocridade das alegações sobre a impugnação da decisão de facto não constitui fundamento de rejeição do recurso por não se reconduzir à inobservância de quaisquer dos requisitos do ónus impugnativo previstos no artigo 640.º, n.º 1 e 2, alínea a), do CPC.

Resta saber se, em tais circunstâncias, é lícito julgar de imediato improcedente o recurso com base na manifesta insuficiência ou inconsistência alegatória do recorrente sem necessidade de ouvir a prova convocada.

A este propósito, convém recordar que o n.º 2 do artigo 712.º do CPC, na versão anterior à Lei n.º 41/2013, de 26-06, prescrevia que:

No caso a que se refere a segunda parte da alínea a) do número anterior [em caso de gravação dos depoimentos prestados], a Relação reaprecia as provas em que assentou a parte impugnada da decisão, tendo em atenção o conteúdo das alegações do recorrente e do recorrido, sem prejuízo de oficiosamente atender a quaisquer outros elementos probatórios que hajam servido de fundamento à decisão sobre os pontos da matéria de facto impugnados.

Nesta base e considerando que incumbe ao recorrente indicar os concretos meios probatórios que imponham decisão diversa da impugnada – o então art.º 685.º-B, n.º 1, alínea b), do CPC –, poder-se-ia entender que, quando o recorrente convocasse um meio probatório constante de gravação, sem expor razões minimamente consistentes, para mais face à análise crítica do tribunal recorrido,



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

seria de julgar, desde logo, improcedente o recurso sem necessidade de escrutinar tal prova.

Sucedede que, com a Reforma operada pela mencionada Lei n.º 41/ 2013, não só foi eliminada a disposição acima transcrita como se consagrou lapidariamente, no n.º 1 do atual artigo 662.º do CPC, que:

A Relação deve alterar a decisão proferida sobre a matéria de facto, se os factos tidos como assentes, a prova produzida ou um documento superveniente impuserem decisão diversa.

Deixou assim de figurar na lei o anterior parâmetro que mandava atentar no conteúdo das alegações recursórias. Daí que haja quem defenda que a audição da prova gravada se impõe, observados que sejam os requisitos do ónus de impugnação estabelecidos no artigo 640.º, n.º 1 e 2, alínea a), do CPC, independentemente da suficiência ou consistência das razões aduzidas pelo recorrente.

Em face daquela alteração legislativa, considero que esta questão não se mostra de fácil resolução, o que não obsta a que se procurem algumas pistas de reflexão.

Desde logo, parece-me resultar do disposto no citado artigo 640.º, n.º 1, alíneas a) e c), que o erro de julgamento sobre determinado ponto da decisão de facto ficará delineado, no seu objeto, mediante a especificação do ponto em questão e a indicação da decisão que o recorrente entende ser de proferir. Por sua vez, a indicação do concreto meio probatório exigida pela alínea b) daquele normativo fornece ao tribunal de recurso o elemento sobre que deve recair a pretendida reapreciação.

Já saber qual o nível ou quantum de argumentação exigível ao recorrente, em termos de análise crítica da prova, é questão que se presta a elevada subjetividade, dependendo ainda de diversos factores de análise, como sejam: o teor dos depoimentos convocados, dos quais pode até resultar, de forma linear, a verificação do erro invocado; a escassa ou incongruente fundamentação do próprio tribunal recorrido.

Nessa base, inclino-me para que, no tipo de situações em referência, se deva optar, em princípio, por ouvir a prova. No entanto, admito que se possa considerar, desde logo, impertinente a impugnação, à luz do disposto no artigo 6.º, n.º 1, do CPC, julgando-se manifestamente improcedente tal impugnação, sem audição da



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

prova, em situações de clara falta de justificação, como quando, por exemplo, o tribunal recorrido fez uma cuidadosa apreciação crítica da prova sobre os depoimentos convocados sem que o recorrente lhe contraponha algo de útil.

De resto, como já foi dito, a finalidade do recurso da decisão de facto, nos termos consagrados na lei, é a sindicância do eventual erro de julgamento sobre determinados pontos da matéria de facto e não um novo julgamento da causa. Nesta perspectiva, mal se compreenderia que se pudesse lançar mão da impugnação da decisão de facto sem a mínima justificação plausível do erro que se invoca.

É de ressaltar também a hipótese em que o próprio tribunal recorrido não procedeu à devida fundamentação do ponto impugnado, o que pode levar a que o recorrente embarque em igual escassez de argumentação, mas, nesta situação, o tribunal de recurso deverá antes providenciar pelo suprimento da falta ou insuficiência daquela fundamentação, nos termos da alínea d) do n.º 2 do artigo 662.º do CPC.

2. Quanto ao julgamento de facto pela Relação

2.1. Âmbito e critério geral da reapreciação da decisão de facto

Definido pelas partes o objeto da impugnação da decisão de facto, cabe então ao Tribunal da Relação apreciá-la e alterar a decisão recorrida, se os factos tidos como assentes, a prova produzida ou documento superveniente impuserem decisão diversa, nos termos do n.º 1 do artigo 662.º do CPC.

E convém repetir que não se trata de um novo julgamento da causa, mas sim circunscrito à matéria impugnada, como resulta da conjugação daquele artigo com o disposto no artigo 640.º, n.º 1, do mesmo Código.

Nessa conformidade, existe uma vinculação temática do tribunal de recurso aos factos impugnados, sem prejuízo dos poderes de conhecimento oficioso dos vícios formais da decisão de facto, nos termos dos artigos 662.º, n.º 2, alínea c) e d), do CPC, mesmo fora desse âmbito, desde que com relevo para a decisão de direito impugnada. Também, para este efeito, assiste ao tribunal de recurso o poder de desconsiderar, oficiosamente, matéria enunciada como facto, mas de natureza inequivocamente conclusiva ou de direito, ou ainda aditar factos assentes que não



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

foram atendidos pelo tribunal a quo, ao abrigo do disposto no n.º 4 do artigo 607.º aqui aplicável por via do n.º 3 do artigo 663.º do CPC.

No julgamento de facto pela Relação é, pois, aplicável o regime da elaboração da sentença com as necessárias adaptações (art.º 663.º, n.º 2, do CPC).

Assim, no que aqui releva, o acórdão da Relação deverá conter:

a) – a enunciação sintética das questões a resolver extraídas das conclusões recursórias ou das que cumpra conhecer oficiosamente, a começar pelos vícios formais, seguindo-se as questões incidentes sobre a impugnação da decisão de facto e, por fim, as questões substantivas de direito;

b) – a enunciação dos factos tidos por provados e dos factos tidos por não provados com a inclusão das alterações da decisão de facto resultantes da reapreciação que, nesta sede, tenha sido efetuada; dessa enunciação bastará apenas constar os factos provados e não provados com pertinência para a decisão de direito posta em causa;

c) – a fundamentação da confirmação ou da alteração da decisão de facto impugnada, em termos de análise crítica da prova, à semelhança do que já ficou dito quanto à elaboração da sentença.

De referir que, antes da apreciação da impugnação da decisão de facto, compete à Relação, mesmo oficiosamente, assegurar-se da completude, clareza, coerência e suficiência da decisão de facto da 1.ª instância, bem como da suficiência da respetiva fundamentação, na medida do que for relevante para a decisão de direito em causa, nos termos e para os efeitos do preceituado no artigo 662.º, n.º 2, alíneas c) e d), do CPC.

Por sua vez, a análise crítica da prova deverá centrar-se nos meios probatórios convocados pelas partes em confronto com o constante nessa parte da motivação da 1.ª instância, sem prejuízo de o tribunal se socorrer de outros meios de prova constantes do processo com relevo para a decisão, como decorre dos artigos 5.º, n.º 2, alínea a) – factos instrumentais -, 413.º (princípio de aquisição da prova), 640.º, n.º 2, alínea b), primeira parte, e 662.º, n.º 1, do CPC, o que significa que o tribunal de



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

recurso, em sede de análise da prova, não está confinado à prova convocada pelas partes ou indicada pelo tribunal recorrido;

No que respeita à valoração da prova, o princípio da prudente convicção acerca de cada facto (artigo 607.º, n.º 5, do CPC), aponta para um critério de persuasão racional.

No mesmo sentido, o reforço dos poderes da Relação, em sede de renovação da prova e de produção de novos meios de prova, vai também no sentido de uma reapreciação mais ampla da prova sobre os segmentos da decisão de facto impugnada, que pode inclusive invadir aspetos relacionados com a imediação como sejam os da credibilidade do depoimento ou do seu alcance. Convirá, no entanto, não exagerar neste particular, sabido como é que uma prova de 2.ª “apanha” tem graves riscos de contaminação.

Nos termos do artigo 662.º, n.º 1, do CPC, o que incumbe à Relação não é a estrita verificação de erro manifesto da decisão de facto, mas reapreciar a prova convocada sobre os pontos impugnados, de modo a formar a sua própria convicção. O erro de julgamento será a resultante entre esta convicção e a formada pelo tribunal recorrido.

Não cabe, pois, à Relação proceder a uma reapreciação sistemática de toda a prova produzida, mas apenas sindicatizar os invocados erros de julgamento da 1.ª instância sobre os pontos de facto questionados, mediante reapreciação das provas produzidas no quadro dos segmentos da decisão de facto impugnados, tomando por base a argumentação probatória do recorrente e do recorrido sobre o resultado dos concretos meios de prova por eles convocados e ainda, mesmo a título oficioso, os elementos probatórios que serviram de fundamento à decisão recorrida no âmbito dos pontos da matéria de facto em apreço, conforme o preceituado no artigo 662.º, n.º 1, do CPC.

Com tal latitude, o critério de valoração, por parte do tribunal de recurso, está confinado à aferição da razoabilidade dos juízos de prova enunciados em função do material probatório constante dos autos, incluindo as gravações ou transcrições dos depoimentos prestados, à luz das regras da experiência e da coerência empírico-lógica dum raciocínio pragmático sobre as ocorrências da vida, com a salvaguarda, porém, dos fatores de imediação que porventura possam ter influído na convicção



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

do tribunal da 1.^a instância e que, obviamente, escapem à percepção do tribunal de recurso ²⁰.

Com vem hoje sendo maioritariamente reconhecido, a verdade judicial, traduz-se na correspondência entre as afirmações de facto controvertidas, relevantes e pertinentes, aduzidas pelas partes no processo e a realidade empírica, extraprocessual, que tais afirmações contemplam, revelada pelos meios de prova produzidos, de forma a lograr uma decisão oportuna do litígio ²¹.

Na abordagem probatória do facto controvertido, importa atentar na natureza e alcance do troço de realidade em foco, não só no plano da sua estrita dimensão sociológica, mas ainda no que dela factualmente pode relevar para o enquadramento jurídico do litígio. O que significa que os enunciados de facto não devem ser considerados numa leitura meramente formal, mas sobretudo no alcance semântico da sua conexão com a realidade sobre que versam. Como afirma G. Carrió ²², “o significado das palavras está em função do contexto linguístico em que aparecem e da situação humana em que é aplicada”, diremos vivenciada.

No que respeita à formação do juízo probatório, já longe vão os tempos da tradição empírico-narrativista, em que dominava o lema de que factos são factos e não necessitam de ser argumentados. Com efeito, a verdade judicial é fruto de um raciocínio problemático, sustentado na razão prática mediante a análise crítica dos dados de facto veiculados pela atividade probatória, em regra, por via de inferências indutivas ou analógicas pautadas pelas regras da experiência comum colhidas da normalidade social, que não pelo mero convencimento íntimo do julgador, não podendo assim a intuição deixar de passar pelo crivo de uma razoabilidade persuasiva e suscetível de objetivação ²³, o que não exclui, de todo, a interferência de

²⁰ Isto sem prejuízo dos casos em que é permitido ao tribunal de relação determinar a renovação dos meios de prova, nos termos do n.º 3 do artigo 712.º do CPC.

²¹ Sobre as doutrinas da verdade judicial como mera coerência persuasiva ou como correspondência com a realidade empírica, vide Michele Taruffo, *La Prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pag. 26-29. Quanto à configuração do objecto da prova e a sua relação com o thema probandum, vide Eduardo Gambi, *A Prova Civil – Admissibilidade e relevância*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, Brasil, 2006, pag. 295 e seguintes; LLuís Muñoz Sabaté, *Fundamentos de Prueba Judicial Civil L.E.C. 1/2000*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2001, pag. 101 e seguintes.

²² In *Notas sobre Derecho e lenguaje*, Buenos Aires, 1990, pag. 90.

²³ Como afirma Gaston Bachelard, *no ser humano predomina a obscuridade do “eu sinto” sobre a clareza do “eu vejo”*.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

fatores de índole intuitiva, compreensíveis ainda que porventura inexprimíveis²⁴. A intuição não é um dado, mas um estímulo que deve ser ponderado pela apreciação crítica, pela reflexão. Ponto é que a motivação se paute pelo princípio da completude racional, de forma a esconjurar o arbítrio²⁵.

É nessa linha que se deve inscrever a ponderação dos depoimentos colhidos, tendo em conta o respetivo teor, o seu nicho contextual, bem como as razões de ciência e a credibilidade dos testemunhos. Só assim se poderá satisfazer o critério da prudente convicção na apreciação da prova livre, ditado pelo artigo 607.º, n.º 5, do CPC, e obter uma decisão que se possa ter por justa e legítima.

Em suma, a “reconstrução” cognitiva da verdade, por via judicial, não tem, nem jamais poderia ter, a finalidade exclusiva de obter uma explicação exaustiva e porventura quase irrefragável do acontecido, como sucede, de certo modo, nos domínios da verdade história ou da verdade científica, nem, muito menos, pode repousar sobre uma crença inabalável na intuição pessoal e íntima do julgador. Diversamente, tem como objetivo conseguir uma compreensão altamente provável da realidade em causa, nos limites de tempo e condições humanamente possíveis, que satisfaça a resolução justa e legítima do caso.²⁶

2.2. Sindicância sobre factos essenciais complementares ou concretizadores não alegados pelas partes mas resultantes da instrução da causa

Nos termos do artigo 5.º, n.º 2, alínea b) do CPC, além dos factos articulados pelas partes, o tribunal deve ainda considerar “os factos que sejam complemento ou

²⁴ Sobre o modelo cognitivo racional da prova, em detrimento de modelo puramente empírico, vide, entre outros autores, Marina Gascón Abellán, *Los Hechos en el Derecho – Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Barcelona, 1999, pag. 97 a 123.

²⁵ Sobre o princípio da completude da motivação da decisão judicial ditado, pela necessidade da justificação cabal das razões em que se funda, com função legitimadora do poder judicial, vide acórdão do STJ, de 17-01-2012, relatado pelo Exm.º Juiz Cons. Gabriel Catarino, no processo n.º 1876/06.3TBGDM.P1.S1, disponível na Internet – <http://www.dgsi.pt/jstj>.

²⁶ Sobre a natureza do conhecimento judicial dos factos, seu carácter ideográfico, e as condicionantes práticas e normativas da averiguação judicial, vide Marina Gascón Abellán, *Los Hechos en el Derecho – Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Barcelona, 1999, pag. 97 a 123. Sobre o contexto da pro-va judicial e o objectivo institucional da verdade aí prosseguida, vide Jordi Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, 2007, pag. 29 e seguintes.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

concretização dos que as partes hajam alegado e resultem da instrução da causa, desde que sobre eles tenham tido a possibilidade de se pronunciar”.

Ora, em sede de recurso, poderá colocar-se a questão de saber se é lícita a admissão de determinado facto, por essa via, considerado pelo tribunal recorrido.

Em primeiro lugar, há que precisar qual o conceito funcional de facto complementar e concretizador para tais efeitos.

Como é sabido, consideram-se como factos essenciais todos aqueles que sejam suscetíveis de preencher diretamente a previsão do quadro normativo em que seja sustentável o pedido formulado ou que sirva como fundamento a exceção perentória deduzida pelas partes ou que, sendo de conhecimento oficioso, a estas aproveite.

Porém, de entre os factos essenciais, destacam-se os que, nuclearmente, são indispensáveis para a identificação da causa de pedir ou da exceção perentória e os que não sendo requeridos para tal efeito são ainda assim necessários para a procedência da ação ou da exceção. Nessa conformidade, por exemplo, a falta de alegação pelo autor ou pelo reconvinte de factos indispensáveis à identificação e inteligibilidade da causa de pedir, importam em ineptidão da petição inicial ou da reconvenção e conseqüente absolvição da instância relativamente a tais pretensões. Já a falta de alegação de factos essenciais não necessários à identificação e inteligibilidade da causa de pedir ou de uma exceção perentória, acarretam, respetivamente, a inviabilidade da ação ou da reconvenção, implicando um juízo de mérito de improcedência, ou a improcedência da exceção.

Não tem sofrido dúvida de que os factos complementares ou concretizadores a que se refere a alínea b) do n.º 2 do artigo 5.º do CPC podem respeitar a factos essenciais que, embora não sendo indispensáveis para a identificação ou inteligibilidade da causa de pedir ou de exceção perentória, sejam relevantes para a respetiva procedência.

Neste capítulo, importa atentar na noção de facto complementar.

Num conceito extensivo, poderíamos ser tentados a considerar como factos essenciais complementares todos aqueles que, situando-se fora do perímetro nuclear da causa de pedir ou de execução perentória fossem, todavia, necessários à respetiva procedência. Significaria isto uma complementaridade em função do



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

quadro normativo aplicável, que não meramente naturalística, o que nos colocaria perante um elevado grau de abrangência, em particular na hipótese de causas de pedir complexas integradas por uma pluralidade de segmentos de facto juridicamente concorrentes, mas naturalisticamente autonomizados (por exemplo a causa de pedir num acidente de viação, na ação de despejo por denúncia com fundamento na necessidade do locado pelo senhorio).

Sucedede que o normativo em referência exige que tais factos complementares resultem da instrução da causa e portanto que se inscrevam no âmbito dos factos controvertidos submetidos a prova. Daí que, ocorrendo a falta de alegação de um facto meramente essencial para a procedência da ação, mas que não apresente qualquer ligação naturalística com os factos alegados controvertidos, a submeter a prova, não se vislumbra como possam ser atendidos por essa via.

No entanto, como hoje a instrução se faz na base de temas da prova mais genéricos e não tanto com referência a enunciados de facto específicos, pode muito bem acontecer que surjam nesse domínio temático factos essenciais não oportunamente alegados e sem uma conexão naturalística estreita com os factos controvertidos já alegados.

Penso que esta questão deve ser aferida em função das exigências do contraditório e do dever de lealdade das partes na configuração do objeto do litígio. Assim, não haverá dificuldades de maior em admitir, por exemplo, a introdução de factos essenciais complementares no quadro de um factualismo complexo tendente a preencher um conceito indeterminado (v.g. a culpa, justa causa, boa fé) ou até uma cláusula geral (v.g. necessidade para habitação), desde que se inscrevam num circunstancialismo mínimo já alegado do dito espectro complexo.

Quanto aos factos concretizadores, a questão mostra-se mais simples, pois referem-se aqueles que pormenorizam determinadas circunstâncias relevantes no âmbito de uma alegação de facto menos granulosa. É o que já vinha sucedendo quando se davam respostas com explicitações ou esclarecimentos. O que me parece já não ser admissível é recorrer a factos concretizadores para preenchimento de puros conceitos de direito (v.g. para preencher uma alegação meramente abstrata de posse ou de acidente de viação).



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Outro problema será saber em que termos se deve processar a possibilidade de pronunciamento das partes sobre a admissão de tais factos não alegados, em particular no domínio dos factos complementares.

Creio que, nos termos da norma atual, basta que as partes tenham a possibilidade de se aperceber, no decurso e envolvimento da instrução, da relevância de tal facto, por exemplo promovendo inquirições ou instâncias sobre ele com compreensão suficiente do seu alcance para a decisão do pleito. É, no entanto, recomendável que o tribunal os alerte para tal, de modo a evitar o efeito-surpresa.

Por fim, coloca-se a questão de saber qual a posição a assumir, quando a parte interessada se pronunciar no sentido de não ser admitida a introdução de determinado facto complementar. Suponho que não relevará uma mera contrariedade, sendo necessário uma justificação plausível da mesma, como, por exemplo, com a consideração de que a introdução de tal facto possa vir a determinar uma improcedência da ação e, por conseguinte, um caso julgado material desfavorável, quando a própria parte, se tivesse apercebido da importância desse facto, teria proposto uma ação em termos completamente diferentes. O mesmo se pode dizer relativamente ao réu. A ponderação terá, pois, de ser feita em termos garantir os princípios do dispositivo e do contraditório.

2.3. Da sindicância sobre os factos instrumentais

Antes de mais, importa reter que os factos instrumentais consistem naqueles que servem de base a presunções judiciais, nos termos e para os efeitos do disposto nos artigos 349.º e 351.º do CC.

Já os factos que sirvam de base a presunções legais, na medida em que invertem as regras de distribuição do ónus da prova, nos termos dos artigos 344.º, n.º 1, e 350.º do CC, traduzem-se em factos essenciais, cuja alegação e prova incumbem a quem delas beneficia, cabendo à contraparte o ónus de alegar e provar os factos tendentes à respetiva ilisão.

Também não se devem confundir com factos instrumentais, cada um dos factos parcelares integradores de um factualismo complexo suscetível de preencher,



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

mormente, conceitos indeterminados (v.g. culpa, boa fé, justa causa, alteração anormal das circunstâncias em que se fundou a decisão de contratar, sinais visíveis e permanentes de uma servidão de passagem, entre muitos outros). Tais factos parcelares ou moleculares constituem segmentos que, na sua aglutinação, incorporam um facto essencial, participando como tal da natureza deste.

E mesmo na órbita dos factos instrumentais talvez convenha destrinçar aqueles que se destacam como modos indiretos de revelação de factos essenciais, como sucede, com frequência, no domínio dos factos do foro psicológico cognitivo, afetivo ou volitivo, dos que, de forma mais difusa, relevam apenas como fatores indiciários da convicção do julgador na valoração de determinado meio de prova (v.g. na aferição da credibilidade de determinado testemunho) e que, portanto, não merecem o destaque especial aqui em foco.

Pode, pois, colocar-se a questão de saber se, na enunciação dos factos provados e não provados na sentença, o tribunal deve cingir-se apenas aos factos essenciais à procedência da ação ou de exceção perentória, ou se também deve formular juízos probatórios sobre factos se afigurem meramente instrumentais daqueles factos essenciais.

O n.º 4 do artigo 607.º do CPC, no que aqui releva, prescreve que, na fundamentação da sentença, o juiz declara quais os factos que julga provados e quais os que julga não provados, analisando criticamente as provas, indicando as ilações tiradas dos factos instrumentais e especificando os demais fundamentos que foram decisivos para a sua convicção.

Por sua vez, o artigo 5.º, n.º 2, alínea a), do mesmo Código consigna que:

Além dos factos articulados pelas partes, são ainda considerados pelo juiz:

- a) – Os factos instrumentais que resultem da instrução da causa.

Do artigo 574.º, n.º 2, parte final, colhe-se também que a admissão de factos instrumentais pode ser afastada por prova posterior.

Acresce que o artigo 449.º, n.º 2, manda incluir, nos temas da prova enunciados, a matéria do incidente respeitante à ilisão da autenticidade ou da força probatória de documento, que como é sabido, versa sobre factos auxiliares da prova, os quais



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

respeitam à admissibilidade, idoneidade e valoração de determinados meios de prova²⁷.

Da conjugação do disposto nos citados artigos 5.º, n.º 2, alínea a), e 607.º, n.º 4, colhe-se que o tribunal deve tomar em consideração os factos instrumentais e extrair deles as ilações em sede de presunções judiciais, mas de tais normativos não consta, pelo menos expressamente, que sobre tais factos deva recair um juízo probatório específico.

Perante isso, poderá pensar-se que sobre os factos instrumentais não tem de recair um específico juízo probatório, bastando indicá-los na motivação da decisão de facto a propósito dos factos essenciais que deles se inferem, ou seja, como mero argumento probatório.

Afigura-se, no entanto, que uma tal degradação do juízo probatório em mero argumento probatório, em sede de factos instrumentais, tem de ser equacionada com algumas cautelas²⁸.

Em primeiro lugar, há que ter presente que, na prática, nem sempre é nítida a linha de fronteira entre a essencialidade e a instrumentalidade de um facto, podendo até suceder que determinado facto se mostre, à partida, instrumental, e que, a final, acabe por se assumir como essencial. Por exemplo, no caso de um acidente de viação, um rasto de travagem pode ser instrumental enquanto indício de uma velocidade superior a determinado limite legal (excesso de velocidade), mas a sua prova não ser conclusiva nesse sentido. No entanto, pode bem acontecer que aquele mesmo rasto de travagem conjugado com outros elementos de facto - como a força do impacto dos veículos e a sua posição relativa após o embate -, permita preencher o conceito indeterminado de velocidade excessiva (art.º 24.º, n.º 1, do CE) e levar, por consequência, ao juízo de culpabilidade do condutor do veículo, o que o torna agora num elemento do facto essencial em que se traduz tal factualismo complexo.

Por outro lado, há factos de determinada natureza, nomeadamente os factos do foro psicológico - cognitivos (v.g. o erro), afetivos (v.g. o abalo psíquico, o desgosto,

²⁷ Sobre os factos auxiliares da prova, vide o estudo do ora signatário, intitulado Um Olhar sobre a Prova em Demanda da Verdade no Processo Civil, Separata da Revista do CEJ (2005), número 3, Almedina, pp.150-151.

²⁸ A este propósito, no sentido da sujeição dos factos instrumentais a juízo probatório, vide LEBRE DE FREITAS, A Ação Declarativa Comum, À Luz do Código de Processo Civil de 2013, 3.ª Edição, Coimbra Editora, pag. 315 e seguintes.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

a tristeza, a jovialidade) e volitivos (vontade negocial, o animus possessório) – que não são, em regra, suscetíveis, de perceção direta, sendo, frequentemente, inferidos, à luz da experiência comum, a partir de factos instrumentais ou indiciários. Nestes casos, a valoração probatória decisiva incide precisamente sobre tais factos instrumentais.

Quanto à necessidade de formular juízos probatórios sobre os factos instrumentais, também designados pela doutrina por factos secundários, atente-se no ensinamento de Michele Taruffo²⁹, quando escreve que:

«[...] se debe observar que la decisión no versa sólo los llamados hechos principales, es decir, los hechos que son calificados jurídicamente, sino también sobre los llamados hechos secundarios (o simples), que son lógicamente relevantes en la medida que constituyen las premisas de inferências probatorias relativas a los hechos principales. También los hechos secundarios son objeto de decisión, entre otras razones porque deben ser determinados (...) para poder constituir las premisas para a formulacion de inferencias válidas relativas a otros hechos...»

“Es necesario, entonces, que respecto de cada enunciado singular se identifiquem las pruebas que se refieren específicamente a él, y se determine el grado de confirmación que ellas le atribuyen. Esto vale para las circunstancias que constituyen los hechos principales de la causa, dado que estos enunciados representan el objetivo final de todo el conjunto de las inferencias probatorias. Pero el mismo discurso vale también respecto de los enunciados relativos a los hechos secundários, ya que también respecto de estos enunciados debe existir una confirmación probatoria adecuada, sin la cual éstos no podrían constituir premisas de inferencias referidas a los enunciados sobre hechos principales.»

Com efeito, se os factos instrumentais com tal relevo forem apenas disseminados na motivação dos factos essenciais que indiciam, sem sobre eles recair um juízo probatório específico, corre-se o risco de, por um lado, se eclipsar a sua conexão com os concretos meios de prova em que se baseiam e, por outro, de se diluir o respetivo critério de valoração, tanto mais que tal critério pode variar em função da natureza de cada facto indiciário, sabido como é que alguns deles podem

²⁹ In *Simplemente la verdad – El juez y la construcción de los hechos*, tradução espanhola, Marcial Pons, 2010, pp. 223 e 252.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

ser colhidos por via percetiva, enquanto outros o serão de um modo mais fragmentário ou ténue com maior apelo às regras da experiência, o que poderá tornar a sua reapreciação, em sede de recurso de apelação, mais problemática. Aliás, a não submissão de tais factos instrumentais a um juízo probatório expresso pode dar azo à manipulação das presunções judiciais, em sede de mera argumentação probatória, mas sem ter presente a base factual objetiva e segura em que assentam.

Não quer isto dizer que tenha de haver pronúncia expressa sobre todos os factos instrumentais, mas tão só que deverá ser formulado juízo probatório sobre aqueles em que repousa a essência do julgamento do facto fundamental, a ponderar no contexto de cada caso.

Assim, parece curial que se formulem juízos probatórios sobre os factos instrumentais mais decisivos para servir de base às presunções judiciais e que devam ser concretamente conectados com determinados meios de prova.

De igual modo, devem formular-se juízos probatórios sobre alguns dos factos auxiliares da prova, como aqueles que respeitam a impugnação ou arguição de falsidade de documentos. Já os factos auxiliares da prova decorrentes, por exemplo, da razão de ciência do testemunho, da contradita ou da acareação deverão ser integrados como meros argumentos probatórios em sede de motivação da decisão de facto.

Seja como for, à Relação compete sempre, nos termos do artigo 662.º, n.º 1, do CPC, apreciar o invocado erro de julgamento no uso das presunções judiciais, independentemente dos respetivos factos instrumentais se encontrarem enunciados em juízos probatórios autónomos, nomeadamente em sede da decisão de facto, bastando que estejam, de algum modo, referenciados na fundamentação dessa decisão.

Já a sindicância do erro sobre o uso das presunções judiciais no âmbito da revista coloca outro tipo de exigências.

Com efeito, a apreciação da prova livre, nomeadamente em sede de presunções judiciais, está excluída do âmbito da revista, nos termos do n.º 3 do art.º 674.º do CPC. Todavia, segundo jurisprudência maioritária do Supremo Tribunal de Justiça, competirá ainda a este Tribunal sindicá-lo, no âmbito das presunções judiciais, a



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

eventual ofensa de qualquer norma legal ou de ilogicidade manifesta que afete o raciocínio probatório presuntivo ³⁰. É o que pode suceder, como algumas vezes sucede, quando ocorra uma tal ilogicidade entre um facto essencial dado como provado ou não provado e um facto instrumental do qual fora extraída a ilação sobre aquele facto essencial.

Quer-me parecer que esta sindicância pelo tribunal de revista só é viável se o facto instrumental tiver sido objeto de um juízo probatório explícito. Se, ao invés, o facto instrumental não tiver sido enunciado dessa forma, mas apenas traduzido em contornos meramente argumentativos na fundamentação da decisão de facto, afigura-se praticamente inviável descortinar aquela ilogicidade, sem entrar na valoração da prova livre, o que, como foi dito, está vedado ao tribunal de revista, nos termos dos artigos 674.º, n.º 3, e 682.º, n.º 2, do CPC. Quando muito, tendo um facto essencial sido dado como provado com base em factos instrumentais não devidamente explicitados, o que se poderá questionar é se haverá lugar à ampliação da decisão de facto, ao abrigo do n.º 3 do citado artigo 682.º, com vista a extrair a ilação presuntiva a que se refere o artigo 607.º, n.º 4, do CPC, para desse modo constituir base suficiente para a decisão de direito.

Nessa medida, na decisão de facto consolidada pela Relação, deverão enunciar-se os factos instrumentais em moldes de permitir o exercício da sindicância restrita sobre o uso das presunções judiciais que compete ao tribunal de revista.

2.4. Da renovação da prova

No domínio do mecanismo de renovação da prova previsto no artigo 662.º, n.º 2, alínea a), do CPC, importa equacionar as condições em que se impõe tal renovação pelo tribunal de recurso.

Ora, em caso de anulação das respostas ou de ampliação da matéria de facto e de necessidade de repetição do julgamento, parece não haver lugar à renovação da prova perante o tribunal de recurso, mas quando muito, se necessário, à repetição do julgamento em 1ª instância, nos termos do n.º 3, alínea a), do artigo 662.º do CPC.

³⁰ Neste sentido, vide, por todos, o acórdão do STJ, de 09/07/2014, relatado pelo Exm.º Juiz Cons. Pinto de Almeida, no processo n.º 299709/11.0YIPRT.L1.S1, acessível na Internet.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Nos termos da alínea a) do n.º 2 do art.º 662.º do CPC, a renovação da prova destina-se apenas a aferir a credibilidade do depoimento ou o seu sentido, quando se suscitarem dúvidas sérias ao tribunal de recurso e, evidentemente se elas se afigurem removíveis por via da renovação do respetivo meio de prova.

Por exemplo, perante um depoimento tergiversante, ao sabor do interrogatório e da instância das partes, sem que tenha havido por parte do juiz do julgamento os pedidos de esclarecimento necessários para aquilatar a coerência e o alcance desse depoimento, parece-me mais curial que o tribunal de recurso centre a sua análise crítica na ponderação da linha evolutiva daquele depoimento, tal como foi prestado, relevando o que dele resulte mais consistente, em vez de ordenar a repetição da inquirição com riscos sérios de se obter uma nova versão, predeterminada, desse depoimento.

Não significa isto que não possam ocorrer situações específicas em que a imediação perante o tribunal de recurso ofereça garantias de recolha de informação mais segura para determinar o sentido e alcance de certo depoimento. Por exemplo, para permitir a obtenção de alguns dados resultantes da imediação, em que a decisão do tribunal recorrido baseou a credibilidade e o alcance do depoimento, mas que não constam do registo das gravações da prova; ou quando deixou de ser feita uma pergunta decisiva para esclarecer determinado ponto do depoimento e que se mostre indispensável para a descoberta da verdade; ou quando se divise que a credibilidade e o sentido de um ou mais depoimentos possam ainda ser aferidos mediante audição simultânea dos depoentes, nos termos do artigo 662.º, n.º 2, alínea a), do CPC.

O que se mostra fundamental é fazer um uso criterioso do mecanismo de renovação da prova com vista à descoberta da verdade material, mas evitando que este mecanismo seja desvirtuado em meio perverso de degradação da prova produzida em primeira linha.

Por isso mesmo, reconhecidas que são as fragilidades da prova testemunhal e a sua elevada suscetibilidade de contaminação, o que se mostra fundamental é empenharmo-nos deveras numa melhor qualidade da prova em 1.ª instância, em vez de procurarmos meros paliativos de reedição de prova, ou seja, atentarmos mais no primado da espontaneidade da prova do que na sua recauchutagem.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

2.5. Da produção de novos meios de prova

Outro mecanismo inovador ao dispor do tribunal de recurso é a produção de novos meios de prova.

Este mecanismo encontra-se previsto na alínea b) do n.º 2 do art.º 662.º do CPC e pode ter lugar, em caso de dúvida fundada sobre a prova realizada. Trata-se de um poder oficioso do tribunal e não de um direito potestativo das partes. O critério, penso, deve ser aquele que se exigia ao juiz de 1.ª instância de ter lançado mão dos poderes de oficiosidade em sede de instrução da causa (requisição de um documento, ordenação de um depoimento de parte, ordenação oficiosa de uma perícia ou inquirição oficiosa de uma testemunha ou de qualquer pessoa com relevo).

Nessas circunstâncias, o tribunal da Relação deverá, na medida do necessário para desfazer dúvida sobre a prova produzida, socorrer-se de tal mecanismo.

Não cremos que esta solução, nestes estritos limites, colida com o princípio do duplo grau de jurisdição, pois, coloca-se ainda dentro do perímetro do regime de substituição, sendo que essa produção de prova beneficia de dois reforços: o da imediação e o da colegialidade.

Com efeito, quer a renovação de um meio de prova quer a produção de um novo meio de prova, em audiência, devem ser produzidas perante o coletivo de juízes do processo e ainda sob a presidência do presidente da secção, já que pode haver necessidade de desempate.

IV

Considerações Finais

Em remate do que acabei de expor e com o objetivo de contribuir, de algum modo, para a reflexão crítica sobre a economia das decisões judiciais no plano do julgamento de facto, permitam-me que partilhe convosco as seguintes considerações finais.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

. A atividade probatória no âmbito do processo civil desenvolve-se a partir de uma matriz dialógica marcada pela polémica sobre os interesses em jogo, em que:

- se contrapõem narrativas divergentes e até alternativas de determinada factualidade, numa linguagem, por vezes, volúvel, eivada de ambiguidade e de subjetivismo;

- se exploram os modos multifacetados de percepção, entendimento e de expressão verbal sobre o acontecido;

- e se discretem razões díspares ou antagónicas tendentes à compreensão dos resultados probatórios assim colhidos.

Nesse contexto, gera-se uma dinâmica de expansão informativa que tem de ser filtrada pela análise crítica dos dados obtidos, no sentido de obter um veredito sobre aquela factualidade.

A economia e consistência dessa análise dependem, em muito, da disciplina observada na atividade instrutória, em especial na delimitação do seu objeto, no emprego adequado dos respetivos procedimentos probatórios e na otimização do que cabe às partes e ao tribunal promover.

No plano da decisão de facto, deve o tribunal pautar-se por uma linguagem clara, sintaticamente escorreita e de alcance semântico objetivo ou consensual, na medida do possível, de modo a obstar a divergências interpretativas sobre os enunciados formulados, atendendo à máxima de que cada palavra é metade de quem a diz e metade de quem a ouve³¹. Por sua vez, a trama factual deve ser ordenada numa sequência lógica em função dos diversos segmentos da factualidade relevante, evitando descontinuidades, sobreposições, repetições desnecessárias ou incongruências.

A fundamentação da decisão de facto deve ser estruturada de modo a que a análise crítica da prova revele os fatores decisivos para a convicção do tribunal acerca de cada facto (art.º 607.º, n.º 4 e n.º 5, do CPC), ou porventura por blocos de factos conexos, sintetizando as razões de ciência dos depoimentos considerados e, em caso de divergência, as razões por que se deu crédito a uns em detrimento de

³¹ Vide Fundamentos de Comunicação, Ana Cristina Monteiro, Joaquim Caetano, Humberto Marques e João Lourenço, Edições Sílabo, Lisboa, 2006, p. 97.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

outros. Só se devem extrair ou referenciar trechos de depoimentos que se mostrem necessários para exemplificar aquelas razões, sem cair no exagero de relatos integrais. Relativamente à prova documental ou pericial devem-se evitar remissões genéricas, em especial para documentos ou relatórios extensos ou complexos, ou de conteúdo controverso, procurando precisar o que do seu teor foi tido por relevante. Na fundamentação de facto não cabe inventariar o percurso psicológico do julgador na formação da sua convicção, mas apenas objetivar as suas razões determinantes.

. A economia do julgamento de facto obtém-se pela rentabilização do que em cada momento ou fase processual deve ser realizado, mas numa perspetiva estratégica do que interessa, a final, para a boa decisão da causa. Por exemplo, o relevo a dar a determinado facto ou a forma e extensão a adotar no respetivo enunciado devem ser ponderados na linha do que é presumível que venha a ser entendido pelas partes ou pelo tribunal de recurso.

Retomando a metáfora inicial da construção lítica, é tudo uma questão de: seleção da alvenaria; aparelhamento da cantaria; observância do projeto de arquitetura e especialidades e, em especial, de competência, engenho e brio profissional, pessoal e coletivo, dos artífices.

Permitam-me uma pequena nota final sobre a nossa atitude perante as problemáticas em referência.

Nietzsche distinguia dois tipos de atitude intelectual, em conexão com os dois hemisférios cerebrais:

- por um lado, os apolónicos (qualificativo derivado Apolo, deus simbólico da ordem e da beleza), que favorecem a lógica e a abordagem analítica, numa ponderação desapaixonada das evidências, em correspondência com o hemisfério cerebral esquerdo, propenso à linguagem verbal e ao raciocínio lógico e analítico;

- por outro lado, os dionisíacos (qualificativo derivado de Dionísio, deus grego, correspondente ao deus romano Baco, símbolo da desordem ou do caos), inclinados



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

mais para o conhecimento empírico, intuitivo, sintético, ao sabor das emoções, relacionados com o hemisfério cerebral direito.

Encontramos em cada um de nós, em maior ou menor grau, estas tendências: nalguns, uma tendência para a dialética racional e para a argumentação analítica; noutros, o pendor para a intuição das soluções, para o sentir do caso, em função do que convocamos então o floreado argumentativo.

Mas podemos ainda descortinar uma terceira categoria: as dos odisseicos (qualificativo derivado da Odisseia do herói Ulisses, cantada por Homero), e que são aqueles que, com algum esforço de argúcia não se deixam seduzir pelo canto das sereias, que temperam a emoção do seu sentir com o sal e pimenta da razão, ou seja, que combinam as duas tendências no sentido da busca de ligações entre factos e/ou ideias, sob “um olhar despido à totalidade”.

Se me perguntarem qual o estilo que vos aconselho, limitar-me-ei a evocar o pensamento de Tales de Mileto, ínsito na resposta que deu à seguinte pergunta: o que é mais fácil e o que é mais difícil para um homem? Dizia ele que o mais fácil é dar conselhos aos outros e o mais difícil é conhecer-se a si próprio.

A minha sugestão é, pois, que cada um se conheça a si próprio e que procure, nesse lastro, a resposta adequada.

Espero não vos ter saturado; mas se vos incomodei, não fiquem quietos, contraponham.

Preciso tanto que me digam que não tenho razão e as razões por que a não tenho!

Muito obrigado pela vossa atenção.

Manuel Tomé Soares Gomes

Viseu, 18 de novembro de 2016



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Intervenção do Exmo. Senhor Juiz Desembargador

Dr. Jorge Gonçalves

*O recurso da decisão sobre a matéria de facto em processo penal: breves notas*³²

É reconhecido que o direito ao recurso integra o núcleo essencial das garantias de defesa constitucionalmente asseguradas – direito ao recurso que se traduz na sujeição de uma decisão judicial a um novo juízo de apreciação por parte de um tribunal hierarquicamente superior ao que a proferiu.

Mesmo antes de o artigo 32.º, n.º1, da Constituição da República, na 4.ª revisão constitucional (Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro), ter passado a consagrar, expressamente, o recurso como uma das garantias de defesa, já o Tribunal Constitucional afirmava que uma dessas garantias era, justamente, o direito ao recurso quanto a decisões penais condenatórias e, ainda, quanto a decisões penais que, durante o processo, tivessem como efeito a privação ou a restrição da liberdade ou de outros direitos fundamentais do arguido³³.

