

Ónus da impugnação ^[1]

1. Repartição do tema

De acordo com a repartição que o Senhor Conselheiro Salazar Casanova e eu fizemos do tema comum da intervenção, Ónus da alegação e ónus da impugnação, coube-me prestar particular atenção ao ónus da impugnação.

Não faz sentido repetir exposições; no entanto, dada a estreita relação entre um e outro ónus, começo por fazer um brevíssimo apanhado da solução consagrada no Código de Processo Civil 2013 quanto à alegação de factos, com o objectivo de a estabelecer.

2. Princípio dispositivo, alegação e impugnação de factos:

Suponho que existe uma ligação estreita entre o ónus da alegação e o ónus da impugnação de factos, porque penso que, **para além das razões que se costumam apontar para a imposição do ónus da impugnação,**

- forçar a parte a tomar posição sobre os factos alegados pela parte contrária, responsabilizando-a pelas afirmações de facto,

- disciplina processual,

- sendo que é a parte quem tem melhor conhecimento dos factos, aproveitar esse conhecimento, impondo-lhe um ónus que a “incita” a colaborar, pois não é indiferente ao tribunal ter ou não uma versão bilateral dos factos...

as consequências ligadas ao respectivo incumprimento são ainda uma importante manifestação da força do princípio dispositivo no processo civil vigente:

- porque, de um acto da parte (de uma omissão, ou melhor, do seu silêncio), a lei retira a consequência de que **o facto não impugnado se tem como assente vinculativamente para o tribunal**, que não pode submetê-lo a prova para averiguar se ocorreu ou não,

- **SALVO** quanto aos factos instrumentais, porque aí a admissão por acordo, que se presume, pode vir a ser “*afastada por prova posterior*” (nº 2 do 574º).

- **MAS** quanto aos factos instrumentais, também não vale o princípio dispositivo para a alegação: podem ser oficiosamente considerados, desde que resultem da instrução da causa (5º, nº 2, a)). Desapareceu a afirmação expressa que essa consideração podia ser oficiosa, como estava no ex-264º, nº3; mas o regime permanece.

ISTO É: a imposição do ónus da alegação não é uma consequência necessária do princípio dispositivo

- não existia no Código de Processo Civil 1876, salvo para os chamados processos cominatórios (ex: despejo)

- O Decreto de 29 de Maio de 1907, que criou o processo sumário; veio cominar a falta de impugnação com a condenação no pedido

- O Decreto nº 13979, de 25 de Julho, estendeu ao processo ordinário o ónus da impugnação, com a cominação de admissão por acordo

- Daí passou para Decreto nº 21287, de 26 de Maio de 1932, e daí para o Código de Processo Civil 1939

MAS a consequência do incumprimento é própria de um processo dispositivo, porque o facto fica assente em virtude de um acto da parte, sem que o juiz possa submetê-lo a mais prova.

ASSIM:

3. O novo Código de Processo Civil eliminou a referência ao princípio dispositivo,

– Constava do art 264º, relativo à alegação de factos e aos factos de que o tribunal podia conhecer [epígrafe: “Princípio dispositivo”]

– O art equivalente, 5º, tem essa epígrafe (“Ónus de alegação das partes e poderes de cognição do tribunal”); Mas eliminou-se a expressão “princípio dispositivo”.

Não me parece claro o objectivo da eliminação; admito que se tenha pretendido dar a indicação de que se quis acentuar o aumento de poderes do juiz, face aos poderes das partes.

A verdade é que **o princípio dispositivo continua a valer quanto aos aspectos fundamentais do processo**; como não podia deixar de ser, uma vez que os litígios julgados segundo as regras do Processo Civil respeitam a **direitos privados disponíveis**, que não podem ver a sua natureza subvertida por regras processuais.

O Processo Civil é um direito instrumental, como os demais ramos de Direito Processual: o princípio dispositivo acaba por ser a tradução processual dessa disponibilidade e da autonomia da vontade.

4. No Processo Civil português, as partes dispõem do objecto do processo ,

ou seja, do conjunto formado pelo pedido e pela causa de pedir, ampliado pela eventual dedução de excepções (o mesmo vale para a reconvenção, pelo que se não trata aqui autonomamente)

(como é natural: natureza privada disponível dos direitos das partes)

e, por essa via, determinam o âmbito dos poderes de cognição do tribunal e do caso julgado.