Sublinhe-se que o Tribunal Constitucional afirmou, repetidamente, que o duplo grau de jurisdição imposto pelo artigo 32.º, n.º 1, da Constituição da República, abrange tanto o recurso em matéria de direito, como o recurso em matéria de facto, com a salvaguarda de que o duplo grau de jurisdição em matéria de facto não tem, porém, de “implicar renovação de prova perante o tribunal ad quem, nem tão-pouco que conduzir à reapreciação de provas gravadas ou registadas” (Acórdão do T.C. n.º

³² O presente texto corresponde à organização de algumas notas esparsas que serviram de base à comunicação que apresentei no XI Encontro Anual do Conselho Superior da Magistratura, no painel “Audiência de Julgamento e Decisão de Facto (em primeira e segunda instância)”, no passado dia 18 de Novembro de 2016, em Viseu. Havendo necessariamente que fazer opções, face ao tempo disponível para a comunicação, limitei-me a abordar, de forma despretensiosa, algumas questões práticas relativas ao recurso da decisão sobre a matéria de facto. Como a referida comunicação não correspondeu à leitura de um texto previamente escrito, a sua publicação implicou dar forma a um conjunto de notas e apontamentos, com o intuito de partilhar as reflexões então apresentadas, acrescentando algumas considerações não incluídas da intervenção oral por falta de tempo, mantendo-se, tanto quanto possível, um registo coloquial.

³³ Entre muitos, os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 31/87 (em *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 9.º vol., págs. 467-468); n.º 265/94 e 610/96, in www.tribunalconstitucional.pt.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

573/98, tirado em plenário)³⁴. Aliás, o Tribunal Constitucional confirmou, por várias vezes, que o modelo da revista ampliada era quanto bastava, face à Lei Fundamental, para considerar assegurado o direito ao recurso em matéria de facto quando estivessem em causa acórdãos condenatórios de tribunais colegiais, permitindo detectar erros grosseiros no julgamento do facto (a saber: insuficiência da matéria de facto; contradição insanável da fundamentação ou entre a fundamentação e a decisão; erro notório na apreciação da prova), desde que o vício detectado resultasse do texto da decisão recorrida, por si só ou conjugado com as regras da experiência comum, nos termos do artigo 410.º, n.º2, do Código de Processo Penal (C.P.P.)³⁵.

Quer isto dizer que o núcleo essencial do direito ao duplo grau de jurisdição em matéria de facto, no entender do Tribunal Constitucional, era suficientemente garantido, quanto a decisões de tribunais colegiais, por um recurso dotado do sistema da revista alargada, importando salientar que, na versão originária do Código de Processo Penal, dos acórdãos finais proferidos pelo tribunal colectivo recorria-se directamente para o S.T.J. e este tribunal, sem prejuízo do conhecimento dos vícios referidos no artigo 410.º, n.º2, só conhece de direito.

Com a Lei n.º 59/98, pretendeu-se assegurar um efectivo recurso em matéria de facto, mesmo relativamente a decisões finais do tribunal colectivo³⁶.

O registo da prova, de mero auxiliar do tribunal que efectua o julgamento, destinado a permitir rememorar declarações e depoimentos, nomeadamente em casos de julgamento complexo e demorado, passou a ser, com a reforma de 1998, um instrumento fundamental destinado a assegurar a sindicância da prova produzida, através de um efectivo recurso em matéria de facto.

Recordo bem o que se dizia a propósito da reforma do Código de Processo Penal, de 1998, no sentido de que o recurso da decisão de facto, mediante a utilização de transcrições dos depoimentos, seria um remédio jurídico destinado a despistar e corrigir, de forma cirúrgica, erros de julgamento de facto muito

³⁴ Nesse sentido, entre outros, os Acórdãos n.º 401/91 e 253/92, publicados no Diário da República, I série -A, de 8 de Janeiro de 1992 e no Diário da República, II série, de 27 de Outubro de 1992, igualmente disponíveis na página do Tribunal Constitucional.

³⁵ Acórdão n.º 322/93. Sobre a matéria, “A reforma do sistema de recursos em processo penal à luz da jurisprudência constitucional”, Maria João Antunes, Nuno Brandão e Sónia Fidalgo, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 15, n.º4, Outubro-Dezembro 2005, p. 609 e ss.

³⁶ Acórdão do STJ n.º 10/2005, D.R., I Série -A, de 7 de Dezembro de 2005.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

evidentes, manifestos, grosseiros, aferidos a partir do confronto entre os concretos pontos de factos impugnados, a motivação da decisão de facto quanto a esses pontos e as provas concretamente indicadas. A partir dessa compreensão sobre o sentido do recurso, julgo que temos vindo a evoluir para o entendimento de que o julgamento do recurso da decisão de facto impõe uma intervenção mais exigente por parte da Relação do que originariamente terá sido suposto.

*

Existem duas vias para impugnar a decisão sobre a matéria de facto: no âmbito, mais restrito, dos vícios previstos no artigo 410.º, n.º2, do C.P.P., no que se convencionou chamar de “revista alargada”; ou através da impugnação ampla da matéria de facto, a que se refere o artigo 412.º, n.º3, 4 e 6, do mesmo diploma. Os primeiros são vícios da decisão, evidenciados pelo próprio texto, por si ou em conjugação com as regras da experiência comum. Diversamente, na impugnação ampla temos a alegação de erros de julgamento por invocação de provas produzidas e erroneamente apreciadas pelo tribunal recorrido, que imponham diversa apreciação. Neste caso, o recorrente pretende que o tribunal de recurso se debruce não apenas sobre o texto da decisão recorrida, mas sobre a prova produzida em 1.ª instância, alegadamente mal apreciada.

Isto não quer dizer que o recorrente tenha de optar por uma via de impugnação em detrimento da outra, pois podem coexistir, no mesmo recurso, a invocação dos vícios do nº 2 do artigo 410º e a impugnação ampla da decisão sobre a matéria de facto, de acordo com o artigo 412º, nº 3 e 4, podendo também existir uma sem a outra.

Tenho entendido que, havendo invocação de vícios decisórios do artigo 410.º, n.º2 e, em simultâneo, impugnação ampla da decisão sobre a matéria de facto, o conhecimento desta deve ter precedência se, por essa via, puderem ser supridos os vícios decisórios invocados.

Por outro lado, os recursos são muitas vezes elaborados de forma confusa, alegando-se a existência de insuficiência para a decisão da matéria de facto provada quando o que se pretende dizer é que a prova produzida é insuficiente para que se tenham como provados determinados factos, censurando-se a errada apreciação da prova levada a cabo pelo tribunal.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

O mesmo acontece com o vício do erro notório na apreciação da prova, tantas vezes mal invocado, nas situações em que se pretende afirmar que o tribunal recorrido procedeu a uma errada apreciação da prova produzida.

Nestes casos, em que o recorrente invoca de forma desastrada os vícios do artigo 410.º, n.º2, quando o que pretende é sindicatizar a apreciação da prova produzida em 1.ª instância, tenho entendido que nos devemos fixar na «substância das coisas» em detrimento de nominalismos: se o recurso, apesar de tudo, tiver aptidão para ser conhecido como impugnação ampla da decisão sobre a matéria de facto, a Relação assim deve entender.

Ao referir-me à «aptidão» pretendo significar a verificação dos pressupostos de que depende a reapreciação da prova, o que nos remete para o artigo 412.º, do C.P.P., sob a epígrafe «Motivação do recurso e conclusões», mais propriamente para os n.º3 e 4 do referido artigo.

A motivação do recurso é constituída por duas partes: o corpo da motivação, em que o recorrente expõe as suas razões, os fundamentos de facto e de direito do seu inconformismo com a decisão recorrida; as conclusões, onde se resumem, como diz a norma, as razões do pedido, ou seja, onde se indicam, por artigos, proposições sintéticas que decorrem do que se expôs ao longo do corpo da motivação, apresentando-se um enunciado conciso, enxuto, essencial daquela exposição, que delimita as questões que o recorrente quer ver discutidas no tribunal superior.

Não raras vezes, o recorrente limita-se a reproduzir nas conclusões, quase integralmente, o corpo da motivação, quando não acontece a situação bizarra das conclusões serem mais extensas do que o texto que deveriam resumir.

A repetição nas conclusões do que é dito na motivação traduz-se em falta de conclusões, determinando o convite a que se refere o artigo 417.º, n.º3, in fine, do C.P.P.

No que concerne à tríplice especificação que o recorrente tem de fazer, quando pretenda a impugnação ampla da decisão sobre a matéria de facto, questionou-se, a dada altura, se tem que constar obrigatoriamente das conclusões do recurso ou se basta a sua inclusão no corpo da motivação.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

O S.T.J. em acórdãos de 2005 (17.02.2005, Proc. 04P4716, 16.06.2005, Proc. 05P1577, ambos relatados pelo Conselheiro Simas Santos)³⁷, tendo em vista o texto então vigente, entendeu que a redacção do n.º 3 do artigo 412.º do C.P.P., por confronto com o disposto no seu n.º 2, deixava alguma margem para dúvida quanto ao formalismo da mencionada especificação, já que enquanto o n.º 2 é claro a prescrever que “versando matéria de direito, as conclusões indicam ainda” (...), já o n.º 3 se limita a prescrever que “quando impugne a decisão proferida sobre matéria de facto, o recorrente deve especificar (...)” - sem impor, aparentemente, que tal aconteça nas conclusões.

Expressando essa dúvida, disse o Supremo que só estavam abertos ao Tribunal da Relação dois caminhos: conhecer do recurso quanto à matéria de facto, atendendo às especificações efectuadas no corpo da motivação, ou então, no caso de se entender que se imporia a necessidade daquela especificação ter lugar nas conclusões, deveria ser formulado convite ao recorrente para completar as conclusões da motivação, por forma a dar aí cumprimento às especificações prescritas nos n.ºs 3 e 4 do artigo 412.º do C.P.P.

Actualmente, porém, julgo ser inequívoco que as especificações em causa devem constar das conclusões da motivação.

É esse o sentido do artigo 417.º, n.º3, do C.P.P., na redacção da Lei n.º 48/2007, ao determinar que o relator convide o recorrente a apresentar, completar ou esclarecer as conclusões formuladas, se destas não for possível deduzir, total ou parcialmente, as indicações previstas nos n.º 2 a 5 do artigo 412.º, onde de incluem as indicações exigidas pelo ónus de especificação.

Dizendo-se que as conclusões resumem as razões do pedido, nada podendo ser resumido que não se contenha no arrazoado da motivação, infere-se, numa primeira mirada, que a matéria das especificações deverá constar do arrazoado que consta do corpo da motivação e também das conclusões que constituem a sua síntese essencial.

No entanto, o Tribunal Constitucional já distinguiu as menções do n.º3 e 4 do artigo 412.º, de natureza formal, dos “fundamentos do recurso”, no sentido de “razões do pedido” (n.º 1 do artigo 412.º do C.P.P.), isto é, da explanação dos argumentos desenvolvidos pelo recorrente no sentido de convencer o tribunal de

³⁷ Disponíveis em www.dgsi.pt, tal como todos os que venham a ser citados sem outra indicação.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

recurso a revogar ou alterar a decisão recorrida. Se quanto a estes fundamentos (substanciais) do recurso, de facto e de direito, que o recorrente terá desenvolvido, com a extensão que entendeu pertinente (frequentemente com citações doutrinárias e jurisprudenciais), ao longo da motivação, se compreende que, na lógica de colaboração com o tribunal, se lhe imponha que os resuma ou sintetize nas conclusões, já as menções dos n.ºs 3 e 4 do artigo 412.º do C.P.P., no entendimento do Tribunal Constitucional, são, por natureza, insusceptíveis de “resumo” ou de “síntese”, pelo que não parece razoável exigir uma mera duplicação do teor literal dessas menções (executável mecanicamente por simples operações de “copiar” e “colar”), primeiro na motivação *stricto sensu* e depois nas conclusões, sem que daí resulte qualquer significativa vantagem para a racionalidade da tarefa de julgamento do recurso e para a celeridade da decisão ³⁸.

Este entendimento do Tribunal Constitucional carece de mais aprofundada reflexão.

A meu ver, as conclusões, para serem legítimas e razoáveis – como dizia o prof. Alberto dos Reis ³⁹ - devem emergir logicamente do arrazoado feito no corpo da motivação.

Se o recorrente pretende impugnar a decisão proferida sobre a matéria de facto, não pode deixar de enunciar na motivação, de forma argumentada, os fundamentos por que entende que determinadas provas concretas impõem decisão diversa quanto aos concretos pontos de facto questionados.

Tal enunciação de razões ou fundamentos, expostos, explicados e desenvolvidos no curso da motivação, não se confunde com a simples inclusão nas conclusões das especificações previstas no artigo 412.º, n.º3 e 4. Estas devem estar, salvo melhor opinião, numa relação lógica com o corpo motivador onde se explanam as razões ou fundamentos desenvolvidos pelo recorrente em defesa da impugnação da decisão de facto.

No que concerne ao ónus processual de indicação das provas que impõem decisão diversa da recorrida, previsto na alínea b), do n.º 3, do artigo 412.º, do C.P.P., apresenta uma configuração alternativa, conforme a acta da audiência de

³⁸ Acórdão T.C. n.º485/2008 in www.tribunalconstitucional.pt.

³⁹ Cfr. Código de Processo Civil Anotado, volume V, Coimbra Editora, 1984, reimpressão, p. 359.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

juízo contenha ou não a referência do início e do termo de cada declaração gravada, nos seguintes termos:

- se a acta contiver essa referência, a indicação das concretas passagens em que se funda a impugnação faz-se por referência ao consignado na acta, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 364 (n.º 4 do artigo 412.º do C.P.P.);

- se a acta não contiver essa referência, basta a identificação e transcrição nas motivações de recurso das ditas “passagens/excertos” dos meios de prova oral gravados ⁴⁰.

*

O artigo 127.º do C.P.P. consagra a regra da livre apreciação da prova em processo penal ao dispor: “Salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente”.

O sistema da livre convicção, também designado por sistema da íntima convicção e de prova moral, contrapõe-se ao sistema das provas legais ou tarifadas, vigente até à Revolução Francesa, caracterizado, no essencial, por ser a lei a determinar critérios pré-fixados de hierarquização do valor dos diversos meios de prova, a que o julgador não podia eximir-se.

No sistema da livre convicção, o julgador não está sujeito a uma “contabilidade das provas”. Mas a sua liberdade, no sentido que aqui importa, é a liberdade para a objectividade – uma objectividade que se comunique e imponha aos outros, pelo que a convicção livremente formada “só será válida se for fundamentada, já que de outro modo não poderá ser objectiva” ⁴¹.

Ensina Figueiredo Dias que a livre convicção não pode ser entendida como uma convicção puramente subjectiva, emocional e, portanto, imotivável. Se “a verdade que se procura é (...) uma verdade práctico-jurídica e se, por outro lado, uma das funções primaciais de toda a sentença (maxime da penal) é a de convencer os interessados do bom fundamento da decisão, a decisão do juiz há-de ser, é certo, uma convicção pessoal – até porque nela desempenha um papel de relevo não só a actividade puramente cognitiva mas também elementos racionalmente não

⁴⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 3/2012, Diário da República, 1.ª série, N.º 77, de 18 de Abril de 2012. Ver também acórdão da Relação de Évora, de 28/05/2013, processo 94/08.0GGODM.E1.

⁴¹ Castanheira Neves, Sumários de Processo Criminal, 1967-1968, p. 48.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

explicáveis (v. g. a credibilidade que se concede a um certo meio de prova) e mesmo puramente emocionais – mas, em todo o caso, também ela uma convicção objectivável e motivável, portanto capaz de impor-se aos outros”⁴².

Importa reconhecer a densidade das questões (epistemológicas e outras) que se colocam a propósito da prova e da sua valoração, sendo certo que é na tarefa de reconstituição dos factos que integram o tema da prova que o juiz é mais dificilmente controlável e mais facilmente arbitrário.

O julgamento em primeira instância é, indubitavelmente, o momento, por excelência, do julgamento do facto, sendo na enunciação da matéria de facto – na exposição descritivo-narrativa da factualidade provada – que reside a matéria-prima da sentença⁴³.

Será sempre mais difícil corrigir o erro de facto do que o erro de direito.

Essa a razão de, tantas vezes, com invocação dos princípios da livre apreciação da prova, da oralidade e da imediação com as provas de que beneficia o tribunal de 1.ª instância, se sublinharem os limites da actuação correctiva da Relação no julgamento dos recursos sobre a decisão de facto.

Por isso se afirma, reiteradamente na jurisprudência, que o recurso em matéria de facto não pressupõe uma reapreciação total do complexo da prova produzida que serviu de fundamento à decisão recorrida, mas apenas uma reapreciação sobre a razoabilidade da decisão tomada pelo tribunal a quo quanto aos «pontos de facto» que o recorrente considere incorrectamente julgados, e bem assim que as limitações decorrentes da ausência de imediação e de oralidade na Relação, associadas à margem de livre apreciação da prova do juiz de julgamento, reduz, consideravelmente, as possibilidades de escrutínio da decisão de primeira instância, só podendo a Relação alterar o decidido se as concretas provas indicadas pelo recorrente impuserem decisão diversa da proferida.

Desta forma, pretende-se limitar a intervenção da Relação a uma análise do processo de formação da convicção do julgador, em que ao tribunal de recurso incumbe apreciar, com base na prova gravada e demais elementos de prova constantes dos autos, se as respostas dadas apresentam erro evidenciável e/ou se

⁴² Figueiredo Dias, Direito Processual Penal, 1.º volume, reimpressão, Coimbra, 1984, pp. 203 a 205.

⁴³ Com grande interesse, veja-se o texto, que seguimos de perto, da Desembargadora Ana Brito, Os poderes de cognição das Relações em matéria de facto em processo penal, publicado na revista jurídica “Terra de Lei”, ano 2, nº 3, 2013, e que integra e.book sobre Recursos editado pelo CEJ.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

têm suporte razoável nas provas e nas regras da lógica, experiência e conhecimento comuns, não bastando, para eventual modificação da decisão de facto, uma diferente convicção ou avaliação do recorrente quanto à prova testemunhal produzida ⁴⁴.

Daí dizer-se que, se a decisão de facto do tribunal recorrido se baseia numa livre convicção objectivada numa fundamentação compreensível e naquela optou por uma das soluções permitidas pela razão e pelas regras de experiência comum, a fonte de tal convicção – obtida com o benefício da imediação e da oralidade – apenas pode ser afastada se ficar demonstrado ser inadmissível a sua utilização pelas mesmas regras da lógica e da experiência comum ⁴⁵.

Neste quadro, afirma-se que o trabalho que cabe à Relação fazer, na sindicância do apuramento dos factos realizado em primeira instância, se traduz, fundamentalmente, em analisar o processo de formação da convicção do julgador, e concluir, ou não, pela perfeita razoabilidade de se ter dado por provado o que se deu por provado. O uso pela Relação dos poderes de alteração da decisão da 1.ª instância sobre a matéria de facto deveria, portanto, restringir-se aos casos de flagrante desconformidade entre os elementos de prova disponíveis e aquela decisão, nos concretos pontos questionados.

Mais: porque o legislador, quando se refere à especificação das provas, as restringe àquelas que imponham decisão diversa, estaria limitado o recurso em matéria de facto aos casos de valoração de provas proibidas ou de valoração das provas admissíveis em patente desconformidade com as regras impostas para a sua valoração.

Isto é afirmado, muitas vezes, através da seguinte fórmula: "O Tribunal de segunda jurisdição não vai à procura de uma nova convicção, mas à procura de saber se a convicção expressa pelo Tribunal «a quo» tem suporte razoável naquilo que a gravação da prova pode exhibir perante si" ⁴⁶.

Não posso deixar de assinalar que a jurisprudência do S.T.J., quanto ao recurso da matéria de facto em processo civil, tem vindo a trilhar caminhos bem diferentes.

⁴⁴ Neste sentido, entre muitos, o acórdão da Relação de Coimbra, de 10/07/2013, processo 61/10.4TAACN.C1.

⁴⁵ Entre muitos, o acórdão da Relação de Coimbra, de 27/05/2015, processo n.º 171/14.9PFCBR.C1.

⁴⁶ Entre muitos, o acórdão da Relação de Coimbra, de 3/10/00, CJ., ano 2000, t. IV, pág. 28.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Tomando como exemplo um acórdão de 31/05/2016 (processo 1572/12.2TBABT.E1.S1), aí se assinala que, nos termos do artigo 662.º, n.º1, do actual Código de Processo Civil, a Relação “deve alterar a decisão proferida sobre a matéria de facto, se os factos tidos como assentes, a prova produzida ou um documento superveniente impuserem decisão diversa”.

Repare-se que também em processo civil se impõe ao recorrente que pretende impugnar a decisão de facto o ónus de, além do mais, especificar “os concretos meios probatórios, constantes do processo ou de registo ou gravação nele realizada, que impunham decisão sobre os pontos da matéria de facto impugnados diversa da recorrida” [artigo 640.º, n.º1, b)].

Ora, tem-se entendido – e entendeu o referido acórdão do Supremo - que o legislador, em sede de processo civil, pretendeu que o tribunal de 2ª instância fosse à procura da sua própria convicção para, assim, se assegurar o duplo grau de jurisdição em relação à matéria de facto.

Diz-se nesse acórdão:

“Deve-se, assim, repudiar a posição segundo a qual a actividade da Relação deverá circunscrever-se a um mero controlo formal da motivação efectuada em 1ª instância, procedendo à detecção e correcção de pontuais e excepcionais erros de julgamento, ou a orientação de que o tribunal da 2ª instância não vai à procura de uma nova convicção, mas à procura de saber se a convicção expressa pelo tribunal a quo tem suporte razoável naquilo que a gravação da prova (com os mais elementos existentes nos autos) pode exhibir perante si.”

Parece-me paradoxal que em processo civil se tenha evoluído, por via da lei e da jurisprudência, no sentido do entendimento de que, como tribunal de instância, a Relação tem competência autónoma relativamente à decisão da matéria de facto e que, por isso, é sobre os meios de prova que foram produzidos que deve firmar a sua convicção, apreciando-os à luz do princípio da livre apreciação, como o faz a 1ª instância, enquanto no processo penal, onde não se coloca a questão da distribuição do ónus da prova e em que deve imperar a demanda pela verdade material, regendo o princípio da investigação, estamos muito aquém desse passo.

Justificando esse desfasamento, é a própria lei a reforçar sensivelmente os poderes da Relação, no âmbito do processo civil, no que respeita à matéria de facto, relativamente ao que se passa em processo penal.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Veja-se o seguinte:

No âmbito do processo penal, a possibilidade de modificação na Relação da decisão da 1.^a instância sobre a matéria de facto, depende: a) do processo constarem todos os elementos de prova que lhe serviram de base; b) da prova ter sido impugnada nos termos do n.º3 do artigo 412.º; ou c) de ter havido renovação da prova (artigo 431.º).

A situação prevista na alínea a), do artigo 431.º, do C.P.P. está excluída quando a decisão recorrida se fundamenta, não só em prova documental, pericial ou outra que conste dos autos, mas ainda em prova produzida oralmente em audiência de julgamento.

A renovação da prova, nos recursos penais – e nos anos que levo na Relação, não tenho conhecimento de qualquer caso em que a renovação tenha sido deferida (por vezes o que ocorre é os recorrentes pedirem a “renovação”, mas com o sentido, incorrecto, de pretenderem a reapreciação da prova gravada) – pressupõe: a) que a prova, cuja renovação se requer, tenha sido já produzida na primeira instância; e b) que a decisão recorrida padeça de algum dos vícios indicados nas alíneas do n.º 2 do art. 410.º do C.P.P. e haja razões para crer que a renovação permitirá evitar o reenvio do processo (artigo 430.º).

É perfeitamente compreensível, por isso, a não aplicação prática da norma sobre renovação da prova nos recursos penais:

- Por um lado, havendo hoje, obrigatoriamente, documentação das declarações prestadas oralmente na audiência e podendo ser impugnada a decisão de facto com base em provas concretamente indicadas pelo recorrente, é normal que, existindo ou tendo sido invocada a existência de vícios decisórios do artigo 410.º, n.º2, do C.P.P., a sua correcção possa ser feita com base na reapreciação da prova documentada e, portanto, sem necessidade de renovação da prova no Tribunal da Relação;

- Por outro lado, como a renovação da prova nos recursos penais refere-se a provas já apresentadas e já produzidas na 1.^a instância e é sempre instrumental da pretendida sanção dos referidos vícios decisórios – os factos a provar e a as provas a renovar devem estar intrinsecamente ligados a esses vícios -, tal restrição retira alcance e utilidade à dita renovação.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

O actual regime do Código de Processo Civil vai muito mais longe quanto aos poderes da Relação no que respeita à modificação da decisão de facto, ao estabelecer que a Relação deve, em determinadas situações - quando houver dúvidas sérias sobre a credibilidade do depoente ou sobre o sentido do seu depoimento - ordenar, mesmo oficiosamente, a renovação da prova, podendo mesmo, em caso de dúvida fundada sobre a prova realizada, ordenar a produção de novos meios de prova [artigo 662.º, n.º2, al. a) e b)].

Assiste-se, pois, a um reforço, no âmbito do processo civil, da perspectiva da Relação enquanto tribunal de instância, que consente que se ordene na Relação uma perícia, que se determine a junção de um documento ou mesmo que se produza prova testemunhal, desde que se mostre necessário para permitir superar dúvidas que existam a respeito de determinada questão de facto.

Em todas as situações, pese embora o exercício de poderes oficiosos, não será naturalmente indiferente a avaliação da actuação do recorrente relativamente ao cumprimento do seu ónus probatório, devendo ser justificada e demonstrada a necessidade de produção de novos meios de prova depois de ultrapassada a fase apropriada, por forma a evitar possíveis situações de abuso.

Parece, pois, que no âmbito do processo civil, o tribunal de 2.ª instância, no julgamento do recurso da decisão de facto, é chamado a fazer um novo julgamento da matéria de facto, indo à procura da sua própria convicção, em lugar de se limitar a formular um juízo sobre se convicção expressa pelo tribunal de 1.ª instância tem suporte razoável naquilo que a gravação da prova (com os restantes elementos existentes nos autos) pode exhibir perante si.

Podemos questionar a razão de ser desta muito significativa diferença de poderes de intervenção da Relação nos recursos da decisão de facto, no Código de Processo Civil e no Código de Processo Penal.

Reconhecendo, porém, essa diferença que está patente na lei, entendo que devemos questionar, também, alguma resistência que ainda subsiste, por vezes, na jurisprudência (menor do que no passado, parece-me), a efectuar um efectivo reexame da matéria de facto nos recursos penais, sob a invocação de argumentos vários, como o de que Relação não tem a imediação das provas e não pode contrariar a livre convicção dos juízes da 1ª instância ⁴⁷.

⁴⁷ Sobre esta matéria, o texto da autoria da Desembargadora Ana Brito, referido na nota n.º11.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

*

Admite-se que o recurso da matéria de facto não corresponde a um segundo julgamento, como se não tivesse havido o da primeira instância, não pressupondo uma reapreciação total do complexo da prova produzida que serviu de fundamento à decisão recorrida.

Assim acontece porque o objecto do recurso não coincide com o objecto da decisão do tribunal de julgamento: este decide sobre a acusação; aquele decide sobre a sentença, na perspectiva dos concretos pontos de facto questionados.

Acresce que a segunda instância não se encontra em idêntica posição perante as provas – não dispõe de uma imediação total (embora a tenha relativamente às provas reais), não podendo interagir com a prova pessoal (está impedida de a questionar directamente).

Tem de aceitar-se que existe uma impressão causada no julgador, um conhecimento de base subliminar, que só a imediação em primeira instância possibilita ao nível mais elevado e que, por isso, existirá sempre uma margem de insindicabilidade da decisão do juiz de primeira instância sobre a matéria de facto, em função de factores que intervêm na apreciação da credibilidade de depoimentos que só são apreensíveis pelo julgador mediante o contacto directo com os depoentes na audiência ⁴⁸.

Nessa “margem de insindicabilidade” entrariam os elementos racionalmente não explicáveis e mesmo puramente emocionais que fazem parte do processo de formação da convicção.

Quanto à apreciação da credibilidade das declarações e depoimentos, em que se atende a uma vasta multiplicidade de factores - as razões de ciência, a espontaneidade, a linguagem (verbal e não verbal), as hesitações, o tom de voz, as contradições, etc. -, afirma-se, correntemente, que as razões pelas quais se confere credibilidade a determinadas provas e não a outras dependem do juízo de valoração realizado pelo juiz de 1.ª instância, com base na imediação, ainda que condicionado pela aplicação das regras da experiência comum.

⁴⁸ Acórdão da Relação de Évora, de 23/02/2016, 879/11.OPALGS.E1, relatado pela Desembargadora Ana Brito.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Insiste-se, por isso, em que a atribuição de credibilidade, ou não, a uma fonte de prova testemunhal ou por declarações, tem por base uma valoração do julgador que é fundada na imediação e na oralidade, que o tribunal de recurso, em rigor, só poderá criticar demonstrando que é inadmissível face às regras da experiência comum⁴⁹.

Porém, importa relativizar a dita “margem de insindicabilidade”.

Se há elementos do juízo de credibilidade das declarações que escapam à Relação – como são os pertencentes à linguagem não-verbal, que só a 1.ª instância está em condições de perceber -, outros há que podem ser retidos na gravação áudio e percebidos na 2.ª instância, para além do juízo sobre a razão de ciência, a verosimilhança e plausibilidade das próprias declarações, importante para determinar a sua credibilidade, não depender da imediação, mas antes do raciocínio lógico que deve, aliás, ser explanado na fundamentação da decisão do tribunal de 1.ª instância.

Como salienta a Desembargadora Ana Brito⁵⁰, mesmo para além dos casos de renovação da prova, as Relações não estão totalmente desprovidas de imediação. Têm-na, na exacta medida do juiz de julgamento, relativamente a todas as provas reais (no sentido de todas as outras provas, não pessoais: documentos, exames, perícias, apreensões, vigilâncias...) ⁵¹. Têm-na, em parte, relativamente à prova gravada/escutada, através da audição das gravações que, não sendo audiovisuais, privam o tribunal ad quem da relação de proximidade com a imagem da pessoa que intervém no julgamento, mas facultam o acesso directo à sua voz, permitindo a apreensão de elementos que, no processo de comunicação, são transmissíveis através da voz (gravada): a segurança no discurso, as hesitações, a espontaneidade, coerência e verosimilhança das declarações.

Se na motivação da decisão de facto o tribunal de 1.ª instância explicitou, como lhe compete, as razões pelas quais deu credibilidade a um depoimento, a margem de insindicabilidade desse juízo pela Relação, em rigor e na minha perspectiva, respeitará apenas àqueles elementos desse juízo que estejam estritamente dependentes da imediação – cuja importância, a meu ver, temos a tendência de

⁴⁹ Entre muitos, o acórdão da Relação do Porto, de 21/04/2004, Processo 0314013.

⁵⁰ Texto citado.

⁵¹ Distinguindo “provas pessoais” e “provas reais”, Cavaleiro de Ferreira, *Curso de Processo Penal*, II, reimpressão de 1981, 319-320.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

exacerbar, confiantes numa algo nebulosa “arte do juiz” que dotaria o julgador de uma “graça” ou “dom” especial para ler e decifrar os sinais (gestos, mímica, olhares, etc.) que pode apreender directamente através da imediação.

Penso que temos de ser contidos e prudentes – refiro-me à 1.^a instância – no momento de tirar conclusões desses “sinais”, dada a fragilidade da segurança da sua leitura por parte do juiz, no contacto directo com as testemunhas, sobretudo quando se observa uma grande dificuldade em objectivar e justificar minimamente essas “impressões” e elementos não racionalmente explicáveis da convicção na motivação de facto.

Como refere Rodrigo Morales⁵², citando Perfecto Andrés Ibañez, o que o juiz (de 1.^a instância) percebe directamente não é o facto a provar, mas antes a declaração de alguém acerca da forma como o facto ocorreu. O contacto directo com as fontes de prova pessoal não coloca o julgador em contacto directo com os factos, apenas permitindo perceber enunciados de conteúdo fáctico que carecem de interpretação e valoração em função da sua credibilidade, coerência, conexão com outros dados externos e outros meios, com aplicação de regras lógicas e máximas de experiência, o que envolve dois juízos: um relativo à credibilidade e fiabilidade da prova e outro quanto à qualidade epistemológica dos elementos obtidos no que toca à sua correspondência com a realidade.

A convicção judicial não é fruto de uma epifania, de uma intuição inexplicável, mas antes o resultado de um processo de conhecimento desenvolvido de acordo com os instrumentos próprios do processo.

A imediação não garante, por si só, a correcta valoração de um meio de prova, pelo que sobredimensionar o seu papel no julgamento do facto pode conduzir a uma concepção subjectivista da valoração probatória, criando uma inaceitável zona de opacidade, subtraída ao devido controlo racional.

Se constitui uma exigência ineludível de fundamentação que o juiz explicita as razões pelas quais deu credibilidade a determinados depoimentos e não deu a outros, por que lhe mereceram crédito ou não as declarações do arguido, não há lugar, nesta sede, para meras impressões ou intuições insusceptíveis de um mínimo de motivação racional.

⁵² La prueba: un análisis racional y práctico, Marcial Pons, 2011, p. 412 e ss. Com interesse, cfr. “Sobre a formação racional da convicção judicial”, de Perfecto Andrés Ibañez, em *Julgar*, n.º13, Janeiro/Abril 2011, pp. 155 e ss.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Assinala-se, muitas vezes, que no julgamento do recurso sobre a decisão de facto, a 2.^a instância não vai à procura de uma nova convicção – da sua convicção –, mas essencialmente analisar o processo de formação da convicção do julgador da 1.^a instância.

Esta afirmação carece de ser precisada.

Quando o Tribunal da Relação syndica a convicção do juiz de 1.^a instância – ou seja, uma convicção alheia –, não pode deixar de formar, para tanto, um juízo autónomo sobre as provas.

Quer isto dizer que, nos limites traçados pelo objecto do recurso, definidos pelo recorrente, a Relação não se pode furtar a reponderar, em juízo autónomo, as provas concretamente indicadas e as que serviram de suporte à convicção em relação aos factos concretamente impugnados.

E, assim sendo, nos limites da impugnação, o regime do recurso em matéria de facto, se não exige do tribunal de recurso uma avaliação global, impõe-lhe, todavia, que confronte o juízo sobre os factos do tribunal recorrido com a sua própria convicção determinada pela valoração autónoma das provas em causa.

No quadro dos poderes (e deveres) de cognição do tribunal da Relação como tribunal de recurso em matéria de facto, não vejo que a Relação possa deixar de analisar cada um dos pontos de facto questionados, e em juízo e ponderação autónomos pela valoração das provas de que processualmente podia dispor, apreciar se tais elementos de prova impunham ou não, segundo a sua convicção – a do tribunal da Relação –, um juízo diverso do da decisão recorrida.

Na sua apreciação – da Relação – com todos os limites ditados pela natureza (de remédio) do recurso, pelo momento de apreciação (de segunda linha) e pelos termos, modelo e modo de impugnação –, o tribunal de recurso vai apreciar e valorar provas e formular a sua livre convicção quanto às mesmas, que, se for caso de provimento do recurso, se sobrepõe à convicção do tribunal a quo.

Como é evidente, não se devem descurar os princípios da livre apreciação da prova e da imediação, que estão na essência da decisão da 1.^a instância, mas como já disse, tais princípios não constituem um obstáculo inultrapassável, antes um dos muitos factores que o tribunal de recurso tem de ponderar na altura de modificar ou não a matéria de facto provada.

Dizendo de outro modo:



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Quando a Relação reaprecia as provas, também ela, como o tribunal da 1.^a instância, o faz segundo as regras da experiência e sua livre convicção, como estabelece o artigo 127.º do C.P.P.

Um dos pontos nevrálgicos da imediação de que goza a 1.^a instância reside na circunstância de o juiz intervir na produção da prova, interagindo com arguidos, testemunhas, peritos, o que não ocorre na Relação.

Traduzindo-se a livre apreciação das provas numa valoração racional e crítica, de acordo com as regras comuns da lógica, da razão, das máximas da experiência e dos conhecimentos científicos, a falta de oralidade e de imediação com as provas produzidas em audiência, a não vivência do julgamento, sede do contraditório, com privação da possibilidade de intervir na produção da prova pessoal, serão, por assim dizer, limites epistemológicos a que a Relação deverá atender na sua apreciação, mas não barreiras intransponíveis a que faça a ponderação, em concreto e autónoma, das provas identificadas pelo recorrente, que pode conduzir à conclusão de que tais elementos de prova impõem, segundo a convicção da Relação – pois não pode ser outra -, um juízo diverso do da decisão recorrida.

Exige-se aquilo que o S.T.J., num acórdão de 2006, relatado pelo Conselheiro Pereira Madeira, designou como «exercício crítico substitutivo», que implica a sobreposição, ou mesmo, se for caso disso, a substituição, com assento nas provas indicadas pelos recorrentes, da convicção adquirida em 1.^a instância, pela do tribunal de recurso, sobre todos e cada um daqueles factos, individualmente considerados ⁵³.

*

Vem a propósito tecer algumas breves considerações, neste momento, sobre a aplicação do princípio *in dubio pro reo* na Relação.

Não ignorando a polémica doutrinal que envolve a fundamentação do princípio *in dubio* e a sua relação com o princípio da presunção de inocência – entre teorias uniformizadoras que identificam os dois princípios e teorias diferenciadoras que distinguem o seu alcance e conteúdo -, temos que perante uma dúvida sobre os factos desfavoráveis ao arguido, que seja insanável, razoável e objectivável, o tribunal deve decidir “*pro reo*”.

⁵³ Acórdão de 30/11/2006, processo 06P4044.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Ensina, sobre a matéria, o Prof. Figueiredo Dias⁵⁴:

“À luz do princípio da investigação bem se compreende, efectivamente, que todos os factos relevantes para a decisão (quer respeitem ao facto criminoso, quer à pena) que, apesar de toda a prova recolhida, não possam ser subtraídos à «dúvida razoável» do tribunal, também não possam considerar-se como provados. E se, por outro lado, aquele mesmo princípio obriga em último termo o tribunal a reunir as provas necessárias à decisão, logo se compreende que a falta delas não possa, de modo algum, desfavorecer a posição do arguido: um non liquet na questão da prova – não permitindo nunca ao juiz, como se sabe, que omita a decisão (...) – tem de ser sempre valorado a favor do arguido. É com este sentido e conteúdo que se afirma o princípio in dubio pro reo”.

Sendo o S.T.J. um tribunal de revista, compreende-se o entendimento, repetidamente afirmado na sua jurisprudência, de que não resultando da decisão que o tribunal de instância ficou num estado de dúvida sobre os factos e que «ultrapassou» essa dúvida, dando-os por provados, contra o arguido, ao S.T.J. fica vedada a possibilidade de decidir sobre a violação do princípio «in dubio pro reo», dado o quadro dos respectivos poderes de cognição, restritos a matéria de direito.

Por isso se diz que no S.T.J. só pode conhecer-se da violação desse princípio quando da decisão recorrida resultar que, tendo o tribunal a quo chegado a um estado de dúvida sobre a realidade dos factos, decidiu em desfavor do arguido; ou então quando, não tendo o tribunal a quo reconhecido esse estado de dúvida, ele resultar evidente do texto da decisão recorrida, por si só ou em conjugação com as regras da experiência comum, nos termos do vício do erro notório na apreciação da prova.

Não se compreende que se siga o mesmo raciocínio na Relação.

Realmente, a recondução da violação do princípio “in dubio” ao erro notório na apreciação da prova enunciado na alínea c) do n.º2 do artigo 410.º do C.P.P., leva a que se diga, por vezes, que não se trata de “dúvidas” que o recorrente entende que o tribunal recorrido não teve e devia ter tido, pois o “in dubio...” não se aplica quando o tribunal não tem dúvidas” e que a apreciação pelo Tribunal da Relação da eventual violação do princípio in dubio pro reo encontra-se dependente de critério

⁵⁴ Ob. cit., p. 213.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

idêntico ao que se aplica ao conhecimento dos vícios da matéria de facto do artigo 410.º, n.º2 ⁵⁵.

Para quem entenda que apenas o estado de dúvida subjectivamente sentida pelo julgador constitui o pressuposto específico do princípio *in dubio pro reo*, este princípio não se mostrará violado quando o tribunal de julgamento não se confrontou com dúvida séria sobre a prova do facto desfavorável ao arguido.

Uma outra abordagem da questão é a de que o princípio *in dubio pro reo* deve ser entendido objectivamente, não se exigindo a dúvida subjectiva ou histórica, para que possa ocorrer a sua violação.

Nesta perspectiva – que é a nossa –, no caso de o tribunal dar como provados factos duvidosos desfavoráveis ao arguido, mesmo que não tenha manifestado ou sentido a dúvida, mesmo que não a reconheça, há violação do princípio se, do confronto com a prova produzida, se conclui que se impunha um estado de dúvida.

Ora, a Relação, diversamente do S.T.J., conhece de facto.

Mesmo que a violação do princípio *in dubio* não resulte do texto da decisão recorrida, só por si ou conjugada com as regras da experiência comum, enquanto erro notório na apreciação da prova [cfr al. c) do n.º2 do artigo 410.º do C.P.P.], pode a mesma ser detectada no âmbito de impugnação ampla da decisão proferida sobre a matéria de facto.

Ou seja: fora dos limites do erro notório na apreciação da prova, o recurso da decisão de facto, no âmbito da impugnação ampla, habilita a Relação, que conhece de facto, a reapreciar as provas, a formular a sua livre convicção quanto às mesmas e a determinar se o tribunal de 1.ª instância, independentemente de se ter visto subjectivamente confrontado com a situação de dúvida, julgou provado facto desfavorável ao arguido apesar de a prova disponível não permitir, de forma racional e objectiva, à luz das regras da experiência e/ou de regras legais ou princípios válidos em matéria de direito probatório, ultrapassar o estado de dúvida sobre a realidade do facto ⁵⁶.

⁵⁵ Cfr. Acórdãos da Relação de Coimbra, de 9/09/2009, processo 363/08.00GAACB.1, de 4/02/2015, processo 421/13.6GCMBR.C1 e de 25/02/2015, processo 28/13.0GAAGD.C1.

⁵⁶ Neste sentido, o acórdão da Relação de Évora, de 13/09/2016, processo 89/15.8GTABF.E2, relator António João Latas.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

É um caso em que a livre convicção da Relação – a dúvida - se sobrepõe à convicção – certeza - do tribunal a quo.

*

Lembrei já que a renovação da prova, nos recursos penais, tem um âmbito e um alcance muito mais limitado do que nos recursos em processo civil, e bem assim que o Código de Processo Penal, prevendo a “renovação da prova” na Relação, não prevê a produção de novos meios de prova.

Questão que se coloca é a de saber se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (AFJ) n.º 4/2016 ⁵⁷ veio, a propósito das situações de absolvição na 1.ª instância e condenação na Relação, abrir caminho à produção de novos meios de prova na 2.ª instância.

Debateu-se largamente na jurisprudência se cabia à Relação ou à 1.ª instância a determinação da espécie e medida da pena no caso de a Relação, em recurso, revogar a decisão absolutória da 1.ª instância e formular um juízo positivo sobre a culpabilidade do arguido.

A jurisprudência dividiu-se em duas posições: uma a sustentar deverem os autos ser devolvidos (“reenviados”) à 1.ª instância para novo julgamento restrito à determinação da espécie e medida da pena; outra que entendia caber à Relação a decisão sobre essa questão, salvo nas situações em que os factos provados não fossem suficientes para, com o rigor exigível, proceder à determinação da espécie e medida da pena. Apenas nestas situações excepcionais impor-se-ia, então, a devolução do processo à 1.ª instância para a determinação da sanção.

Uma outra posição defendia que, no caso de a Relação revogar a sentença absolutória de 1.ª instância, substituindo-a por uma sentença condenatória, deveria proceder à determinação da espécie e medida da pena, mas salvaguardando o direito de defesa e o direito a um processo equitativo, assegurados por via da audição do arguido e de lhe ser reconhecida a possibilidade de requerer e de ser ouvido em audiência, em ordem a poder influenciar, argumentativamente, a decisão recursiva ⁵⁸.

⁵⁷ Diário da República, 1.ª série, N.º 36, de 22 de Fevereiro de 2016.

⁵⁸ Este o entendimento do Desembargador Joaquim Correia Gomes, expresso em «As sentenças absolutórias, o recurso e o provimento condenatório na relação», Revista do Ministério Público, Ano 31, Abr-Jun 2010, n.º 122, pp. 177 e ss.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Veio o S.T.J. fixar a seguinte jurisprudência, no dito AFJ n.º4/2016:

«Em julgamento de recurso interposto de decisão absolutória da 1.ª instância, se a relação concluir pela condenação do arguido deve proceder à determinação da espécie e medida da pena, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 374.º, n.º 3, alínea b), 368.º, 369.º, 371.º, 379.º, n.º 1, alíneas a) e c), primeiro segmento, 424.º, n.º 2, e 425.º, n.º 4, todos do Código de Processo Penal.»

Diz o S.T.J. não ter qualquer sentido que, após o reexame da matéria de facto e ficando assente a culpabilidade do arguido que vinha absolvido da 1.ª instância, a Relação profira uma decisão condenatória incompleta, por omissão da consequência jurídica, e “reenvie” o processo para o tribunal a quo, a fim de aí ser determinada a espécie e medida da sanção.

No nosso sistema processual, à deliberação sobre a questão da culpabilidade segue-se a deliberação sobre a determinação da sanção – espécie e medida da sanção a aplicar -, nos termos dos artigos 368.º e 369.º do C.P.P.

O tribunal começa por deliberar e votar a questão da culpabilidade [artigo 368.º] e, resultando que ao arguido deve ser aplicada uma pena ou medida de segurança, “o presidente lê ou manda ler toda a documentação existente nos autos relativa aos antecedentes criminais do arguido, à perícia sobre a sua personalidade e ao relatório social” [artigo 369.º, n.º 1], sendo, quando necessária a produção de prova suplementar exclusivamente para a determinação da espécie e medida da sanção a aplicar, reaberta a audiência, nos termos do artigo 371.º [artigo 369.º, n.º 2, primeiro segmento].

Diz o S.T.J. que, por regra, a Relação não se confrontará com uma insuficiente base de facto impossível de suprir, no caso de alteração de uma decisão de absolutória para condenatória, a implicar a impossibilidade de determinação da sanção e que, na hipótese de uma insuficiente base de facto, não está a Relação impedida de obter os elementos necessários à determinação da sanção por via da realização de uma audiência, nos termos do artigo 371.º, do C.P.P.

A verdade, porém, é que no caso de o tribunal de 1.ª instância não passar à questão da determinação da espécie e medida da pena porque, previamente, da deliberação e votação sobre a questão da culpabilidade, resultou que ao arguido não devia ser aplicada uma pena ou medida de segurança, podem faltar, efectivamente, elementos necessários à determinação da sanção.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Pensemos na hipótese de o arguido ter indicado, no seu rol, testemunhas – que não podem exceder o número de cinco – que só devam depor às matérias do artigo 128.º, n.º2, do C.P.P. – personalidade, carácter, condições pessoais e conduta anterior do arguido.

Se o tribunal de 1.ª instância não passou à questão da determinação da espécie e medida da pena, por se decidir pela absolvição, bem pode acontecer que essas testemunhas não tenham sequer sido inquiridas, ou que mesmo havendo prova sobre essas questões, o tribunal, por desnecessidade, não a tenha considerado na fixação dos factos provados.

Numa primeira mirada, parece decorrer do referido Acórdão de Fixação de Jurisprudência que nos casos de condenação na Relação de arguidos absolvidos na 1.ª instância, a prova suplementar que haja que produzir, incluindo prova testemunhal, em ordem à determinação da sanção, será produzida na Relação, que assim irá apreciar novos meios de prova, distintos dos produzidos em 1.ª instância. Não se tratará de renovação da prova, mas de produção de prova nova, em contraste com o entendimento de há muito perfilhado de que a Relação não pode apreciar elementos de prova que o tribunal recorrido não apreciou, para decidir uma questão nova, não conhecida na 1.ª instância.

Porém, numa segunda leitura, não é evidente que assim seja, como se alcança dos termos da declaração do Conselheiro Manuel J. Braz (“Concordo com a jurisprudência proposta. Mas não com parte da fundamentação”), igualmente adoptada pelo Conselheiro Francisco Manuel Caetano. Reportando-se tal declaração à fundamentação do acórdão e não à decisão, não constituindo, por isso, um voto de vencido, continua expressamente a admitir que se a Relação, em recurso, passa de uma absolvição para uma condenação e verifica que a decisão recorrida não decidiu toda a matéria de facto relevante para determinar a pena concreta, só terá um caminho a seguir: decretar o reenvio do processo para novo julgamento relativamente aos pontos de facto não decididos.

O mesmo ocorre com a declaração do Conselheiro Raúl Borges “(Voto o acórdão de acordo com a posição assumida em 09.11.2011 no processo 43/09.9PAAMD.L1.S1)”, pois no acórdão que invoca considerou, expressamente, que o poder de substituição da decisão recorrida não abarca a escolha da espécie e fixação da medida da pena “ se a decisão em exame não contiver os elementos necessários para a determinação da medida da pena, cuja ausência se poderá



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

explicar em virtude da decisão absolutória em 1.^a instância fazer esquecer essa indagação, conduzindo à verificação do vício previsto no art. 410.º, n.º 2, al. a), do CPP”.

Estas declarações pressupõem que a parte dispositiva do AFJ não abrange os casos em que o tribunal de primeira instância não procedeu ao apuramento e fixação dos factos necessários à determinação da pena.

Confesso que a leitura do supra citado dispositivo, à luz da fundamentação desenvolvida ao longo do AFJ n.º 4/2016, parece apontar no sentido de que a fixação de jurisprudência abrange todos os casos em que a Relação, revogando decisão absolutória da 1.^a instância, decidir pela condenação do arguido. A ser assim, a prova suplementar que haja que produzir, incluindo prova testemunhal, em ordem à determinação da sanção, terá de ser produzida na Relação, como inculca a expressa menção ao artigo 371.º do C.P.P.⁵⁹.

Porém, a leitura mais atenta do AFJ, ponderadas as mencionadas declarações de voto, sugere que a jurisprudência fixada no dispositivo tem, afinal, um alcance mais limitado, ficando aquém do sentido consentido por algumas passagens da respectiva fundamentação.

Se assim for, como sustenta, com argumentos que merecem ponderação, a Relação de Évora, em acórdão de 05/07/2016⁶⁰, nos casos em que o tribunal de 1.^a instância não procedeu ao apuramento e fixação dos factos necessários à determinação da pena continuará a justificar-se a devolução à 1.^a instância para apuramento da factualidade e subsequente prolação de decisão condenatória.

Uma coisa é certa: a Relação não pode condenar o arguido/recorrido absolvido na 1.^a instância e fixar-lhe a respectiva pena sem ter em conta a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem que, de modo constante e desde há muito, afirma a necessidade do procedimento recursivo estar sujeito às regras mínimas exigíveis a um processo equitativo, o que implica que, nos casos de recurso de uma absolvição, ao arguido/recorrido seja concedida a possibilidade de se pronunciar

⁵⁹ Leitura que expressei na intervenção oral, mas que agora merece mais detida ponderação, pelas razões brevemente indicadas no texto.

⁶⁰ Processo 145/13.7GAMCQ.E1, tendo como relatora a Desembargadora Maria Leonor Esteves, citando o Desembargador João Latas, com indicação de outros valiosos argumentos que me dispense de reproduzir.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

pessoalmente, em audiência de julgamento, sobre as questões da sua culpabilidade ou inocência e a eventualidade da condenação ⁶¹.

Jorge M. B. Gonçalves

18 de Novembro de 2016

⁶¹ Com interesse, entre outros, os Acórdãos do TEDH de 1998/Mai./26, Ekbatani c. Suécia; de 1991/Out./29, Helmers c. Suécia; de 1991/Out./29, Jan-Åke Anderson c. Suécia; de 2000/Jun./25, Tierce e outros c. São Marino; de 2000/Jun./27, Constantinescu c. Roménia; de 2004/Jul./06, Dondarini c. São Marino; de 2000/Out./0,3 Pobornikoff c. Áustria; de 1993/Set./21, Kremzow c. Áustria; de 2005/Jun./28, Hermi c. Itália; de 2010/Nov/16, García Hernández c. Espanha; de 2016/Março/29, Gómez Olmedo c. Espanha.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Intervenção da Exma. Senhora Juíza de Direito

Dr.ª Ana Margarida Leite

Audiência final: obstáculos à agilização da composição do litígio

1. Introdução

O Código de Processo Civil vigente – aprovado em anexo à Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, e ao qual pertencem todas as normas legais que venham a ser indicadas sem outra menção –, tendo como princípio estruturante o primado da substância sobre a forma e visando a eficácia e a celeridade na justa composição do litígio, consagrou novas regras de gestão e de tramitação processual, entre as quais se destaca o reforço dos poderes do juiz na direção e na gestão do processo e a alteração ao modelo da ação declarativa em primeira instância, com importantes reflexos em todas as fases do processo, designadamente na audiência final.

Considerando o tema a que se subordina este XI Encontro Anual do Conselho Superior da Magistratura – Racionalização processual e direção do juiz - abordagem crítica dos atuais paradigmas – e a circunstância de o novo processo civil se encontrar em vigor há cerca de três anos, mostra-se oportuno averiguar se o regime vigente permite alcançar os objetivos e as finalidades que fundamentaram as alterações introduzidas.

Tendo por base a apreciação da experiência quotidiana da audiência final em primeira instância, pretende-se, com o tema proposto, detetar a existência de obstáculos legais e de práticas que ponham em causa a pretendida agilização desta fase processual, contendendo com a célere composição do litígio.

1 Texto da comunicação apresentada no XI Encontro Anual do Conselho Superior da Magistratura, que decorreu em Viseu, nos dias 18 e 19 de novembro de



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

2016, subordinado ao tema Racionalização processual e direção do juiz - abordagem crítica dos atuais paradigmas.

2. Audiência final

2.1. Realização da audiência final

A realização efetiva da audiência final nas datas para o efeito marcadas, bem como o cumprimento da programação previamente definida, mostram-se indispensáveis à obtenção de uma justiça célere e à legitimação dos tribunais perante a comunidade, conhecidas que são as consequências nefastas do adiamento de audiências ou de atos de produção de prova, com as inerentes deslocamentos inúteis a tribunal dos seus intervenientes, como advogados, partes, peritos e testemunhas, e o inevitável atraso na composição do litígio.

Apesar da consagração, pelo novo Código de Processo Civil, do princípio da inadiabilidade da audiência final e do, já anteriormente consagrado, princípio da continuidade da audiência, detetam-se, na prática, alguns obstáculos legais que impedem a respetiva realização, conduzindo ao seu adiamento, ou que condicionam o cumprimento da programação previamente definida para os trabalhos, obrigando à suspensão dos atos de produção de prova, bem como ao agendamento de novas sessões.

A marcação da audiência final, com a programação dos atos a realizar, o estabelecimento do número de sessões e a sua provável duração, bem como a designação das respetivas datas, é efetuada num dos seguintes momentos:

- i) na audiência prévia, se tiver sido convocada e a sua realização se destinar, entre outros, a esse fim, caso em que, ouvidos os advogados presentes sobre a programação, é feita a marcação, providenciando o juiz pela obtenção de prévio acordo com os mandatários das partes quanto aos dias e horas a designar – artigos 591.º, n.º 1, al. g), e 151.º, n.º 1;
- ii) por despacho, se tiver sido dispensada a audiência prévia ou a marcação da audiência final não integrar o seu objeto (por exemplo, por dificuldade



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

em prever a duração provável de diligências de prova a produzir antes da audiência final, designadamente perícias médico-legais), devendo o juiz providenciar previamente pela obtenção de acordo com os advogados quanto aos dias e horas a designar – artigo 151.º, n.ºs 1 a 3.

Consagra o artigo 603.º, n.º 1, como regra, a inadiabilidade da audiência final, a qual deve realizar-se na data para o efeito designada, salvo nos três casos previstos no preceito, a saber: se houver impedimento do tribunal, caso em que deve ficar consignado nos autos o respetivo fundamento; se faltar algum dos advogados, sem que o juiz tenha providenciado pela marcação mediante acordo prévio; se ocorrer motivo que constitua justo impedimento, nos termos definidos no artigo 140.º, n.º 1.

Se o primeiro fundamento para o adiamento da audiência final – impedimento do tribunal – se mostra, em princípio, de aplicação rara, devendo o juiz ter um especial cuidado no agendamento, de forma a evitar a sobreposição de diligências e o subsequente impedimento do tribunal, e o segundo pode ser evitado pelo juiz, providenciando pela marcação da audiência mediante acordo prévio com os advogados, o último – ocorrer motivo que constitua justo impedimento –, por seu turno, é suscetível de dar causa a frequentes adiamentos, mormente em virtude de não prever o Código qualquer limite que impeça a repetição do adiamento com este fundamento.

O âmbito de aplicação desta causa de adiamento, porém, não abrange a falta de todos os intervenientes que se encontrem impossibilitados de comparecer, mas apenas dos advogados. Tratando-se de parte, que haja de prestar depoimento ou declarações, bem como de testemunha ou de perito, que tenham sido convocados, a respetiva falta importa unicamente o adiamento dos atos de produção de prova em que devam intervir, mas não o adiamento dos demais atos nem da audiência, conforme decorre do disposto nos artigos 457.º, n.º 2, e 508.º, n.º 2.

Pode questionar-se se a falta de advogado, que se encontre impedido de comparecer por evento não imputável à parte nem aos seus representantes ou mandatários, configura sempre justo impedimento, nos termos definidos no artigo



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

140.º, n.º 1, para efeitos do adiamento da audiência. A questão assumirá relevância se se considerar, por exemplo, a faculdade do advogado, que se encontre impedido de comparecer à audiência, substabelecer o mandato ou a eventual emissão pela parte de procuração conjunta a mais do que um mandatário, situações em que o impedimento de um dos advogados não obsta, por si só, à possibilidade de comparência de advogado substabelecido ou de outro dos advogados constituídos. Verificando que a lei não estabelece qualquer restrição ao adiamento da audiência com o mencionado fundamento, parece razoável admitir que o justo impedimento do advogado que tenha acompanhado o processo, designadamente subscrevendo os articulados e comparecendo à audiência prévia, constitua causa suficiente para o adiamento da audiência final.

Apesar da falta de advogado por justo impedimento ser suscetível de dar causa a frequentes adiamentos e à respetiva repetição no âmbito do mesmo processo, na prática, tal não tem sucedido; esta situação poderá, eventualmente, resultar da ampla divulgação do princípio da inadiabilidade da audiência final, como uma das grandes alterações introduzidas pelo novo Código de Processo Civil, detetando-se quotidianamente uma nova atitude por parte de todos os intervenientes na audiência, caracterizada por uma cooperação ativa no sentido da sua efetiva realização.

Em conformidade com o princípio da inadiabilidade da audiência final, o novo Código, não obstante prever a possibilidade de suspensão da instância por acordo das partes, por período temporal que não ultrapasse três meses, impede que daí resulte o adiamento da audiência (artigo 272.º, n.º 4). Não se encontra afastada, porém, a possibilidade de não realização da audiência em resultado da suspensão da instância, desde que esta tenha sido determinada pelo juiz, com fundamento em motivo justificado (artigo 272.º, n.º 1, parte final).

Tal poderá suceder, designadamente, se a causa estiver no âmbito do poder de disposição das partes e o juiz ficar convencido, em resultado de informação por estas transmitida, da existência de uma forte probabilidade de resolução por acordo do litígio em causa e do firme propósito das partes em realizar transação, bem como



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

do motivo que as impede de a concretizar na ocasião. Tratando-se de decisão cujos efeitos contrariam o princípio da inadiabilidade da audiência, deverá o juiz ser especialmente rigoroso na apreciação do fundamento apresentado pelas partes para a suspensão da instância, designadamente do motivo que as impede de ultimar o pretendido acordo.

Levanta-se, aqui, a questão de saber se deverá ou não marcar-se de imediato nova audiência final, a agendar para data posterior ao período de suspensão da instância: razões de celeridade processual apontam no sentido do reagendamento imediato da audiência; no entanto, o fundamento da suspensão da instância aponta em sentido contrário, dado que, se o juiz ficou firmemente convencido de que as partes lograrão obter a resolução por acordo do litígio e o transmite aos intervenientes, que se deslocaram ao tribunal para atos de produção de prova que se não realizarão na data em causa, a marcação de nova data mostra-se contraditória com o fundamento invocado para o adiamento da audiência.

Iniciada, a audiência é contínua, conforme princípio consagrado no artigo 606.º, n.º 2, só podendo interromper-se nos casos previstos no preceito (motivo de força maior, absoluta necessidade ou ficar o juiz impossibilitado de a realizar); em caso de suspensão, por não ter sido possível concluí-la num dia, deve ser designada data para a respetiva continuação nos termos indicado nos n.ºs 3 e 4 do mencionado artigo.

Porém, o cumprimento da programação das diligências de produção de prova pode ser afetado em diversas situações, legalmente previstas, tais como: i) a falta de parte que haja de prestar depoimento ou declarações, bem como de perito ou de testemunha que tenham sido convocados, caso não seja prescindida a produção de tais meios de prova; ii) a apresentação de documento em momento posterior ao vigésimo dia anterior à data em que se inicie a audiência final; iii) a apresentação de articulado superveniente depois da marcação da audiência final.

A primeira das indicadas situações – a falta de parte que haja de prestar depoimento ou declarações, bem como de perito ou de testemunha que tenham



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

sido convocados, caso não sejam prescindidos estes meios de prova – importa, como supra exposto, o adiamento dos atos de produção de prova em que os faltosos devam intervir para outra sessão da audiência em curso (artigos 457.º, n.º 2, e 508.º, n.º 2).

Quanto ao momento da apresentação de documentos, o artigo 423.º estabelece, como regra, a junção com o articulado em que sejam alegados os factos a cuja prova se destinam (n.º 1), admitindo, porém, que sejam apresentados até vinte dias antes da data em que se realize a audiência final, situação em que incumbe à parte demonstrar que não os pôde oferecer com o articulado, sob pena de condenação em multa (n.º 2). Após este limite temporal, ainda são admitidos os documentos cuja apresentação não tenha sido possível até àquele momento e aqueles cuja apresentação se tenha tornado necessária em virtude de ocorrência posterior (n.º 3), o que pode dar causa a um adiamento das diligências de produção de prova.

Não obstante consagrar o artigo 424.º, como regra, o prosseguimento da audiência, ressalva os casos em que a parte contrária não possa examinar no próprio ato os documentos apresentados, mesmo com suspensão dos trabalhos pelo tempo necessário, e o tribunal considere o documento relevante e declare que existe grave inconveniente naquele prosseguimento. Este grave inconveniente poderá suceder, por exemplo, se se mostrar necessário confrontar as partes, que hajam de prestar depoimento ou declarações, ou as testemunhas, com o documento ou com o respetivo teor. Nesta situação, a apresentação posterior de documentos poderá ter como efeito a suspensão das diligências de produção prova, de modo a conceder à parte contrária a possibilidade de os examinar, e o respetivo adiamento para outra sessão da audiência, o que implicará o regresso ao tribunal, noutra data, de pessoas que se encontravam presentes na sessão em causa.

A apresentação de articulado superveniente na audiência final pode, igualmente, determinar a respetiva suspensão, com a conseqüente alteração da programação dos atos a realizar.

É permitida a dedução de factos novos (constitutivos, modificativos ou extintivos do direito) – ocorridos após a fase dos articulados ou de que a parte só tenha



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

conhecimento após o seu último articulado –, até ao encerramento da discussão, desde que respeitados os momentos temporais previstos para a respetiva alegação, a saber: a) a audiência prévia, quando os factos hajam ocorrido ou sido conhecidos até ao respetivo encerramento; b) os dez dias posteriores à notificação da data designada para a realização da audiência final, quando não se tenha realizado a audiência prévia; c) a audiência final, se os factos ocorrerem ou a parte deles teve conhecimento em data posterior às referidas nas alíneas anteriores (artigo 588.º, n.ºs 1 a 3).

Sendo o novo articulado apresentado depois da marcação da audiência final, consagra o artigo 589.º, como regra, a inadiabilidade da mesma ou o seu prosseguimento, salvo se, tendo sido proferido despacho de admissão, a parte contrária, notificada para responder, não prescindir do prazo de dez dias que a lei lhe confere para resposta e apresentação de provas e o tribunal considere haver inconveniente na imediata produção das provas relativas à demais matéria em discussão. Neste caso, a apresentação de articulado superveniente terá como efeito a suspensão da audiência, de modo a conceder à parte contrária o mencionado prazo, e o adiamento das diligências de produção prova para outra sessão, com os inerentes transtornos para os intervenientes.

Tanto no caso da apresentação de documento em momento posterior ao vigésimo dia anterior à data em que se inicie a audiência final, como no da apresentação de articulado superveniente depois da marcação da audiência final, a suspensão dos atos de produção de prova não depende apenas da posição assumida pela parte contrária, ao não prescindir da concessão de prazo para, respetivamente, examinar os documentos ou responder ao articulado e apresentar provas. Cabe ao tribunal apreciar se existe inconveniente no prosseguimento das diligências de produção de prova e, perante a gravidade desse inconveniente, decidir se se justifica ou não a suspensão requerida pela parte contrária.

Nessa apreciação, há que ter em conta, por um lado, a complexidade das questões em análise e a sua conexão com os atos de prova em curso, de forma a garantir o cumprimento dos princípios do contraditório e da igualdade das partes



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

(artigos 3.º e 4.º), bem como, por outro lado, a ideia de agilização que integra o dever de gestão processual, de forma a impedir que o cumprimento do formalismo imposto pelos indicados princípios atrase intoleravelmente o decurso da audiência e a composição do litígio.

Encontrando-se a audiência em curso, não é frequente as partes requererem a suspensão das diligências de produção de prova para exame de documentos apresentados nos indicados termos, habitualmente se bastando com a possibilidade de sobre os mesmos se pronunciarem noutra sessão da audiência, a agendar para o efeito, se necessário. Diversamente, quanto aos articulados supervenientes é habitualmente requerido o prazo para resposta, mormente se apresentados na própria audiência final.

Nota-se, no entanto, um cuidado acrescido por parte dos advogados, no sentido de evitar dar causa à suspensão dos atos de produção de prova agendados, seja diligenciando no sentido da apresentação de documentos novos ou articulados supervenientes uns dias antes, ou mesmo na véspera, da data marcada para a audiência, de modo a deles dar conhecimento prévio à parte contrária, seja prescindindo esta dos prazos que a lei lhe confere, analisando os elementos novos logo que deles tem conhecimento ou aceitando pronunciar-se sobre os mesmos noutra sessão da audiência, não se opondo ao prosseguimento dos trabalhos. Também nesta sede se deteta a supra mencionada cooperação funcional no sentido da efetiva realização da audiência e dos atos de produção de prova agendados.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

2.2. Direção da audiência final

As alterações introduzidas pelo novo Código de Processo Civil ao modelo da ação declarativa agilizaram a tramitação da audiência final, permitindo que decorra de forma mais célere e com maior aproximação à verdade material, exigindo, porém, uma efetiva e ativa direção pelo juiz.

Entre as modificações operadas, com reflexos na audiência final, destacam-se as seguintes:

- a abolição da seleção da matéria de facto assente e da controvertida, com a formulação de questões sobre os concretos factos carecidos de prova, passando a ser enunciados temas da prova (artigo 596.º, n.º 1);

- a eliminação da intervenção do tribunal coletivo, decorrendo a audiência final sempre perante o juiz singular (artigo 599.º), assim dispensando os vistos e a compatibilização de agendas;

- a abolição da separação entre o julgamento da matéria de facto e o da matéria de direito, em resultado do que se suprimiu:

- i) a decisão sobre a matéria de facto em momento autónomo, cabendo ao juiz que conduziu a audiência final proferir sentença, na qual declara os factos que julga provados e não provados e aplica o direito, concluindo pela decisão final – artigo 607.º;

- ii) a separação entre as alegações de facto e as de direito, cabendo aos advogados, findas as diligências de produção de prova, proferir alegações orais, nas quais exponham simultaneamente as conclusões de facto e de direito – artigo 604.º, n.º 3, al. e);

- a obrigatoriedade da gravação da audiência, devendo apenas ser assinalados na ata o início e o termo de cada depoimento, informação, esclarecimento, requerimento e respetiva resposta, despacho, decisão e alegações orais, o que não impede o juiz de, oficiosamente ou mediante requerimento, determinar a transcrição de requerimentos, respostas, despachos e decisões (artigo 155.º, n.º 1 e 5); a análise da tramitação da audiência fica, porém, facilitada, se se fizer constar da ata uma súmula dos requerimentos e respetivas respostas, bem como dos



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

despachos e demais decisões proferidos, o que não põe em causa celeridade do seu decurso;

- a redução do limite do número de testemunhas, que passa de vinte para dez por cada parte, sendo acrescido de igual número caso seja deduzida reconvenção e reduzido a metade nas ações de valor não superior à alçada do tribunal de primeira instância, admitindo-se a possibilidade de o juiz, atendendo à natureza e à extensão dos temas da prova, admitir a inquirição de testemunhas além do indicado limite (artigo 511.º);

- a eliminação do limite ao número de testemunhas admitidas a depor sobre cada facto (cinco testemunhas no processo ordinário e três no processo sumário), e da indicação dos factos sobre os quais incidirá o depoimento das testemunhas em audiência final – tal indicação mantém-se nos casos, previstos nas alíneas a), b) e c) do artigo 500.º e no artigo 503.º, de inquirição antecipada, de inquirição de testemunha residente no estrangeiro, se o tribunal ou o consulado da área da sua residência não dispuser de meios técnicos para a inquirição por teleconferência, e de testemunha que goze da prerrogativa de depor na sua residência ou na sede do respetivo serviço ou de depor primeiro por escrito –, depondo cada testemunha sobre a globalidade da matéria de facto carecida de prova;

- a prova por declarações de parte, passando a ser conferida às partes legitimidade para requererem, até ao início das alegações orais em primeira instância, a prestação de declarações sobre factos em que tenham intervindo pessoalmente ou de que tenham conhecimento direto (artigo 466.º, n.º 1).

Destas alterações decorre uma considerável simplificação da instrução, incidindo os atos de produção de prova sobre a globalidade da matéria de facto carecida de prova – quer se trate de factos essenciais, alegados pelas partes nos seus articulados e incluídos nos temas da prova enunciados, de factos instrumentais ou de factos complementares ou concretizadores dos que as partes hajam alegado [artigo 5.º, n.ºs 1 e 2, als. a) e b)] –, sem os limites artificiais decorrentes da prévia seleção dos concretos factos controvertidos.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

A circunstância de deixarem as testemunhas de ser inquiridas sobre concretos pontos de facto incluídos na base instrutória, bem como de ser abolida a indicação prévia dos factos sobre os quais incide cada depoimento e eliminado o limite máximo ao número de testemunhas a inquirir sobre cada facto, passando as testemunhas a ser inquiridas livremente sobre a globalidade da matéria de facto carecida de prova, confere conteúdo útil ao princípio da verdade material, permitindo uma maior espontaneidade na prestação do depoimento, a qual facilita o relato dos factos que sejam do conhecimento da testemunha e, em consequência, determina uma maior aproximação à realidade, contribuindo para a descoberta da verdade material e para a boa decisão da causa.

No entanto, a não enunciação da matéria de facto considerada assente poderá dar causa a morosidade da audiência final, exigindo a ativa intervenção do juiz no sentido de evitar que os atos de prova incidam sobre factualidade essencial já adquirida. Quanto aos factos instrumentais, não tendo sido consagrado o ónus da respetiva alegação, podem surgir na fase de instrução, devendo ser admitida a produção de prova sobre os mesmos ainda que não tenham sido alegados; por outro lado, não estando tais factos sujeitos ao ónus da impugnação definida, podem ser objeto de contraprova ainda que não tenham sido impugnados, pelo que não poderão ser tidos como assentes e subtraídos à produção de prova.

Esta relativa indefinição da concreta matéria de facto sobre a qual incide a prova, além de dificultar a rigorosa programação dos atos a realizar em cada sessão da audiência final, bem como o estabelecimento do número de sessões e a sua provável duração, igualmente dificulta a direção dos trabalhos por parte do juiz, a quem compete assegurar que decorram de acordo com a programação definida [artigo 602.º, n.º 2, al. a)].

Também a faculdade, conferida às partes que pretendam prestar declarações, de o requererem até ao início das alegações orais em primeira instância, pode contender com o cumprimento da programação definida. Se este meio de prova não tiver sido apresentado em momento anterior, designadamente com os articulados ou na audiência prévia, naturalmente que a programação definida para a audiência



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

final o não contempla, pelo que, ao ser requerido no decurso desta, impõe uma alteração. Sendo o requerimento formulado na audiência final, pode questionar-se se deve a parte estar presente, de modo a poder prestá-lo de imediato, designadamente nos casos em que as alegações se encontrem programadas para a sessão em curso; atento o princípio da continuidade da audiência e não prevendo a lei a suspensão dos trabalhos no caso em análise, deverá a parte, em princípio, estar presente; no entanto, nada impede que o juiz, ponderando a relevância do meio de prova em causa, determine que a parte preste declarações noutra ocasião, a agendar para o efeito, adiando as alegações orais.

No sentido de tornar útil e breve a discussão, poderá, em determinadas situações, designadamente nos casos em que a matéria de facto alegada pelas partes seja extensa ou complexa, mostrar-se eficaz a realização, pelo juiz, na audiência final, antes do início dos atos de produção de prova, de uma breve exposição introdutória, na qual indique sucintamente os factos essenciais que entende encontrarem-se assentes. Tal contribuirá para evitar futuras exortações, aos advogados ou ao Ministério Público, no sentido de se cingirem, designadamente nos seus requerimentos, inquirições e instâncias, à matéria relevante para o julgamento da causa, conforme prevê o artigo 602.º, n.º 2, al. d).

Com vista a agilizar a instrução, poderá o juiz, igualmente, em sede do interrogatório preliminar de cada testemunha, antecipar o esclarecimento da respetiva razão de ciência. Após o juramento e a identificação da testemunha, cabe ao juiz formular-lhe as perguntas necessárias ao esclarecimento da relação entre a testemunha e as partes, bem como da existência de interesse daquela na causa (artigo 513.º, n.º 1); de seguida, e em momento prévio à inquirição da testemunha pelo advogado da parte que a arrolou, pode o juiz formular as perguntas necessárias ao esclarecimento da respetiva razão de ciência ou de quaisquer circunstâncias que possam justificar o conhecimento, assim antecipando a indicação mencionada no artigo 516.º, n.º 1. Tal intervenção, ao delimitar o campo de conhecimento da testemunha, permite, por um lado, centrar a inquirição na matéria da qual tenha algum conhecimento, imprimindo celeridade ao interrogatório e eficácia ao depoimento e, por outro lado, tem como efeito aproximar o depoimento da verdade, assim contribuindo para a boa decisão da causa.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

No decurso da inquirição das testemunhas, deverá o juiz exercer ativamente o poder de direção, de forma a evitar que os depoimentos se prolonguem para além do necessário ou que não tenham conteúdo útil, designadamente: i) intervindo de forma a centralizar os depoimentos à matéria de facto relevante e carecida de prova, alertando os advogados e o Ministério Público se estiverem a inquirir sobre matéria de facto assente, no sentido de se cingirem à matéria relevante para o julgamento da causa [artigo 602.º, n.º 2, al. d)]; ii) formulando perguntas exatas e rigorosas.

Esta gestão dos depoimentos permitirá ao juiz ter algum controlo sobre a duração dos atos de produção de prova, de forma a assegurar que decorram de acordo com a programação definida, conforme lhe compete [artigo 602.º, n.º 2, al. a)], sendo certo que a prévia determinação de um limite temporal para o depoimento de cada testemunha se mostra de difícil execução.

Além da extensão e da complexidade da matéria de facto, bem como do nível de precisão das perguntas formuladas e do seu conteúdo útil, face à factualidade carecida de prova, a duração de um depoimento pode depender de circunstâncias que escapam às previsões feitas pelo juiz, ainda que com a colaboração dos mandatários das partes, como sejam determinadas características dos depoentes, designadamente a sua eventual dificuldade em compreender as questões formuladas ou a falta de rigor na linguagem utilizada nas respostas, a exigir um período temporal acrescido para uma eficaz comunicação. Daqui resulta que a eventual limitação da duração de cada depoimento poderá, em determinados casos, contender com a descoberta da verdade material.

A descrita atuação do juiz, seja realizando uma breve exposição introdutória, intervindo no decurso dos atos de produção de prova ou formulando perguntas exatas e diretas, contribui de forma decisiva para a agilização da audiência final, mas exige um conhecimento profundo do processo, o que demanda uma preparação rigorosa, de forma a identificar com precisão a matéria de facto assente e aquela que vai ser submetida a prova.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Compete ao juiz que presidiu à audiência final proferir sentença, da qual faz parte a decisão sobre a matéria de facto e a decisão sobre a matéria de direito.

A prolação da sentença pelo juiz que presidiu à audiência, a quem caberá, não apenas discriminar os factos que considera provados e os que julga não provados, mas também, na mesma peça processual, aplicar as normas jurídicas e proferir a decisão final, tem como efeito imediato a simplificação e a agilização do processo, contribuindo decisivamente para a celeridade da composição do litígio; por outro lado, reforça a utilidade da faculdade de ordenar a reabertura da audiência e determinar a produção de prova suplementar que se mostre necessária a sanar dúvidas detetadas (artigo 607.º, n.º 1, 2.ª parte), dado que a necessidade de esclarecimentos complementares de determinados pontos da matéria de facto, por vezes, surge na fase de aplicação do direito, assim criando condições que permitem assegurar a justa decisão da causa.

3. Conclusão

O propósito desta intervenção foi a apreciação da experiência da aplicação prática do atual regime processual civil à audiência final, com o objetivo de verificar se esta fase da ação declarativa constitui um instrumento ágil para alcançar a justa composição do litígio.

Do novo modelo da ação declarativa decorre uma considerável simplificação da instrução, a qual incide sobre a globalidade da matéria de facto carecida de prova, sem a restrição emergente da prévia seleção dos concretos factos controvertidos, e uma maior aproximação à verdade material no julgamento da matéria de facto, pressuposto essencial para a boa decisão da causa.

Foram detetados obstáculos legais que, em determinadas situações, impedem a realização da audiência final, conduzindo ao seu adiamento, ou condicionam o cumprimento da programação definida, levando à suspensão dos atos de produção de prova e ao agendamento de novas sessões, assim perturbando o normal decurso da audiência. Porém, nas situações em que é admitida a suspensão das diligências



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

de produção de prova, com vista a garantir o cumprimento dos princípios do contraditório e da igualdade das partes, a lei faz depender tal efeito, não apenas de requerimento da parte que para tal tenha legitimidade, mas também da apreciação do juiz, a quem cabe averiguar se existe inconveniente no prosseguimento da audiência e, perante a gravidade desse inconveniente, decidir se se justifica ou não a suspensão requerida, de forma a impedir que o cumprimento do formalismo imposto pelos indicados princípios atrase intoleravelmente o decurso da audiência e a composição do litígio.

Verificou-se que a abolição da seleção da matéria de facto assente e a relativa indefinição da concreta matéria de facto sobre a qual incide a prova, podem, em determinadas circunstâncias, contribuir para que os depoimentos se prolonguem para além do necessário ou não tenham conteúdo útil, exigindo uma efetiva e ativa direção dos trabalhos pelo juiz.

A experiência da aplicação quotidiana do novo regime processual civil demonstra, em conclusão, que a mudança de paradigma da ação declarativa agilizou a tramitação da audiência final e criou condições para que a decisão sobre a matéria de facto venha a ser proferida com maior aproximação à realidade histórica, exigindo uma efetiva e ativa direção pelo juiz e a cooperação funcional de todos os intervenientes, de forma a ser alcançada a pretendida celeridade na justa composição do litígio.

Ana Margarida Leite

18 de Novembro de 2016



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Intervenção do Exmo. Senhor Professor Doutor

Rui Pinto⁶²

A Audiência de Julgamento e a Decisão de Facto (em 1.º e em 2.º instâncias). Juiz e partes encontram-se na matéria de facto

(Nota: Uma vez que a presente apresentação foi remetida ao CSM em formato PDF, com impossibilidade de cópia para este documento, encontra-se, por isso, localizada em anexo.)

⁶² Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. O presente texto serviu de base à comunicação apresentada no XI Encontro Anual do Conselho Superior da Magistratura. Racionalização Processual e Direção do Juiz - Abordagem Crítica dos Atuais Paradigmas, em 18 de novembro de 2016. Os artigos referidos pertencem ao Código de Processo Civil em vigor, salvo indicação diferente.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Terceiro Painel: O Recurso



Intervenção do Exmo. Senhor Juiz Desembargador

Dr. Artur Oliveira

“A Justiça tem sido a eterna chaga da democracia portuguesa. Atrasada, lenta, injusta, burocrática, influenciável, corporativa, orgulhosa e arrogante é seguramente uma das ilustrações do atraso português” OPINIÃO – António Barreto, DN 09 DE OUTUBRO DE 2016

Começo por uma curta nota biográfica e uma advertência.

Sou juiz há 31 anos. Nos últimos 10 exerci, como desembargador, na secção criminal do tribunal da Relação do Porto. E em setembro último fui nomeado inspetor judicial.

A advertência: uma intervenção como esta não tem a pretensão de tratar o tema dos Recursos (em Processo Penal) com profundidade. Por isso, contarão com uma abordagem despretensiosa que, sem grande detalhe, expõe algumas “notas de reportagem” sobre aspetos do tema que pela sua atualidade, polémica ou recorrência entendo merecerem a nossa atenção.

0. Quando se apresenta um código novo há, naturalmente, institutos que não suscitam qualquer espécie de reserva ou de dificuldade aos aplicadores do direito; e outros que, pelo contrário, constituem espaços de incerteza e de resistência quanto à compreensão do paradigma que o legislador algures idealizou. Para colmatar essa



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

deficiência (de leitura, algumas vez e de expressão, muitas outras), surgem reformas; e quando nem estas o conseguem, surgem reformas de reformas, sucessivamente, até à obtenção de um equilíbrio, até à pacificação da Lei – não raro obtida por via da consagração de jurisprudência uniformizada (ou fixada).

Estão neste segundo grupo as alterações ao regime dos recursos introduzidas pelo CPP de 1987 e sucessivamente revistas, pelo menos, pela Lei n.º 59/98, de 25 de agosto, Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto e Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro. Veja-se que uma parte muito significativa do labor do nosso mais Alto Tribunal tem sido aplicada a dirimir questões relacionadas com os critérios de admissibilidade dos recursos.

É para algumas dessas incoerências e incompreensões que me dirijo de imediato. Lembrando (sem necessidade) que o direito ao recurso é uma das garantias de defesa em processo penal, constitucionalmente assegurada pelo art. 32.º, n.º 1, da CRP [introduzido pela Lei Constitucional n.º 1/97, de 20/09]; e que a Lei estabelece o princípio geral da recorribilidade das decisões [art. 399.º, do CPP]: a recorribilidade é regra, a irrecorribilidade exceção.

1. Desde logo, pode-se questionar o grau de autonomia que o regime dos recursos no processo penal tem em relação ao regime previsto no processo civil. Afinal, o novo código criou um regime autónomo e independente do regime do processo civil? Ou sempre teremos de lá voltar em busca das regras de funcionamento básico da estrutura formal dos recursos?

A questão – lembro – colocou-se sobre a contagem do prazo para a interposição do recurso quando é formulado um pedido de correção da sentença [art. 380.º, do CPP]: se um dos sujeitos processuais pedir a correção da sentença/acórdão (mesmo da decisão proferida na Relação – art. 425.º, n.º 4), deve o prazo para interposição do recurso começar a correr só depois de conhecido tal pedido (e eventualmente corrigida a sentença)? Assim o determinava o disposto no artigo 686.º, do anterior CPC, na redação do DL n.º 329-A/95, de 12 de dezembro – cuja aplicação subsidiária se questionou, frontalmente, p. ex., no Ac. RG de 26.03.2007, relatado pelo Desembargador Cruz Bucho (com indicação precisa do apoio doutrinário e jurisprudencial anotado à época). A afirmação da autonomia foi levada ao sumário do acórdão nos seguintes termos: “III – O citado artigo 686º do CPC é, porém, inaplicável ao processo penal já que não existe nesta matéria qualquer lacuna que



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

cumpra integrar, sendo certo que à elaboração do atual Código de Processo Penal está inerente o estabelecimento de uma regulamentação total e autônoma do respetivo processo, tornando-a mais independente do processo civil, o que é especialmente notório em matéria de recursos (cf. Cunha Rodrigues, Recursos, in CEJ, Jornadas de Direito Processual Penal - O Novo Código de Processo Penal, Lisboa, 1988, p. 381 e seguintes, especialmente a pág. 384)".