A disponibilidade do objecto do processo decorre da natureza disponível dos direitos apreciados segundo as regras do processo civil

Deixando agora de lado as questões relativas ao pedido, e demais manifestações do princípio dispositivo,

5. A causa de pedir, a excepção e a alegação de factos

Questão: saber se o princípio dispositivo vale também para a delimitação dos factos de que o tribunal pode conhecer para julgar o pedido , integrantes ou não da causa de pedir (ou fundamentadores da excepção) – ou seja, saber se têm de ser alegados para que o tribunal deles possa conhecer, se existe um ónus de alegação,

CÓDIGO ANTERIOR (ex-artigo 664º com as **limitações** previstas no ex-artigo 264º):

1º - **Regra**: às partes cabia alegar os factos integrantes da causa de pedir e das excepções e,

2º- em geral, **o tribunal só podia conhecer dos factos alegados pelas partes**, salvo tratando-se de

-factos notórios (factos de que têm conhecimento as *pessoas medianamente informadas*, no espaço geográfico relevante) ex 514º, ie

- factos de que o tribunal toma conhecimento em virtude do exercício das suas funções ex 514º

- factos necessários para evitar o uso anormal do processo, ex 665º

- ou, com certas exigências, de **factos instrumentais**

3º - quanto aos factos complementares ou concretizadores dos factos essenciais, resultantes da instrução ou discussão da causa, exigia-se uma “alegação a posteriori”: a parte a quem aproveitavam tinha manifestar a vontade correspondente, para que o tribunal deles pudesse conhecer.

Como é no Código Novo:

1º- A afirmação (do ex-664º) de que o tribunal está limitado pelos factos alegados pelas partes não passou para o novo Código,

2º- No artigo 5º, **nº 1**, diz-se agora que cabe às partes alegar “os factos essenciais que constituem a causa de pedir e aqueles em que baseiam as excepções invocadas”

3º- No **nº 2**, define-se o regime de conhecimento dos factos instrumentais e dos factos complementares e concretizadores dos que as partes alegaram (não alegados nos articulados, nem tendo a parte sido convidada a alegá-los, nos termos do artigo 590º)

4º - No artigo 612º, trata-se do regime dos factos notórios e de que o tribunal tem conhecimento em virtude do exercício das suas funções

Vejamos então:

1º – **Distinção** entre factos que integram a **causa de pedir** e outros factos: remeto para a exposição anterior. Apenas recorde que os termos da lei aprovada parecem querer distinguir entre os factos necessários à identificação da causa de pedir e os (demais) factos necessários à procedência do pedido do autor;

A mesma questão se coloca quanto à delimitação dos factos que integram a **excepção peremptória** (individualizam a excepção /são necessários para conseguir a improcedência da acção)

Quanto às excepções, não se coloca, evidentemente, o problema da ineptidão; mas põe-se o problema paralelo de saber o que é preciso alegar para que o tribunal conheça da excepção; e o mesmo se diga quanto aos factos complementares ou concretizadores (também necessários, não para a identificação, mas para a procedência da excepção).

2º – **Do ponto de vista da disponibilidade**, que é a que agora me interessa, tem relevância esta distinção? Há alterações, face ao Código anterior?

Suponho que a resposta seja esta:

1º- **Há disponibilidade sobre os factos essenciais** (que seguramente integram a causa de pedir; o mesmo quanto à excepção): o tribunal só pode conhecê-los se forem alegados (nº 1 do artigo 5º)– alegação directa das partes

2º- **Quanto aos factos complementares ou integradores**, (e seja qual for a opinião sobre o conceito de causa de pedir), a sua utilização pelo tribunal não está dependente de alegação directa (nº 2, b), do artigo. 5º):

pode conhecê-los,

- quer tenham sido alegados, inicialmente ou em resposta ao convite ao aperfeiçoamento feito nos termos do artigo 590º,

- quer não, desde que resultem da *instrução* da causa (Código anterior, também da *discussão*) e que as partes tenham a possibilidade de se pronunciar sobre eles.