Foi esta afirmação de autonomia do regime dos recursos no código de processo penal face ao regime então previsto no processo civil que acabou por vingar. Não sem antes ter sofrido alguns sobressaltos. Lembro que, em 2012, o Ac. TC n.º 293/2012, decidiu: "Julgar inconstitucional, por violação do direito ao recurso consagrado no artigo 32.º, n.º 1, da Constituição, a norma do artigo 411.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, segundo a qual o pedido de correção de uma decisão, formulado pelo arguido, não suspende o prazo para este interpor recurso dessa mesma decisão.

Posição que o mesmo Tribunal veio a infletir, cerca de um ano depois, no Acórdão n.º 403/2013, decidindo: "não julgar inconstitucional a norma resultante da interpretação dos artigos 380.º e 411.º, n.º 1, do Código do Processo Penal, com o sentido de que o prazo para interposição do recurso começa e continua a correr a partir do termo inicial previsto no referido artigo 411.º, n.º 1, mesmo quando o arguido, ao abrigo do disposto no artigo 380.º, n.º 1, b), tenha requerido a correção da sentença".

É essa a posição que temos seguido. Mas ainda há quem tenha dúvidas e defenda que, por razões de segurança jurídica, o prazo só começa a correr depois de decidido o pedido de correção. Lembramos que o legislador do novo CPC evitou tomar posição sobre a polémica [v. art. 638.º].

2. A questão da autonomia do regime dos recursos no processo penal face ao processo civil tem várias implicações. Creio que temos de admitir que há princípios gerais que continuam a ter a sua sede própria de regulamentação no processo civil. São matérias que não mereceram, no Código de Processo Penal, qualquer referência diferenciadora pelo que devemos integrar a disciplina prevista no Código Processo Civil.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Aponto uma que me parece ser, em grande medida, definidora (caracterizadora) do quadro funcional da Relação.

Refiro-me à regra de substituição ao tribunal recorrido, prevista no art. 665.º, do novo CPC [correspondente ao art. 715.º do velho CPC], aplicável ao processo penal por via do art. 4.º (assim o defendo).

O que vale por dizer que o tribunal superior, quando esteja na posse dos elementos necessários, deve conhecer de todas as questões – mesmo que declare nula a decisão que põe termo ao processo e mesmo se o tribunal recorrido tiver deixado de conhecer certas questões, designadamente por as considerar prejudicadas pela solução dada ao litígio. O n.º 3 do cit. dispositivo determina mesmo a necessidade de o relator, antes de ser proferida decisão, ouvir cada uma das partes – regra que não vejo ser seguida nos processos criminais. Repito: desde que esteja na posse dos elementos necessários, a Relação deve conhecer de todas as questões.

O tema ganha contornos especiais nos casos em que o arguido foi absolvido na 1ª instância e o tribunal da Relação entende que deve ser condenado. Aplica, sem mais, a pena que julga justa e adequada? Devolve o processo ao tribunal de 1ª instância para que este fixe a pena dando oportunidade a novo recurso? Ou procede a uma audiência pública, prévia à decisão, com o objetivo claro de conceder a possibilidade de o arguido se pronunciar sobre a (determinação da) sanção?

Na Relação do Porto todas estas teses vingaram, à vez [p. ex. e por ordem da exposição anterior: Ac. RP de 13.10.2010, relatado pelo Desembargador Ernesto Nascimento, Ac. RP de 19.06.2013, relatado pela desembargadora Eduarda Lobo (com voto de vencido) e Ac. RP de 26.05.2010, relatado pelo Desembargador Joaquim Gomes (tese que também defendi no Ac. RP de 02.12.2009, seguindo trabalho publicado da autoria deste último Desembargador).

Com a recente publicação do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça n.º 4/2016 a questão ficou, pelo menos em parte, resolvida. O Acórdão fixou seguinte jurisprudência: “Em julgamento de recurso interposto de decisão absolutória da 1.ª instância, se a relação concluir pela condenação do arguido deve proceder à determinação da espécie e medida da pena, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 374.º, n.º 3, alínea b), 368.º, 369.º, 371.º, 379.º, n.º 1, alíneas a) e c),



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

primeiro segmento, 424.º, n.º 2, e 425.º, n.º 4, todos do Código de Processo Penal” – D.R., 1.ª série — N.º 36 — 22 de fevereiro de 2016].

3. Porém, novos problemas se levantam (ou mantêm): (i) como agir se o tribunal de 1ª instância, face à antecipação (iminência) da absolvição, prescinde de conhecer da matéria de facto relevante para a determinação da sanção [questão que justifica o voto de vencido do Cons. Manuel Braz]? E (ii) poderá admitir-se que sendo a condenação em pena de prisão não superior a 5 anos tal decisão [condenatória] não seja passível de recurso para o Supremo Tribunal de Justiça [objeção do voto de vencido da Cons. Helena Moniz]?

Quanto à primeira dúvida: de facto, parece-me difícil acolher, na Relação, uma fase aberta de produção de prova sobre as condições de vida e situação económica do arguido, pelo que admito (admiti enquanto relator) a necessidade de o processo baixar à 1ª instância nos casos em que este tribunal omitiu pronunciar-se (e desde logo produzir prova) sobre esses factos – gerando assim numa sentença que é nula, por omissão de pronúncia [art. 379.º, n.º 1, al. c), do CPP], uma vez que a Lei não excepciona, em caso algum, o apuramento dos factos relevantes para a determinação da sanção.

Sobre a segunda questão – a possibilidade de recurso do acórdão da Relação: o tema continua a não ser pacífico. A ocasião não é própria para opinar sobre um assunto que exige uma análise extremamente cuidada e profunda de vários textos legais, complementada pelo exame dos trabalhos preparatórios que levaram às alterações introduzidas e bem assim pelo estudo dos contextos jurisprudenciais que, por certo, não deixaram de merecer a ponderação do legislador. Nas circunstâncias específicas desta curta intervenção deixo-vos apenas o essencial do ponto de situação no momento atual.

3.1 Assim, importa ter presente que o Supremo Tribunal de Justiça se tem mostrado contrário a julgar admissível recurso do acórdão da Relação que, em caso de absolvição do arguido pelo tribunal singular de 1ª instância, o venha a condenar em pena de prisão não superior a 5 anos [v.g., Ac. ST] de 22.04.2009, proc. n.º 3938/03.0TDLSB.S1 e Ac. ST] de 07-07-2009, proc. n.º 2554/04.3TBACB.C1.S1].



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Veja-se o Ac. STJ de 16.12.2015, relatado pelo Conselheiro Sousa Fonte, em cujo sumário se pode ler: “(...) II - Não obstante o acórdão do TC 412/2015, que assenta num caso com os mesmos contornos do que está em apreciação, ter julgado inconstitucional a norma do art. 400.º, n.º 1, al. e), do CPP, ao estabelecer a irrecorribilidade de acórdão da Relação que, inovatoriamente face à absolvição ocorrida em 1.ª instância, condena os arguidos em pena de prisão efetiva não superior a 5 anos, por violação do direito ao recurso consagrado no art. 32.º da CRP, o que é certo é que, o acórdão do TC 163/2015, em caso idêntico, considerou que a referida norma não era atentatória do indicado preceito constitucional. III - Tendo o arguido tido a possibilidade plena de, no recurso interposto para o tribunal da Relação, fazer valer, perante a instância de recurso, as razões da sua defesa, ficaram asseguradas as garantias de defesa que constitucionalmente lhe são conferidas”.

Como parte importante da sua argumentação, este Acórdão realça o facto da decisão da Relação ter sido proferida “em recurso interposto de uma sentença de um tribunal singular”. Na verdade, o Supremo tem entendido que “a repartição das competências em razão da hierarquia pelas instâncias de recurso está, assim, delimitada por uma regra-base que parte da confluência de uma dupla de pressupostos – [por um lado] a natureza e a categoria do tribunal a quo e [por outro] a gravidade da pena efetivamente aplicada” [Ac. STJ de 18.02.2009, proc. 09P0102].

Apoiado no disposto na alínea c) do art. 432.º afirma a existência de um vetor estrutural subjacente ao modelo de regulamentação dos recursos adotado pelo CPP que parte da asserção de que são irrecorríveis para o Supremo Tribunal de Justiça as decisões do juiz singular em 1ª instância – cuja competência se fica, como sabemos, por crimes cuja pena máxima, abstratamente aplicável, é igual ou inferior a cinco anos de prisão [art. 16.º, n.º 2, al. b) e 432.º, n.º 1, al. c) do CPP].

Já o Tribunal Constitucional parece querer firmar caminho diferente. De facto, começou por decidir que “não viola o n.º 1 do artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa a interpretação do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do Código de Processo Penal, na redação da Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro, no sentido da irrecorribilidade, para o Supremo Tribunal de Justiça, do acórdão proferido em recurso, pelo Tribunal da Relação, que aplique pena de prisão não superior a cinco anos, ainda que a decisão da 1.ª Instância seja absolutória” [Ac. TC n.º 163/2015]. Para alguns meses depois decidir: “julgar inconstitucional a norma do art. 400.º, n.º 1,



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

alínea e), do CPP (resultante da revisão introduzida no Código de Processo Penal pela Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro), que estabelece a irrecorribilidade do acórdão da Relação que, inovatoriamente, face à absolvição ocorrida em 1.ª instância, condena os arguidos em pena de prisão efetiva não superior a cinco anos” [Ac. TC n.º 412/2015].

E perante a antinomia das decisões, em Plenário, veio confirmar o juízo de inconstitucionalidade proferido por este último Acórdão, decidindo: “Julgar inconstitucional a norma que estabelece a irrecorribilidade do acórdão da Relação que, inovatoriamente face à absolvição ocorrida em 1.ª instância, condena os arguidos em pena de prisão efetiva não superior a cinco anos, constante do artigo 400.º, n.º 1, alínea e), do Código de Processo Penal, na redação da Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro, por violação do direito ao recurso enquanto garantia de defesa em processo criminal” [Ac. n.º 429/2016].

3.2 O assunto merece que nos detenhamos um pouco mais sobre ele.

Relevo como muito importantes as considerações que o Supremo Tribunal de Justiça deixa ao atual modelo de repartição de competências em matéria de recursos. Realça a situação nos seguintes termos: “Não parece razoável, com efeito, até do ponto de vista constitucional do eficaz direito ao recurso, condicionar a sua existência, afinal, ao concreto entendimento das instâncias, que, para o bem e para o mal, teriam ao seu alcance o poder imenso de decidir, em última instância (!), da recorribilidade ou não da decisão por elas proferida” [Ac. STJ de 02.10.2003, proc. 03P2720, cujas razões, segundo o próprio Relator, se continuam a impor face ao quadro legal vigente – ver CPP Comentado, pág. 1524].

Noutro acórdão, o Supremo Tribunal de Justiça constata que o processo legislativo plasmado gera dificuldades de leitura e de compreensão, acrescentando complexidade e quebra de coerência do sistema; e concluiu que “se não manifesta nem revela uma intenção segura de alteração do paradigma que vem já da revisão do processo penal de 1998: o STJ reservado para os casos mais graves e de maior relevância, determinados pela natureza do tribunal de que se recorre e pela gravidade dos crimes aferida pelo critério da pena aplicável” [Ac. STJ de 18/02/2009].

Em total discordância com ele, temos, contudo, a Anotação a este último Acórdão, da autoria do Prof. Figueiredo Dias e do Assistente Nuno Brandão,



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

publicada na Revista de Ciência Criminal Portuguesa, n.º 20 (2010), pág. 623-642. Reconhecendo embora a “preocupação de racionalização do acesso ao Supremo”, os autores consideram que a orientação seguida pelo Supremo Tribunal de Justiça segundo a qual “independentemente da existência ou não de dupla conforme, são sempre irrecorríveis para o Supremo os acórdãos das Relações que apliquem pena de prisão não superior a 5 anos” é “um entendimento que não só não tem cobertura legal, como, mais do que isso, se nos afigura contra legem” [pág. 631].

Mas o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça persiste, exibindo os seus fundamentos na Lei e em juízos de previsibilidade e segurança jurídica. Na verdade, o desvio ao paradigma da determinação de competência segundo a natureza do tribunal de que se recorre poderá estar na origem de (quase) todos os males.

3.3 A controvérsia remete-nos, em última instância, para a visão funcional e institucional que se quer para o Supremo Tribunal de Justiça: um Supremo Tribunal de Justiça essencialmente vocacionado para dinamizar corpos integrados de jurisprudência (uniformizar jurisprudência) ou um Supremo Tribunal de Justiça que também tenha intervenção concreta e relevante na decisão dos casos mais graves, aferindo-se estes pela natureza e categoria do tribunal a quo e pela gravidade da pena efetivamente aplicada?

A verdade é que as sucessivas reformas criaram um sistema que diminuiu, de forma acentuada, a possibilidade de intervenção (de conhecimento) do Supremo Tribunal de Justiça. Hoje é clara a perceção de que as Relações passaram a ter a palavra final (passaram a ser última instância de recurso) num número crescente de processos.

Sobre este aspeto deixo-vos o meu testemunho: ao longo dos 10 anos que cumpri como desembargador na secção criminal não admiti mais de 10-12 recursos para o Supremo Tribunal de Justiça. E estou certo que não foi por adesão às decisões que relatei.

O regime resultante da atual redação da al. f) do n.º 1 do art. 400.º do CPP tornou inadmissível o recurso para o Supremo Tribunal de Justiça de acórdãos condenatórios proferidos pelas relações quando, confirmando decisão anterior, apliquem pena não superior a 8 anos de prisão. Em casos de dupla conforme, a



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

impugnação restringe-se, pois, a situações em que tenha sido aplicada pena de prisão – parcelar ou conjunta – superior a oito anos.

São escassos, temos que reconhecer. Donde: ainda que perante crimes da máxima gravidade abstrata, mas em que tenha sido concordantemente aplicada pelas instâncias pena de prisão não superior a 8 anos, fica subtraída aos sujeitos processuais, mormente ao arguido, a possibilidade de demonstrarem perante o Supremo Tribunal de Justiça o erro daquela concretização da pena ou mesmo a errada qualificação jurídica dos factos – ver Código de Processo Penal Comentado, pág. 1253.

O que se entende por “confirmatório” é questão que não logrou ainda unanimidade no mais alto Tribunal. Veja-se: “(...) IV – É largamente maioritária no STJ (de um modo geral na 3.ª Secção e uniformemente na 5.ª Secção) a posição segundo a qual se deve considerar confirmatório, não só o acórdão da Relação que mantém integralmente a decisão de 1.ª instância, mas também aquele que mantendo a qualificação jurídica dos factos, reduz a pena imposta, pois trata-se de uma alteração in mellius, ou seja, em benefício do arguido. No caso presente é inadmissível o recurso por parte do arguido, no que concerne à matéria decisória referente ao crime de detenção de arma proibida por que foi condenado na referida pena parcelar fixada no acórdão recorrido, inferior a 8 anos de prisão (1 ano e 6 meses), por se estar perante dupla conforme parcial (in mellius), nos termos do art. 400.º, n.º 1, al. f), do CPP (...)” – Acórdão de 08/02/2016, Proc. n.º 118/08.1GBAND.P1.S2 - 3.ª secção, ainda em Sumários...

Em suma: Os caminhos do Direito nem sempre se fazem de fórmulas exatas e conseguidas. Muitas e muitas vezes fazem-se à custa de longas controvérsias, de avanços e recuos, de expressões incompletas que os aplicadores procuram arduamente integrar e harmonizar. E não se decida já que esta situação é anómala, intolerável ou inadmissível. Na verdade, não deixa de ser um processo válido (natural) de ajustamento em domínios que ninguém tem por absolutamente claros e seguros e em que o trabalho profícuo da jurisprudência pode expressar uma das suas mais elevadas competências.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

4. Nova questão – e esta de maior escala: a impugnação da decisão proferida sobre matéria de facto e a renovação da prova.

Acompanho considerações já feitas sobre esta matéria: verifica-se uma gradual aproximação da prática judiciária ao modelo projetado na Lei – em que recorrentes e recorridos, por um lado e os julgadores, pelo outro, debatem e analisam a decisão proferida sobre matéria de facto com base em trechos específicos da prova produzida oralmente [art. 412.º, n.º 3 e 4, do CPP].

Relacionado com esta matéria discute-se se as partes civis podem impugnar a decisão proferida sobre matéria de facto comum à decisão penal mesmo que os restantes sujeitos processuais se tenham conformado com a decisão proferida.

Há quem negue tal possibilidade, uma vez que – entendem – sobre ela recaiu caso julgado [penal]. Veja-se o Ac. RG, de 07/07/2011: “I- Em recurso restrito ao pedido de indemnização civil, o demandante cível não tem legitimidade para recorrer da matéria de facto que contenda com a factualidade relativa aos elementos típicos do crime, quando o arguido seja absolvido do crime que lhe vem imputado e, em consequência, do pedido de indemnização civil. II- À parte civil está reservada a faculdade de recorrer apenas relativamente a aspetos que se prendam com a ação civil, como sejam os prejuízos decorrentes do facto ilícito e o quantum indemnizatório. Mesmo que indiretamente, o recurso da parte cível não pode pôr em causa a matéria penal da sentença, sob pena da sua intervenção processual beneficiar de uma amplitude idêntica à do assistente e que o C.P.Penal não lhe quis atribuir. Por conseguinte, o recurso restrito ao pedido de indemnização civil não pode, em nenhuma circunstância, ferir o caso julgado que se formou em relação à responsabilidade criminal, pelo que não é admissível a impugnação que pretenda colocar em causa matéria que suporta/afasta a responsabilidade criminal”.

Diferente é, porém, o entendimento do Supremo Tribunal de Justiça, p. ex., no Ac. STJ de 23/02/2012, em cujo sumário se pode ler: “(...) V - O direito de sustentar e provar o pedido civil abrange também os factos descritos na acusação como integrando o crime aí imputado aos arguidos, desde que o requerente os tenha alegado, autonomamente ou por remissão para a acusação. VI - E esse direito há de poder ser feito valer tanto perante o tribunal de 1.ª instância como perante o tribunal de recurso. De outro modo, o direito ao recurso, apesar de consagrado na lei, de pouco valeria. Se não fosse permitido ao lesado, nos casos de admissibilidade



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

de recurso, discutir perante o tribunal superior a decisão do tribunal de 1.ª instância, isso equivaleria a negar-lhe a possibilidade de sustentar e provar o pedido civil”.

Admitindo que as partes civis podem discutir a decisão proferida sobre matéria de facto na parte que contende com a factualidade que suportou a decisão penal (apesar de não impugnada pelo Ministério Público, pelo arguido ou pelo assistente), a alteração da decisão proferida tem efeitos distintos, consoante a sentença do tribunal de 1ª instância é condenatória ou absolutória.

Assim:

1) p.ex., num caso em que se julgam factos que suportam a acusação do arguido pela prática de um crime de homicídio por negligência [art. 137.º, do Cód. Penal] o arguido, o Ministério Público e o assistente acatam a decisão condenatória; porém, uma parte civil (demandante ou demandada – com frequência, a seguradora) recorre da sentença e impugna a decisão proferida sobre a matéria de facto. Admitindo que obtém ganho de causa, i.é., que o tribunal modifica a decisão proferida sobre matéria de facto e que a alteração conduz a uma qualificação jurídico-penal dos factos agora absolutória, então o tribunal da Relação deverá alterar, em conformidade, a decisão penal (ainda que não atacada). Assim o determina a alínea c) do n.º 2 do artigo 402.º, do CPP, ao afirmar: “2 - Salvo se for fundado em motivos estritamente pessoais, o recurso interposto: (...) c) Pelo responsável civil, aproveita ao arguido, mesmo para efeitos penais”.

2) Já se a decisão da 1ª instância é absolutória e o tribunal da Relação altera a factualidade provada de modo a poder-se concluir que o arguido praticou o crime por que vinha acusado, a correspondente alteração da decisão penal não poderá ser concretizada sob pena de grave violação do princípio de proibição de reformatio in pejus [art. 409.º, CPP].

5. Quero concluir. Para que não pensem que fujo à alguma autocrítica, seguem-se duas reflexões sobre aspetos que interferem com a decisão do recurso na Relação.

a) Desde logo, o peso evitável de uma certa carga de trabalho. Não raro, recai sobre o relator o encargo de controlar as cópias em formato digital dos despachos/sentenças e das motivações de recurso – procedendo, ele próprio, à digitalização do texto (o que se traduz num moroso trabalho tarefeiro em prejuízo



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

do estudo e da investigação tão desejáveis). Se queremos (e queremos) melhorar a qualidade do serviço que prestamos à comunidade temos de pensar em admitir assessores que colaborem, sob orientação dos desembargadores, na preparação dos projetos com seleção de jurisprudência e doutrina atinentes ao caso. Sob pena de, cada vez mais, os acórdãos da Relação se tornarem peças jurídicas sem substrato inovador.

A experiência do passado – sim, porque as Relações já tiveram assessores – é boa. A experiência do futuro – sim, porque lá voltaremos – também o será.

b) Na secção criminal, como sabem, o relator apresenta o projeto de acórdão apenas a um juiz-adjunto (e não a dois, como no cível). Em caso de discordância, o presidente da secção desempata [art. 419.º, do CPP]. Ora, é preciso densificar o relatório do projeto de forma a garantir que o adjunto conheça, com detalhe, os argumentos esgrimidos. Os Vistos são uma abordagem ao processo por contacto breve e perfunctório. A leitura de longas peças processuais não é compatível com o tempo dos vistos. E por isso, voltamos à necessidade de fazer expandir o relatório, assegurando que o juiz-adjunto possa conhecer os exatos contornos da argumentação que cada um dos intervenientes apresentou. Incluir no relatório as conclusões das respostas e até do parecer do Ministério Público passa a fazer algum sentido [refiro-me, naturalmente, a conclusões que o sejam de verdade e não a uma extensão repetitiva da motivação com numeração distinta].

Estou a terminar.

- “A distorção nas representações sobre a justiça é enorme: a distância entre as opiniões negativas e a efetiva realidade foge a qualquer análise de racionalidade (...) Não existe hoje na nossa vida coletiva – podemos dizer – uma instituição em que a distância entre a efetiva realidade e as perceções negativas seja tão devastadora” – Discurso de tomada de posse de SE o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça [12.09.2013]

- “O Presidente da República Portuguesa, que jurou cumprir e fazer cumprir uma Constituição de um Estado social de direito democrático, respeitador dos direitos humanos, da separação de poderes, da independência dos tribunais, aqui vem



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

prestar homenagem à justiça portuguesa, justiça sem a qual não há Estado de Direito democrático, nem há garantia dos direitos humanos, dos direitos fundamentais dos cidadãos. Justiça difícil, num tempo em que o direito dificilmente acompanha o ritmo da mudança científica, tecnológica, económica, financeira e social, em que novos poderes de facto condicionam os poderes de direito, em que a criminalidade mais sofisticada tem uma amplitude internacional"

Discurso de S.E. o Presidente da República no jantar oficial por ocasião da XXIV Assembleia Geral da AIAMP e do XIV Encontro dos Procuradores-Gerais da CPLP [11.10.2016].

Artur Oliveira

19 de Novembro de 2016



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Intervenção do Exmo. Senhor Juiz Desembargador

Dr. José Eusébio Soeiro de Almeida

Racionalização processual e Direção do juiz: análise crítica dos atuais paradigmas.

*O Recurso*⁶³

1 – And Yet

Desembargador 1 – É preciso racionalizar o nosso trabalho.

Desembargador 2 – Mas isso é escrever menos.

Desembargador 3 – No entanto, é preciso dizer o essencial, as decisões não podem deixar de ser bem fundamentadas.

Desembargador 2 – Escrevemos de mais, mas não é preciso.

Desembargador 1 – O que é preciso é cumprir os prazos: se a decisão for tempestiva, cada qual escreva o que quiser.

Desembargador 3 – No entanto, a fundamentação é inútil se for excessiva ou desnecessária.

Desembargador 2 – Mas quem é que sabe se assim o é; cada qual tem direito a ser mais completo, se decidir em tempo. E precisamos é de assessores!

Desembargador 1 – No entanto...

Presidente da Relação – No entanto, façam o favor de se deixarem dessas conversas: despachem os processos, que é preciso enviar as estatísticas para o Conselho.

No último sábado, precisamente, na conclusão de uma semana cheia de acontecimentos, e (entre tantas outras coisas cuja importância e significado só o

⁶³ O presente texto corresponde à intervenção ocorrida no 11.º Encontro do Conselho Superior da Magistratura, que ocorreu em Viseu, em novembro último, e teve como tema “Racionalização processual e Direção do juiz – Análise crítica dos atuais paradigmas”. Sem prejuízo das notas de rodapé que ora se acrescentam, o texto mantém a sua integralidade e, com ela, os efeitos (positivos e negativos) de uma comunicação oral.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

futuro esclarecerá), Miguel Esteves Cardoso escrevia no Jornal Público um artigo em homenagem a Leonard Cohen, acabado de falecer.

Dá conta um encontro entre ambos, no qual, a certa altura, Cohen lhe fez notar que ele tinha a mania de desdizer o que tinha acabado de dizer, e Esteves Cardoso esclareceu-o que era um tique português: “Primeiro afirma-se um disparate ou uma verdade. Depois continua-se: “no entanto...”. Cohen logo lhe gritou: “And yet... the two greatest words in any language”, e desatou a dar exemplos.

Omito os exemplos de Cohen, porque os nossos nos bastarão, e os do poeta, naquele caso, referiam-se mais a paixão e a copos.

2. - Cumprimentos

Quero começar por cumprimentar os meus colegas deste painel, o Sr. Conselheiro Abrantes Geraldês e o Sr. Desembargador Artur Oliveira. Falar na mesma ocasião não deixa de acarretar a tentativa impossível de acrescentar (ou antecipar) algo de novo e relevante, senão meras repetições, ainda que enfeitadas de palavras diferentes.

Cumprimento o moderador deste painel, Sr. Desembargador José Maria Sousa Pinto e a organização deste Encontro. O Conselho Superior da Magistratura, na pessoa do seu ilustre Presidente, Sr. Conselheiro António Henriques Gaspar e, na pessoa do Sr. Vice-Presidente, Sr. Conselheiro Mário Belo Morgado, agradeço a lembrança do meu nome, ainda que essa opção não deixe de revelar alguma temeridade.

3 - Advertência

Gostava de, no início, deixar um aviso que sublinho: ainda que convocado pelo Conselho Superior da Magistratura, e ainda que membro deste órgão, peço que as minhas palavras não sejam ouvidas como seu representante e que não sejam tomadas como uma qualquer versão oficial, ou sequer oficiosa, de um determinado



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

modo de agir ou de pensar deste órgão, muito menos como a correspondência a uma eventual atitude futura do Conselho no exercício das suas competências. Se, no campo temático que hoje nos ocupa, sempre seria avisado deixar-vos a advertência de olharem ao que digo e não ao que já fiz, tal cautela é acrescida se pudesse ficar a ideia, mínima que fosse, que falo enquanto membro do órgão de gestão e de disciplina dos Juízes.

4 - And Yet. No entanto. E ainda. Mas, mas e mas.

Tal como os desembargadores com quem illustrei o início das minhas palavras, também eu penso que a realidade prática em que se traduz a decisão na 2.^a instância (talvez, nesse ponto, como na 1.^a instância ou mesmo no Supremo) e que subjaz à ponderação da sua racionalização, é uma realidade assim-assim (as coisas são o que são, a vida é como é...) que tanto pode ser como está como de um modo parecido, e onde qualquer proposta, ou apenas reflexão, por mais pequena que sejam, esbarra em alternativas de valor semelhante, permitindo que o individualismo de cada opção seja sucedaneamente equivalente, e capaz de alcançar resultados cuja exígua diferença, quando atomisticamente ponderados, afasta qualquer vontade de mudança.

A constatação precedente justifica, pelo menos nos espíritos mais melancólicos, que se cruzem os braços e que a prática se vá cristalizando em mecanismos de repetição, levados a cabo sem qualquer reflexão crítica, num caminho mimético que não revela o proveito útil da certeza jurídica, mas o cansaço com que os desembargadores sistematicamente se confrontam e, consciente ou conformadamente, aceitam.

Bem sei que os que me ouvem, e nesses também eu me encontraria, se pudesse trocar de lugar com a assistência, estarão já a pensar que os tribunais da relação estão cheios de trabalho; que não há tempo para refletir sobre as questões mais importantes; que, a cada distribuição, surgem mais processos onde é preciso reapreciar a prova e ouvir 5, 10, 20 testemunhas; que o legislador não atenua o seu



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

impulso de dar uso ao Diário da República e que os advogados, certamente motivados pelos favores da informática, escrevem cada vez mais e mais ⁶⁴.

E também que as instalações não são aprazíveis, a informática nem sempre se revela a melhor ajuda e as sessões são um carrego de autos, muito mais que um dia propício à reflexão conjunta.

Neste contexto, certamente já antecipam que estará votado ao fracasso o meu propósito, caso ouse falar de simplificação, da estrutura dos acórdãos, de austeridade na fundamentação ou, pior ainda, de um eventual livro de estilo ou – Deus me livre! – do acordo ortográfico.

Porque assim é ou, pelo menos, reconheço como real essa dificuldade, há que aqui tentar denominadores comuns, realçar as perspetivas concordantes que visem um propósito consensualmente adquirido e, sem que daí resulte algum temor pela discussão alargada, deixar como laterais pormenores cuja mais-valia se revele, ao menos por enquanto, claramente diminuta.

⁶⁴ A tal propósito, repetimos aqui o que já há mais de seis anos referia José Igreja Matos (in “A gestão processual: Um radical regresso às raízes”, Revista Julgar, n.º 10 – janeiro/abril/2010, Coimbra Editora, pág. 133): “(...) desafiando o laxismo da nossa cultura judicial, será interessante percorrer as normas que moldam os procedimentos adotados pelo Tribunal de 1.ª Instância das Comunidades Europeias. Sem pretensões de exaustividade mas preferindo citar situações de inequívoca relevância ainda que simbólica, anote-se como, nas instruções práticas às partes, erigidas em forma de imposições imperativas, este Tribunal, que tem a possibilidade de produzir oficiosamente qualquer meio de prova, fixa com apertado detalhe os procedimentos a adotar. Senão vejamos: - quanto à extensão dos articulados, o número máximo de páginas é estabelecido do seguinte modo: - 50 páginas para a petição e para a contestação ou resposta; - 20 páginas para a petição e para a resposta nos processos relativos a propriedade intelectual; - 15 páginas para a petição do recurso de uma decisão do tribunal da Função Pública e para a resposta (...) – pede-se aos advogados que limitem a duração das alegações a aproximadamente 15 minutos para cada parte. Se as circunstâncias o exigirem, poderá ser dirigido à Secretaria um pedido de prorrogação deste tempo normal de alegações, devidamente fundamentado e precisando o tempo de palavra considerado necessário, pelo menos quinze dias antes da data da audiência (...) O contraponto é por demais evidente, mesmo descontando, particularmente na área criminal, que vão decorrendo durante anos a fio. Assim, na área cível, temos que não existe qualquer limite à dimensão dos articulados, quaisquer que eles sejam, não existe limite temporal para as alegações orais sobre a matéria de facto, concedendo-se aos advogados a possibilidade de replicar uma vez e confere-se ainda às partes a possibilidade de alegarem por escrito quanto às questões de direito (...) esta capacidade de tornar expedito o processo por parte do juiz implica que a lei processual lhe confira, num sistema legalista como o nosso, esse efetivo poder de controlo, enformando-o com um dever de gestão mas, sobretudo, impondo regras sóbrias de litigância que condicionem a prolixidade, mais ou menos interessada, de quem é parte”.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Por tal razão, não vou falar de notas de rodapé (serão de suprimir na sentença... no entanto podem ter utilidade ⁶⁵) da fonte e do tamanho da letra (ficam na liberdade de cada um... no entanto parece estranha a multiplicidade formal dos documentos, quando provindo do mesmo tribunal), do aludido acordo ortográfico (está em vigor... no entanto, parece não estar tanto assim!).

E, tendo em conta a diminuta relevância, em sede das decisões dos tribunais da relação, dos momentos pré-decisórios de cariz mais burocrático – se a expressão é permitida – também não falarei da necessidade de os autos chegarem corretamente instruídos, mormente os recursos em separado, sempre precários e quanto há outra e mais informação que legalmente deveriam conter.

Sem embargo, não poderei deixar de apontar, ainda que de modo muito linear, 3 aspetos orgânicos, ligados à racionalização e que precedem a decisão do recurso.

O primeiro é que a distribuição dos desembargadores pelas secções de cada tribunal da relação deve ter em conta, em primeira linha – e tanto mais porque se concorre para uma Relação e não para uma determinada Secção, pelo menos por enquanto – as efetivas necessidades do tribunal enquanto serviço público e a melhor adequação à prestação desse mesmo serviço público, sendo certo que o grau de especialização, como primeiro critério, ele mesmo já enforma a ponderação da conveniência do serviço ⁶⁶.

⁶⁵ Luís Correia de Mendonça/José Mouraz Lopes, referem 12 razões para o uso das notas de rodapé, mas só a primeira delas (“identificar as fontes de informação que permitem ao leitor verificar a exatidão das afirmações do autor”) poderia justificar a sua utilização numa sentença, porquanto, no mais, “não há justificação alguma para a utilização de notas de rodapé numa sentença” e “mesmo quanto ao primeiro motivo, julgamos que é preferível incluir a indicação da fonte de informação no próprio texto, o que não afeta a clareza, nem, significativamente, a fluidez da narrativa” – “Julgar: Contributo para a análise estrutural da sentença cível e penal; A legitimação pela decisão”, Revista do CEJ, n.º 1, 2.º Semestre 2004, págs. 191 e ss.

⁶⁶ E não a preferência do (manifestada pelo) magistrado. Tendo em conta o disposto no artigo 49, n.º 2 da LOSJ (previsto para o STJ), e para o qual remete o artigo 71 do mesmo diploma (respeitante aos tribunais da relação), o CSM deve fixar, sob proposta do presidente da Relação, o número de juizes de cada secção e ao Presidente caberá a sua distribuição, tendo sucessivamente em conta o seu grau de especialização, a conveniência do serviço e a preferência manifestada.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

O segundo aspeto refere-se ao meu entendimento de ser cada vez mais urgente que os tribunais da relação sejam dotados de assessores, tal como a lei permite ⁶⁷. Penso que as atuais dificuldades, em cada Relação, mas em todas elas, de preenchimento do Quadro de Desembargadores ⁶⁸, e a realidade indesmentível de o número de desembargadores que efetiva e integralmente estão ao serviço (significativamente inferior ao Quadro), não podendo esquecer-se, ainda, a proibição de nomeação de juízes auxiliares ⁶⁹, e, por outro lado, a existência, mormente nas secções criminais, de um número considerável dos chamados megaprocessos, impõe a ponderação urgente daquela dotação, mesmo que se reconheça que também a 1.ª instância está longe de viver um momento de excesso de juízes - mas a racionalização é a ponderação equilibrada e constante dos meios disponíveis.

O terceiro aspeto refere-se à importância que deve ser dada aos desembargadores adjuntos, num tribunal que, por norma, decide colegialmente, ou melhor, que em último caso ou em última via, sempre decide de modo coletivo. Sintomaticamente, uma das críticas que se faz às decisões dos tribunais coletivos, com incidência especial nos tribunais superiores, refere (e cito António Pedro Barbas Homem) um “compromisso informal dos juízes no sentido de não porem em causa a minuta de deliberação proposta pelo juiz relator” ⁷⁰.

Independentemente da veracidade e intensidade desta crítica, devemos honestamente constatar que a ideia desvalorizadora do trabalho do adjunto parece ser, infelizmente, um dado adquirido, que perpassa, ora de modo subliminar, ora

⁶⁷ Nos termos do artigo 34 da LOSJ, “O Supremo Tribunal de Justiça e os tribunais da Relação dispõem de assessores que coadjuvam os magistrados judiciais e os magistrados do Ministério Público, nos termos definidos na lei”. Os termos definidos na lei, como diz o preceito, remete para o estatuto dos Assessores Judiciais dos Tribunais Superiores, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 330/2001, de 20 de dezembro.

⁶⁸ De harmonia com o mapa II, anexo à LOSJ, o quadro de juízes do Tribunal da Relação de Coimbra vai de 57 a 66, o da Relação de Évora de 53 a 61, o da de Guimarães igual ao de Coimbra, o da de Lisboa de 133 a 153 e, por fim, o do Tribunal da Relação Porto é variável entre um mínimo de 103 e um máximo de 119.

⁶⁹ Artigo 68, n.º 2 da LOSJ.

⁷⁰ Refere António Pedro Barbas Homem (in “Considerações acerca da função jurisdicional e do sistema judicial”, Revista Julgar n.º 2, maio-agosto/2007, Coimbra Editora, pág. 26): “... em Portugal existe como que um compromisso informal dos juízes no sentido de não porem em causa a minuta de deliberação proposta pelo juiz relator. Isto é especialmente claro nos tribunais superiores e, entre outras consequências negativas, uma das causas para a existência de jurisprudência contraditória. Portanto, o cumprimento da norma legal de efetiva deliberação colegial dos juízes constitui também uma exigência ética no sentido da verdade e justiça das decisões judiciais”.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

mais explicitamente o nosso quotidiano: veja-se que os chamados VRPs (Valores de Referência Processual) nunca consideraram essa importante atividade, e tanto assim é que usam a mesma referência para os desembargadores que participam nos coletivos criminais e para os restantes (das secções cíveis e sociais), quando estes, sendo cada um adjunto de dois relatores, têm objetivamente, nessa qualidade de adjuntos, o dobro do serviço.

5 – Racionalidade e racionalização.

Olhando a epígrafe deste Encontro (Racionalização processual...)⁷¹ será oportuno clarificar que racionalidade e racionalização não são exatamente a mesma coisa, embora nos pareçam conceitos próximos e entendamos que o segundo não poderá prescindir do primeiro: a conformidade à razão, a plausibilidade, a qualidade do que é racional há de estar presente na organização lógica, funcional, prática, simplificadora e eficaz.

A ideia de racionalização pretende dotar de maior eficiência o processo (aqui, e também, em sentido estrito), tirando o máximo proveito dos meios disponíveis e

⁷¹ Já no III Encontro do Conselho Superior da Magistratura (Porto, 2005) já um dos temas era “Instrumentos de racionalização do trabalho dos juízes”, formulando-se então conclusões, pelo seu interesse de memória história e de confronto, que aqui sintetizamos e sublinhamos:

(...) 2 - A celeridade da declaração judicial do direito, da execução da decisão e a justiça penal como instrumento de segurança pública são valores imprescindíveis em sociedade, designadamente em estados em desenvolvimento, com relevância ao nível da realização de investimentos ou captação de investimentos estrangeiros.

3 - Os instrumentos de racionalização situam-se ao nível da organização judiciária e das regulações processuais.

3.1. Quanto à organização judiciária (...) - a afectação de um funcionário à assistência do juiz (...)

3.2. Quanto à regulação dos meios processuais, são instrumentos fundamentais de racionalização, entre outros: - a adaptação das regras de processo à importância relativa das causas, por mecanismos de gestão processual sob direção do Juiz; - o alargamento de formas processuais expeditas a questões substantivamente simples, só elevadas quanto ao valor económico; - a eliminação de procedimentos burocráticos desnecessários, que são fonte de reduções de produtividade; - o estabelecimento da eficiência como paradigma do processo: alcance do resultado com a menor afectação de carga de trabalho e meios possível, sem lesão de direitos substantivos; - a limitação da procura massificada dos tribunais como forma de solução económica de litígios (...)

4 - São ainda instrumentos de racionalização: - a organização interna das diferentes unidades jurisdicionais e a sua coordenação (...) - interiorização pelo CSM e pelos Inspectores Judiciais da necessidade de boa gestão dos recursos humanos e alteração dos critérios de avaliação dos juízes, desvalorizando o controlo sobre a fase de condensação dos processos cíveis, confiando no autocontrolo dos magistrados e dos mandatários judiciais e valorizando os aspectos de organização do trabalho, de relações humanas ao nível das audiências, de produtividade e celeridade das decisões.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

eliminando atos que se mostrem inúteis ou dispensáveis na obtenção do fim visado; pela simplificação, visa-se uma gestão maximizada dos meios processuais ⁷².

Na matemática a racionalização de uma fração (ou de um denominador) consiste na sua multiplicação por um número que não altere o seu valor, mas apenas a sua apresentação. Visa-se obter uma fração equivalente mas com um denominador racional que substitui outra com denominador irracional.

Por comparação, naturalmente imperfeita, também na aplicação jurisdicional, no recurso ou, mais especificamente, na decisão judicial, sentença ou acórdão, e na fundamentação destes, a racionalização acaba por consistir essencialmente na substituição dos “denominadores irracionais”, do conjunto de atritos que tendem a entorpecer a fluidez do processo e a clareza da decisão ou, dito de um modo mais próximo da termodinâmica (e da sua segunda lei) a evitar ao mínimo a entropia e, ao invés, aumentar a sinergia.

6 – O fim de qualquer decisão, sentença ou acórdão (em sede de recurso).

O artigo 152, n.º 2 do Código de Processo Civil define a sentença como o ato pelo qual o juiz decide a causa principal ou algum incidente que apresente a estrutura de uma causa e dessa definição o acórdão apenas diverge quanto à origem do ato: trata-se, como esclarece o n.º 3 do mesmo artigo, de uma decisão ⁷³ de um tribunal colegial. Como salientava Alberto dos Reis ⁷⁴, a definição do ato em que a sentença se traduz atende à função ou fim: a decisão da causa principal ou de algum incidente.

Por sua vez, o recurso cível é um meio de impugnação processual ao dispor das partes, visando a revisão da decisão por um tribunal superior. Como referia Castro Mendes, as decisões judiciais, uma vez proferidas, não são necessariamente

⁷² Não obstante, refere António Pedro Barbas Homem (ob. e loc. cit., págs. 13 e ss.) que “na Europa Ocidental, devem-se sobretudo ao direito comum medieval o início de um longo caminho para (...) impor a racionalização (sublinhamos nós) do exercício do poder punitivo. Baseados nos direitos romano e canónico, os juristas e legisladores medievais inventaram os tribunais, os juízes e o processo”.

⁷³ Esclarecidamente, o CPC/39 denominava os acórdãos como “sentenças” dos tribunais coletivos (artigo 156 & único).

⁷⁴ Código de Processo Civil Anotado, Volume I, 3.ª edição, reimpressão, Coimbra Editora, 2012, pág. 282.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

irrevogáveis e o recurso consiste num pedido de revisão; quem recorre pede que o tribunal superior repense a decisão proferida ⁷⁵.

A decisão da causa, através da sentença, ou a decisão do recurso na Relação, através de acórdão, obedecem aos mesmos requisitos ou a semelhante formalismo, como decorre dos artigos 607 a 612 e – para os acórdãos – do artigo 663, todos do CPC ⁷⁶.

O objetivo, o propósito, o fim de qualquer decisão judicial é o de resolver, num sentido tendencialmente definitivo, um determinado conflito, declarando o Direito e, normalmente, culminando um procedimento, plasmado numa ação judicial, que tanto designa o direito como o processo do seu reconhecimento e da sua realização coerciva. Efetivamente, a qualquer direito corresponde uma ação destinada a fazê-lo reconhecer por um tribunal ou a realizá-lo pela força, quando a decisão judicial não for voluntariamente cumprida.

Nesse sentido – e como sustenta António Pedro Barbas Homem ⁷⁷ – o mais importante dos direitos fundamentais ou o direito fundamental por excelência é o do acesso aos tribunais, pelo qual se reconhece a cada pessoa o direito a que a sua causa seja resolvida de modo justo por um tribunal independente de todos os poderes e imparcial perante as pessoas envolvidas no julgamento” (artigo 20 da CRP ⁷⁸ e 26 da LOSJ ⁷⁹).

⁷⁵ Direito Processual Civil, Volume III, aafdl, 2012, págs. 7/8.

⁷⁶ Diferentemente sucede nos casos em que o relator, reunidos os pressupostos previstos no artigo 656 do CPC (quando a questão a decidir for simples, seja porque já foi apreciada jurisdicionalmente, de modo uniforme e reiterado, ou quando o recurso for manifestamente infundado) pode decidir liminarmente o objeto do recurso, proferindo decisão sumária, a qual pode mesmo bastar-se na simples remissão para as decisões precedentes, juntando aos autos, nesse caso, cópias das mesmas.

⁷⁷ Revista Julgar, n.º 2, cit., págs. 13 e ss.

⁷⁸ Segundo o artigo 20 da Constituição da República Portuguesa (CRP), “1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos. 2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade. 3. A lei define e assegura a adequada proteção do segredo de justiça. 4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo. 5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.” Comentando este preceito, referem Jorge Miranda/Rui Medeiros (Constituição



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

7 - A racionalização da decisão do recurso

Como se adiantou, a ideia de racionalização, que agora especificamos para a decisão do recurso, é uma ideia de eficácia, um melhor e maior aproveitamento dos meios disponíveis e, por inerência – porque nenhum meio é ilimitado – uma ideia de eliminação de atritos ou inutilidades e, por consequência, um processo de simplificação.

Usamos a expressão eficácia, mas não esquecemos a advertência do Exmo. Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, quando escreveu ⁸⁰ que essa eficácia (ou eficiência), enquanto valor isolado, não pode ocupar um lugar central, pois a vontade e a finalidade de colocar (e cito) “a pressão no ritmo (na celeridade, em lugar do prazo razoável) pode ter como efeito o esbatimento ou a descaracterização da singularidade do tratamento processual e do debate judiciário, e a procura da eficiência na celeridade e na produção pode afetar a qualidade da justiça que é devida aos cidadãos” ⁸¹.

Portuguesa Anotada, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra Editora, 2010, págs. 432 e ss.) que “o direito à protecção jurídica é reconhecido constitucionalmente a todos aqueles que pretendam defender os seus direitos e interesses legalmente protegidos. A constituição não consente distinções neste domínio (...) estando em causa o direito dos interessados a que o tribunal se pronuncie sobre a pretensão material, o princípio pro actione impede que simples obstáculos formais sejam transformados em pretextos para recusar uma resposta efetiva à pretensão formulada (...) O artigo 20.º, n.º 4, inclui, desde 1997, uma referência expressa ao direito a que a causa seja objeto de uma decisão jurisdicional em prazo razoável (...)”.

⁷⁹ O citado artigo 26 tem redação idêntica ao artigo 20 da CRP. Resumindo-o, referem Salvador da Costa/Rita Costa (Lei da Organização do Sistema Judiciário Anotada, 4.ª edição, Almedina, 2014, pág. 41): “Em suma, às pessoas é garantido o acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva, incluindo o direito a uma decisão jurisdicional em tempo útil, no âmbito de um processo equitativo, sem o obstáculo da sua insuficiência económica, com recurso à informação e à consulta jurídica”.

⁸⁰ In “A Reorganização Judicial de 2014 (O tempo, o modo e as culturas: Cruzamento de desafios)”, Revista Julgar, n.º 27, setembro-dezembro/2015, págs. 35.

⁸¹ E acrescenta (loc. cit.): “A qualidade é do domínio da substância; não é uma noção parcelar e redutora, mas o resultado de uma agregação complexa de fatores, avaliada por um feixe de elementos que integram o quadro conceptual sedimentado do processo equitativo (...) [importa poupar a Justiça] ao risco da transposição dos modelos de gestão empresarial: a atenção a experiências comparadas pode aqui revelar muita utilidade. O modelo produtivista é contrário à ideia de Justiça e trabalha no vazio de valores, pretendendo produzir decisões cada vez mais rapidamente, sem cuidar adequadamente a que respondem nem a quem são destinadas, e que podem aparecer descaracterizadas e desvinculadas do indivíduo: o modelo tem mais atenção aos resultados do que aos procedimentos. Há que ter presente que existem sempre questões éticas na espera – autónoma – do modo de julgar e de “produzir” decisões, que são imperativos da natureza da função, pouco consideradas ou mesmo desconsideradas nas culturas e métodos gestionários da ação empresarial. Não pode ser esquecido que a Justiça introduz distância e tempo, unidade de tempo, de lugar e de ação, e impõe a temporalidade necessária para a reflexão e para a ponderação em sociedades tomadas pela tirania da urgência e pelo turbilhão de emoções. A justiça tem os seus próprios ritmos, regras e exigências, não pode ser colonizada pelos valores setoriais, técnicas, imposições, finalidades e inspirações dos modelos manageriais das empresas.”



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Por ser assim, a ideia de eficácia é aqui assumida, e transformada, num resultado, e pressupõe todas as outras razões que a precedem e que o conquistam. Porque estas são valores em si mesmo e porque a simplificação, a fundamentação clara e precisa ou a decisão em prazo razoável contribuem para aquela, assumindo-se a eficácia como o resultado de valores substantivos (com efetiva substância) mesmo que refletidos em aspetos processuais.

E nunca o almejar daquele resultado pode condicionar um procedimento que ponha em causa os princípios, mormente os da independência e do contraditório, mas igualmente o dever de prossecução do interesse e do serviço público, a que todos estamos obrigados.

Assim, o melhor aproveitamento dos meios com vista à racionalização da decisão visa sempre a justa decisão em tempo razoável.

Mas o fator tempo, colocado quase sempre no resultado (decisão em tempo razoável) tem que ser visto, antes deste, no processo que tal alcança. Este "tempo da justiça" é um processo necessariamente amadurecido e ponderado, mas nunca refúgio sistemático para justificar o atraso no resultado que, garantindo a decisão, deixa de a garantir enquanto decisão justa.

E, sendo manifesto, mas aparecendo pouco referido, o tempo também terá de ser o tempo da pessoa decisora, o do desembargador relator e o dos seus adjuntos.

Sejamos óbvios: o desembargador, por cada dia que passa, só dispõe de 24 horas! E se cada um tem a liberdade de gerir o tempo a seu modo, sendo pouco crível e muito menos desejável que passe todas aquelas horas a debruçar-se sobre processos, o que queremos dizer é que o tempo (a disponibilidade física e mental, se assim quisermos concretizar) é um bem escasso, muito escasso, e não é acumulável nem transacionável.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Por isso – o que também é óbvio – cada vez que simplificamos, sempre que somos concisos sem deixar de ser precisos; sempre que somos suficientes sem deixar de sermos completos, sempre que somos claros e não prolixos, ganhamos disponibilidade para (além de tantas coisas boas e necessárias que ora não importa acrescentar) todas as outras situações, todos os outros casos (processos), em que a simplificação se revela impossível ou, independentemente desta, requerem um estudo e uma ponderação efetivamente complexas.

De facto, no labor das Relações, há decisões simples e complexas e, com todo o respeito, todos os desembargadores as distinguem, quase intuitivamente. Tal como todos sabemos que a aplicação da justiça, a decisão, implica uma definição do direito fundamentada com clareza e coerência, e em prazo razoável, também sabemos o que é simples e o que é complexo.

E, salvo melhor opinião, este é o primeiro ponto de racionalização, a primeira opção e o seu primeiro critério.

É habitual apontar-se o grau de dúvida como fator determinante da diferenciação entre os casos difíceis e os restantes casos (mais) fáceis, e a inerente possibilidade – ou talvez mesmo o dever – de simplificação.

Esse grau de dúvida, quando falamos em decisão do recurso é antecedido da correta percepção do objeto do recurso, que traduz um momento essencial da delimitação da própria atividade do tribunal de recurso, da sua necessidade e mesmo da sua legitimidade decisória.

Como se sabe, pois decorre diretamente do disposto no artigo 635, n.ºs 2 a 5 do CPC, o recorrente pode restringir o objeto do recurso, logo no seu requerimento de interposição, quando o dispositivo da sentença contiver decisões distintas; se nada especificar o recurso abrange a decisão que é todo o dispositivo, mas apenas este e na parte desfavorável. Depois, nas conclusões das alegações, o recorrente pode



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

(ainda) restringir o âmbito do recurso, quer o faça de modo expresso, quer tacitamente. Por fim, os efeitos do caso julgado, naturalmente na parte de que se não recorre, não podem ser prejudicados pela decisão de recurso.

Estes parâmetros, ou seja, o dispositivo da decisão recorrida, balizado pela restrição inicial do requerimento de interposição do recurso e pela restrição, expressa ou tácita, resultante das conclusões da alegação, definem o objeto da apreciação e, por isso, o objeto de intervenção do tribunal de recurso, o objeto da decisão.

Assim, num recurso, o grau de dúvida que define o caso difícil ou (mais) fácil não deriva diretamente da ação que correu termos na 1.^a instância ou que desta (da sua complexidade ou simplicidade) imediatamente poderia transparecer, mas sim do recurso, propriamente dito.

Definida a atividade decisória da Relação, logo que percebido o real objeto do recurso, há que seguir um caminho de simplificação, assim que o mesmo se justificar. E a lei, ainda que pressupondo tal entendimento por parte do relator, determina uma decisão sumária quando a questão a decidir for simples. Trata-se de uma incumbência do relator, como decorre do artigo 652, n.º 1, alínea c) do CPC e se prevê no artigo 656 do mesmo diploma.

A decisão liminar do objeto do recurso (repetimos, objeto do recurso e daí a importância fulcral da sua correta definição) é claramente um mecanismo de simplificação processual que o CPC pretende que se aplique às situações simples, que serão certamente aquelas que referiríamos como tendo um diminuto grau de dúvida. E a lei exemplifica (designadamente): seja porque a questão já foi anteriormente apreciada, de modo reiterado e uniforme, seja porque o recurso é manifestamente infundado.

Acrescentaríamos àqueles também os casos em que o recurso se revela manifestamente fundado e irremediavelmente procedente, e temos em mente,



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

muito em especial, os casos que preteritamente corresponderiam aos agravos que, com toda a certeza, o tribunal recorrido não deixaria de reparar.

Como é sabido, uma decisão sumária do relator, pode implicar, da parte de quem se considere por ela prejudicado, a reclamação para a conferência e a consequente decisão em coletivo. Daí que a decisão de a proferir deva ter em conta essa eventual previsibilidade, mas além disso, deve ser o resultado de uma consulta prévia ao desembargadores adjuntos, sumária que seja, sobre o entendimento destes acerca do (já referido) objeto do recurso, evitando-se posteriores surpresas e a situação, algo melindrosa, de a maioria (do coletivo) vir a alterar o (singularmente) decidido; é que os tribunais superiores decidem coletivamente, e aquela fórmula de simplificação não foge, ainda que por via reclamatória, a tal princípio.

E daí a importância e relevância (repetimos aqui) do trabalho dos desembargadores adjuntos e, é manifesto, a necessidade – tendo em conta as funções de serviço que nos cabem – do bom relacionamento entre todo o coletivo, mesmo quando não pessoal – pois este não pode ser imposto – pelo menos profissional.

A propósito, há que atender ao disposto no artigo 663, n.º 1 do CPC, nos casos em que haja vencimento: se a lei refere que o vencido faz uma sucinta menção das razões da sua discordância, não nos parece haver qualquer viabilidade de interpretar essa expressão legal (“sucinta”) com o eventual sentido da junção, pelo desembargador vencido, “da decisão que se proferiria em caso de vencimento”.

Note-se que o princípio da simplificação, que como se viu está subjacente às decisões sumárias do relator, também está previsto para os acórdãos, embora tenhamos a ideia de ser pouco utilizado: nos termos do artigo 663, n.º 5, quando a relação – leia-se o coletivo – entender que a questão a decidir é simples (e aqui sequer se exemplificam tais situações), o acórdão pode limitar-se à parte decisória, precedida da fundamentação sumária do julgado ou mesmo, se a questão já tiver sido jurisdicionalmente apreciada, remeter para precedente acórdão, de que juntará cópia.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Neste caso, note-se a título de utilidade prática, nem sequer há que ponderar, como é óbvio, a eventual reclamação para a conferência, pois a decisão já é coletiva

A lei, o Código de Processo Civil, como se vê, abre várias hipóteses de simplificação da decisão do recurso. Como entendemos que cada desembargador, individualmente considerado ou então o coletivo, uma vez percecionado o objeto de recurso, com facilidade detetam se a questão a decidir é uma questão simples, há apenas que, se assim o entenderem, seguir a declarada intenção do legislador.

Também o n.º 6 do mesmo artigo 663 contém uma disposição simplificadora: se não tiver havido impugnação da decisão sobre a matéria de facto, nem haja qualquer alteração da mesma, o acórdão limita-se (note-se que a lei não diz, o acórdão pode limitar-se, diz limita-se) a remeter para os termos da decisão da 1.ª instância que decidiu aquela matéria.

A nossa ideia da sentença ou acórdão como documento autónomo e integral, valendo como explicação e decisão completa da causa ou do recurso, tende a afastar-nos desta possibilidade. Creio, no entanto que sem razão; justamente porque o que a Relação decide é o recurso, o que aprecia é (apenas) o objeto deste.

Pergunto-me – em sentido próprio também, como pecador confesso – se não cumpriríamos agradavelmente aquele último preceito legal, ou mesmo outros que apontam o caminho da simplificação, caso os meios informáticos que hoje em dia nos auxiliam ainda não estivessem ao nosso dispor.

A este propósito, aliás, convém não deixar sem referência algum abuso (o risco da expressão é meu) que, em resultado das conhecidas facilidades informáticas, se traduz na cópia de textos, de longos textos que encham as sentenças e/ou acórdãos e que se revelam, quase sempre, um expediente para responder insuficientemente ou até não responder ao que verdadeiramente interessa, ou seja, e como já se disse, ao objeto do recurso.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

A respeito da decisão de facto (e mais propriamente da cada vez mais frequente reapreciação da prova na 2.^a instância), parece-nos, com todo o respeito por outras e certamente mais válidas opiniões, que o entendimento mais adequado, e mesmo o legalmente determinado, é aquele que sustente que essa reapreciação cabe apenas ao relator do processo, e não ao coletivo, sempre sem embargo de qualquer um dos adjuntos, assim o querendo, ter acesso a todo o processo e àqueles meios de prova. A circunstância de os Vistos aos adjuntos serem hoje posteriores à elaboração do acórdão fundamenta esta nossa posição e, também aqui, o sentido é o da simplificação.

Sem embargo, temos de reconhecer que a posição acabada de defender não é consensual e que esta não é a ocasião própria para uma abordagem mais aprofundada e consistente. Mas, não o sendo, tal posição não deixa de corresponder a uma interpretação da lei (a um ato de natureza jurisdicional) e, como tal, uma opção que, fundamentada, se mostra imune a qualquer e eventual juízo de natureza disciplinar.

As referências que fizemos a vários normativos do processo civil, aplicáveis ao conhecimento dos recursos, vão no sentido da simplificação, naturalmente sempre que um juízo prévio, singular ou coletivo, a admita, e resulta de todos os casos, salvo melhor opinião, que não haverá qualquer prejuízo para a decisão do recurso ou melhor não há qualquer diminuição dos direitos das partes e do seu efetivo acesso ao direito.

Etimologicamente, nas línguas latinas, Direito provem de direto e não de reto. Significa o caminho mais curto. Não por acaso, certamente.

Esse caminho mais curto, porém, só pode ser o da simplificação se continuar a ser o da clareza. E bom seria que pudéssemos aplicar a cada decisão judicial as



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

sábias palavras que Séneca dirigiu a Lucílio: “Esta sentença é demasiado clara para necessitar de comentários e demasiado eloquente para carecer de adornos”⁸².

8 - A concluir...

Nas considerações que fizemos, fugimos a algumas questões de pormenor, quer porque se revelam duvidosas, quer porque, paradoxalmente, me mostram óbvias: os relatórios das decisões, quando fazem sentido, só o fazem se forem sintéticos; a informática não deverá ser o meio próprio e natural de aumentar o volume dos processos e, por essa via, também o volume de trabalho. Creio que todos sabemos isso.

No entanto, o que se pretendeu salientar é que a simplificação, legal e sucessivamente afirmada pelo legislador, é, passe o óbvio e a repetição, uma imposição legal. Ir contra essa vontade simplificadora, ainda que daí possa não advir qualquer consequência, parece que não deixará de ser ir contra o espírito (e a vontade) da Lei.

Naturalmente que, quando falamos em racionalização e em simplificação, estamos a centrarmo-nos na fundamentação (na motivação) da decisão, pois é esta o seu ponto relevante, enquanto afirmação da transparência e imparcialidade, mas igualmente afirmação da legitimação judicial.

A motivação (fundamentação) terá de ser completa e suficientemente explicativa, permitindo que os destinatários, os próprios e também os cidadãos em geral, detetem sem margem a dúvidas o porquê de se ter declarado o Direito desta forma e não de outra. Mas deve ser concisa, tendo que ser coerente, sem necessidade de ser académica. E deve ser consonante, isso sempre, com o objeto de apreciação.

⁸² A expressão sentença é usada pelo filósofo, mas refere-se a uma conhecida máxima que Epicuro dirigiu a Indomeneu e que Séneca transcreve para o seu amigo Lucílio: “Se quiseres enriqueces Pítocles, não aumentes o seu património, diminui antes os seus desejos” (Cartas a Lucílio, Lúcio Aneu Séneca, tradução, prefácio e notas de J.A. Segurado e Campos, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1991, pág. 76).



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

E assim a Justiça é eficaz, não numa asserção de pendor economicista, mas num propósito de convencimento, este sim eficaz, como condição primeira da paz social.

9 – And Yet

Comecei estas palavras com o “And yet”... as duas maiores (mais importantes) palavras em qualquer língua.

Ora, Einstein dizia que Tudo deve ser explicado da forma mais simples possível, mas (and yet) não mais que isso, mas também disse (and yet) que Falta de tempo é desculpa daqueles que perdem tempo por falta de planeamento.

Wittgenstein dizia que Tudo o que se deixa exprimir, deixa-se exprimir claramente, mas (and yet) também disse que Sem atrito não podemos caminhar.

Não obstante os “noentantos”, parece-me que muitas das afirmadas contradições são apenas aparentes: revelam que não há fórmulas radicais, mas contributos, assim saibamos em cada momento qual é a finalidade última. E estou certo que, numa intuição categórica (à maneira kantiana) bem sabemos porque e para quem decidimos.

A simplificação não é adversa do planeamento, pois este é o melhor caminho que conduz àquela; a clareza é um meio necessário à aplicação da Justiça e o atrito, bem, o atrito, queremos o mínimo, apenas para que possamos caminhar.

José Eusébio Soeiro de Almeida

Viseu, 19 de Novembro de 2016



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Sessão de Encerramento



Intervenção de Sua Excelência o Vice-Presidente do CSM

Juiz Conselheiro Mário Morgado

Senhor Presidente do Supremo Tribunal de Justiça e do Conselho Superior da Magistratura.

Ilustres Convidados, Preletores e Moderadores.

Caros colegas

Minhas Senhoras e meus Senhores.

* * *

Em primeiro lugar, uma calorosa palavra de cumprimento a todos os presentes.

A todos quantos tornaram possível este Encontro, aos que nele participaram com o maior brilho, bem como a todos os nossos convidados, o meu muito obrigado.

* * *

1. Entendeu o Conselho Superior da Magistratura que o seu XI Encontro Anual fosse subordinado ao tema Racionalização Processual e Direção do Juiz - Abordagem Crítica dos Atuais Paradigmas, plano em que, determinadamente, se joga a problemática da eficácia do sistema de justiça, a qual, assumindo indiscutível dimensão axiológica, não pode deixar de situar-se no núcleo dos valores constitucionais e dos princípios estruturantes do Estado de Direito.

Consabidamente, o direito de acesso ao direito e à tutela judicial efetiva, consagrado no art. 20.º da CRP, exprime um imperativo de efetividade de natureza



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

bipolar: por um lado, visa-se a cabal observância de determinadas garantias processuais; por outro lado, uma resposta judicial em tempo útil, capaz de corresponder às necessidades de proteção e tutela dos cidadãos e das empresas e, nessa medida, que constitua um catalisador de transformação e desenvolvimento.

É de rejeitar uma justiça precipitada, em que a rapidez se sobreponha à necessária ponderação, ou qualquer tipo de paradigma que não tenha presente que a pacificação social, em última instância visada por qualquer processo judicial, não dispensa determinados rituais e procedimentos potenciadores da aceitação das decisões.

Mas, em simultâneo, impõe-se a definitiva irradicação de todos os resquícios do velho arquétipo burocrático, do juiz-funcionário apagado perante a lei e os valores constitucionais, e a afirmação de um modelo de proatividade e dinamismo, teleologicamente dirigido a uma aceleração dos tempos processuais consentânea com a obtenção de uma decisão simultaneamente justa e em prazo razoável, como o exige a Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

Deste modo, impõe-se uma leitura das leis em vigor enformada por adequadas pré-compreensões e, concomitantemente, uma reflexão sobre as possíveis linhas de evolução dos nossos paradigmas processuais, o que significa, desde logo, sem perder de vista a nossa tradição jurídica, a necessária atenção ao direito comparado e às experiências de outros países.

Para além de identificar os fatores de bloqueio, obstrução e tempo perdido (tempo perdido que se traduz sempre num ganho para alguém), trata-se ainda de conferir aos princípios da lealdade e da cooperação entre os diferentes atores um lugar central no processo, de molde a que ele possa desenvolver-se sem demoras injustificadas.

Quanto aos critérios definitórios da morosidade, assinalaria que eles - embora numa formulação negativa - correspondem aos atinentes à decisão em tempo



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

razoável, sendo que estas duas categorias concetuais se encontram numa relação de polaridade no âmbito da qual relevam basicamente três vetores: a complexidade do caso; a conduta das partes e das autoridades públicas; e as expetativas, relevância e consequências para as partes da duração do processo.

* * *

2. No seguimento de todos os preciosos contributos aqui trazidos sobre a temática do nosso Encontro, seja-me permitido, neste momento de encerramento dos trabalhos, alinhar algumas reflexões de natureza mais concreta e de índole estritamente pessoal, pelo que só a mim próprio responsabilizam.

Começaria por um dos aspetos que mais nos preocupa a todos, o do julgamento da matéria de facto e respetiva fundamentação, matéria que desmesuradamente vem consumindo o tempo e energias dos juízes, em especial nas Relações, dada a generalizada impugnação da matéria de facto e a crescente complexidade dos processos.

Se atentarmos que o julgamento de alguns megaprocessos se tem desenrolado em vários anos, é quanto basta para concluir pelo desajuste de qualquer leitura da lei que generalizadamente redunde num novo e total julgamento dos factos e, bem assim, numa indiscriminada e sistemática audição do registo das declarações produzidas em audiência.

Sendo certo que a fundamentação das decisões judiciais releva de imperativos de aceitação social, controlo democrático e convencimento dos seus destinatários, no âmbito da motivação probatória não é suposto reproduzir exaustiva e detalhadamente as declarações e depoimentos produzidos, em termos tais que transformem a fundamentação da decisão de facto em verdadeiras assentadas de inquirição de testemunhas.

Do que se trata é de ordenar e sistematizar as linhas argumentativas e de reflexão globalmente suscitadas pela produção das provas, integrando numa abordagem unitária e coerente as questões dispersas que se revelem essenciais. À



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

luz das provas produzidas, impõe-se analisar criticamente o núcleo essencial das diferentes versões alternativas neste âmbito suscitadas pelo processo, embora ignorando os aspetos destituídos de pertinência, sob pena de, para além de trabalho inglório e esgotante, nos perdermos em detalhes que impedem a necessária visão de conjunto das coisas.

Essencialmente, há quatro grandes parâmetros objetivos de análise da credibilidade dos testemunhos e declarações: i) a coerência dos relatos, ou ausência de contradições; ii) a contextualização das narrativas, que consiste na descrição de dados ou pormenores atinentes às pessoas ou às envolventes espacial e temporal dos factos; iii) as chamadas corroborações periféricas, como é o caso, por exemplo, da coincidência das declarações de diferentes pessoas sobre o mesmo facto, ou da existência de elementos ou indícios de ordem objetiva que apontem no mesmo sentido; iv) e as declarações indiciadoras de falta de isenção, como é o caso da referência a circunstâncias desnecessárias e dirigidas a beneficiar uma das partes ou o declarante.

Em sede de apelação, é possível reconduzir a impugnação da decisão de facto a duas vias: à insuficiência da motivação, em si mesma; e aos vícios de raciocínio expressos na motivação.

Se, por exemplo, o juiz a quo, por referência aos apontados parâmetros, não justifica minimamente as razões pelas quais dá crédito ao testemunho que está na base da pronúncia sobre um facto essencial, baseando-se apenas em critérios de valoração subjetiva, como por exemplo a veemência ou a assertividade, a Relação, s.m.o., deve determinar de imediato a baixa do processo à 1ª instância, para suprimento da omissão, hipótese que se encontra à margem da esfera de proteção do princípio da substituição ao tribunal recorrido (art. 665.º, do CPC)

Do mesmo modo, quando a decisão de facto se mostre devidamente motivada, afigura-se-nos que o recorrente que a impugne por discordar do modo como foram valorados (ou não valorados) determinados depoimentos, não poderá limitar-se a alegar vagamente o seu desacordo; deverá identificar clara e concretamente as suas



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

razões, argumentando, nomeadamente, no plano dos parâmetros de aferição da credibilidade dos testemunhos, sob pena de improcedência do recurso.

Já se o juiz confere credibilidade a uma declaração que não observa tais parâmetros (não explicitando consistentemente as suas razões), o recorrente poderá alegar que a valoração da prova não se guiou por critérios lógico-rationais e impugnar tal valoração.

Estou convicto que, tendencialmente, é para aferir de vícios desta natureza (ou, ainda mais flagrantemente, quando, por exemplo, seja alegado que uma testemunha não disse o que lhe é imputado na motivação), que se impõe ouvir gravações, ou ler transcrições de depoimentos, no domínio do recurso de facto.

Já a ponderação de circunstâncias de índole estritamente comportamental e psicológico-emocional (como as hesitações, naturalidade, tranquilidade, assimetria facial e postura titubeante), será, em princípio, dada a subjetividade que lhe é inerente, insuscetível de ser controlada em sede de recurso.

Aliás, embora elementos deste tipo não sejam de desvalorizar totalmente, propendemos para concordar com aqueles para quem, sendo estas circunstâncias demasiado subjetivas e longínquas daquilo que a formação de um jurista pode captar, nada se perde se ficarem à margem da motivação da convicção do julgador.

Em suma:

A convicção do juiz não é arbitrária, tem que ser formada lógica e racionalmente, donde decorre que o princípio da livre apreciação da prova tem sempre que se exprimir numa motivação que incorpore um raciocínio crítico, lógico e racional.

Se assim não acontecer, em caso de recurso de facto, o processo deve baixar à 1ª instância, para suprimento da irregularidade, como já se referiu.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Ao invés, em face de uma verdadeira análise crítica da prova, afigura-se-me que é de exigir ao apelante uma argumentação lógico-racional alternativa à da sentença, sob pena de improcedência do recurso.

Tal como é de exigir à Relação, para efeitos de alteração da matéria de facto, que criticamente proceda à desconstrução do raciocínio probatório da 1ª instância e lhe contraponha uma convicção igualmente expressa numa argumentação lógica e racional.

* * *

3. Quanto aos demais aspetos da dinâmica processual, muito perfunctoriamente, destacaria os seguintes pontos de índole fundamentalmente prática, coligidos com a prestimosa colaboração dos colegas que exercem funções de assessoria no Conselho:

- A simplificação e oficiosidade da citação continua a ser frequentemente esquecida pelas secretarias judiciais. É conveniente que os juízes, pedagogicamente, alertem para os diversos mecanismos legais previstos e para a facilidade de acesso às bases de dados disponíveis.

- Quanto aos despachos interlocutórios, a lei poderia dispensar a sua redução a escrito no caso de as partes renunciarem ao correspondente recurso, como acontece no processo civil espanhol.

- No tocante às diligências em geral, quando questionem as marcações, os mandatários devem, em cinco dias, identificar expressamente o serviço judicial que com elas seja incompatível e propor datas alternativas, de acordo com os restantes mandatários interessados (art. 151º, nº 2, do CPC). A omissão destes requisitos constitui fundamento para o indeferimento da alteração, o mesmo acontecendo, nas situações de procuração conjunta, se não for invocada a impossibilidade de comparência dos demais mandatários.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

- As exigências de contraditório previstas no art. 3.º, n.º 3 do CPC, parecem bastar-se, em regra, com as notificações levadas a cabo entre os advogados, não se tornando necessária a prolação de despacho a conceder prazo adicional na generalidade dos incidentes atípicos.

Também quanto aos factos complementares ou concretizadores não alegados [art. 5.º, n.º 2, b), do CPC], importa relembrar que as implicações do princípio do contraditório ficarão em regra satisfeitas com a presença dos advogados na audiência, não se tornando necessária a interrupção da diligência e a concessão de prazo específico de pronúncia, caso nada seja requerido.

- No que se refere à audiência prévia, será de exigir aos advogados especial envolvimento no tocante à adequação formal, simplificação e agilização processual, maxime no escalonamento e programação da audiência de julgamento [art. 591º, nº 1, e) e g), do CPC], sendo que, respeitados os grandes princípios e valores enformadores do processo – maxime, contraditório, igualdade das partes, imparcialidade objectiva, preclusão e caso julgado -, quase tudo tem natureza tendencialmente supletiva.

Por outro lado, será de repensar a obrigatoriedade da realização da audiência prévia quando ao juiz apenas cumpra apreciar exceções dilatórias ou conhecer do mérito da causa, desde que tenha sido cumprido o contraditório quanto a estas questões.

Verificado este requisito, mostra-se de difícil compreensão o atual figurino, que obriga à realização de uma diligência, com necessária deslocação de intervenientes e preenchimento de agenda.

- Embora devam ser exercidas com o maior equilíbrio e urbanidade, as competência do Juiz em matéria de manutenção da ordem (art. 150.º, do CPC) e efectiva direção dos atos processuais não podem ser descuradas, sendo de evitar, para além do mais, os intermináveis diálogos inúteis que por vezes se verificam.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

- A emissão de carta precatória para cônsul português (art. 172º, nº 1, do CPC) continua a ser o meio mais eficaz e rápido de realização de qualquer diligência no estrangeiro (fora do âmbito da via postal), sendo certo que, relativamente a muitos países, quer por força do Regulamento Comunitário de obtenção e produção de prova, quer por força de Convenções Internacionais ou Acordos Judiciários (como o celebrado com a República Popular da China, quanto a Macau) pode ser utilizada a língua portuguesa, dispensando-se a tradução, morosa e custosa. Quer a DGAJ, quer o Ponto de Contacto e a PGR possuem e fornecem ampla informação a este respeito.

- Cabe ao juiz um papel ativo, quer na apreciação da pertinência ou necessidade das perícias, quer na fixação do respetivo objeto, nos termos do art. 476º, do CPC. O efetivo exercício destas faculdades permite evitar a realização de perícias impertinentes ou dilatórias ou a fixação de objeto tantas vezes conclusivo ou mesmo ininteligível.

Não sendo legalmente atribuída a realização da perícia a determinada entidade (como as médico-legais), será conveniente a diversificação de entidades oficiais ou particulares que as realizam de forma mais célere. Exemplo será a Universidade do Porto ou a Universidade Nova de Lisboa, quanto às perícias de reconhecimento de letra ou assinatura, que nesta matéria têm demonstrado relativa rapidez.

Ainda neste âmbito, nota-se que o recurso à prestação de compromisso escrito e assinado pelo perito, nos termos do art. 479º, nº 3, do CPC, evita a inútil marcação da diligência de prestação de compromisso, que ocupa agenda e obriga à deslocação dos envolvidos. Fruto da legislação anterior, trata-se de hábito ainda arreigado que é conveniente ultrapassar.

Por outro lado, há que ter presente que a comparência dos peritos na audiência final apenas se justifica quando não tenha sido apresentada reclamação escrita ao relatório (arts. 485.º e 486.º do CPC).



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

- Quanto ao adiamento da audiência, por justo impedimento dos advogados, para além de ser de ponderar se não deveria estabelecer-se a obrigatoriedade de provar os fundamentos do impedimento, deveria limitar-se o número de adiamentos com tal fundamento, como sucedia no regime pretérito.

- O CPC fixa em 10 o número de testemunhas que podem ser oferecidas, embora, em função da complexidade do processo, o juiz possa admitir número superior (art. 511º, nº 1 e 4, do CPC).

Idêntico regime devia estabelecer-se no processo penal, sendo na maior parte dos casos claramente excessivo o limite de 20 testemunhas que aqui vigora.

Entre nós, e a meu ver mal, não vigora atualmente qualquer limite ao número de testemunhas produzidas por cada facto.

Relembro que no processo civil alemão, o tribunal ouve apenas as testemunhas indicadas pelas partes na medida em que o reputa necessárias para a decisão da causa.

E em Espanha o juiz apenas é obrigado a ouvir um máximo de três testemunhas por cada facto controvertido, até ficar suficientemente esclarecido (art. 363.º LEC).

Por seu turno, em Inglaterra o juiz tem amplos poderes de ativa gestão processual, embora sujeitos a recurso, incluindo a limitação do número de testemunhas, o controlo da duração dos depoimentos e a definição dos meios de prova a produzir.

Sendo certo que no âmbito da audiência prévia o juiz sempre poderá contratualizar estas matérias com as partes, acordo que quanto a alguns pontos pode sempre assumir natureza meramente tendencial, como por exemplo em matéria de duração temporal dos depoimentos, seria de toda a conveniência



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

consagrar nas leis processuais que só seriam ouvidas mais de três testemunhas por cada facto se o juiz o entendesse necessário.

Também será de ponderar a eventual consagração legal da obrigação de indicar os factos concretos sobre que incidirá o depoimento de cada testemunha, com referência aos articulados, como acontece no ordenamento alemão.

Ainda no que respeita à duração temporal dos depoimentos, e sendo certo que o juiz tem o poder-dever de dirigir ativamente o processo, recusando tudo o que seja impertinente, excessivo ou meramente dilatatório [arts. 6.º, n.º 1, e 602.º, n.º 2, d), do CPC], refira-se que tal desiderato pode alcançar-se por via do efetivo controlo judicial do ato de inquirição e do conteúdo das perguntas, à semelhança daquilo que acontece em Espanha com base no art. 368.º, da LEC.

- Por outra banda, afigura-se-me que deveria ser incentivado o recurso ao depoimento escrito, previamente produzido no domicílio profissional de um dos advogados (art. 517º, CPC), que é o modelo mais utilizado no regime processual civil francês e norte-americano. O eventual incentivo poderia passar por uma redução das custas, em moldes a estudar.

- As declarações de parte prestadas no início e decurso da audiência de julgamento revelam-se, com frequência, demasiado prolongadas e fastidiosas, com prejuízo para o agendamento previsto para os trabalhos e originando múltiplos adiamentos de inquirições de testemunhas. É conveniente, pois, relegá-las, em conjunto, para o fim da audiência, antes do início das alegações orais.

- A intervenção de intérprete na inquirição de cidadão estrangeiro, ou a tradução de documentos, apenas se justifica em caso de efetiva necessidade (arts. 133.º, n.º 2 e 3, e 134.º, n.º 1, do CPC), sendo que a mera menção no rol de testemunhas da nacionalidade estrangeira não implica necessariamente que as pessoas não entendam e não se expressem em língua portuguesa.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

- Quanto à prolação de sentença, não se entende que não esteja prevista na lei a possibilidade de a mesma ser oralmente proferida, pelo menos nos casos mais simples, à semelhança do que acontece no processo penal.

Independentemente disso, em caso de incumprimento do prazo de 30 dias consagrado para a sentença, deveria prever-se a obrigação de pelo menos proferir a decisão relativa à matéria de facto nesse mesmo prazo, sob pena de, como por vezes acontece, a decisão da matéria de facto ocorrer num momento intoleravelmente distanciado do tempo em que foram produzidas as provas em audiência.

- No que se refere ao recurso de apelação, para além de tudo o que já foi dito ao longo destes dois dias, diria apenas que nas ações mais simples e de menor valor será de ponderar a sua limitação à matéria de direito, como acontece no regime francês.

* * *

É tempo de terminar.

Tal como sucedeu nas anteriores edições, os trabalhos nosso XI Encontro estiveram à altura das finalidades visadas.

Acredito que os preciosos ensinamentos colhidos não deixarão de repercutir-se no dia-a-dia dos Tribunais e, por essa via, numa acrescida efetividade do direito das pessoas à tutela judicial.

Muito obrigado pela vossa atenção, pela vossa presença e por todos os preciosos contributos.

Mário Morgado

19 de Novembro de 2016

CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA





CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA



A Audiência de Julgamento e a Decisão de Facto (em 1.ª e em 2.ª instâncias). Juiz e partes encontram-se na matéria de facto

Rui Pinto ¹

1. Em busca do tema. 2. A dinâmica da matéria de facto até à audiência final. 3. A audiência final. 4. A sentença final: a decisão sobre a matéria de facto. 5. A impugnação da matéria de facto.

1. Em busca do tema. I. O tema que nos traz aqui (‘A Audiência de Julgamento e a Decisão de Facto (em 1.ª e em 2.ª instâncias)’) é, se tomado à letra, demasiado vasto para o tempo disponível. Um tema próprio de uma monografia.

É bom de ver que o que, efetivamente, nos foi proposto, foi que fizemos um quadro, ao mesmo tempo, analítico e crítico, e ao mesmo tempo sintético e jurisprudencialmente exaustivo, de como a matéria de facto tem sido julgada e decidida ao longo dos trinta anos de vigência do Código de Processo Civil aprovado pela Lei nº 41/2013, de 26 de junho.

Essa tarefa deve, em particular seguir como Estrela Polar o tema deste Encontro (‘Racionalização Processual e Direito do Juiz - Abordagem Crítica dos Atuais Paradigmas’). Na nossa leitura, haverá que apontar os poderes-deveres e os limites do juiz-julgador dos factos – o que deve fazer (por força de poderes-deveres), o que pode fazer (ao abrigo poderes discricionários), o que não pode fazer (sob pena de nulidade) – tendo em consideração as várias linhas e etapas que o dito ‘novo’ Código teve a preocupação de fixar quanto ao julgamento da

¹ Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. O presente texto serviu de base à comunicação apresentada no XI Encontro Anual do Conselho Superior da Magistratura. Racionalização Processual e Direito do Juiz - Abordagem Crítica dos Atuais Paradigmas, em 18 de novembro de 2016. Os artigos referidos pertencem ao Código de Processo Civil em vigor, salvo indicação diferente.

matéria de facto. Necessariamente que, no plano subjetivo da instância, há que ponderar do lado das partes os necessários poderes (o que podem pedir ao tribunal e o que podem fazer com eficácia autônoma) e éthus (o que é conveniente que façam, sob pena de prejuízo à sua posição pessoal) quanto à matéria de facto.

Esta tarefa duplica-se, dado, estender-se ao julgamento da matéria de facto em sede de recurso.

II. Estamos satisfeitos por nos ter sido atribuída esta `empreitada`. Ela vai-nos permitir reler o que escrevemos há tr, s anos sobre estas matérias e verificar o que o tempo se encarregou de mostrar estar conforme à lei e à prática e o que `falha`. Iremos repensar as questões e atualizar soluções.

2. A dinâmica da matéria de facto até à audiência final. 2.1 Quem traz a matéria de facto para o processo? I. A resposta a esta pergunta conduz-nos, inevitavelmente, ao artigo 5.º. Ser@interessante verificar o que ele tem sido dito e como ele tem sido aplicado.

Do ponto de vista do juiz o que se pede ao artigo 5.º que esclareça: que éthus devem as partes cumprir em matéria de facto, sob pena de ineptidão, de convite à correção ou de improcedência; que factos pode o juiz trazer oficiosamente para o processo e como e até quando essa atividade pode ter lugar. No essencial, a atividade dispositiva das partes quanto aos factos concentra-se nos articulados, enquanto a atividade inquisitorial e oficiosa do juiz se concentra na audiência.

Para isso temos de começar por fixar conceitos; os conceitos que o artigo usa. Inevitavelmente.

II. O artigo 5.º mantém (e assume expressamente) a tripartição entre factos essenciais, factos complementares e factos instrumentais para efeitos de delimitação dos éthus de alegação das partes e dos poderes de cognição do

tribunal. A lei refere `factos essenciais_ (n.º 1), `factos que sejam complemento ou concretiza'2o_ (n.º 2 al. b) e `factos instrumentais_ (n.º 2 al. a).