Foi eliminado o requisito constante do ex- 264º “*desde que a parte interessada manifeste vontade de deles se aproveitar*”, que tinha a função de uma “alegação a posteriori”; presume-se que a parte quis deles beneficiar.

- Questão: a parte beneficiada tem o direito de se opor à consideração desses factos? Entendo que sim e, portanto, que ainda estão na disponibilidade da parte. É a solução conforme com a disponibilidade da relação material.

- Mas esta possibilidade de consideração de factos complementares ou concretizadores da causa de pedir ou da excepção significa que a parte tem o direito de os alegar depois dos articulados? Durante a instrução, por exemplo?

Creio que uma resposta afirmativa seria dificilmente compatível com a manutenção das regras relativas à alegação de factos posteriores aos articulados, definidas a propósito dos factos supervenientes (588º), ou com as limitações ao convite ao aperfeiçoamento (590º)

Nota importante: há naturalmente que distinguir o ónus de alegação (de factos) e a preclusão (da possibilidade de alegação).

3º- Quanto aos **factos instrumentais**, com função *probatória*, não estão dependentes de alegação, para poderem ser conhecidos; podem ser utilizados desde que resultem da instrução da causa e não estão na disponibilidade da

parte. Não estão abrangidos pelo ónus de alegação. E, sendo de conhecimento oficioso, podem ser alegados enquanto puderem ser oficiosamente conhecidos.

Porquê a diferença? Porque desempenham um função probatória, neste sentido *não autónoma* (base de presunções); porque o juiz tem amplos poderes inquisitórios do juiz, no que respeita à prova – artigo 411º.

Já antes da reforma de 95, o Prof. Antunes Varela defendia que os factos instrumentais, dada a sua função probatória, podiam ser oficiosamente considerados pelo tribunal.

Razão de ser da necessidade de resultarem da instrução (cfr. actas da Comissão de Revisão do Código de Processo Civil, presidida por Antunes Varela): delimitação objectiva da forma como chegaram ao conhecimento do tribunal; imparcialidade do juiz e contraditório.

6. O ónus da impugnação.

É habitual tratar-se da impugnação e do ónus da impugnação a propósito da contestação. É aliás na contestação que o Código de Processo Civil o regula, definindo o âmbito, as excepções e a consequência da falta de cumprimento – artigo 574º.

E assim o vou tratar.

Na verdade, porém, não está apenas em causa uma das regras de organização da contestação, mas antes uma questão mais geral, que se coloca a ambas as partes e em relação aos factos alegados pela parte contrária

(ou até aos conhecidos oficiosamente? ou não alegados mas resultantes da instrução do processo?)

– vejamos, por ex:

1º- **réplica**: o artigo 587º estende a regra do ónus da impugnação à “falta de apresentação da réplica ou [à] falta de impugnação dos novos factos alegados pelo réu” – ou seja, à atitude do autor perante a alegação de novos factos pelo réu, seja na reconvenção, seja na acção de simples apreciação negativa ou seja na excepção, nº 1;

e às excepções deduzidas na réplica, nº 2, o que levanta dificuldades acrescidas na lei actual, tendo em conta a limitação da réplica e a inexistência de tréplica (quando o autor se defende por excepção da reconvenção);

2º- vale para os **articulados supervenientes** – 588º, nº 4;

3º- e quanto aos **factos conhecidos oficiosamente**? Notórios e etc., e instrumentais ? [3º, nº 3, contraditório!]

4º- e quanto aos factos **complementares e concretizadores**, resultantes da instrução do processo?

A lei anterior dizia “desde que tenha sido facultado o contraditório” à parte contrária à que deles beneficia. Hoje, sem distinguir as partes, diz “desde que sobre eles tenham tido a possibilidade de se pronunciar”.

7. continuação

Por facilidade, vou analisar o ónus da impugnação a propósito da **contestação**; no fim, chamo a atenção para a necessidade de generalização. Assim:

1º. É habitual distinguir (571º, ex 487º), na contestação-defesa,

a defesa

- por impugnação

- por excepção

ie, não sair do círculo dos factos constitutivos do direito do autor/ alegar contra-factos, factos novos (excepções peremptórias) ou obstáculos ao conhecimento de mérito (excepções dilatórias).

2º.Importância da distinção:

a- anteriormente: número de articulados admissíveis. CPC 2013: não releva quanto a este aspecto, porque só é admissível réplica em caso de reconvenção e nas acções de simples apreciação negativa). Mantêm-se, no entanto, as exigências do princípio do contraditório, quanto à possibilidade de resposta à excepção, seja qual for a forma de a apresentar (na audiência? artº 3º, nº 4? na réplica, se tiver havido reconvenção?);

b- ónus de discriminar as excepções, na contestação, sob pena de os factos que as integram não se considerarem admitidos por acordo se não forem impugnados pelo autor, de acordo com a regra da impugnação definida (CPC 2013, art. 572º, c));

c- ónus da prova: a defesa por impugnação, ainda que indirecta, não cria nenhum ónus da prova para o réu. Mantém-se o ónus da prova do autor, quanto aos factos constitutivos do direito que invocou.

3º. e, dentro da impugnação,

- impugnação de facto

- impugnação de direito

e, dentro da impugnação de facto,

- impugnação directa,
- impugnação indirecta, ie.....e

Desenvolvimento:

a. Impugnar de direito, apenas, significa reconhecer os factos alegados;

b. Na perspectiva do ónus da impugnação, só interessa a impugnação de facto. **Não há nenhuma disponibilidade quanto à qualificação jurídica dos factos alegados pelo autor, nem quanto ao efeito jurídico que deles pretende retirar** (ou seja, do pedido e da causa de pedir)

Como se sabe, não há disponibilidade quanto à qualificação jurídica dos factos, nem, em geral, quanto à solução jurídica do litígio:

– 1 – Não vincula o tribunal, a subsunção dos factos integrantes da causa de pedir (por exemplo, na responsabilidade contratual ou extracontratual, na qualificação de contratos ou de vícios);

– 2 – Não vincula o tribunal um eventual acordo das partes sobre qualificações jurídicas (de contratos, por ex., ou de vícios) ou sobre a aplicação de um determinado regime legal;

– 3 – O mesmo se diga quanto ao enquadramento jurídico do pedido, desde que respeitado o efeito prático que o autor pretende de modo diverso daquele que o autor lhe deu

Pex: o autor pediu a declaração de nulidade ou a anulação de um acto que impugna; mas o efeito “certo” para a causa de pedir invocada é a ineficácia. Pense-se na impugnação pauliana: o credor quer executar os bens alienados, e até no património do adquirente. O tribunal pode declarar a ineficácia do acto impugnado, quando foi pedida a sua anulação? Ou julga improcedente a acção? Suponho que a resposta seja afirmativa: pode julgar o acto ineficaz.

Acórdão de Uniformização n.º 3/2001 (23.1.2001): Tendo o autor, em acção de impugnação pauliana, pedido a declaração de nulidade ou a anulação do acto jurídico impugnado, tratando-se de erro na qualificação jurídica do efeito pretendido, que é a ineficácia do acto em relação ao autor (n.º 1 do artigo 616.º do Código Civil), o juiz deve corrigir oficiosamente tal erro e declarar tal ineficácia, como permitido pelo artigo 664.º do Código de Processo Civil (Nota: tem votos de vencido, por causa do 661º, nº 2 anterior).

Vejamos então o ónus da impugnação:

8. Ónus da impugnação definida

Quanto à defesa por impugnação (de facto), o Código de Processo Civil continua a consagrar o **ónus da impugnação definida**, ou seja:

O réu tem de tomar posição definida perante os factos alegados pelo autor, sob pena de se considerarem admitidos por acordo. Vejamos os pontos que interessam:

- 1º. O que se entende por posição definida
- 2º. De entre os factos alegados pelo autor, a que factos se refere o ónus
- 3º. Quais são as consequências da falta de impugnação
- 4º. Quais são as excepções ao ónus de impugnação
- 5º. Impugnação e simples desconhecimento

1º– Posição definida:

1– Até à reforma de 1995, falava-se em ónus de impugnação especificada e proibía-se expressamente a contestação por negação (global, ou genérica).

utilizando a expressão *posição definida*, o (então) artigo 490º dizia que se tinham como admitidos por acordo os factos não impugnados especificadamente