Trata-se, no nosso ponto de vista (e procurando fugir - quest2o do que seja a causa de pedir), de uma triparti'2o de factos consoante a sua posi'2o perante as previs2es integradoras das normas substantivas invocadas como estatuinto o direito alegado, i.e., em face das normas de proced,ncia., e o correspondente tratamento processual. Da2, ser mais rigoroso distinguir-se entre factos principais, complementares e instrumentais, dado que, como veremos de seguida, os dois primeiros grupos comp2em os factos essenciais, para efeitos do n.º 1 do artigo.

Efetivamente dentro dos factos integradores de normas de proced,ncia cabe distinguir entre o n2cleo essencial e os factos acess2rios ou complementares. O n2cleo essencial 2 sin2nimo pelos factos principais, ou seja, os `elementos t2picos do direito que pretende fazer valer_ (RL 22-2-2001/ Proc. 0006926 (GRANJA DA FONSECA))_ 2.

Esta essencialidade substantiva corresponde a uma essencialidade processual: s2o os factos principais que identificam a causa de tal modo que permitem aferir de eventuais exce'2es de litispend,ncia ou de caso julgado 3. Al2m dos mais, a sua aus,ncia no objeto processual determina a ineptid2o, nos termos do artigo 186.2 n.2 al. a) in fine 4.

Por seu turno, os factos acess2rios ou complementares concretizam ou qualificam os primeiros, conforme previsto nas normas de proced,ncia (complementaridade intr2nseca). No plano processual, s2o todos os demais factos que integram a causa de pedir mas que, apesar disso, n2o individualizam a causa, nem a sua omiss2o dita a ineptid2o 5. Citando o ac. RP 9-7-2014/Proc.

2 Por ex., a celebra'2o do contrato de compra e venda na a'2o de cumprimento da obriga'2o de pagamento do pre'2o; o facto, o nexa causal, o ano, a ilicitude e a culpa, na a'2o de indemniza'2o. 2 aquilo que LEBRE DE FREITAS, A a'2o declarativa comum. 2 luz do C2digo de Processo Civil de 2013, 2013, 41, designa como `n2cleo f2ctico essencial tipicamente previsto por uma ou mais normas como causa do efeito de direito material pretendido.

3 Isso sucede por os factos principais serem os `que se revelam absolutamente indispens2veis - identifica'2o preenchimento e substancia'2o das situa'2es jur2dicas afirmadas e feitas valer em ju'2o_ ; STJ 3-11-2010/ Proc. 157335/09.1YIPRT.P1 (RODRIGUES PIRES).

4 Por ex. h2litispend,ncia se for colocada uma outra a'2o pedindo o cumprimento mesma obriga'2o, derivada do mesmo contrato.

5 A posi'2o que tom2mos, de inclus2o de factos principais e factos complementares na causa de pedir, n2o 2 pac2fica. 2, talvez, a posi'2o mais frequente (assim, as nossas Notas I cit., 24-28; LEBRE DE FREITAS, XXX), mas difere da TEIXEIRA DE SOUSA, Estudos sobre o novo processo civil, Lisboa, 1997, 70-72, que exclui os segundos da causa de pedir e designa-os por factos essenciais; nesse sentido: ac. RC 18-11-2014/Proc.

16/13.7TBMSF.P1 (PEDRO MARTINS) se a causa de pedir corresponde ao conjunto dos factos constitutivos da situação jurídica que o autor quer fazer valer, [] alguns destes factos os essenciais que servem a função de individualização da causa de pedir, sendo esta que interessa a verificação da excepção de caso julgado.⁶

Efetivamente, tanto a ineptidão, como as excepções de caso julgado e litispendência guiam-se por duas regras opostas: relevância dos factos principais e irrelevância dos factos acessórios. Assim, equivale à falta de causa de pedir uma petição que assente somente em factos acessórios, i.e., em simples concretizações, pois delas não se poderia retirar qualquer efeito jurídico, mas já pelo contrário haveria causa de pedir se a petição contivesse apenas factos principais.⁷

210/11.5TBCNF.C1 (HENRIQUES ANTUNES) julgou que: 'A excepção peremptória tal como a causa de pedir que é integrada apenas pelos factos essenciais e não também pelos factos complementares que são aqueles que se limitam a concretizar ou complementar os factos integrantes da excepção e que embora não a integrem podem ser essenciais para a sua procedência. Esta segunda posição seria mais condicente com a letra da lei: 'os factos essenciais que constituem a causa de pedir (artigos 51 n.º 1 e 552 n.º 1 al. d)), 'expor os factos essenciais em que se baseiam as excepções deduzidas (artigo 572 n.º 1 al. c)). A nossa posição faz coincidir a causa de pedir com o objeto do ânus da prova (i.e., com os factos de que depende a procedência) e com os factos passíveis de fundar ineptidão (os factos principais) e incorreção da petição (os factos complementares), para efeitos, respetivamente, dos arts. 186 e 590 n.º 4; neste sentido, . Neste sentido, . Neste sentido, o ac. STJ 28-9-1999/Proc. 99A468 (FRANCISCO LOURENÇO) concluiu que 'A causa de pedir é composta [] pelos factos essenciais a procedência do pedido.

Jurisprudência sobre a causa de pedir: STJ 28-9-1999/Proc. 99A468 (FRANCISCO LOURENÇO), STJ 9-5-1991 (AZEVEDO RAMOS) ('A causa de pedir (art. 498, n.º 4, C. P. C.) é o acto ou facto jurídico simples ou complexo, mas sempre concreto de que emerge o direito invocado.), STJ 2-7-1991 (SIMÕES VENTURA) ('A causa de pedir não é o facto jurídico abstracto tal como a lei o configura, mas o facto produtor de efeitos jurídicos apontados pelo autor e não a qualificação jurídica que este lhe emprestou ou a valoração jurídica que o mesmo entende atribuir-lhe.), STJ 13-4-1993 (METELLO DE NEPOLES) ('o facto do nosso direito processual, a causa de pedir não é a norma invocada pelo autor, nem a categoria legal ou o facto jurídico abstracto tal como a lei o configura, mas antes o facto real que concretamente se alega para justificar o pedido. Na hipótese configurada no artigo 1096, n.º 1, alínea a) do Código Civil, a verdadeira causa de pedir da pretensão do despejo é a necessidade real do prédio para habitação, do senhorio, cabendo ao autor alegar factos materiais, simples, concretos, susceptíveis de preencher essa causa petendi, ou seja, uma situação de verdadeira carência de habitação.), RL 22-2-2001/Proc. 0006926 (GRANJA DA FONSECA), RE 6-11-2008/Proc. 2016/08-3 (ALMEIDA SIMÕES), RP 1-3-2011/1124/07.5TBPNF.P1 (RAMOS LOPES), STA 26-6-2014/Proc. 0586/14 (CARLOS CARVALHO), RP 9-7-2014/Proc. 16/13.7TBMSF.P1 (PEDRO MARTINS); RC 18-11-2014/Proc. 210/11.5TBCNF.C1 (HENRIQUES ANTUNES); RC 20-1-2015/Proc. 138599/13.2YIPRT.C1 (BARATEIRO MARTINS).

⁶ Por ex: na acção de indemnização ou por dano extracontratual podem ser alegados na petição inicial tanto os factos principais ou típicos (facto, dano, nexos) como já os factos que lhes sejam complementares como a medida do dano; na acção de condenação ou no cumprimento podem ser alegados tanto os factos principais ou típicos (celebração do contrato) como os factos que lhes sejam complementares, como a data e lugar do vencimento da obrigação.

⁷ De certo modo essa ideia está subjacente ao referido acórdão da RL 22-2-2001/Proc. 0006926 (GRANJA FONSECA): 'se a parte não tiver invocado quaisquer factos que constituam os elementos típicos do direito que pretende fazer valer, não se pode tomar em consideração na decisão os factos que sejam complemento do que não existe e do mesmo modo.

Por seu turno, estando pendentes duas acções de condenação pelo mesmo direito de crédito se apenas variarem os factos acessórios não deixa de existir repetição de causas⁸.

Finalmente, os factos instrumentais não integram a causa de pedir: são factos indiciários ou presuntivos dos factos integrantes da causa de pedir⁹. Assim, os factos instrumentais são factos conhecidos que permitem a parte firmar um facto constitutivo (facto desconhecido).

Portanto, são factos meramente probatórios e não integram as normas de procedência, i.e., as previsões normativas dos regimes materiais que suportam o pedido do autor. Por ex. na acção de reivindicação pode provar-se o facto da titularidade da propriedade pela prova da posse, graças ao artigo 1268.º CC.

III. Mas procuremos responder agora às questões que formulamos quanto aos fins das partes. Dos poderes do juiz neste campo trataremos a propósito da audiência.

Comecemos pelo fim de alegação e da impugnação: no (novo) Código foram realizadas alterações que procuraram fixar a causa de pedir no campo dos factos essenciais: às partes cabe alegar os factos essenciais que constituem a causa de pedir e aquelas em que se baseiam as excepções invocadas (artigo 51.º n.º 1), «deve o autor [] expor os factos essenciais que constituem a causa de pedir» (artigo 552.º n.º 1 al. d)), «expor os factos essenciais em que se baseiam as excepções deduzidas» (artigo 572.º al. c)), e «deve o réu tomar posição definida perante os factos que constituem a causa de pedir formulada pelo autor» (artigo 574.º n.º 1)

O legislador parece ter querido, assim, restringir o âmbito da causa de pedir, ou, melhor, e como mais certeza, o fim da alegação, aquilo que designa

⁸ Ex.: segundo o ac. RP 9-7-2014/Proc. 16/13.7TBMSF.P1 (PEDRO MARTINS) «para efeito da verificação do da excepção do caso julgado, se os factos aditados aos factos alegados na outra acção são apenas complementares ou concretizadores de uma causa de pedir que estava suficientemente individualizada, a causa de pedir é idêntica; ainda, se numa acção por acidente de viação se qualifica o facto danoso como negligente e noutra como doloso, há ainda assim identidade de causa de pedir; se numa acção se quantifica o dano em 1 000 e noutra em 10 000 também há identidade de causa de pedir; o mesmo se diga se a data do vencimento for diferente em cada acção pendente relativa a um mesmo crédito. Nestes exemplos foram os factos acessórios que variaram. Deste modo, há diferença qualitativa, no plano substantivo, entre factos principais e factos complementares ou acessórios, corresponde uma significativa diferença de papel processual.

⁹ Recorde-se que de acordo com o artigo 349.º CC as «Presunções são as ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido».

por factos essenciais. No plano prático interessa-nos menos aquela e mais este último: que factos estão dentro e que factos estão fora daquele âmbito.

Há, pelo menos, duas perspetivas sobre a questão.

Porventura a leitura mais condizente com o espírito (?) do Código é seguir (porque não?) a letra da lei. O autor só tem de alegar os factos essenciais (principais, na nossa distinção); o réu só tem de contestar esses factos.

Portanto, as partes teriam apenas que alegar os factos que, relevando para a procedência do pedido, determinassem ainda a individualização de uma causa perante outra; as partes estariam, incompreensivelmente, dispensadas do âmbito de alegar os factos complementares: poderiam fazer, ou não¹⁰. A ser assim, então temos o seguinte resultado paradoxal:

- a. se o autor alega factos principais e factos complementares o réu hesitará em considerá-los como estando todos na causa de pedir (no artigo 51.º n.º 1 e no artigo 552.º n.º 1 al. d) a causa de pedir só os factos essenciais; no artigo 574.º n.º 1 diz-se que deve impugnar "os factos que constituem a causa de pedir formulada pelo autor" (artigo 574.º n.º 1), pelo que o melhor é impugnar todos os factos. Aliás, como sabe quais são os factos essenciais? ¹¹. Se o réu não impugnar alguns factos, pode o juiz excluí-los do cominatório do n.º 2 do artigo 574.º? Parece que não: a alternativa é os factos terem de ser provados pelo autor ou até ficarem sem efeito, em claro desperdício processual; mais: a previsão final que se acha nesse n.º 2 de que a admissão por acordo dos factos instrumentais pode ser afastada por prova posterior mostra que eles também podem ser objeto de impugnação.

¹⁰ É esta, por ex., a posição do ac. **RG 29-5-2014/Proc. 2797/12.6TBBCLA. G1 (FERNANDO FREITAS)** quando aponta a "maior acuidade" das declarações de parte do artigo 466.º atendendo ao alargamento dos poderes de cognição do tribunal aos factos complementares e aos concretizadores dos factos essenciais (factos que as partes estão, agora, obrigados a alegar).

¹¹ Efetivamente, pode não ser fácil numa petição com fundamentação fáctica complexa apurar quais os factos principais e quais os factos complementares, pois essa qualificação é feita em face das previsões normativas substantivas. Procurar delimitar qualitativamente os factos por esse prisma é um exercício arriscado para se impor à parte.

b. se o autor alega factos principais, mas não os factos complementares o juiz terá de o convidar a corrigi-los, nos termos do artigo 590.º n.º 3¹².

Portanto, na prática a designação da letra da lei é ineficaz, pela simples razão que não joga com todos os aspetos do regime processual.

Assim, sendo defendemos que o objeto dos meios de alegação e impugnação comporta tanto os factos principais, como os factos acessórios (ou intrinsecamente complementares). Esses factos ainda estão no objeto no meio da alegação do n.º 1 do artigo 5.º (e, coerentemente, do meio da prova) e do meio de impugnação do artigo 574.º, sem prejuízo de poderem surgir ao longo da instrução da causa. Nesta posição os factos essenciais são os factos essenciais procedência das pretensões formuladas ou das excepções deduzidas nos termos das normas substantivas invocadas; a nova categoria de factos essenciais visa impedir parte que não coloque factos externos, inúteis ou irrelevantes para a procedência, o que, aliás, se liga com a proximidade do artigo 530.º, n.º 7, al. a)¹³.

Como se viu, esta interpretação é, ademais, a mais conforme ao regime de convite a corrigi-los da petição inicial do artigo 590.º: uma petição sem factos concretizadores carece de melhoria para o legislador.

IV. Alguma jurisprudência defende que essa alegação não tem de ser expressa: são atendíveis pelo tribunal factos alegados apenas de modo implícito, considerando-se como tais aqueles que estejam necessariamente subentendidos na alegação expressa e são função dos quais esta alegação se

¹² A parte não pode dar como certo que o tribunal trará para o processo os factos complementares, ao abrigo do artigo 5.º n.º 2 al. b). E seria ainda estranho que as partes apenas tivessem de alegar os factos principais por uma outra razão: os factos acessórios não deixam de ser factos constitutivos do direito alegado ou da exceção alegada e, como tal, sujeitos ao meio da prova. É certo que os novos critérios dos temas da prova (cf. art. 596.º, n.º 1) poderiam, de facto, aligeirar a necessidade de incluir factos acessórios, mas nunca se poderia concluir que para o legislador a parte poderia, normalmente, produzir articulados incompletos (mas não ineptos) quanto aos fundamentos de facto e, por aí, dispensar a parte da respetiva prova.

¹³ Neste sentido: RP 29-5-2014 / Proc. 388436/10.0YIPRT.P1 (PEDRO MARTINS) (às partes cabe alegar quer os factos essenciais, quer os factos complementares ou concretizadores), STA 26-6-2014 / Proc. 0586/14 (CARLOS CARVALHO) (os factos essenciais são factos suscetíveis de gerar o direito segundo a ordem jurídica constituída que devem ser alegados e provados para que o tribunal reconheça ao A. o direito que o mesmo invoca procedendo a sua pretensão), RC 27-1-2015 / Proc. 1990/07.8TBAGD.C1 (MARIA DOMINGAS SIMÕES) (relativamente aos factos que sejam complemento ou concretização dos que as partes hajam alegado e resultem da instrução da causa ainda estão em causa factos essenciais, ou seja, aqueles que constam da previsão normativa, reconduzindo-se aos factos constitutivos, impeditivos, extintivos ou modificativos).

compreenda e faça sentido (RP 29-05-2014/Proc. 80/06.5TBCDR.P2 (ARISTIDES RODRIGUES DE ALMEIDA)).

Essa consideração de factos implicitamente alegados exige grande cuidado pelo juiz: na dúvida, sendo factos complementares, dever@convidar as partes ao aperfeiçoamento da exposição da matéria de facto articulada (cf. artigo 590.º n.º 4); sendo factos principais dever@dar a petição por inepta (cf. artigo 186.º n.º 2 al. a) in fine). O que o juiz não pode substituir-se às partes no cumprimento dos respetivos atos processuais, sob pena de nulidade.

V. E quanto aos factos instrumentais? Dada a sua função, e exterioridade às normas de proced,ncia, cabe à parte fazer ou não uso deles nas suas alegações, conforme o que melhor se lhe afigurar no plano do sucesso probatório estimado. Portanto, ficam de fora do âmbito da alegação, sendo facultativa a sua alegação¹⁴.

Mas se forem alegados, devem ser impugnados, sob pena de se considerarem admitidos por acordo, efeito probatório passível de ser afastado por prova posterior, conforme a parte final do nº 2 do artigo 574º¹⁵. Se esse efeito não se desse não seria necessário estar lá essa ressalva.

É certo que o nº 1 apenas impõe o âmbito para os factos que constituem a causa de pedir e que os factos instrumentais não a integram. Mas, caso o autor alegue o réu tem o âmbito de os contestar, como se confirma por aquela ressalva¹⁶.

E se o réu impugnar apenas o facto principal conexo do facto instrumental também alegado? No passado, LEBRE DE FREITAS / MONTALVÚO MACHADO / RUI PINTO, defendiam que aº podia ocorrer impugnação indireta do facto instrumental: v.g., impugnado que o autor adquiriu a propriedade por compra,

¹⁴ Assim, também LEBRE DE FREITAS, *AA* cit., 197.

¹⁵ Neste sentido, J@MARIA DOS PRAZERES BELEZA, *Ónus de impugnação*, Cadernos V. O novo processo civil - Textos e jurisprud,ncia, www.cej.pt e PAULO RAMOS DE FARIA / ANA LUPSA LOUREIRO, *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil. Os Artigos da Reforma I*, 2ª ed., Coimbra, Almedina 2014, 455.

¹⁶ Contra GABRIELA CUNHA RODRIGUES, *A acção declarativa comum*, Caderno I. Contributos da doutrina para a compreensão do Novo Código de Processo Civil (2ª edição), www.cej.pt, . 155: o legislador não quis valorizar os factos instrumentais na fase dos articulados, mas sim, a audiência, pelo que estes factos não têm de ser impugnados, e impugne-se ou não o facto instrumental ele pode ser objeto de prova posterior, sendo apenas provisoriamente adquirido no processo.

impugnar-se-iam os factos indiciários dessa compra que o autor alegara ¹⁷. Esse entendimento permanece atual e correto.

Já se for impugnado o facto principal sem ter sido alegado facto instrumental escrevem, com razão, PAULO RAMOS DE FARIA / ANA LOUREIRO, que os factos instrumentais que iriam fazer a sua prova perdem toda a importância ¹⁸.

2.2. A importância do despacho que fixa o objeto do litígio e os temas da prova (artigo 596º) para o objeto da audiência.¹⁹ I. Tudo visto até agora, já temos alguma ideia dos factos que darão corpo aos articulados. E até agora, a ideia central da do domínio do dispositivo sobre o objeto fático da causa por meio dos articulados: pela sua produção, mas também pela sua omissão, no caso da contestação ou da falta de impugnação.

Vamos agora começar a colocar o juiz nesta dinâmica da matéria de facto.

Depois dos articulados e antes da audiência final temos, para este efeito, o despacho do artigo 596º. No entanto, chama-se a atenção para a possibilidade de na audiência prévia poder ter tido lugar discussão das posições das partes, com vista à delimitação dos termos do litígio, e a suprir as insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de facto que ainda subsistam ou se tornem patentes na sequência do debate. Portanto, as partes podem corrigir a sua apresentação dos factos na audiência prévia, espontaneamente ou a convite, nos termos do artigo 593º n.º 3.

II. Mas voltando à linha que seguimos: o despacho do artigo 596º é da maior importância para a matéria de facto, dado que a audiência de julgamento

¹⁷ Código de Processo Civil anotado II, 2001, XXXX. Em termos semelhantes, LOPES DO REGO, Comentários ao Código de Processo Civil I, 2004, 328.

¹⁸ Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil. Os Artigos da Reforma I, 2ª ed., Coimbra, Almedina 2014, 455

¹⁹ Jurisprudência. STJ 13-11-2002/Proc. 02S1191 (MÉRIO TORRES), STJ 31-3-2009/Proc. 09B652 (JÓÃO BERNARDO), RL 13-10-2009/Proc.9181/06-1 (MARIA DO ROSÁRIO BARBOSA), RL 22-6-2011/Proc. 478/09 (RAMALHO PINTO), RP 24-10-2011/Proc. 299/05 (ANA PAULA AMORIM), RL 5-12-2013/Proc. 245/13.3TVLSB.L1-6 (ANTÓNIO MARTINS), RL 29-5-2014/Proc. 444/12.5TVLSB.L1-6 (ANTÓNIO MARTINS), RL 2-12-2014/Proc. 2441/11.9TBTVD.L1' 7 (ROQUE NOGUEIRA).

(que fora agendada no despacho de programação, nos termos dos arts. 591 e 593, n.º 2 al. d)) tem por objeto os temas da prova fixados no despacho previsto no artigo 596.

Como é sabido, trata-se de um despacho complexo, em princípio proferido na audiência preliminar nos termos do art.º 591 n.º 1 al. f) ²⁰, de duplo conteúdo: a delimitação do objeto do litígio e a fixação dos temas da prova em cumprimento de uma função de condensação do objeto do processo, tal como sucedia no passado com o artigo 511.º. Ora, justamente, essa função preparatória dos atos de instrução que irão ter lugar por a causa prosseguir ²¹: «a instrução tem por objeto os temas da prova enunciados ou, quando não tenha de haver lugar a esta enunciação, os factos necessitados de prova», declara o artigo 411.º. Os atos de instrução são, em princípio, atos realizados em audiência final, nos termos do artigo 604 n.º 3. Mas já voltaremos adiante a estas questões do objeto da instrução e audiência.

III. Não por acaso, o artigo 596 dá uma ordem lógica de construção do teor do despacho: primeiro fixa-se o objeto do litígio e, depois, os temas da prova. A fixação do objeto do litígio deve ser preliminar ²², pois vai ditar que temas da prova devem ser fixados, porque uns e outros.

O que está dentro do objeto da fixação do litígio?

A identificação do objeto do litígio implica necessariamente que o juiz terá de lhe dar uma provisão qualificada jurídica; novamente o lugar paralelo do n.º 1 do artigo 607.º, permite concluir que o tribunal deverá enunciar as questões de direito a solucionar. JURE DE FREITAS tem uma perspetiva mais concreta do objeto do litígio a enunciar: são os pedidos deduzidos sobre os quais haja controvérsia ²³.

²⁰ Mas não necessariamente: veja-se o artigo 593 n.º 2 al. c) para o caso de dispensa da audiência preliminar.

²¹ Diversamente, se a causa terminar findos os articulados ser prolatado saneador-sentença, nos termos do artigo 595 n.º 1 al. b), no qual tribunal decidir quais os factos provados por documento, admitido por acordo ou em resultado de prova indiciária por presunção ou quais os que julga não provados, nos termos do artigo 607.º.

²² A delimitação do objeto do litígio consiste, no plano do textual, numa síntese narrativa do que se afigura ao tribunal como sendo a causa de pedir e o efeito pretendido pelo autor, as impugnações, exceções e pedido do réu. Por esta razão, o juiz há de assegurar-se de que o autor teve oportunidade processual de responder na audiência preliminar às exceções, ao abrigo do artigo 3.º n.º 4.

²³ A A.º cit., 198.

Ora, o equilíbrio entre o dever de condensação e a proibição de antecipar a decisão final, impõe, necessariamente, que a identificação do objeto do litígio seja feita segundo as várias soluções plausíveis da questão de direito. Ou seja: se o juiz não pode identificar o litígio apenas segundo uma qualificação jurídica, também não pode deixá-lo em aberto de modo absoluto no plano da relevância jurídica dos factos.

Por outro lado, ao contrário da anterior especificação, o despacho de delimitação do objeto do litígio não é um despacho sobre matéria de facto, antes tomando um conteúdo e uma estrutura de relatório essencialmente semelhantes ao do artigo 607.º n.º 2: «identificar as partes e o objeto do litígio, enunciando, de seguida, as questões que ao tribunal cumpre solucionar». Há aqui, pois, uma primeira vinculação do juiz a uma certa ideia de litígio.

Em particular, a contraposição seja com a letra do anterior artigo 511.º n.º 2 (cf. ainda o anterior artigo 508.º-A n.º 1 al. e)), seja com a letra do artigo 607.º n.º 4, permite concluir que o juiz não deve fixar factos assentes. O assentimento de factos apenas terá lugar na sentença final, como parte da fundamentação de facto, nos termos do n.º 2 do artigo 607.º²⁴.

Esta ausência de fixação fáctica permite que o tribunal possa manter o objeto fáctico da audiência final aberto, não vinculado a uma pré-determinação. Tal não é contraditório com outros pontos do novo regime processual, nomeadamente, o dever de promoção ativa da conciliação, visto que nesta o juiz propõe uma solução, supondo um certo objeto litigado.

IV. A matéria de facto controvertida será selecionada para aquelas plausíveis soluções, por temas de prova.

Os factos incontroversos ficam de fora dos temas da prova. São que sucede, nomeadamente, como os factos admitidos por confissão ou os factos admitidos por acordo, por não terem sido impugnados. Ficam excluídos dos

²⁴ Veja-se algo desta contraposição no ac. RL 29-5-2014/Proc. 444/12.5TVLSB.L1-6 (ANTÓNIO MARTINS): «Enunciar os temas de prova é atividade processual que se dirige primordialmente à fase da produção da prova, enquanto na sentença, ultrapassada que se encontra aquela fase, cabe ao juiz declarar quais os factos que julga provados e quais os que julga não provados».

temas da prova e da prova na audiência e ser²o formalmente considerados na senten³a, como sabemos.

Note-se, por⁴im, que os factos instrumentais admitidos por acordo ainda podem ser alterados prova posterior produzida em audiência, nos termos do artigo 574⁵ n⁶ 2 in fine. Portanto, o seu carater incontroverso pode n⁷o ser definitivo.

V. Os temas da prova constituem instrumentos de organiza⁸o dos factos relevantes para a audiência final, de conte⁹do simples ou complexos. Ser¹⁰ a eles que se dever¹¹o ater os atos de instru¹²o, conforme o j¹³citado artigo 411¹⁴ ²⁵.

Em regra esses factos s¹⁵o, no momento deste despacho, factos processualmente abertos ¹⁶ i.e, n¹⁷o t¹⁸m que ser concretizados nesse momento processual, ao contr¹⁹rio do que sucedia para efeitos da base instrut²⁰ria. As partes e o tribunal ir²¹o trabalhar na audiência sobre os factos que respeitem a cada tema, e n²²o somente sobre certos e determinados factos.

Na verdade, no plano do seu conte²³do, os temas s²⁴o enunciados gen²⁵ricos de quest²⁶es de facto (factos `abstratos_) que possam integrar previs²⁷es normativas ²⁸ por ex., dist²⁹ncia de travagem, tempo de uso p³⁰blico do terreno, abandono do locado.

Os temas da prova n³¹o s³²o, por conseguinte, institutos, exce³³es ou qualifica³⁴es legais respetivos ³⁵ v. g., ilicitude do ato, nulidade, usucapi³⁶o ²⁶. S³⁷o, sim, quest³⁸es de facto. Tal entendimento confirma-se no artigo 588.1 n.1 6 em sede de articulados supervenientes: `os factos articulados que interessem ³⁹ decis⁴⁰o da causa constituem tema da prova nos termos do disposto no artigo 596.1 ⁴¹.

Mas por outro lado, o juiz n⁴²o pode descer, em concretiza⁴³o, abaixo do enunciado gen⁴⁴rico dessas quest⁴⁵es de facto: assim deve enunciar como tema

²⁵ Vale, de certo modo, o que antes se dizia, para a sele⁴⁶o da mat⁴⁷ria de facto: a fixa⁴⁸o de temas de prova `tem apenas em vista arrumar os factos at⁴⁹ a⁵⁰ apurados e indicar aqueles sobre os quais deve recair a produ⁵¹o de prova subsequente, na fase de instru⁵²o. (RL 13-10-2009/9181/06-1 (MARIA DO ROSERIO BARBOSA).

²⁶ J⁵³ LEBRE DE FREITAS, A A⁵⁴o cit., 199, entende que se podem enunciar os temas da prova usando qualifica⁵⁵es jur⁵⁶dicas, esbatendo-se a distin⁵⁷o entre mat⁵⁸ria de facto e de direito. Com o devido respeito, esse esbatimento a existir ⁵⁹ meramente para fins pr⁶⁰cticos deste despacho; n⁶¹o para efeitos de ⁶² e poderes seja de tribunal (incluindo de recurso), seja das partes.

de prova `distªncia de travagem_ e nºo `travagem ao fim de 55 metros_. Porqu, ? Porque de outro modo, estaria a postergar a fun´²o nºo preclusiva que este despacho lhe permite: garantir que o tribunal possa manter em aberta a sua arruma´²o dos factos at¶ senten´a final. Neste sentido, o ac. RL 2-12-2014/Proc. 2441/11.9TBTVD.L1´ 7 (ROQUE NOGUEIRA) julgou que `atenta a enuncia´²o dos temas da prova, prevista no art. 596.¶, n.¶ 1, e atento o modo como dever© correr a instru´²o da causa, prevista no art.410.¶, ambos do novo CPC, haver© que concluir que deixar© de haver quest¶es de facto atomisticamente colocadas e, conseqüentemente, respostas a dar_ na senten´a final.

VI. Nºo obstante, deve ser acrescentado que a figura do tema da prova admite alguma flexibilidade em fun´²o do pr¶prio objeto do lit¶gio. O crit¶rio deve ser sempre cumprir a garantia constitucional de prevalªncia da verdade material, evitando que argumentos formais (como seja a pr¶pria interpreta´²o dos limites do artigo 596¶ ou a invoca´²o de preclus¶es) tolhem aquele ²⁷.

Ora, se a causa for complexa a tendªncia ser©de os temas de prova serem abertos como afirm©mos como regra (v. g., nºo ser© tema de prova funcionalmente adequado se o autor usa o terreno h©12 anos).

Diversamente, se a causa j© se apresentar como simples os temas da prova podem ser reduzidos aos concretos factos que sejam a ¶nica mat¶ria de facto que sobre para esclarecimento. Por exemplo, se a causa se tornou simples porque parte das quest¶es de facto foi resolvida (maxime, por confiss²o ou acordo, nos termos do artigo 574¶) ent²o nºo parece que o juiz deva atuar como se tal nºo tivesse ocorrido no processo.

²⁷ Efetivamente, este foi um dos desideratos expressamente assumido pela Lei nº 41/2013, de 26 de junho, na exposi´²o de motivos da respetiva proposta de lei n.¶ 113/XII do XIX Governo Constitucional. Na realidade, o art.¶ 20¶ da Constitui´²o nºo consagra apenas, nos seus nºs 1 e 2, um direito de acesso aos tribunais, como entidades orgªnicas do Estado: consagra o direito fundamental ¶ Justi´a material, i.e., a decis¶es que conhe´am efetivamente do lit¶gio em tempo ¶til, com respeito pela verdade material. Tal dimens²o material do direito de a´²o decorre do princ¶pio do processo equitativo (o due process of law anglo-sax¶nico) sedado naquele n¶ 4 do art. 20¶. Trata-se de doutrina consolidada, nomeadamente, no pensamento de GOMES CANOTILHO / VITAL MOREIRA, Constitui´²o da Rep¶blica anotada, pp. 415-416 (`direito a um processo orientado para a justi´a material sem demasiadas peias formal¶sticas_) e de RUI MEDEIROS, Constitui´²o Portuguesa anotada de JORGE MIRANDA / RUI MEDEIROS, tomo I, 2005, pp. 190-191.

O ponto é delicado dado termos dito que não há assentimento de factos pelo que formalmente não está resolvida a matéria de facto. No entanto, cabe ao juiz decidir se mantém ainda tudo em aberto, com prejuízo para a eficácia da audiência final, ou se restringe já apenas os factos controvertidos, apesar de não enunciar factos provados ou assentes²⁸.

Na jurisprudência defende-se uma idêntica (e porventura maior) flexibilidade: `Os temas de prova podem ser enunciados como factos concretos ou como conclusões, factuais e/ou jurídicas_, l, -se no ac. RL 29-5-2014/Proc. 444/12.5TVLSB.L1-6 (ANTÓNIO MARTINS).

VII. Nem toda a matéria de facto controvertida tem de ser incluída nos temas da prova. Será matéria de facto relevante, porquanto há que ter em conta o objeto do litígio tal como foi fixado na primeira parte do despacho.

No passado a seleção dos quesitos da base instrutória era feita segundo um critério de antecipação do sentido final da sentença: `segundo as várias soluções plausíveis da questão de direito, que deva considerar-se controvertida_. Nada se diz atualmente. Daqui a questão: pode o juiz fazer um sumário neutro dos factos articulados pelas partes? Ou um mero resumo das questões de prova?

Já escrevemos atrás dizendo que o tribunal deverá enunciar as questões de direito a solucionar quando identifica o objeto do litígio. Ora, será o essas questões de direito que ditará quais os temas de prova.

Na verdade, o juiz deverá como na sentença final (cf. artigo 607.º n.º 2) compatibilizar a matéria de facto articulada ou adquirida para o processo, nos termos do artigo 5.º, i.e, laborar com base num sumário racionalizado. Depois, tendo essa base fática, e com menor intensidade que no passado, o juiz deverá selecionar os temas de prova: escolher uns, não escolher outros, segundo as previamente enunciadas questões de direito.²⁹ Tal está aliás, confirmados no artigo 588.º n.º 6: dos factos (e não os supervenientes) devem ser selecionados os `que interessem` decisão da causa_.

²⁸ Já LEBRE DE FREITAS, A A.º cit., 199, admite mesmo que não está vedada ao juiz a enunciação, após contraditório, dos factos já assentes_.

²⁹ Neste sentido, o juiz deve dar `uso processual_ a todos os factos alegados pelas partes: um uso negativo (de exclusão da relevância processual para efeitos de julgamento da causa) ou um uso positivo, de seleção para a decisão.

Portanto, temos logo aqui uma primeira filtragem, que permite excluir temas, em geral, e factos, em especial, que não se subsumam aos regimes jurídicos convocados pelas questões de direito que a fixação do litógio convocou.

VIII. Por outro lado, os factos instrumentais que estejam ainda controvertidos devem integrar os temas da prova. Ou seja: se foram alegados pelo autor (ou pelo reconvinte) e foram impugnados, deve ser levados em instrução. Pois se carecem de prova não podem ficar submergidos no processo!

2.3. Ponto conclusivo: o objeto fático presente em audiência final; o objeto da instrução. I. Aqui chegados, façamos um ponto de paragem.

Vimos que as partes têm o ônus de carrear para o processo os factos essenciais em que se suportam as suas pretensões, de ação ou de exceção. Factos principais, complementares e instrumentais. Os (novos) poderes de cognição oficiosa dos segundos e terceiros (ver adiante) não aligeiraram esses ônus das partes.

II. De entre esses objetos fáticos alguns dos factos poderão ficar provados, se admitidos por confissão ou por acordo, nomeadamente: não se incluirão nos temas da prova e serão dados como provados a final. Na realidade, até poderiam suportar já uma antecipação de sentença, a título de saneador-sentença. No entanto, sendo factos instrumentais ainda podem ser afastados por melhor prova produzida em audiência.

Os demais factos serão objeto de seleção prévia, segundo as questões de direito a solucionar. Os que não relevem para estas não incorporarão os temas da prova.

Subsequentemente, esses factos, mesmo instrumentais, que se poderem (em abstrato) subsumir aos regimes jurídicos convocados por aquelas questões, serão arrumados em temas de prova.

III. Juntamente, pois um quadro de qual é o objeto fático que vai ser objeto da audiência: os temas da prova. Naturalmente que se forem admitidos articulados supervenientes, alterar-se-á esse objeto, nos termos do artigo 588.º n.º 6.

Efetivamente, passar-se-á fase da instrução dos factos em audiência final. Ora, segundo o artigo 410.º a instrução tem por objeto os temas da prova enunciados, com o que se quer referir o objeto imediato dos atos instrutórios sobre os temas da prova. No entanto, o seu objeto mediato são os factos necessários de prova, como se afirma na segunda parte do artigo 410.º para a situação em que não é a fixação dos temas da prova (cf. art. 593.º n.º 1) ³⁰.

Esses factos que são o objeto de instrução tanto podem ser principais, complementares ou instrumentais. O que interessa é terem sido articulados ³¹ ou mais tarde trazidos ao processo pelo juiz, nos termos do art. 5.º n.º 2.

3. A audiência final. 3.1. O procedimento. I. Eis-nos chegados à audiência final. Complexo de atos de instrução e discussão da matéria de facto e de direito geográfica, temporal e funcionalmente unidos.

Optamos por analisar segundo quatro níveis: (i) o procedimento, (ii) os princípios privativos da audiência e, associadamente, (ii.a) os poderes do juiz e (ii.b) das partes e (iii) a dinâmica do objeto fático,

II. Tendo em conta a sua importância não desprezável os atos preparatórios da audiência: o despacho que fixa os temas da prova, os requerimentos probatórios e o despacho de programação, entre outros.

³⁰ É este, ainda, o sentido a ter em conta noutros locais normativos relativos à instrução, como, e nomeadamente, o artigo 511.º ao determinar que o juiz pode admitir a inquirição de testemunhas, além do limite legal do respetivo n.º 1, atendendo à natureza e extensão dos temas da prova, está a remeter para a potencial carga probatória relativa aos factos processualmente abertos. Mas ainda e sempre factos. E não pode ser de outro modo, porquanto a prova (a que se referem os temas e os atos de instrução) tem por objeto os factos, nos termos do artigo 341.º Código Civil. Justamente, aos factos se referem tanto o regime dos meios de prova (v. g., prova documental (cf. artigo 423.º n.º 1), prova por declarações de parte (cf. artigo 466.º n.º 1)), como dos meios de alegação, eventualmente articulada (cf. artigos 5.º, 552.º e 572.º).

³¹ Neste sentido, LEBRE DE FREITAS, A A.º cit., 197: «a prova não deixa de incidir sobre os factos concretos que o autor alegou como constitutivos do seu direito, tal como plasmados nos articulados [ú], bem como sobre os factos probatórios de onde se deduz, ou não, a ocorrência desses factos principais e sobre os factos acessórios que permitam ou vedem essa dedução, uns e outros denominados no art. 5-2.b como factos instrumentais».

Quanto ao despacho que fixa os temas da prova cabe apenas dizer que a sua existência não tolhe o juiz de admitir factos novos para o processo, desde logo, pelos poderes do artigo 51.º n.º 2 al. a) e b). Aliás, o despacho que fixou os temas da prova compadecido, não faz caso julgado formal³², podendo ser objeto de aditamento se, por ex., surgirem factos supervenientes (cf. artigos 588.º ss.), ocorrer incidente de liquidação (cf. artigos 358.º ss.) ou sobre certo documento (cf. artigos 444.º e ss.), o juiz considerar oficiosamente outros nos termos do artigo 51.º n.º 2 al. b) e c) ou até pretender completar os temas da prova que fixar (assim, o ac. RG 29-1-2015 / Proc. 80/12.6TBBCL-G.G1 (HELENA MELO))³³

Já os requerimentos probatórios devem acompanhar os articulados (cf. arts. 552.º n.º 2 e 572.º al. d)), mas podem ser alterados nos termos dos artigos 552.º n.º 2, 572.º al. d)³⁴ e 598.º. Em especial, este último determina que o requerimento probatório apresentado pode ser alterado na audiência prévia quando a esta haja lugar nos termos do disposto no artigo 591.º ou nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 593.º. Aparentemente, não há uma terceira via, vigorando um regime taxativo de momentos e causas de alteração do requerimento³⁵.

Vejamos, portanto: se houver audiência prévia e nela apresentado o requerimento de alteração; se não houver, parece que não pode ser alterado, salvo se esta for realizada por reclamação da parte. Esta solução literal por si só que possa parecer pode, muito bem, ser a pretendida pelo legislador: sem audiência não haveria necessidade de alterar o requerimento probatório.

³² Assim, RG 29-1-2015 / Proc. 80/12.6TBBCL-G.G1 (HELENA MELO)). Permanece, pois, no essencial aplicável, a doutrina anterior do Assento do Supremo Tribunal de Justiça n.º 14/94 de 26 de Maio dada a natureza instrumental e provisória da fase da condensação, a fixação dos factos assentes e a organização da base instrutória não tem eficácia preclusiva, não constituindo caso julgado formal; no mesmo sentido, veja-se o ac. STJ 31-3-2009/09B652 (JÓÃO BERNARDO)).

³³ Permanece atual, por isso, a jurisprudência relativa à matéria de facto assente e base instrutória, do ac. RL 13-10-2009/9181/06-1 (MARIA DO ROSÁRIO BARBOSA) segundo a qual aquela "pode [e] sempre ser alterada[...]", mesmo na ausência de causas supervenientes.

³⁴ Se o réu contestou ou auto replicou, respetivamente.

³⁵ Nesse sentido, PAULO RAMOS DE FÁRIA / ANA LUPSA LOUREIRO, Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil. Os Artigos da Reforma I, 2.ª ed., Coimbra, Almedina 2014, 473-475: "a imposição da apresentação de um requerimento probatório com o articulado e as restrições à sua alteração reforçam a ideia de estarmos perante um verdadeiro abuso de apresentação integral do requerimento probatório em simultâneo com a alegação do facto a provar, sob pena de preclusão da oportunidade de requerer a apresentação dos meios de prova, sendo insusceptível de gerar um convite do tribunal ao aperfeiçoamento do articulado (e), sob pena de violação do dever de imparcialidade". Nos tribunais, ac. RE 30-6-2016 / Proc. 978/09.9TBCTX-J.E1 (ALBERTINA PEDROSO).