2– Em 1985 (Decreto-Lei nº 242/85, 9 de Julho, Reforma Intercalar do Processo), previu-se a possibilidade de impugnação por remissão para os artigos da petição inicial

3– Em 1995, com o objectivo de atenuar a rigidez, eliminaram-se a expressão “impugnação especificada” e a proibição expressa da contestação por negação

Ora:

O alcance, ou o nível de impugnação exigido, deve ser interpretado em função da razão de ser do ónus correspondente. O que se pretende é que o réu assuma uma posição quanto aos factos que o autor alega (todos os que são abrangidos pelo ónus de impugnação)

Isso não significa:

1– que tenha de se pronunciar por referência a um por um dos factos. Tendo em conta a relação que existir entre os factos alegados pelo autor, a impugnação de um facto de que outros dependem dispensa a impugnação dos **factos dependentes**;

2– a contestação tem de ser interpretada globalmente: não podem ter-se como admitidos factos que não foram impugnados directamente, mas que são incompatíveis com outros que o foram; assim como não se devem considerar impugnados factos que o réu afirma estar a impugnar, sem o fazer subsidiariamente, quando a versão global da contestação assenta numa lógica incompatível com essa impugnação.

3– que significa a eliminação da proibição da contestação por negação? Continuo a entender que não vale como impugnação a negação global, genérica (incompatível com a razão de ser da imposição do ónus de impugnação definida...)

Ex: Acórdão Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Dezembro de 2004, www.dgsi.pt, proc. nº 04A404 – a suficiência da impugnação e a eventual negação global tem de ser avaliada em cada caso.

4– E os factos negativos? Quando estão suficientemente impugnados?

Tal como quanto ao ónus da prova, não há nenhuma inversão do ónus de alegação quanto aos factos negativos; não há que afirmar factos positivos contrários.

2º– factos alegados pelo autor: que factos?

Na definição do conteúdo da petição inicial (552º) e da contestação (572º) diz-se, quanto à alegação de facto,

- que o autor expõe “*os factos essenciais que constituem a causa de pedir*” (CPC anterior dizia “expor os factos”)

- e que o réu “*expõe os factos essenciais em que se baseiam as excepções deduzidas*” (CPC anterior dizia “expor as razões de facto e de direito por que se opõe à pretensão do autor”)

- e, quanto ao ónus da impugnação, que o réu “*tem de tomar posição definida perante os factos que constituem a causa de pedir*” (CPC anterior dizia “tomar posição definida perante os factos articulados na petição”)

Quererá isto dizer que o ónus da impugnação só existe quanto aos factos essenciais – os tais que constituem a causa de pedir (na perspectiva “minimalista”)?

NÃO: o ónus da impugnação abrange

1- os factos essenciais

2- os factos complementares ou concretizadores
daqueles

3- os factos instrumentais

ISTO É:

-Factos complementares: tendo sido alegados pelo autor, recai sobre o réu o ónus de os impugnar. A redacção pode induzir um sentido diferente, mas

: em primeiro lugar, referindo-se a lei aos factos instrumentais, não faria sentido concluir que o *ónus da impugnação* abrange os factos instrumentais, se alegados pelo autor, mas não os factos complementares ou concretizadores; em segundo lugar, cfr. artº **590º, nº 6** (limites ao aperfeiçoamento resultante de convite, no despacho pré-saneador, ex. 508º): prevê-se expressamente que o aperfeiçoamento, não incida sobre o núcleo da causa de pedir, pois não pode implicar a respectiva alteração, e não sirva para suprir a falta de impugnação definida.

O convite não pode incidir sobre factos essenciais, no sentido de integradores da causa de pedir, nem terá grande utilidade para os factos instrumentais; interessa, sobretudo, para os factos complementares ou concretizadores dos factos essenciais, alegados pelas partes.

-A DIFERENÇA está em que, quanto aos factos instrumentais (nº 2 do 574º), não é definitiva a consequência da falta de impugnação definida, porque “*a admissão dos factos instrumentais pode ser afastada por prova posterior*”; mas estão abrangidos pelo ónus de impugnação, se tiverem sido alegados.

3º- Quais são as consequências da falta de impugnação –

A falta de impugnação definida implica que os factos se consideram **admitidos por acordo**.

(por isso se fala de ónus, uma vez que o seu não cumprimento importa consequências desfavoráveis)

Que significa exactamente isso?

1- **No processo**: os factos têm-se por **assentes** (admitidos por acordo; a lei não diz confessados, como na revelia).

Não é indiferente a escolha das palavras, embora, na prática a diferença entre confissão e admissão por acordo não seja muito expressiva.

No entanto, revelam diferentes atitudes psicológicas ou diferentes ponderações: a admissão pode significar, apenas, que a parte não quer discutir um facto, seja por o considerar irrelevante, seja por outro motivo qualquer. Por isso mesmo, é diverso o regime aplicável a eventual falta ou vício da vontade. Recorde-se que o regime de anulação ou de declaração de nulidade, previsto no artigo 359º do Código Civil para a confissão *expressa*, é aplicável à revelia, com as devidas adaptações.

Na prática, que sucede aos factos não impugnados eficazmente:

- Antes de 95, eram incluídos na **especificação**, se relevantes;

- Depois de 95, na “**lista de factos assentes**”

- Com o CPC 2013, não haverá necessariamente essa **lista**, sem prejuízo de, na audiência prévia, poderem ser indicados. Caberá ao juiz escolher a solução que se lhe afigurar mais adequada, dentro dos poderes gerais de adequação formal e gestão processual

nomeadamente, fazendo a “lista” dos factos assentes. A complexidade da matéria de facto pode recomendá-lo.

- EM QUALQUER CASO, os factos, se relevantes, são considerados na sentença, sem que sobre eles recaia prova – sentença 607, nº 4

(**Temas da prova genéricos**; necessidade de respeito pelos factos assentes, na produção da prova)

Poderá suceder que, frequentemente, haja factos assentes que respeitem a matéria incluída nos temas da prova.

“Admissão ficta”: tal como na revelia, também aqui a lei atribui significado declarativo (de admissão) ao silêncio da parte. No fundo, há uma **presunção de admissão, não ilidível: ficta**, como na revelia (**confissão ficta**)

2- Fora do processo: não aplicável o regime relativo ao valor extra-processual das provas (à revelia também não é aplicável).

Suponho que nem será aplicável à admissão expressa (diferentemente do que sucede com a confissão judicial expressa).

3- E se houver **pluralidade de partes?**

- não há regra semelhante à da revelia – 568º, a);
- daí não decorre, necessariamente, que se um dos réus não impugnar um facto, o mesmo se tem como assente quanto a ele e como não assente quanto aos demais;
- embora não se coloque, aqui, o problema da unidade de tramitação (que existe na revelia), a verdade é que, pelo menos nos casos de litisconsórcio necessário, não poderá valer a consequência da admissão por acordo apenas por parte dos litisconsortes

Assim, acórdão Supremo Tribunal de Justiça de 7 de MAIO 2009, www.dgsi.pt, proc. nº 86/05.1TVPRT.S1, que, aliás trata de várias outras questões interessantes para o tema, nomeadamente a consideração da admissão por acordo como uma confissão.

4. **Excepções ao ónus de impugnação**

574º, nº 2 e nº 4 : A falta de impugnação não importa a admissão por acordo:

1ª– **“Se [os factos não definidamente impugnados] estiverem em oposição com a defesa no seu conjunto”**

Razão de ser: Necessidade de interpretação global da contestação, de não a tornar intrinsecamente contraditória

Cfr. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Julho de 2008, www.dgsi.pt, proc. nº 07B3704

2ª – **“Se não for admissível confissão sobre eles”** – se não for admissível a confissão, relativamente aos factos alegados pelo autor e não impugnados pelo réu.