De todo o modo h@quem tamb@m tenha defendido que os requerimentos se poderiam alterar mediante requerimento deduzido no prazo de 10 dias a que se refere o artigo 593 n 3 e h@tamb@m quem pugne pela aplicao anal@tica do que no artigo 598 n 2 se disp@ para o rol de testemunhas (que se pode alterar mais facilmente), invocando a prevalência do direito à prova ³⁶. Nesta segunda hip@tese, o requerimento probat@rio poderia ser alterado até 20 dias antes da data em que se realize efetivamente ³⁷a audiência final, sendo a parte contr@ria notificada para usar, querendo, de igual faculdade, no prazo de cinco dias.

Finalmente, o despacho de programao, proferido na audiência pr@via (cf. artigo 591 n 1 al. g) ou em despacho aut@nomo por dispensa daquela (cf. artigo 593 n 2 al. d)) serve para seriar cronologicamente, ap@s audio dos mandat@rios, os atos a realizar na audiência final, estabelecer o número de sess@es e a sua prov@vel durao e designar as respectivas datas. Essa programao tanto pode ser uma mera descrio da programao legal do artigo 602, como pode ser inovat@ria. Efetivamente, sem prejuízo de ser da competência do juiz, a programao deve, preferencialmente, ser acordada com as partes, nos termos da regra geral da marcao de diligências do artigo 151 n 1 a 3, expressão do princípio da cooperao (cf. artigo 7). A programao da data da audiência obsta a que as partes a evitem por meio de acordo de suspensão da instância, nos termos do artigo 272 n 4 (ver adiante).

A doutrina de LEBRE DE FREITAS ³⁸defende que, ao mesmo deste despacho, dever@o juiz julgar outros requerimentos atinentes à audiência final: os requerimentos probat@rios, admitindo ou rejeitando a admissão de provas constituendas (o que postula a sua inalterabilidade) posterior) e os requerimentos de realizao de atos a realizar antes da audiência (v.g., expedio de cartas precat@rias ou rogat@rias, solicitao de depoimento escrito a entidade com direito a depor dessa forma, notificao da parte contr@ria  que

³⁶ Assim, RUI PINTO, Notas II cit., 66-67.

³⁷ O advérbio  de LEBRE DE FREITAS, A Ao cit., 199 que o justifica: a fixao duma primeira data, havendo depois adiamento da audiência, nos termos do art. 154-1 ou do art. 603-1 não releva para o efeito, uma vez verificado o adiamento.

³⁸ A Ao cit., 199-200.

requereu a perícia para se pronunciar e nomear perito e para se fixar os termos da perícia (dia, local e prazo)).

Tal parece fazer sentido, efetivamente, pois que o juiz só pode programar os tempos da audiência se souber o que vai arrumar neles.

III. Pode a audiência, marcada para certa data, ser adiada?

A regra geral é a da sua realização como programado, sendo excepcionais as causas legais de adiamento. Estas estão indicadas no artigo 603 § 1º: impedimento do tribunal³⁹, falta de um dos advogados (salvo se a marcação da data fora acordada, nos termos do artigo 151 § 1º) ou verificação de justo impedimento, nos termos do artigo 140 § 1º.

Portanto, a ausência do advogado só causa adiamento da audiência se a data desta não tiver sido acordada (maxime, o juiz marcou apesar do advogado ter outra diligência incompatível, nos termos do artigo 151 § 3º⁴⁰) ou se, tendo sido acordada, ocorrer justo impedimento⁴¹, não bastando um mero "motivo imprevisto"⁴², devendo configurar um justo impedimento.

Justo impedimento ou não, por força do § 5º do artigo 151 § 1º, os mandatários judiciais devem comunicar prontamente ao tribunal quaisquer circunstâncias impeditivas da sua presença, i.e., mal lhe seja possível, idealmente antes. Se for comunicado antes da audiência, também tem de ser por justo impedimento (v. g., que vai ser sujeito a cirurgia urgente e súbita marcada para o dia do julgamento), não bastando a mera certeza de ausência do mandatário; se for atendido não se inicia a audiência. Se for comunicado depois (ou na pendência) da audiência, não lhe tendo sido possível antes, pode aplica-se ainda o regime do justo impedimento do artigo 140 § 1º determinando-se a repetição da totalidade ou de parte da audiência se o juiz assim o entender⁴³.

³⁹ Ao contrário do que escrevemos nas nossas *Notas* II cit., § 71 o juiz não se sujeita ao regime do justo impedimento previsto no final do § 1º para advogados e outras pessoas, porquanto a legitimidade do impedimento não é sujeita a decisão.

⁴⁰ Pois nele se lê que o juiz "ponderadas as razões aduzidas, pode alterar a data inicialmente fixada".

⁴¹ Exemplos de justo impedimento: apresentação de documento depois dos 20 dias que a lei dá no artigo 423 § 2º para a junção de documentos que seguiriam com os articulados, se a parte contrária não poder examiná-los no próprio ato, mesmo com suspensão dos trabalhos pelo tempo necessário, e o tribunal considerar o documento relevante e declarar que existe grave inconveniente no prosseguimento da audiência.

⁴² O que parece ser o entendimento de LEBRE DE FREITAS, *A a'ção* cit., 310.

⁴³ Efetivamente no direito pretérito o § 5º do artigo 651 § 1º determinava que "verificando-se a falta de advogado fora das circunstâncias previstas nas alíneas c) e d) do § 1º, os depoimentos, informações e esclarecimentos

Já quanto à ausência de qualquer outra pessoa que devesse comparecer ou a parte prescinde da sua audiência ou, se não prescindir, pode pedir a sua substituição por outra (cf., o artigo 508 n.º 3), no caso de testemunhas, sob pena de a testemunha ter de comparecer sob custódia⁴⁴, ou justificar a sua ausência na própria audiência ou nos cinco dias imediatos, para poder ser remarcada a sua específica audiência para a produção daquele depoimento ou declaração (cf. o artigo 508 n.º 3 al. b) segunda parte).

Logo que se verifique que a audiência não pode realizar-se no dia e na hora designados, deve o tribunal dar imediato conhecimento do facto aos intervenientes processuais, providenciando para que as pessoas convocadas sejam prontamente notificadas do adiamento, nos termos do n.º 5 daquele mesmo artigo 151 n.º 45. Se a audiência foi adiada por impedimento do tribunal, deve ficar consignado nos autos o respetivo fundamento; em especial, quando o adiamento se dever à realização de outra diligência, deve ainda ser identificado o processo a que respeita.

De todo o modo, as partes podem sempre acordar suspender a instância por períodos que, na sua totalidade, não excedam três meses, desde

são gravados, podendo o advogado faltoso requerer, após a audiência do respectivo registo, a renovação de alguma das provas produzidas, se alegar e provar que não compareceu por motivo justificado que o impediu de dar cumprimento ao disposto no n.º 5 do artigo 155.º. Atualmente não se prevê a possibilidade de repetição de atos de audiência (depoimentos, informações e esclarecimentos) por ausência súbita do mandatário posteriormente fundado em justo impedimento inesperado e na hora. cremos, porém, pode haver repetição de atos apelando à ratio do regime do justo impedimento. É certo que no plano literal o regime do artigo 140.º diz respeito à eventual parte nem aos seus representantes ou mandatários que obste à prática atempada do ato, i.e., ato sujeito a prazo perentório. Todavia quer o apelo à garantia constitucional de processo equitativo (cf. artigo 20.º n.º 4 CRP), quer ao correlativo princípio do contraditório para ato processual que afete a parte (cf. artigo 3.º n.ºs 2 e 3) autorizam a repetição de atos de audiência. Ora, o princípio da adequação formal, cujo escopo é justamente, assegurar um processo equitativo, dá o suporte legal suficiente para o tribunal poder lançar mão do regime do artigo 140.º Este é, também para esta circunstância, o regime adequado e suficiente para ser aplicado in casu, já não para a repetição ou extensão de prazos mas para a repetição de momentos processuais como são os de cada ato de audiência. Ainda dentro da margem de manobra ampla dada pelo artigo 547.º e em função do que for concretamente pedido no requerimento de repetição, fundado em justo impedimento, a extensão dos atos processuais a repetir pode variar. Tanto pode ser repetido um ato, como vários atos em renovação de alguma das provas produzidas, ou toda a audiência em situação extrema, antes não admitida no n.º 5 do artigo 691.º mas não completamente excluída no novo direito. De todo o modo, o próprio direito à repetição de ato processual não é absoluto: na decisão judicial, ao abrigo dos artigos 140.º n.º 2 segunda parte 547.º, o juiz deverá ponderar os vários princípios em presença. Assim, deve ter em conta não só o princípio do contraditório, mas também o da celeridade processual e o princípio da imediação, entre outros. Sopesando estes valores processuais e constitucionais poderá ter de negar o provimento pleno e integral ao requerimento do mandatário.

⁴⁴ Cf. o artigo 457 para o depoente de parte.

⁴⁵ Já se ocorrerem justificados obstáculos ao início pontual das diligências, o n.º 6 do artigo determina que o juiz deve comunicá-los aos advogados e a secretaria às partes e demais intervenientes processuais, dentro dos trinta minutos subsequentes à hora designada para o seu início. A falta da comunicação implica a dispensa automática dos intervenientes processuais.

que da^o n^o resulte o adiamento de audi^{nc}ia, ao abrigo do artigo 272^o n^o 4. Portanto, se a data de realiza^o da audi^{nc}ia j^o foi marcada, nomeadamente no despacho de programa^o, a suspens^o n^o vigora a partir dessa data.

III. A audi^{nc}ia final realiza-se perante juiz singular, determinado de acordo com as leis de organiza^o judici^{ria}. (artigo 599^o), o que postula que a qualidade da aprecia^o da prova n^o sofre degrada^o.

Postulado de aceita^o dif^{cil}, certamente estimulado pelos ganhos de racionalidade econ^{mica} na gest^o dos meios judici^{rios}. N^o 4, porventura, mera coincid^{nc}ia que, ao mesmo tempo, o Tribunal da Rela^o tenha visto ser refor^{ada} a sua compet^{nc}ia para modificar a decis^o proferida sobre a mat^{ria} de facto^o.

Na pr^{tica} a parte que pretender um tribunal coletivo dever^o quando seja admiss^{vel} interpor recurso de apela^o, pagando-o. Para tal a audi^{nc}ia ser^o sempre gravada, nos termos do artigo 155^o.

IV. Verificada a presen^a das pessoas que tenham sido convocadas, e n^o havendo raz^{oes} de adiamento, realiza-se a audi^{nc}ia final.

O juiz procurar^o sempre, e em primeiro lugar, conciliar as partes, se a causa estiver no ^ombito do seu poder de disposi^o.

Depois realizam-se os atos de instru^o, listados n^o 3 do artigo 604^o⁴⁶, segundo a respetiva ordem (sendo que os depoimentos das testemunhas seguem, por sua vez, a sequ^{nc}ia do artigo 512^o n^o 1, o mesmo se passando com os depoimentos de parte (cf. artigo 458^o)), salvo se outra constar do despacho de programa^o ou se o juiz, ao abrigo do poder previsto nos artigos 604^o n^o 8 e 512^o n^o 1 in fine, alterar a ordem de produ^o de prova, nos casos em que tal se justifique e ouvidas as partes

⁴⁶ Presta^o dos depoimentos de parte, exibi^o de reprodu^oes cinematogr^{ficas} ou de registos fonogr^{ficos}, podendo o juiz determinar que ela se fa^a apenas com assist^{nc}ia das partes, dos seus advogados e das pessoas cuja presen^a se mostre conveniente, esclarecimentos verbais dos peritos cuja compar^{nc}ia tenha sido determinada oficiosamente ou a requerimento das partes ou inquiri^o das testemunhas.

Quest²o que se pode colocar $\text{\textcircled{A}}$ a da articula²o com as declara²es de parte do artigo 466 $\text{\textcircled{A}}$. As declara²es de parte devem ser requeridas at $\text{\textcircled{A}}$ ao in^ocio das alega²es orais em 1. $\text{\textcircled{A}}$ inst^oncia, mas n^o t $\text{\textcircled{A}}$ m de ser requeridas na audi $\text{\textcircled{A}}$ ncia, podendo-o ser antes ⁴⁷.

Ora, o requerimento de declara²o de parte n^o deixa de estar sujeito a despacho de programa²o se for apresentado antes da audi $\text{\textcircled{A}}$ ncia final, eventualmente com altera²es se o mesmo j $\text{\textcircled{A}}$ tiver sido proferido nos termos dos artigos 591 $\text{\textcircled{A}}$ n $\text{\textcircled{A}}$ 1 al. g) e artigo 593 $\text{\textcircled{A}}$ n $\text{\textcircled{A}}$ 2 al. d). Mas se o requerimento de declara²o de parte for deduzido j $\text{\textcircled{A}}$ na audi $\text{\textcircled{A}}$ ncia final, e com atos j $\text{\textcircled{A}}$ a decorrer, nada obriga o tribunal a dar de imediato a palavra $\text{\textcircled{A}}$ parte: o $\text{\textcircled{A}}$ rg²o conserva o poder de acomodar o momento da declara²o de parte $\text{\textcircled{A}}$ programa²o pr $\text{\textcircled{A}}$ via da audi $\text{\textcircled{A}}$ ncia. No entanto, bem pode suceder que o requerimento seja apresentado depois de todos demais eventos programados $\text{\textcircled{A}}$ maxime, depoimentos das testemunhas $\text{\textcircled{A}}$ e imediatamente antes das alega²es orais ⁴⁸. Essa possibilidade est $\text{\textcircled{A}}$ no claro esp $\text{\textcircled{A}}$ rito da norma: o fito do instituto n^o $\text{\textcircled{A}}$ permitir $\text{\textcircled{A}}$ parte esclarecer-se por estar em estado de ignor^oncia do pr $\text{\textcircled{A}}$ vio desenrolar da audi $\text{\textcircled{A}}$ ncia final. Nesta hip $\text{\textcircled{A}}$ tese, a declara²o de parte n^o tem que ser o $\text{\textcircled{A}}$ ltimo ato de prova, porquanto pode a parte contr $\text{\textcircled{A}}$ ria pedir, por seu turno, admiss²o $\text{\textcircled{A}}$ declara²o de seu lado. Al $\text{\textcircled{A}}$ m disso, as declara²es de parte podem suscitar no juiz a conclus²o pela necessidade de promo²o de atos adicionais de prova no $\text{\textcircled{A}}$ mbito do seu poder inquisit $\text{\textcircled{A}}$ rio (incluindo depoimentos de parte, nos termos do artigo 452. $\text{\textcircled{A}}$ n. $\text{\textcircled{A}}$ 1).

Quando o considere conveniente para a descoberta da verdade, o juiz pode determinar a audi²o em simult^oneo, sobre determinados factos, de testemunhas de ambas as partes, ao abrigo do artigo 604 $\text{\textcircled{A}}$ n $\text{\textcircled{A}}$ 8.

V. Terminada a realiza²o de atos de prova ⁴⁹, abre-se, de cont $\text{\textcircled{A}}$ nuo ⁵⁰, tempo para alega²es orais

⁴⁷ Sobre este meio de prova, vejam-se as nossas Notas I cit., 377 ss.

⁴⁸ A parte pode muito bem ter assistido aos atos pr $\text{\textcircled{A}}$ vios, acompanhada pelo seu mandat $\text{\textcircled{A}}$ rio, e pretender, ap $\text{\textcircled{A}}$ estes, apresentar a sua vers²o dos factos.

⁴⁹ Salva a possibilidade de poderem ainda ser apresentados documentos supervenientes e moveis nos estritos limites dos artigos 423 $\text{\textcircled{A}}$ n $\text{\textcircled{A}}$ 2 e 416 n $\text{\textcircled{A}}$ 1.

⁵⁰ Por $\text{\textcircled{A}}$ m, o n $\text{\textcircled{A}}$ 4 do artigo 604 $\text{\textcircled{A}}$ ressalva que se $\text{\textcircled{A}}$ houver de ser prestado algum depoimento fora do tribunal, a audi $\text{\textcircled{A}}$ ncia $\text{\textcircled{A}}$ interrompida antes das alega²es orais, e o juiz e advogados deslocam-se para o tomar,

Nestas os advogados expõem as conclusões, de facto e de direito, que hajam extraído da prova produzida, ou seja fazem análise crítica da prova (LEBRE DE FREITAS ⁵¹) pela qual concluem quais os factos que o tribunal deve dar como provados e quais os que deve dar como não provados, após o que aplicam o que, na sua prática, seja o regime jurídico. Portanto, há uma concentração da discussão em atos factuais tendo por objeto tanto os factos, como o direito.

Tal como o juiz não está vinculado ao direito alegado pelas partes, também estas não estariam vinculadas à fundamentação jurídica apresentada nos articulados, escreve LEBRE DE FREITAS ⁵². O ponto é delicado pois a visto que, como decorre do artigo 581.º n.º 4, a causa de pedir é o facto jurídico concreto em que o autor funda o seu pedido de acção ou defesa ⁵³; como tal, não pode o autor deixar de estar vinculado a, pelo menos, o regime jurídico invocado nas razões de direito para os factos que apresentou: por ex., não pode qualificar como enriquecimento sem causa os factos que antes qualificara como de responsabilidade civil, salvo nos limites das normas que autorizam a alteração da causa de pedir, do artigo 265.º n.º 1.

Dada a relação de prioridade lógica entre pretensões, primeiramente alegar o mandatório do autor e depois o do réu ⁵⁴, podendo cada advogado pode replicar uma vez, nomeadamente (mas não exclusivamente) para o advogado do autor responder às alegações do advogado do réu quanto ao pedido reconvenicional.

As alegações orais não podem exceder, para cada um dos advogados, uma hora e as réplicas trinta minutos; o juiz pode, por fim, permitir que continue no uso da palavra o advogado que, esgotado o máximo do tempo legalmente previsto, fundamenta o requerer com base na complexidade da causa; nas acções de valor não superior à alçada do tribunal de 1.ª instância, os períodos de tempo previstos para as alegações e as réplicas são reduzidos para metade.

imediatamente ou no dia e hora que o juiz designar; prestado o depoimento, a audiência continua no tribunal.

⁵¹ A A ^{2o} cit., 311.

⁵² LEBRE DE FREITAS, A a ^{2o} cit., 312.

⁵³ Ver as nossas *Notas I* cit., XXX

⁵⁴ Salvo nas acções de simples apreciação negativa, em que a ordem é inversa, por causa da inversão do ônus da prova (cf. artigo 343.º n.º 1 do Código Civil), nota LEBRE DE FREITAS, A a ^{2o} cit., 312.

O advogado pode ser interrompido pelo juiz ou pelo advogado da parte contrária, mas, neste caso, só com o seu consentimento e o do juiz, devendo a interrupção ter sempre por fim o esclarecimento ou retificação de qualquer afirmação.

Em qualquer momento, antes das alegações orais, durante os mesmas ou depois de findas, o juiz pode ouvir o técnico designado.

Apesar da reforma, há doutrina, porém, quem defenda que se a complexidade das questões o justificar o juiz possa autorizar ou determinar oficiosamente, ao abrigo da adequação formal (cf. artigo 547), a produção em separado das alegações de direito⁵⁵.

3.2. Os princípios. Os poderes do juiz em matéria de facto, em especial.

I. A audiência final, regula-se por princípios cardinais especiais; a saber:

- a. princípio da plenitude da assistência do juiz (cf. art. 605)⁵⁶;
- b. princípio da publicidade da audiência (cf. art. 606 nº 1)⁵⁷;
- c. princípio da continuidade da audiência (cf. art. 606 nºs 2 a 5)⁵⁸;
- d. princípio da audiência contraditória (cf. artigo 415);
- e. Princípio da concentração;
- f. Princípio da oralidade;

⁵⁵ Assim, LEBRE DE FREITAS, A a' cit., 312.

⁵⁶ Assim, se o juiz durante a audiência final falecer ou se impossibilitar permanentemente, repetem-se os atos já praticados. Se for temporária a impossibilidade, interrompe-se a audiência pelo tempo indispensável, não ser que as circunstâncias aconselhem a repetição dos atos já praticados, o que é decidido sem recurso, mas em despacho fundamentado, pelo juiz substituto; o juiz substituto continua a intervir, não obstante o regresso ao serviço do juiz efetivo. Já se e for transferido, promovido ou aposentado concluir o julgamento (e também a elaboração da sentença, se foi transferido) exceto se a aposentação tiver por fundamento a incapacidade física, moral ou profissional para o exercício do cargo ou se for preferível a repetição dos atos já praticados em julgamento.

⁵⁷ A audiência é pública, salvo quando o juiz decidir o contrário, em despacho fundamentado, para salvaguarda da dignidade das pessoas e da moral pública, ou para garantir o seu normal funcionamento.

⁵⁸ A audiência é contínua, só podendo ser interrompida por motivos de força maior ou absoluta necessidade ou nos casos previstos no nº 1 do artigo 605. Se não for possível concluir a audiência num dia, esta é suspensa e o juiz, mediante acordo das partes, marca a continuação para a data mais próxima; se a continuação não ocorrer dentro dos 30 dias imediatos, por impedimento do tribunal ou por impedimento dos mandatários em consequência de outro serviço judicial já marcado, deve o respetivo motivo ficar consignado em ata, identificando-se expressamente a diligência e o processo a que respeita, não sendo considerado o período das férias judiciais, nem o período em que, por motivo estranho ao tribunal, os autos aguardem a realização de diligências de prova. As pessoas que tenham sido ouvidas não podem ausentar-se sem autorização do juiz, que a não concede quando haja oposição de qualquer das partes.

g. Princípio da imedia o

Mas além desses princípios instrumentais ou formais, sobressaem dos princípios gerais do contraditório (cf. artigo 2 ), inquisitório (cf. artigo 411 ), dispositivo, coopera o (cf. artigo 7 ), gestão processual e adequa o formal (cf. artigos 6  e 547 , entre outros). Todos eles desempenham um papel específico neste ato processual.

Destaquemos os princípios da gestão processual e adequa o formal e do inquisitório.

II. Os princípios da gestão processual e adequa o formal estão sempre presentes a audiência de julgamento através da regra enunciada no artigo 602  n  1 de que `O juiz goza de todos os poderes necessários para tornar útil e breve a discussão e para assegurar a justa decisão da causa`. Esses poderes são os dados por aqueles princípios.

J rmos referindo alguns exemplo como lançar mão do regime do artigo 140.  para permitir ao advogado que não pode invocar a tempo o seu impedimento o faça depois, ou para a produ o em separado das alega es de direito. Outro exemplo,   juiz admitir a inquiri o de testemunhas para além do limite previsto no n  1 do artigo 511 , ao abrigo do n  4 desse artigo.

Para l desta cláusula, ao juiz compete em especial:

- a) Dirigir os trabalhos e assegurar que estes decorram de acordo com a programa o definida;
- b) Manter a ordem e fazer respeitar as institui es vigentes, as leis e o tribunal;
- c) Tomar as providências necessárias para que a causa se discuta com eleva o e serenidade;
- d) Exortar os advogados e o Ministério Público a abreviarem os seus requerimentos, inquiri es;

- e) instâncias e alegações, quando sejam manifestamente excessivos ou impertinentes, e a cingirem-se à matéria relevante para o julgamento da causa, e retirar-lhes a palavra; quando não sejam atendidas as suas exortações;
- f) Significar aos advogados e ao Ministério Público a necessidade de esclarecerem pontos obscuros ou duvidosos.

III. O princípio do inquisitório do artigo 411.º determina que incumbe ao juiz realizar ou ordenar, mesmo oficiosamente, todas as diligências necessárias ao apuramento da verdade e à justa composição do litígio, quanto aos factos de que lhe é lícito conhecer.

O tribunal tem, por conseguinte, poderes-deveres de avaliação autónoma e oficiosa da necessidade seja de um concreto meio de prova, seja de um concreto ato processual meramente instrumental da instrução.

Essas diligências determinadas oficiosamente são, por exemplo: um depoimento de parte (cf. artigo 452.º n.º 1), uma perícia (cf. artigo 477.º), uma inspeção judicial (cf. artigo 490.º n.º 1 primeira parte), a alteração da ordem dos depoimentos ou da produção de prova (cf. artigos 604.º n.º 8 e 512.º n.º 1 in fine), a avocação do interrogatório a testemunha (cf. artigo 516.º n.º 5), a comunicação direta do tribunal com o depoente (cf. artigo 520.º), a acareação de testemunhas (cf. artigo 523.º), a inquirição de pessoa não oferecida como testemunha (cf. artigos 526.º e 510.º n.º 2).

Ora qual o objeto fático destas diligências? De que factos é lícito ao tribunal conhecer? Há que voltar ao já abordado artigo 5.º.

Dele decorre de que ao juiz é lícito conhecer

- a. factos articulados pelas partes, que já vimos serem factos principais, complementares e instrumentais que entenda alegar
- b. factos instrumentais que resultem da instrução da causa;
- c. 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;

- d. factos notáveis e aqueles de que o tribunal tem conhecimento por virtude do exercício das suas funções, nos termos do artigo 412.º.

Concretizemos.

IV. Em primeiro lugar, na sequência do já tenhamos escrito atrás, o juiz não pode conhecer oficiosamente factos principais, salvo se forem notáveis, de conhecimento oficioso ou que conheça por virtude das suas funções⁵⁹. Diversamente, o que o juiz pode e ordenar as atividades oficiosas de instrução legalmente permitidas quanto a esses factos, como se viu.

Quanto ao facto notável⁶⁰ concordamos com o ac. RL 13-11-2014/Proc. 673/03.2TYLSB.L1-6 (ANA AZEREDO COELHO) que afirma que «A invocação pelo juiz da notoriedade do facto carece [] da invocação da efectividade da percepção directa geral do facto notável primário ou da invocação do raciocínio de que decorre o facto notável secundário e sua acessibilidade às pessoas de cultura média da comunidade visada e pertinente».

V. Em segundo lugar, quanto aos factos que sejam complemento ou concretização dos que as partes hajam alegado e resultem da instrução da causa. São os factos factos complementares; não podem ser factos principais.

Recorde-se que, eventualmente, as partes poderiam ter alegado; não os alegaram, mas também não era necessários (ou, pelo menos, o juiz assim o entendeu) para a compreensão dos seus fundamentos de facto, pelo que o juiz não ordenara a correção nos termos do artigo 590.º n.º 4. Um exemplo, o

⁵⁹ Neste sentido o ac. RC 18-11-2014/Proc. 210/11.5TBCNF.C1 (HENRIQUE MANTUNES) concluiu que sendo um dado facto um facto essencial da excepção peremptória e não tendo sido alegado, ele não podia ser considerado pela Sra. Juza de Direito nem, muito menos, com melhores razões, pode sê-lo por esta Relação. [] Tal facto, ainda que resulte da instrução da causa, não pode, pelas razões apontadas, ser caracterizado como simples facto complementar ou concretizador pelo que não pode incluído no processo.

⁶⁰ RL 13-11-2014/Proc. 673/03.2TYLSB.L1-6 (ANA AZEREDO COELHO): «Notável o facto percebido pela generalidade dos cidadãos directamente, pelo modo da percepção humana que na sua fonte sensorial, ou o facto decorrente de um facto assim directamente percebido, seguido de um raciocínio acessível a todas as pessoas da comunidade de cultura média. Ver ainda, RC 18-11-2014/Proc. 210/11.5TBCNF.C1 (HENRIQUES ANTUNES), RC 20-1-2015/Proc. 138599/13.2YIPRT.C1 (BARATEIRO MARTINS) e RC 27-1-2015/Proc. 1990/07.8TBAGD.C1 (MARIA DOMINGAS SIMÕES).

aditamento de facto na sentença, não incluído na base instrutória e não alegado nos articulados (ũ) resultante de confissão do réu feita através de depoimento de parte (RL 31-1-2013/ Proc. 396/2000.L1-2 (JORGE VILARÇA)).

O juiz já antes tinha este poder em sede de artigo 264.º n.º 3 mas com uma significativa diferença: desde que a parte interessada manifeste vontade de deles se aproveitar e a parte contrária tenha sido facultado o exercício do contraditório; agora basta que sobre eles tenham tido a possibilidade de se pronunciar as partes; não é necessária manifestação de vontade da parte a que facto diz respeito ⁶¹.

Portanto, a consideração dos factos essenciais que sejam complemento ou concretização dos alegados não depende já de requerimento da parte interessada, isto é, a sua consideração pode ser oficiosa, resume o ac. RP 15-9-2014/Proc. 3596/12.0TJVNF.P1 (MANUEL DOMINGO DOMINGUES).

Eis, pois, uma clara diminuição do dispositivo, em favor da verdade material. E se a parte se opuser à consideração desses factos ⁶²?

VI. Dada a sua natureza complementar, estes factos trazidos ao processo pelo tribunal devem integrar-se nos factos que as partes já tinham trazido, não podendo negar ou ser contraditórios com estes. Nesta linha ter-se-á o RC 27-1-2015/Proc. 1990/07.8TBAGD.C1 (MARIA DOMINGAS SIMÕES) quando

⁶¹ Neste sentido, PAULO RAMOS DE FARIA / ANA LOUREIRO, Primeiras notas I cit., 39: o posicionamento da parte permite que ela saiba que o pedido de consideração de todos os factos essenciais por aquele objeto, alegados ou não, ser-lhe-á imputado. Opostamente, LEBRE DE FREITAS, A acção cit., 309 entende que se exige ainda que a parte a quem os factos aproveitem os introduza como matéria da causa, mediante a manifestação, equivalente a uma alegação da vontade de deles se aproveitar, como derivado do princípio dispositivo. Essa é, aliás, a posição seguida no ac. RP 29-5-2014/Proc. 388436/10.0YIPRT.P1 (PEDRO MARTINS) (ũs partes cabe alegar quer os factos essenciais, quer os factos complementares ou concretizadores [ũ]; quanto aos últimos, ter-se pelo menos, de declarar a vontade de deles se aproveitar, o que far-se-á as vezes da alegação) e no ac. RC 20-1-2015/Proc. 138599/13.2YIPRT.C1 (BARATEIRO MARTINS) que concluiu que, por isso, o juiz não tem (não pode) [ũ incluir tudo (o que se discutiu no julgamento e que antes nunca se disse/alegou) no elenco factual da sentença; o mesmo sentido ver, ainda, RC 18-11-2014/Proc. 210/11.5TBACNF.C1 (HENRIQUES ANTUNES). No entanto, e sem prejuízo da necessária prévia audição das partes e da necessária seleção crítica dos factos concretizadores, no novo contexto do artigo 5.º parece que se pretendeu limitar o dispositivo. A lei é muito óbvia na supressão da necessidade de adesão da parte ao facto. A verdade material (enquanto verdade do juiz) será agora, um objetivo com mais um instrumento que se sobrepõe à verdade das partes. É, por isso, desnecessária uma manifestação de vontade da parte. De todo o modo, os riscos de perda de imparcialidade do juiz aconselham a extremo cuidado no uso deste poder oficioso.

⁶² A seguirmos o citado entendimento de PAULO RAMOS DE FARIA / ANA LOUREIRO, Primeiras notas I cit., 39 a resposta é negativa, dado o referido posicionamento da parte. Já MARIA DOS PRAZERES BELEZA, Φnus de impugnação, Cadernos V. O novo processo civil - Textos e jurisprudência, www.cej.pt, depois de dar resposta afirmativa, coloca várias dúvidas a essa possibilidade por via do regime da alegação de factos posteriores aos articulados.

considerou que, como nos factos complementares est²o `ainda aqui em causa factos essenciais [ũ], exige [ũ] a lei uma conex²o `objectiva_ entre o n^ocleo da mat²ria de facto alegada e os factos omitidos no articulado_.

De outro, modo. os factos complementares nada teriam a ver com os factos principais (e complementares) j^oalegados.

Por ex. ` de considerar que se verifica a exigida identidade, ainda que parcial, se os RR invocam, embora com deficiente concretiza²o, o reconhecimento de uma cess²o n^o consentida com fundamento na pr²tica, pela r² sociedade, de actos omissivos ao longo dos tempos, ap²s ter tomado conhecimento da transmiss²o, e o juiz considerou a final outros factos, adquiridos para o processo na fase de julgamento, os quais, em seu entender, preenchem o conceito de consentimento t²cito a que se refere o n.º 6 do art. 230.º do CSC_ (o ac. RC 27-1-2015/Proc. 1990/07.8TBAGD.C1 (MARIA DOMINGAS SIM^oES)).

VII. Naturalmente que a aquisi²o processual pelo juiz destes factos que sejam complemento ou concretiza²o sup²be a licitude da sua produ²o e a admissibilidade processual.

Quanto ² licitude se, por ex., em depoimento a parte confessou factos novos concretizadores, parece que eles n^o poder²o ser considerados se integrarem o ^ombito processualmente inadmiss^ovel da confiss²o, fixado no artigo 354.º CC, pois esses factos existem para o processo enquanto factos confessados.

Quanto ² admissibilidade n^o podem ser adquiridos judicialmente factos complementares ou concretizadores que a parte traga para o processo por meio das suas declara²oes (cf. artigo 466.º) fora das mesmas condi²oes em que eles seriam admitidos num articulado superveniente (cf. art. 588.º).

VIII. No plano procedimental, enquanto a alega²o dos factos essenciais da a²o e da defesa (principais e complementares) faz-se nos articulados; os poderes de cogni²o do tribunal t², m lugar essencialmente em audi²ncia final. Pelo meio, a supress²o da base instrut²ria e sua substitui²o por

temas de prova, porventura sem assentimento de factos permite que a cognição do juiz se mantenha aberta todo o tempo até ao encerramento da audiência final.

Sempre que o tribunal pretender adquirir oficiosamente para o processo factos complementares deve notificar as partes para se pronunciarem: a consideração oficiosa dos factos complementares não pode ser feita sem que as partes se pronunciem sobre ela, ou seja, o juiz, ante a possibilidade de tomar em consideração tais factos, tem que alertar as partes sobre essa sua intenção operando o exercício do contraditório e dando-lhe a possibilidade de arrolar novos meios de prova sobre eles, enuncia o ac. RP 15-9-2014/Proc. 3596/12.0TJVN.F.P1 (MANUEL DOMINGO DOMINGUES).

O despacho do juiz ser passível de apelação diferida, a final, nos termos do artigo 644.º n.º 3.

Despachada que seja a admissão dos factos complementares ou concretizadores (ou dos factos instrumentais), ou antes, aquando do convite à pronúncia das partes exigido pela al. b) do n.º 2 in fine, segundo o ac. RP 15-9-2014/Proc. 3596/12.0TJVN.F.P1 (MANUEL DOMINGO DOMINGUES)) o tribunal deve convidar as partes a, querendo, oferecer prova quantos aos novos factos⁶³, sob pena de nulidade. Nada impede, aliás, a parte de requerer a produção de prova sobre esses factos; em caso de indeferimento caber apelação imediata nos termos do art. 644.º n.º 2 al. c).

O juiz deve, por conseguinte, avisar as partes, em ordem a evitar sentenças-surpresa.

Efetivamente, a verdade do juiz não é melhor ou mais legítima que a verdade das partes. Uma vez adquiridos estes factos, complementares ou concretizadores, integrar a fundamentação de facto da sentença, para os efeitos do artigo 607.º n.os 3 e, sem que haja nulidade por excesso de pronúncia⁶⁴.

⁶³ Identicamente, LEBRE DE FREITAS / ISABEL ALEXANDRE, Código de Processo Civil anotado I, 2014, 18.

⁶⁴ Cf., neste sentido, RC 27-1-2015/Proc. 1990/07.8TBAGD.C1 (MARIA DOMINGAS SIMÕES).

IX. Em terceiro lugar, parte do que se acabou de escrever, vale para os factos instrumentais.

Assim, também a aquisi o processual pelo juiz destes factos supõe a licitude da sua produ o e a admissibilidade processual.

Apesar de a lei não o dizer, parece ser de entender que sempre que o tribunal pretender adquirir oficiosamente para o processo factos instrumentais, pelo menos os que sejam base de presun es legais ou de um facto contrário a uma presun o legal, deve notificar as partes para se pronunciarem e querendo oferecer ou requerer nova prova. Também o subsequente despacho do juiz será passível de apela o diferida, a final, nos termos do artigo 644.  n.  3.

Naturalmente que, como declara, o ac. STJ 13-12-2001 (MIRANDA GUSMÃO) quanto `aos factos instrumentais, o tribunal pode não s e investigar os como ordenar quanto a eles as actividades instrutórias que possam ser de iniciativa oficiosa.

4. A sentença final: a decisão sobre a matéria de facto. I. No direito anterior   Lei n.  41/2013, de 26 de Junho, em sede de processo ordinário, a decisão sobre a matéria de facto tinha lugar após o encerramento da audiência de julgamento (cf. anterior artigo 653.  n.  2). Na nova versão do Código de Processo Civil, o legislador suprimiu a decisão sobre matéria de facto, no termo da audiência de julgamento ⁶⁵: após a umas alega es de facto e de direito,   encerrada a audiência a audiência final e o processo  , então, concluso ao juiz, para ser proferida sentença no prazo de 30 dias.

Mas se o juiz não se julgar suficientemente esclarecido, pode ordenar a reabertura da audiência, ouvindo as pessoas que entender e ordenando as demais diligências necessárias. Portanto pode ordenar esclarecimento de prova obscura ou duvidoso, prova nova, audi o de uma das partes quanto a prova relativamente   qual não dera essa possibilidade.

⁶⁵ No entanto, LEBRE DE FREITAS, A A o cit., 312 defende que se a complexidade das questões o justificar o juiz possa autorizar ou determinar oficiosamente, ao abrigo da adequa o formal (cf. artigo 547 ), a produ o em separado das alega es de direito, como j referimos, mas também a prola o de decisões separadas, de facto e de direito.

II. Deixou de haver uma autônoma decisão de facto. Por isso, bem se pode chegar à sentença sem o proferimento de despacho formal sobre factos assentes.

Na realidade, a decisão de fixação de factos provados passou a ser uma decisão formalmente não autónoma, mas decisão, ainda assim, no seio da fundamentação da sentença, prejudicial do dispositivo desta. Por outro lado, naturalmente que neles se incluem os factos complementares ou instrumentais que venham a ser adquiridos processualmente, nos termos do artigo 5.º n.º 2 al. b) e c): também eles integram a fundamentação de facto da sentença para os efeitos dos n.ºs 3 e 4, sem que haja nulidade por excesso de pronúncia. Cf., neste sentido, RC 27-1-2015/ Proc. 1990/07.8TBAGD.C1 (MARIA DOMINGAS SIMÕES).

Efetivamente, os n.ºs 3 e 4 do artigo 607.º determinam que após o relatório se sigam os fundamentos, devendo o juiz discriminar os factos que considera provados e indicar, interpretar e aplicar as normas jurídicas correspondentes, concluindo pela decisão final.

Será na fundamentação da sentença que o juiz declara quais os factos que julga provados e quais os que julga não provados.

- analisando criticamente as provas, para o que aprecia livremente as provas segundo a sua prudente convicção acerca de cada facto nos termos do artigo, a qual não abrange os factos para cuja prova a lei exija formalidade especial, nem aqueles que só possam ser provados por documentos ou que estejam plenamente provados, quer por documentos, quer por acordo ou confissão das partes,

- indicando as ilações tiradas dos factos instrumentais e especificando os demais fundamentos que foram decisivos para a sua convicção;

- tomando ainda em consideração os factos que estão admitidos por acordo, provados por documentos ou por confissão reduzida a escrito,

- compatibilizando toda a matéria de facto adquirida e extraindo dos factos apurados as presunções impostas pela lei ou por regras de experiência.

São os factos que são dados como provados; não os temas da prova. Portanto, a sentença não pode apresentar como fundamentação de facto os temas da prova em si mesmo. Importante a este respeito o ac. RL 29-5-2014/Proc. 444/12.5TVLSB.L1-6 (ANTÓNIO MARTINS) "Quando não contenham factos concretos, é evidente que não serão os temas de prova a ser julgados provados ou não provados na sentença, já que a decisão sobre a matéria de facto nunca se poderá bastar com tais formulações genéricas, de direito ou conclusivas, exigindo-se que o tribunal se pronuncie sobre os factos essenciais e instrumentais (que devem transitar para a sentença) pertinentes à questão enunciada".⁶⁶. Em tal caso, o que deve considerar-se provado ou não provado são os factos com base nos quais se pode concluir ou não pela conclusão factiva enunciada como tema da prova.

E já agora note-se esta afirmação da mesma Relação "Decidindo a primeira instância de facto por referência ao tema conclusivo, pode a Relação preferir decisão sobre os factos de que se infere".

III. Em função do delimitarmos ser o objeto da instrução (todos os factos controvertidos, alegados ou resultante da instrução⁶⁷) assim também objeto da decisão de facto os têm por objeto, pondo fim à sua controversação, ainda que sejam factos instrumentais⁶⁸.

No entanto, ABRANTES GERALDES⁶⁹, defende que há que distinguir: os factos instrumentais que fundam presunções legais devem ser objeto de decisão de facto explícita; os factos instrumentais de presunções judiciais (alegados ou

⁶⁶ Citando aqui PAULO RAMOS DE FARIA, A reforma da base instrutória: uma regressão, in A Reforma do Processo Civil. Contributos, Revista do Ministério Público, Cadernos II-2012, pág. 37-48.

⁶⁷ Nesse sentido, o ac. RP 29-1-2015 / Proc. 1647/12.8TBMALP1: "os factos instrumentais [ú] relevantes devem ser tomados em consideração na sentença independentemente da respetiva alegação".

⁶⁸ Assim, LEBRE DE FREITAS, *A A'ção cit.*, 197-198.

⁶⁹ *Senten'ça cível*, 2014, www.stj.pt

resultantes de instrução), em regra, não devem ser objeto de juízo probatório específico, mas integrar a motivação da decisão de facto.

Claro que se um mesmo facto for ao mesmo tempo instrumental de facto principal para certos efeitos normativos e, por isso mesmo, facto principal para outros efeitos normativos, está inquestionavelmente, sujeito a juízo probatório próprio.

Porventura a questão tem ser mais simplificada, até porque arrisca-se a ficar a justiça material dependente de qualificações técnicas: deve ser objeto de juízos de prova (provado / não provado) todos os factos alegados e não confessados ou admitidos por acordo e todos os factos trazidos ao processo pelo juiz. Se as partes, no quadro fixado pelos temas da prova, divergirem sobre uma presunção judicial (vg., significado de um rasto de travagem) a decisão final deve por termo à divergência sobre a realidade desse facto. Não se pode obrigar as partes a recorrer ou a reclamar por omissão de pronúncia por o juiz.

No final, talvez a questão seja outra: deveriam todos os factos controvertidos instrumentais ser levados à decisão de facto ou poderia o juiz nem sequer se pronunciar se não forem relevantes para a decisão final?

5. A impugnação da matéria de facto. 5.1. Reclamação e apelação. I. A decisão sobre a matéria de facto pode ser objeto de impugnação do recurso nos termos dos artigos 615.º e 616.º.

Já no campo recursivo da apelação a impugnação da decisão não autónoma sobre a matéria de facto passou a ser um dos fundamentos de recurso da sentença, sujeito ao âmbito do artigo 640.º e convocando um prazo mais longo de recurso, nos termos do artigo 638.º n.º 7.

Efetivamente, se a regra é a de que "O prazo para a interposição do recurso é de 30 dias e conta-se a partir da notificação da decisão, reduzindo-se para 15 dias nos processos urgentes e nos casos previstos no n.º 2 do artigo 644.º e no artigo 677.º", já se "o recurso tiver por objeto a reapreciação da prova gravada, ao prazo de interposição e de resposta acrescem 10 dias".

II. Coloca-se a dúvida se pela conjugação dos n.os 1 e 7 do artigo a se forma um prazo único e ininterrupto de 40 dias ou dois prazos sucessivos de 30 dias e de 10 dias, caso em que cada prazo poderia beneficiar dos diferimentos e suspensões atrás referidas. O melhor entendimento seria de que o "acréscimo" de 10 dias não constitui um prazo autônomo em si mesmo, resultando dos preceitos em questão um único "prazo alargado" (RP 10-7-2013/Proc. 391/11.8TBCHV.P1 (MANUEL DOMINGOS FERNANDES) ou "extensão" do prazo (ac. RL 19-2-2013/Proc. 1907/11.5TVLSB.L1-7 (LUPS ESPRITO SANTO). Neste sentido, o ac. STJ 28-2-2013/Proc. 625/08.6TBBCL-C.G1.S1 (SÉRGIO POZAS) alude a um prazo de 40 dias ⁷⁰.

Esta solução é a mais correta no plano da materialidade subjacente. Isto porque este prazo sempre se destinou a que o recorrente pudesse cumprir os termos do artigo 640.º, introduzido pelo Decreto-Lei n.º 39/95, de 15 de fevereiro, por meio do artigo 680.º-A, posteriormente renumerado para artigo 685.º-B: foi para "compensar esse acréscimo de tempo gasto com o cumprimento daqueles termos que a lei concede ao recorrente este acréscimo de prazo para preparar, elaborar e apresentar as respectivas alegações", -se, justamente, no ac. RP 26-5-2009/Proc. 905-B/2001.P1 (GUERRA BANHA), na linha do ac. STJ 22-1-2009/Proc. 08B4018 (SANTOS BERNARDINO) ⁷¹.

⁷⁰ Veja-se dois exemplos concretos da aplicação desta solução. O primeiro provém do ac. TCA (S) 26-3-2015/Proc. 11727/14 (PEDRO MARCHÚO MARQUES), em processo urgente: "De acordo com a factualidade considerada no despacho reclamado, a qual não vem questionada, tendo a Recorrente e ora Reclamante sido notificada da sentença recorrida por ofício expedido pelo Tribunal a quo no dia 26.09.2014, resulta que a mesma se considerou notificada de tal decisão no dia 29.09.2014 (cfr. art. 248.º do CPC). Assim o prazo de 25 dias (15 mais 10 por vir reapreciada a prova gravada) de que dispunha para recorrer teve início a 30.09.2014 e o seu terminus no dia 24.10.2014 (sexta-feira). Por fim, o recurso em apreço foi interposto no dia 29.10.2014, ou seja, para além daquela data (24.10.2014).". O segundo exemplo tira-se do ac. RE 11-6-2015/Proc. 6824/05.5TBSTB-B.E1 (CONCEIÇÃO FERREIRA): "Como regra, o prazo de interposição de recurso é de 30 dias e conta-se a partir da notificação da decisão (art. 638.º, n.º 1, do CPC). Se o recurso tiver por objeto a reapreciação da prova gravada, ao prazo de interposição e de resposta acrescem 10 dias (art. 638.º, n.º 7, do CPC). No caso em apreço, uma vez que a reclamante/recorrente no processo queria a reapreciação da prova gravada, tal prazo para recorrer era de 40 dias (30+10). [ú] No caso sub judice não resulta alegada ou demonstrada a impossibilidade de interpor o recurso por via eletrónica em resultado de "constrangimentos técnicos ao acesso e utilização do CITIUS", nem "por via física, sendo certo que pelo menos inexistia impossibilidade de praticar o ato (de interposição de recurso) através de suporte em papel. Não há pois, lugar à suspensão do prazo prevista no art. 5.º, n.º 1 do D.L. 150/2014, de 13/10.", i.e., ao fim de 40 dias corridos

⁷¹ Cf. id. n.º ratio em LEBRE DE FREITAS / RIBEIRO MENDES, Código de Processo Civil anotado 3 / I, 2.ª ed., 2008, 53.

Obviamente que, portanto, o objeto destes 40 dias é a prática de um mesmo, único e concentrado ato processual, cumprindo os diversos atos, seja dos artigos 639.º, como do artigo 640.º: o ato de interposição de recurso ⁷².

III. Por seu turno, o artigo 640.º estabelece, para além dos atos gerais de alegações e conclusões previsto no artigo 639.º, um ato especial em matéria de facto que é um misto de justificação de necessidade e de princípio da cooperação para a descoberta da verdade, do artigo 417.º

Daqui decorre que, por um lado a necessidade de cumprimento destes atos não pode ser um fim em si mesmo, que, na prática, tolha o recorrente e o recorrido do exercício dos direitos constitucionais ao recurso e à defesa; por outro lado, esses atos não podem ser simples manifestação de inconsequente inconformismo, sem real mais valia funcional (RL 13-3-2014/ Proc. 569/12.7TVLSB.L1-6 (VPTOR AMARAL)).

Adicionalmente, completando os atos de concretização do erro de julgamento e do meio probatório fundamental para nova decisão (cf. als. a) e b) do n.º 1) que já, em de termos, o Código traz agora o novo ato enunciado na al. c) do n.º 1 de especificação da decisão que no entender, do recorrente deve ser proferida sobre as questões de facto impugnada. Este, como os anteriores atos, permite, ao mesmo tempo, racionalizar o exercício do direito ao recurso, reduzindo abusos, e coloca sobre o recorrente a tarefa de, na sua auto-responsabilidade, restringir o objeto do recurso ⁷³.

O resultado da satisfação destes atos irá constituir o objeto de conhecimento da Relação em matéria de facto, tal como delimitado pelas alegações e conclusões do recorrente.

⁷² Precisamente, por esta razão o ac. STJ 22-1-2009/Proc. 08B4018 (SANTOS BERNARDINO) além de tratar o prazo como um sê declarou ainda que não há que descontar, nos 40 dias de que, nesse caso, o recorrente dispõe para alegar, o período temporal que decorre entre o pedido da cópia das fitas magnéticas, pela parte interessada, e o seu fornecimento pelo tribunal, que deve ocorrer, nos termos do n.º 2 do art. 7.º do Dec-lei 39/95, de 15 de Fevereiro, no prazo máximo de oito dias, tratando-se de prazo processual que começa a correr a partir da data da notificação do despacho de recebimento do recurso, sendo certo que, como flui do disposto no n.º 1 do art. 144.º, o prazo processual, estabelecido por lei ou fixado pelo juiz, é contínuo, sê se suspendendo durante as férias judiciais.

⁷³ Neste sentido, o ac. RL 13-3-2014/Proc. 569/12.7TVLSB.L1-6 (VPTOR AMARAL) nota que a exigência nova de reforço do ato de alegação e conclusão, por forma a obviar à interposição de recursos de pendente genérico ou inconsequente.

O n.º cumprimento das especificações do n.º 1 n.º pode ser objeto de convite ao aperfeiçoamento, como previsto no artigo 639.º n.º 3 para a impugnação da matéria de direito ⁷⁴.

IV. Quão pode a decisão em matéria de facto ser alterada pela Relação? Leia-se o artigo 662.º, sucessor do anterior artigo 712.º.

Esse artigo vem alargar e melhorar os poderes que no anterior artigo 712.º se atribuíam à Relação com o fito de `garantir um segundo grau de jurisdição relativamente à matéria de facto impugnada_ como sumaria o ac. RP 21-1-2014/ Proc. 900/12.5TVPRT.P1 (FERNANDO SAMŨES).

Comparativamente com o que se dispunha no anterior artigo 712.º, passou a ser um poder-dever da Relação alterar a decisão proferida sobre a matéria de facto: se antes `a matéria de facto pode ser alterada pela Relação_ agora a Relação `deve alterar a decisão proferida sobre a matéria de facto_; identicamente as competências enunciada no n.º 2 são ainda poderes-deveres. Ambos os números não deixam espaço para discricionariedade, na qual o tribunal superior se possa escudar para não promover a alteração da decisão sobre a matéria de facto: os fundamentos e os meios procedimentais estão amplamente `disposição dos Desembargadores.

A esta mudança não alheia a generalização da regra de que a audiência final é sempre gravada, nos termos do artigo 155.º

As competências de modificabilidade da decisão em matéria de facto podem ser arrumadas em quatro categorias: (i) competência de substituição da decisão de facto sem renovação da prova, enunciada no n.º 1; (ii) competência de substituição da decisão de facto com renovação autónoma da prova, do n.º 2 al. a) e b); (iii) competência de cassação da decisão de facto com renovação do julgamento ou da prova, do n.º 2 al. c); (iv) competência de cassação da decisão de facto com renovação da fundamentação, do n.º 2 al. d).

⁷⁴ Cf., nesse sentido, o mesmo ac. RL 13-3-2014/Proc. 569/12.7TVLSB.L1-6 (VPTOR AMARAL).

V. As competências de substituição da decisão de facto: sem renovação da prova estão enunciadas no.º 1 do artigo da competência da Relação para modificar a decisão da 1.ª instância sobre a matéria de facto usando as provas que constam dos autos. O pressuposto processual específico que os factos tidos como assentes, a prova produzida ou um documento superveniente impuserem decisão diversa.⁷⁵

Trata-se de uma desconformidade entre os elementos de prova disponíveis e aquela decisão, nos concretos pontos questionados (RG 13-2-2012/ Proc. 3592/03.9TBBERG-B.G1 (EDUARDO JOSÉ OLIVEIRA AZEVEDO)) que no direito pretérito deveria deve ser manifesta ou flagrante, apesar de a letra da lei não o determinar. No quadro atual em que a audiência final é sempre gravada esse requisito parece ser, em geral, desnecessário.⁷⁶

A modificação consiste na revogação total ou parcial da decisão recorrida e posterior substituição por nova decisão de facto. Trata-se, pois, de alterar a fundamentação de facto da decisão final (cf. artigo 607.º n.os 3 e 4).

Uma vez operada a modificação a Relação tanto pode manter a decisão final (cf. artigo 607.º n.º 3 in fine) como pode revogá-la, total ou parcialmente.

VI. As competências de substituição da decisão de facto com renovação autónoma da prova são as das al. a) e b) do n.º 2 do artigo: a Relação pode para modificar a decisão da 1.ª instância sobre a matéria de facto após nova produção de prova. Essa competência pode exercer-se em duas situações, com pressupostos diferentes.

A situação da al. a) é restrita a certos meios de prova: a Relação tem dúvidas sérias sobre a credibilidade do depoente ou sobre o sentido do seu depoimento, seja depoimento de testemunha ou depoimento de parte. Pode, por isso, ordenar a renovação da produção do depoimento.

A situação da al. b) é ampla: a Relação tem dúvida fundada sobre a prova realizada, qualquer que possa ser. Pode ordenar a produção de novos meios de prova, tanto em substituição de anteriores, como em inovação perante os que

⁷⁵ Neste sentido, RL 1-4-2014/Proc. 140967/12.8YIPRT.L1-1 (JOSÉ RAMOS DE SOUSA).

⁷⁶ Assim, ABRANTES GERALDES, Recursos no novo Código de Processo Civil 2, 2014, 232-233.

j) haviam sido produzidos. Por ex. apesar de nenhuma das partes ter impugnado a Decisão sobre a Matéria de Facto, pode lançar mão dos poderes oficiosos constantes dos n.os 1 e 2, alínea b) do art. 662.º do NCPC e solicitar, nesse âmbito, informação sobre Seguradora Social relativa aos descontos feitos pela entidade empregadora (ũ) e, na posse desses novos elementos, alterar a Matéria de Facto e o subsequente julgamento de direito (RL 9-5-2014/Proc. 17465/12.0T2SNT.L1-4 (JOSÉ EDUARDO SAPATEIRO)).

Nestas situações, decorre da al. a) do n.º 3 que a própria Relação observar o preceituado quanto à instrução, discussão e julgamento na 1.ª instância, i.e., os artigos 412.º ss. e 600.º ss. Cabe ao relator o poder de direção dessas diligências, nos termos do artigo 652.º, n.º 1, alínea d), conjugado com o artigo 6.º, tornando desnecessário que o processo baixe à primeira instância para recolha de uma prova essencial (ũ) que o tribunal da Relação pode, por si mesmo, obter (RC 24-6-2014/Proc. 2082/11.0TBPBL-O.C1 (ALBERTINA PEDROSO)).

VII. O objeto de conhecimento da Relação em matéria de facto é dado pelas alegações e conclusões do recorrente, nos termos do artigo 640.º. Portanto, a alteração há-de ser feita dentro desses limites: não pode ser revogada uma decisão judicial sem que as partes o peçam e na medida do que elas peçam (*tantum devolutum quantum appellatum*).

No entanto, a circunstância de os n.os 1 e 2 enunciarem poderes-deveres parece permitir que, desde que verificado o impulso recursivo por meio de requerimento, a Relação possa ir para lá desses limites. Aliás, a alteração à decisão sobre a matéria de facto deve ser levada a cabo em termos que ela mantenha a sua coerência lógica e jurídica: a Relação deve alterar a decisão proferida sobre a matéria de facto, não remetendo, mas integrando os novos pontos provados ou não provados. Ora, justamente, como tal pode e deve adaptar outros pontos, mesmo que não impugnados expressamente, de modo a evitar contradições (STJ 4-7-2013/Proc. 1727/07.1TBSTS-L.P1.S1 (MOREIRA ALVES)).

Para cumprir estes desideratos o artigo dota a Relação de poderes de reapreciação da prova que tem a mesma amplitude dos poderes de 1.ª instância (RP 21-1-2014/ Proc. 900/12.5TVPRT. P1 (FERNANDO SAMUES)). Não se trata apenas de proferir nova decisão com os mesmos elementos de facto e direito de que o juiz de 1.ª instância dispunha, mas de produzir no processo novas e próprias convicções probatórias, consubstanciando uma autonomia decisória (RC 24-6-2014/ Proc. 2082/11.0TBPBL-O.C1 (ALBERTINA PEDROSO)).

Assim, tem-se entendido que a Relação atua como um tribunal de substituição em matéria de facto, aplicando a plenitude das regras gerais de prova: a reapreciação da matéria de facto por parte da Relação tem de ter a mesma amplitude que o julgamento de primeira instância pois assim poder ficar plenamente assegurado o duplo grau de jurisdição, enuncia o ac. STJ 2-12-2013/34/11.0TBPNI.L1.S1 (ANA PAULA BOULAROT). Para tal, segundo o ac. STJ 14-2-2012/ 6823/09.3TBBERG.G1.S1 (ALVES VELHO) a Relação deverá formar e fazer reflectir na decisão a sua própria convicção, na plena aplicação e uso do princípio da livre apreciação das provas, nos mesmos termos em que o deve fazer a 1.ª Instância, sem que se lhe imponha qualquer limitação, relacionada com convicção que serviu de base à decisão impugnada, em função do princípio da imediação da prova. No mesmo sentido vai o ac. RG 24-6-2014/Proc. 2180/13.6TBBERG.G1 (FERNANDO FERNANDES FREITAS): a Relação aprecia livremente as provas carreadas para os autos e valora-as e pondera-as, recorrendo às regras da experiência, aos critérios da lógica, aos seus próprios conhecimentos das pessoas e das coisas, socorrendo-se delas para formar a sua convicção.

VIII. Ainda assim, embora qualitativamente idêntica à da 1.ª instância, a competência em matéria de facto da Relação é restrita às situações referidas neste artigo. Por outras palavras, a competência da Relação de modificação da decisão sobre a matéria de facto não é uma cópia ou decalque da competência em matéria de facto da 1.ª instância.

Estamos, assumidamente, perante uma competência de correção de erros judiciais em situações bem determinadas, mediante impulso processual da parte, no qual se limita o objeto do recurso; não estamos perante uma competência irrestrita e originária de julgamento da prova. Portanto, estamos perante um duplo grau de jurisdição que deve ter em conta as provas já adquiridas no processo.

Esta limitação vê-se em mais do que um aspeto do regime, nomeadamente na atendibilidade de factos supervenientes e na relevância de presunções judiciais.

Tanto a admissão de documento superveniente no n.º 1, quanto de novos meios de prova pelo n.º 2 al. b) respeitam sempre ao objeto litigioso que chegou ao tribunal de recurso, i.e., tanto a factos, como a questões já processualmente adquiridos. O momento-limite dessa aquisição é o fixado no artigo 611.º, para onde, aliás, remete o artigo 663.º n.º 2: a sentença deve tomar em consideração os factos constitutivos, modificativos ou extintivos do direito que se produzam posteriormente à proposição da ação, mas sempre de modo que a decisão corresponda à situação existente no momento do encerramento da discussão, não depois (contra, ac. RP de 11-11-1993).

Deste modo, o tribunal ad quem não pode atender a questões ou de factos que a parte não alegou, pondendo, no momento processualmente devido, tendo ocorrido preclusão (factos novos). Neste sentido enuncia o ac. RC 14-1-2014/Proc.154/12.3TBMGR.C1 (MARIA INNS MOURA) que «as questões novas suscitadas pela parte apenas em sede de recurso, que não foram alegadas oportunamente, nem consideradas pelo tribunal, nos termos do art. 608 n.º 2 do N.C.P.C., não podem por isso ser levadas em conta, estando vedada a sua apreciação ao tribunal de recurso».

Tampouco pode o tribunal da Relação conhecer de questões ou factos que a parte desconhecia sem culpa processual ou que ocorreram depois do encerramento da discussão (factos supervenientes).

Tal é a natureza de reponderação dos recursos nacionais que sobressai ainda e sempre sobre os novos poderes que o artigo 662.º atribui às relações. Citando FRANCO CIPRIANI, o sistema não é de «novum iudicium» mas de «revisio

prioris instantiae_ ⁷⁷. Como bem enuncia o ac. RC 8-11-2011/Proc. 39/10.8TBMDA.C1 (HENRIQUES ANTUNES) `Os recursos s²o meios de impugna²o de decis²es judiciais ´ e n²o meios de julgamento de julgamento de quest²es novas. Face ao modelo do recurso de repondera²o que o direito portugu, s consagra, o ^ombito do recurso encontra-se objectivamente limitado pelas quest²es colocadas no tribunal recorrido pelo que, em regra, n²o ¶ poss^ovel solicitar ao tribunal ad quem que se pronuncie sobre uma quest²o que n²o se integra no objecto da causa tal como foi apresentada e decidida na 1.ª inst^oncia _.

Quisera o legislador que assim n²o fosse e t, -lo-ia previsto expressamente. Na realidade, nota-se uma forte aproxima²o ao sistema do artigo 345.ª do atual Codice de procedura civile italiano, em que se dita que `Na inst^oncia de apela²o n²o se pode podem deduzir novas quest²es e, se deduzidas, devem ser oficiosamente declarados inadmiss^oveis_.

IX. Dito isto, podem ser conhecidos e julgados pelo tribunal de recurso factos e quest²es de conhecimento oficioso, supervenientes (ainda n²o colocados) ou mesmo j^o julgados desde que sobre eles n²o se haja formado caso julgado formal (nesse sentido, RC 8-11-2011/Proc. 39/10.8TBMDA.C1 (HENRIQUES ANTUNES)) e com respeito pelo objeto do recurso e o princ^opio dispositivo. Essas quest²es `constituem um objecto impl^ocito do recurso, que torna l^ocita a sua aprecia²o na inst^oncia correspondente_, no dizer do mesmo ac^ord^o.

Trata-se, antes de mais, da mat^oria dos pressupostos processuais gerais e recurs^orios. Por ex., dado o saneador gen^orico que julgou as partes leg^otimas n²o fazer caso julgado formal (cf. artigo 595.ª n.ª 3 a contrario), pode depois o tribunal de recurso, mesmo oficiosamente, vir a conhecer e declarar a ilegitimidade, segundo o referido RC 8-11-2011/Proc. 39/10.8TBMDA.C1 (HENRIQUES ANTUNES). Mas tamb^om o abuso do direito pode ser

⁷⁷ Il processo civile in Italia dal c^odice napole^onico al 1942, RDC I (1996), 67 ss = Idelologie e modelli del processo civile. Saggi, Napoli, 1997, 24,

oficiosamente conhecido pelos tribunais de recurso; cf. o mesmo ac. RC 8-11-2011/Proc. 39/10.8TBMDA.C1 (HENRIQUES ANTUNES).

Naturalmente que quando isso suceda de modo a assegurar a previsibilidade da decisão e evitar as chamadas decisões-surpresa, o tribunal ad quem deva dar uma efectiva possibilidade às partes de se pronunciarem sobre elas (art. 3.º, n.º 3 do CPC) ⁷⁸.

Mas a Relação pode ainda conhecer oficiosamente, nos termos do artigo 5.º n.º 2 (e do artigo 412.º) de factos instrumentais que resultem da instrução da causa, de factos concretizadores (i.e, em 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, e de factos notórios e factos de conhecimento funcional.

Trata-se, antes de mais, de factos que o juiz de primeira instância não tomou em consideração. Relativamente aos factos concretizadores a sua aquisição suppose o cumprimento das condições da al. b) do n.º 2 do artigo 5.º, pelo que não pode a Relação, em princípio, substituir-se à 1.ª instância e valorar já em termos definitivos a prova produzida quanto aos novos factos, ampliando em 2.ª instância a matéria de facto sem que previamente, em fase de audiência de julgamento, as partes estejam alertadas para essa possibilidade e lhes seja facultado produzir toda a prova que entenderem (RP 15-9-2014/Proc. 3596/12.0TJVN.F.P1 (MANUEL DOMINGO DOMINGUES)) ⁷⁹.

Mas parece que também pode ser factos que resultem da instrução já perante a própria Relação. Trata-se afinal de uma extensão da ratio do artigo 5.º ao tribunal superior.

Mais duvidoso é esse se esses mesmos factos e questões também podem ser trazidos pelas partes desde que sejam supervenientes, como atrás se definiu. A resposta é afirmativa: se o tribunal pode conhecer oficiosamente, por maioria de razão as partes o podem alegar para dar a conhecer a quele.

⁷⁸ Ac. RC 8-11-2011/Proc. 39/10.8TBMDA.C1 (HENRIQUES ANTUNES).

⁷⁹ Todavia, já a Relação o poder fazer se os novos factos resultarem de confissão judicial no âmbito do depoimento de parte acrescenta o mesmo acórdão.

Enfim, já dentro do mérito da causa, nada impede as partes de celebrarem uma transacção, nos termos do artigo 283.º n.º 2, ou de acordarem a alteração do pedido e ou da coisa de pedir mesmo na 2.ª instância, ao abrigo do artigo 264.º

X. Entende-se ainda que a Relação, quando modifica a decisão sobre a matéria de facto, não pode aplicar presunções naturais a partir de factos não articulados pelas partes ou de que o tribunal não possa conhecer oficiosamente, nem pode dar como não provados factos já assentes após imediação e oralidade, em audiência de 1.ª instância, por alteração directa das respostas dadas aos pontos de facto que integravam a base instrutória.

Em suma: o uso da plenitude das regras de prova, incluindo do princípio da livre apreciação da prova, deve ceder perante as regras de aquisição de factos do artigo 5.º e perante o princípio da imediação e a prova desenrolada em audiência na 1.ª instância prevalece sobre simples presunções judiciais que o tribunal possa expender.

Tal é a doutrina dos acs. STJ 30-6-2011/Proc. 6450/05.9TBSXL.L1.S1 (LOPES DO REGO) ⁸⁰, STJ 24-5-2007/Proc. 07A979 (SILVA SALAZAR) ⁸¹ e STJ 2-12-2010/Proc. 1/04.0TBCPV. P1.S1 (ALBERTO SOBRINHO) ⁸².

Todavia, as razões de verdade material que conduzem a esta conclusão, deixam de existir se os juízos de presunção judicial operados pela Relação

⁸⁰ O acórdão veio considerar que se aplica a utilização pelas Relações de presunções naturais ou judiciais, ela tem como limite a exigência de uma congruência com a matéria de facto fixada através da livre valoração da prova produzida, com imediação e oralidade, em audiência. Como tal, essa utilização não pode conduzir, nem a uma alteração directa das respostas dadas aos pontos de facto que integravam a base instrutória fora do quadro normativo consentido pelo n.º 1 do art. 712.º, nem a um desenvolvimento, no próprio acórdão, da base factual do litígio, susceptível de criar contradições com o julgamento da matéria de facto que formalmente tenha permanecido como inalterada ou imodificada. Portanto, a utilização pela Relação de presunções naturais como via exclusiva para alterar resposta que a 1.ª instância deu a determinado ponto da matéria de facto não é possível, por extravasar o âmbito do duplo grau de jurisdição sobre a matéria de facto que, nesse preciso circunstancialismo, cabe à 2.ª instância.

⁸¹ Julgou que as Relações não podem, com fundamento em presunções judiciais, alterar as respostas aos quesitos ou aos pontos da base instrutória, nomeadamente considerando provados por inferência factos que a 1.ª instância deu como não provados após contraditório e imediação da prova produzida. Podem as Relações tirar ilações da matéria de facto, mas desde que não alterem os factos provados, antes neles se baseando de forma a que os factos presumidos sejam consequência lógica daquele.

⁸² As instâncias podem tirar, através das chamadas presunções judiciais, ilações lógicas da matéria de facto dada como provada, completando-a e esclarecendo-a. (U) Mas essas deduções não podem ser o desenvolvimento lógico e racional dos factos assentes. Já não é possível extrair de factos não provados, nem de factos não alegados, ou seja, de uma realidade processualmente não adquirida, sob pena de violação do art. 349.º C.Civil e, como tal, passível de censura pelo Supremo Tribunal de Justiça na conformidade do estatuto no n.º 2 do art. 722.º.

tiverem por objeto prova produzida em audiência perante os próprios Desembargadores, nos termos da al. a) do n.º 3.

XI. J) as competências de cassação da decisão de facto: com renovação do julgamento ou da prova estão previstas no al. c) do n.º 2 do artigo como caso especial do n.º 1: a Relação revoga total ou parcialmente a decisão de facto porque (i) reputa deficiente, obscura ou contraditória a decisão sobre pontos determinados da matéria de facto ou porque (ii) considera indispensável a ampliação desta, mas não constam do processo todos os elementos que, nos termos do número 1, permitiriam a alteração da decisão proferida sobre a matéria de facto.

Constatada esta insuficiência de facto, a Relação devolverá a competência decisória ao tribunal a quo para repetição do julgamento da prova pelo mesmo juiz, em regime de cassação. Se for inviável obter a sua fundamentação pelo mesmo juiz, procede-se à repetição da prova na parte que esteja viciada, sem prejuízo da apreciação de outros pontos da matéria de facto, com o fim de evitar contradições. No caso de ampliação a repetição do julgamento não abrange a parte da decisão que não esteja viciada, sem prejuízo da apreciação de outros pontos da matéria de facto, com o fim de evitar contradições. Por ex.: muito embora caiba (art. 342 n.º 1 CC) ao trabalhador reclamante a alegação dos factos constitutivos do privilégio imobiliário especial (art.333 do Código do Trabalho de 2009) estes podem ser conhecidos oficiosamente determinando-se, se necessário, a anulação da sentença de verificação dos créditos quando dela não decorram processualmente adquiridos esses factos (RC 23-9-2014/Proc. 528/13.2TBFND-C.C1 (JORGE ARCANJO)).

Ampliada a matéria de facto terá lugar o aditamento de novos temas da prova (art. 596.º n.º 1), os quais serão o objecto do respectivo contraditório das partes em sede de audiência de julgamento_ (RE 15-1-2015/Proc. 1110/13.0T2STC-B.E1 (RUI MACHADO E MOURA)).

XII. Finalmente, as competências de cassação com renovação da fundamentação estão previstas no al. d) do n.º 2: se não estiver devidamente

fundamentada a decisão proferida sobre algum facto essencial para o julgamento da causa, a Relação pode ordenar ao tribunal de 1.ª instância que fundamente, tendo em conta os depoimentos gravados ou registados. Por exemplo, desde que não configure uma falta de absoluta de motivação a falta de fundamentação da decisão da matéria de facto, ainda que esta se contenha na sentença final, não constitui causa de nulidade da decisão, antes de lugar à actuação, mesmo oficiosa, pela Relação, de poderes de cassação mitigada (RC 29-4-2014/Proc. 772/11.7TBVNO-A.C1 (HENRIQUE ANTUNES)).

Se não for possível obter a fundamentação pelo mesmo juiz ou repetir a produção de prova, o juiz da causa limitar-se-á a justificar a razão da impossibilidade.

XIII. Uma palavra final sobre a nossa recente evolução dos poderes da Relação: ela vai em contramão com o que as recentes tendências na Alemanha e em Itália. Ou pelo menos vai atrasada, está agora chegando a um ponto que outros estão a abandonar.

Em concreto, na Alemanha através do Zivilprozessreformgesetz (ZPO-RG) de 27.7.2001 a Berufung era um recurso de reexame da causa, de direito e de facto: a sua finalidade era a prolação de uma decisão plenamente nova sobre o litígio por meio do prosseguimento e renovação da audiência de julgamento e com jus novorum. Portanto, a Berufung era uma segunda instância em matéria de facto.

Em 2001 este modelo do pleno novo julgamento da causa perante o tribunal da Berufung foi substituído por um sistema de controle e supressão do erro de direito e de facto. Efetivamente, o Berufungsgericht desempenha, antes de mais, uma função de controlo e supressão do erro da decisão em matéria de direito, mediante a verificação da correta aplicação do direito material, não conhecendo, em regra, de novas provas nem proferindo julgamentos de facto inovadores, estando vinculado ao julgamento de facto da primeira instância (cf. § 529 (1) 1. ZPO). Já a função de controlo e supressão do erro de facto, está reduzida (i) correção dos erros na fundamentação de facto quando surjam elementos concretos que permitam duvidar da correção ou exaustividade dessa

fundamenta'2o e que imponham uma renova'2o da fundamenta'2o (cf. í 529 (1) 1. ZPO) e (ii) admiss'2o restrita de factos novos (cf. í 529 (1) 2. ZPO) como sucede nos casos elencados no í 531 (2) ZPO; no mais vigora uma regra de Novenverbot.

Em contrastante diferencia'2o funcional, conhecer e julgar as alega'2es de facto e provas passou a ser uma atribui'2o refor'ada das primeiras inst'ncias, deixando o seu julgamento de ser uma mera primeira abordagem pass'vel de ser melhorada em sede de recurso de Berufung como o era no passado. Desta especializa'2o de compet,ncias em mat'ria de facto entre tribunais de 1ª inst'ncia e Berufungsgerichte, resultou uma maior concentra'2o processual e uma maior responsabiliza'2o da atua'2o das partes na primeira inst'ncia, as quais j' podem contar com a segunda inst'ncia para suprir as suas omiss'es na alega'2o e prova dos factos.

Por isso, novos fundamentos da a'2o e da defesa n' s' admitidos, sen' nos casos referidos do í 531 (2) ZPO, relativos um ponto de vista (n' meramente concretizador) que tenha sido manifestamente ignorado ou tido por irrelevante pela primeira inst'ncia ou que, como resultado de um v'cio processual, n' p' ser feito valer ou que, sem neglig,ncia da parte, esta n' p' fazer valer (incluindo, por maioria de raz'2o, os factos objetivamente supervenientes - conclus'2o da primeira inst'ncia).

J' em It'lia a evolu'2o da impugna'2o em mat'ria de facto ¶ de sentido semelhante ao do alem'2o: o appello tenta sair da matriz de reexame e entrar na matriz da repondera'2o. O resultado parece ser, ainda assim, um sistema de reexame mitigado.

Efetivamente, se a cassazione foi sempre vista como uma impugna'2o especifica em mat'ria de direito, de repondera'2o e n' de reexame do lit'gio, entendia-se que o appello (cf. Art. 339 CPC/It), apesar da inten'2o legislativa de 1942, reproduzia o objeto a primeira inst'ncia, ergo o lit'gio, e n' a decis'2o em si mesma. Atualmente, desde a reforma trazida pela legge 26 novembro 1990, n. 353, o sistema pretende-se que seja de `revisio prioris instantiae_, em regresso - inten'2o de 1942: o Art. 345. CPC/It admite a modificabilidade da decis'2o em mat'ria de facto, sem admiss'2o de novos meios de prova (salvo o

disposto no artigo 356^o CPC/It) ou de apresenta^o de novos documentos (salvas algumas exce^oes), e sem comportar pedidos novos (exceto quanto a juros, frutos e danos verificados ap^{os} a senten^a), nem novas exce^oes (salvas as de conhecimento oficioso, fundadas em factos anteriores ^os alega^oes de direito).

No entanto, esta admiss^o de novas exce^oes de conhecimento oficioso, associada a uma pr^{at}ica judici^{ria} consolidada e a um entendimento doutrinal com alguma idade e que permanece, pode enfraquecer de facto a inten^o legislativa de procurar conter o objeto do recurso e a respetiva prova nos limites do objeto e da prova conhecidos pelo juiz a quo.

Ora, no nosso atual regime do artigo 662^o, uma vez que podem ser produzidas novas provas, o papel da Rela^o ^o j^on^o ^o ^o apenas reponderar se uma decis^o foi legal em face da prova e do direito, mas tamb^{em} de repetir a instru^o da causa. No entanto, como antes, o recurso de apela^o continua a ter no objeto da primeira inst^oncia um limite que veda a admiss^o tanto de factos supervenientes, como de quest^oes novas, sem preju^o de exce^oes. Dentro destas ^oltimas, destaca-se a possibilidade de, na sequ^oncia de atos de instru^o realizados perante a Rela^o, surgirem novos factos ao abrigo do artigo 5^o n^o 2.

Por isso pode concluir-se que a apela^o em mat^{er}ia de facto tem fortes tra^os de recurso de reexame, moderado e limitado ^o certo ¹⁰⁴. De todo o modo, n^o se pode, de todo, afirmar que, como em Fran^a, o objeto da nossa apela^o seja ^oum segundo exame completo_ da causa, de facto e direito, suportada numa compet^oncia devolutiva ampla ¹⁰⁵.

Perante alguma press^o a que atualmente est^o sujeita a nossa apela^o no sentido do seu alargamento ^o curiosamente a contraciclo com a evolu^o italiana e alem^o recente ^o valer^o, embora com menor intensidade, os avisos de JACQUES H^oRON / THIERRY LE BARS quanto ao estado atual do appel: este

¹⁰⁴ J^o no final dos anos 90, estando ainda no in^ocio a constru^o da apela^o como duplo grau de jurisdic^o em mat^{er}ia de facto, escrevia TEIXEIRA DE SOUSA, Estudos cit., 397: ^oembora sem aceitar a invoca^o de factos novos pelas partes, o recurso de apela^o tamb^{em} se pode aproximar [^o] do modelo dos recursos de reexame_ quando se prev^o que a Rela^o possa determinar a renova^o dos meios de prova.

¹⁰⁵ Aprescia^o gen^{er}ica feita por JACQUES H^oRON / THIERRY LE BARS, Droit judiciaire priv^o, 2015, 569.

como todo o recurso é ordenad[o] a partir da decisão [recorrida] que é o seu objeto, pelo que apesar de o duplo grau de jurisdição tender a minimizar a importância da decisão proferida [e recorrida], o recurso é [apenas e só] um remédio contra o erro do juiz de primeira instância, sendo que o erro do juiz não constitui o caso geral.¹⁰⁶

5.2. A revisão e a matéria de facto: o artigo 674.º n.º 3 e o artigo 662.º .
I. Como é sabido, o Supremo está vinculado aos factos vindos a quo, julgando em substituição do sêqu岸o ao direito: "Aos factos materiais fixados pelo tribunal recorrido, o Supremo Tribunal de Justiça aplica definitivamente o regime jurídico que julgue adequado, l, -se n.º 1 do artigo 682.º. Mas pode suceder que o estado da decisão de facto tolha a revista jurídica do Supremo, então "O processo [ú] volta ao tribunal recorrido quando o Supremo Tribunal de Justiça entenda que a decisão de facto pode e deve ser ampliada, em ordem a constituir base suficiente para a decisão de direito, ou que ocorrem contradições na decisão sobre a matéria de facto que inviabilizam a decisão jurídica do pleito.

Em qualquer caso, a decisão proferida pelo tribunal recorrido quanto à matéria de facto não pode ser alterada, confirma o n.º 2, mas com uma ressalva: o caso excecional previsto no n.º 3 do artigo 674.º.

Efetivamente, n.º 3 do artigo 674.º dita que o erro na apreciação das provas e na fixação dos factos materiais da causa não pode ser objeto de recurso de revista, salvo havendo ofensa de uma disposição expressa de lei que exija certa espécie de prova para a existência do facto ou que fixe a força de determinado meio de prova. Ora, nesse caso excecional o Supremo Tribunal de Justiça, depois de definir o direito aplicável, manda julgar novamente a causa, em harmonia com a decisão de direito, pelos mesmos juizes que intervieram no primeiro julgamento, sempre que possível; portanto o Supremo não é tribunal de substituição em matéria de facto, reenviando.

¹⁰⁶ Droit judiciaire cit., 569.

Se, `por falta ou contradi`2o dos elementos de facto, o Supremo Tribunal de Justi`a n`o puder fixar com precis`o o regime jur`dico a aplicar, a nova decis`o admite recurso de revista, nos mesmos termos que a primeira_.

II. Mas deve ser notado que dentro dos poderes do n` 3 segunda parte do artigo 674` est`o controle do uso de presun`es judiciais.

Efetivamente, escreve MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA ¹⁰⁷a `inadmissibilidade do controlo de alterar a mat`ria de facto nada pode significar quanto ao controlo_ sobre as presun`es judiciais_, porquanto estas `toma[m] como base a mat`ria apurada nas inst`ncias e n`o envolve[m] qualquer modifica`2o desta mat`ria_. Neste sentido, o Ac. do Supremo Tribunal de Justi`a de 9.12.2004, CJ / STJ, tomo III, p. 144 decidiu que esse Tribunal pode sindicat o uso de presun`es judiciais pela Rela`2o no sentido de averiguar se ela ofende qualquer normas legal, se padece de alguma ilogicidade ou se parte de factos n`o provados_ ¹⁰⁸.

Recentemente o ac. STJ 7-7-2016 / Proc. 487/14.4TTPRT.P1.S1 (ANA LUPSA GERALDES) veio repetir que `n`o est`o por`m, vedado legalmente ao Supremo verificar se o uso de presun`es judiciais pelo Tribunal da Rela`2o ofende qualquer norma legal, se padece de alguma ilogicidade ou se parte de factos n`o provados_ ¹⁰⁹

III. Ora, como se articulam estes dados com o disposto no n` 4 do artigo 662` de que `Das decis`es da Rela`2o previstas nos n.os 1 e 2 n`o cabe recurso para o Supremo Tribunal de Justi`a_?

Desde h` muito se entende que `n`o admitt`vel recurso de revista quando sejam suscitadas quest`es relacionadas com o modo como a Rela`2o aplicou as normas de direito adjetivo conexas com a aprecia`2o da impugna`2o da decis`o da mat`ria de facto_, nomeadamente o incumprimento dos deveres previstos no artigo 662`, escreve ABRANTES GERALDES ¹¹⁰. Por ex.: desconsidera`2o de

¹⁰⁷ Estudos sobre o processo civil, 2` ed., 1997, p. 442.

¹⁰⁸ Identicamente, o Ac. do Supremo Tribunal de Justi`a de 8.7.2003, CJ / STJ, tomo II, p. 151.

¹⁰⁹ Na doutrina, ABRANTES GERALDES, Recursos cit., 367 ss.

¹¹⁰ Recursos cit., 268.

factos necessários para constituir base da revista (cf. artigo 682.º n.º 3), violação das normas probatórias abrangidas pelo artigo 674.º n.º 3, violação dos deveres impostos – Relação pelo artigo 662.º ¹¹¹.

¹¹¹ Veja-se o exemplo seguinte do ac. STJ 9-7-2016 / 284040/11.0YIPRT.G1.S1 (MARIA DOS PRAZERES BELEZA): “Atenta a limitação dos poderes do STJ, em sede de matéria de facto, não pode este dar por provada a celebração de um contrato de mandato, tendo por base os documentos indicados pelo recorrente – vg actas de reunião de obra, certidão da Câmara Municipal, entre outros – posto que nenhum deles prova plenamente a celebração do contrato, mas antes constituem elementos de prova sujeitos a livre apreciação do tribunal. Não obstante, pode o STJ sindicar o mau uso que a Relação fez dos poderes de alteração da decisão da matéria de facto, nomeadamente ao rejeitar a sua reapreciação por não cumprimento das regras de impugnação da mesma. Tendo o apelante, nas suas alegações de recurso, (i) identificado os pontos de facto que considerava mal julgados, por referência aos quesitos da base instrutória, (ii) indicado o depoimento das testemunhas, que entendeu mal valorados, (iii) fornecido a indicação da sessão na qual foram prestados e do início e termo dos mesmos, apresentado a sua transcrição, (iv) bem como referido qual o resultado probatório que nos seu entender deveria ter tido lugar, relativamente a cada quesito e meio de prova, tanto bastava para que a Relação tivesse procedido a reapreciação da matéria de facto, ao invés de a rejeitar. _

se a prova utilizada para suportar a responsabilidade criminal ou disciplinar do profissional médico pode ser re-utilizada para suportar uma eventual responsabilidade civil pelo mesmo facto. Em suma: se tem eficácia extraprocessual, entendido aqui o processo como uma concreta instância. Se pode haver uma prova emprestada de um processo ao outro.