Razão de ser: princípio da submissão aos limites substantivos, instrumentalidade do processo. Código Civil, 354º ex: direitos indisponíveis

3ª **“Se só puderem ser provados por documento escrito”**

Mesma excepção na revelia, 568º, d)

Razão de ser: 364º Código Civil

Todos sabemos que um documento escrito pode ser exigido por lei ou por convenção das partes e, em ambos os casos, como requisito de forma ou apenas de prova. Assim:

- Se o documento for exigido **por lei** como

– requisito de **forma**

– requisito de **prova:**

Tal como sucede na revelia, em que a confissão ficta não pode substituir um documento exigido por lei como requisito de forma ou de prova (ou seja, o facto em causa não se considera provado por confissão),

em caso algum o documento legalmente exigido pode ser substituído pela admissão por acordo presumida, porque:

Se um documento é exigido por lei como requisito de forma de uma declaração, a falta desse documento provoca invalidade (nulidade) por falta de forma: o documento em falta só pode ser substituído por outro meio de prova ou outro documento de força probatória superior (364º, nº 1);

Se o documento apenas é exigido, por lei, como requisito de prova, a sua falta não torna a declaração inválida; mas só por confissão expressa pode ser provado (364º, nº 2). Razão de ser: a confissão é o meio de prova mais difícil de obter, porque provém da parte a quem a prova prejudica.

- **MAS** e se a exigência de documento escrito resultar de convenção das partes?

- também pode ser exigido **por convenção das partes** como

– requisito de **forma**

– requisito de **prova**:

- Se for exigido como forma: a convenção tem como efeito a presunção de que as partes se não quiseram vincular a não ser pela forma convencionada (223º Código Civil); e esta presunção não pode ser elidida por confissão ficta (revelia) ou admissão ficta (ônus da impugnação)

(presunção contra presunção...)

- Se for exigido como prova, aplicar-se-á o regime das convenções sobre meios de prova (345º Código Civil); se a convenção for válida, o documento em falta não pode ser substituído por falta de contestação ou de impugnação.

4ª Se o réu for incapaz, ausente ou incerto, quando representado pelo Ministério Público ou advogado oficioso

Razão de ser: fácil de ver; protecção dos incapazes.

Não vale quando houver advogado constituído.

Cfr. com a revelia:

– Nunca há revelia operante de réu incapaz;

– Ausentes e incertos: citados editalmente, se permanecerem em situação de revelia absoluta (desde 1995, anteriormente só se lhes aplicava o regime da revelia se constituíssem advogado), não se lhes aplicam os efeitos da revelia.

5 – Impugnação e afirmação de desconhecimento

Questão: que consequência tem a afirmação, pelo réu, de que desconhece o facto alegado pelo autor?

A lei distingue consoante se tratar ou não

- de factos pessoais
- de factos de que o réu deva ter conhecimento

Tratando-se de factos pessoais ou de que o réu deva ter conhecimento, a afirmação de desconhecimento vale como confissão (sic); no caso contrário, como impugnação.

Razão de ser: fácil de ver. Respeito pela finalidade da regra da impugnação; boa fé; maior dificuldade de prova para o autor do que para o réu, no caso de factos pessoais deste ou de factos de que ele tenha ou deva ter conhecimento.

Problema: o que são factos pessoais, nomeadamente em caso de representação (pex. de incapazes, ou quando é réu uma entidade colectiva)

Cfr. depoimento de parte;
cfr. Acórdão Supremo Tribunal de Justiça de 21 MARÇO de 2012, www.dgsi.pt, proc. nº 2359/06.7TVLSB.L1.S1. e Processo laboral sumário, falta do réu a julgamento, factos pessoais, poderes do Supremo, in Colectânea de Jurisprudência, ano XIII, tomo III, 1988, pág.49 e segs

9. Aplicação a outros articulados

- Réplica, 587º
- Articulados supervenientes, 588º, nº 3, c)

1º- Réplica:

Código anterior, 505º: fácil de aplicar. A réplica era admitida para responder às excepções, à reconvenção, aos factos constitutivos do direito do réu, nas acções de simples apreciação negativa; sendo admissível, podia ainda ser utilizada para alterar o pedido (não releva agora) e a causa de pedir.

Era admissível a tréplica para responder às excepções opostas pelo autor à reconvenção; ou em caso de alteração (do pedido ou) da causa de pedir, na réplica.

Assim, a falta do articulado (réplica, tréplica) ou a falta de impugnação definida, nesse articulado, dos factos alegados no anterior tinha como consequência a respectiva admissão por acordo.

Cfr. acórdão Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Junho de 2008, www.dgsi.pt, proc. nº 07B3704.

Código de Processo Civil de 2013:

- Manteve, no 587º, o mesmo regime (só para a réplica, porque nunca há tréplica). ASSIM:

– vigora a mesma solução para contestar a reconvenção e para a resposta aos factos constitutivos do direito alegado pelo réu, nas acções de simples apreciação negativa;

- e para as excepções, alegadas pelo réu na contestação,

ou pelo autor, em resposta à reconvenção

ou nas acções de simples apreciação negativa?

Não se prevê réplica ou outro articulado para responder às excepções – como funciona o ónus da impugnação, imposto pela al. c) do artigo 572º e pelo nº 2 do 587º, neste quadro?

572º, c) 587º, nº 1 e 2: necessidade de individualizar, na contestação ou na réplica, as excepções, sob pena de não se terem como admitidos por acordo os factos correspondentes, se não forem (definidamente) impugnados.

Tem de funcionar, seja qual for a forma encontrada para as respostas (na audiência prévia ou final, 3º nº 3, na réplica, em articulado admitido pelo juiz...).

2º– Articulados supervenientes: aplica-se a regra da impugnação definida, sob pena de admissão por acordo (ou seja, vale o ónus da impugnação definida). Não alterações de regime, relativamente ao anterior.

10. Conclusões:

Da conjugação entre as regras relativas à alegação de factos e à impugnação (do autor/ do réu, quanto aos factos que fundamentam as excepções), parece-me resultar o seguinte:

–1ª). Manutenção do ónus da alegação quanto aos **factos essenciais**.

–2ª). Manutenção da possibilidade de consideração de **factos complementares ou concretizadores** não alegados, desde que resultem da instrução da causa e as partes tenham a oportunidade de sobre eles se pronunciarem.

No entanto

– desapareceu a “discussão” como “fonte” do conhecimento do facto (“*e resultem da instrução e discussão da causa*”, nº 3 do anterior artigo 264º)

– desapareceu *expressamente* a “alegação a posteriori”, mas suponho que isso só deve significar que há uma presunção de que a parte quer aproveitar o facto, que deve ceder se a parte disser que não quer.

– 3ª) Manutenção do regime, quanto aos factos instrumentais:

– são de conhecimento oficioso, não estão dependentes de alegação e podem ser alegados enquanto puderem ser conhecidos oficiosamente: **não existe ónus de alegação** (já não existia, desde 95).

– 4ª). O ónus da alegação não se confunde com a preclusão. (Ónus: se a parte tem de alegar ou de impugnar, para que o tribunal possa considerar o facto ou a sua impugnação; preclusão: até quando a parte pode alegar ou impugnar)

Quanto à **preclusão**:

– atenuada em 1995, com a previsão do **convite ao aperfeiçoamento dos articulados (590º**, ex pré-saneador; audiência prévia, ex-preparatória): mantém-se

– tal como não funciona a preclusão para os factos instrumentais

– e funciona para os tais essenciais da causa de pedir

E quanto aos complementares ou concretizadores?

podem ser conhecidos desde que resultem da instrução da causa; significa que podem ser alegados também depois dos articulados (no sentido de ter a parte o direito de os alegar depois dos articulados, nomeadamente durante a instrução da causa)?

Problema:

Mantiveram-se as regras

1– **dos limites ao aperfeiçoamento**: mantiveram-se os limites do princípio da concentração da defesa, da falta de impugnação definida, da alteração da causa de pedir (muito estreita, como se sabe... sem acordo, só aproveitando uma confissão do réu) 590º, nº 6; valem para o aperfeiçoamento na audiência prévia, 591º, nº 1, c) ;

2– **da possibilidade de alegação posterior aos articulados, com a exigência de que se trate de factos supervenientes** 588º, 611º

que parece que obrigam a concluir no sentido de que continua a funcionar a regra da preclusão.

– 5ª) Especificamente quanto ao **ónus da impugnação**, atenuação real só encontro quanto aos factos instrumentais, por não ser definitiva a admissão por acordo.

Nota: creio que a eliminação da possibilidade de alteração da causa de pedir, nos termos anteriores, veio obrigar o autor a uma mais extensa alegação e, portanto, obrigar o réu à correspondente impugnação.

^[1] Notas que serviram de base à intervenção realizada no dia 24 de Janeiro de 2014, nas Jornadas de Processo Civil organizadas pelo Centro de Estudos Judiciários.