

Valor extraprocessual da prova penal na demanda cível.

Algumas linhas gerais de solução

Rui Pinto ¹

SUMÁRIO: § 1º *Introdução*. 1. O pedido de indemnização cível por erro médico (breve caracterização). — A. Tema. Objecto da prova. — B. Ónus subjectivo da prova. 2. Dedução do pedido indemnizatório. 3. Utilidade da prova emprestada. Soluções possíveis. § 2º *Valor extraprocessual da decisão probatória*. 1. Regra da não eficácia extra-processual. 2. Primeira excepção: o art. 289º nº 4 CPC. 3. Segunda excepção: os arts. 674º-A e 674º-B CPC. — A. Enunciados e conteúdo. — B. Âmbito objectivo. — C. Âmbito subjectivo. 4. Conclusões. § 3º *Valor extraprocessual da prova*. 1. Introdução. 2. Primeira regra: transportabilidade de depoimento ou arbitramento. — A. Âmbito positivo. — B. Âmbito negativo. — C. Pressupostos. 3. Segunda regra: manutenção do valor probatório. — A. Enunciado. — B. Exclusão. § 4º *Procedimento de invocação de prova emprestada*. § 5º *Conclusões finais*.

§ 1º Introdução. 1. O pedido de indemnização cível por erro médico (breve caracterização). — A. Tema. Objecto da prova. I. O tema que nos traz aqui é o de 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.

Dada a complexidade da questão iremos procurar fixar as grandes linhas de solução que resultam do direito positivo.

Para tal impõe-se uma caracterização preliminar sumária do objecto probatório, da distribuição subjectiva do ónus da prova e da articulação procedimental entre tutela pública (penal) e tutela privada (civil). Desse modo, ficaremos a conhecer em que contexto substantivo, probatório e procedimental se coloca a questão da eficácia extraprocessual da prova em processo penal.

II. A este respeito cabe dizer que o *pedido* de indemnização cível por erro médico tem a natureza de pedido condenatório, *i.e.*, o autor pretende que o tribunal imponha ao réu um comando de actuação, *in casu*, o pagamento de indemnização *in natura* ou no valor do dano.

¹ Professor Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. O presente texto serviu de base à comunicação apresentada no *Curso de Direito da Saúde. Responsabilidade Civil e Penal*, organizado pelo Centro de Estudos Judiciários, em Abril de 2012.

Esse pedido é deduzido pelo *lesado*, i.e., a “pessoa que sofreu danos ocasionados pelo crime” (art. 74º nº 1 CPP).

A *causa de pedir* são os factos constitutivos da responsabilidade civil médica.

A esses factos o réu contraporá *factos impeditivos, modificativos ou extintivos* e, bem assim, a *impugnação* dos alegados pelo autor. Uns e constituirão o *objecto da prova*.

Apenas as normas aplicáveis do responsabilidade civil ditarão que factos poderão cumprir um papel constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo. *As normas invocadas ditam os factos a alegar, portanto.*

Qual é por isso, o regime de responsabilidade civil aplicável?

Com variações e cruzamentos entre si pode afirmar-se a existência de dois pólos na qualificação da responsabilidade civil médica: o pólo da responsabilidade *aquiliana* e o pólo da *responsabilidade contratual*. Pelo meio, parece haver uma posição *mista*.

III. Assim, há doutrina e jurisprudência que propugna pelo regime da **responsabilidade civil extra-contratual do art. 483º CC**² ou pelo menos de *não aplicação da presunção de culpa do art. 799º nº 1*, mesmo na presença de um contrato entre médico e doente.

Modelarmente, o ac. RL 22-Mai-2007/4018/2006-1 (ISOLETA ALMEIDA E COSTA) definiu que sendo a prestação de serviços médicos uma obrigação de *meios* “não cabe ao médico ilidir qualquer presunção legal de incumprimento, daí que o regime do ónus da prova nesta matéria deva ser o da responsabilidade extracontratual isto é ao autor (paciente) caberá provar todos os factos constitutivos da violação do dever do médico definido nos termos amplamente desenvolvidos, (mesmo que a responsabilidade resulte de contrato entre medico e doente)”.

Tal não impediria, por exemplo, um *hospital* de responder como *comitente* nos termos do art. 500º CC.

Exemplo: age com negligência um hospital que, através do seu pessoal hospitalar, não providência que um doente seja vigiado durante a noite³

² Assim, TEIXEIRA DE SOUSA, *Sobre o ónus da prova nas acções de responsabilidade civil médica*, Direito da Saúde e Bioética, AAFDUL, 1996, 136-137: o médico é “responsável perante o paciente pelos meios que usa (ou deve usar) no diagnóstico ou no tratamento”, muito embora «a presunção de culpa do devedor estabelecida no art. 799º, nº 1, do Código Civil se justifique plenamente na generalidade das obrigações contratuais, pois que facilmente se aceita que, perante uma situação de incumprimento ou de cumprimento defeituoso, se presume que o devedor não usou a diligência devida para realizar a prestação a que estava obrigado (...) todavia, essa mesma presunção de culpa *não se justifica* na área da responsabilidade médica». É que “a existência de uma relação contratual entre o médico e o paciente não acrescenta, na área da responsabilidade profissional, qualquer dever específico aos deveres gerais que incumbem a esse profissional”, pois os “deveres contratualmente assumidos pelo médico coincidem normalmente com os deveres gerais impostos no exercício da medicina” (*ibidem*, 127) pelo que “parece não dever atribuir-se qualquer relevância, quanto ao ónus da prova da culpa, à eventual celebração de um contrato entre esses sujeitos”. E conclui TEIXEIRA DE SOUSA: “Dado que a posição do médico não deve ser sobrecarregada, através da repartição do ónus da prova, com a demonstração de resultados que não garantiu, nem podia garantir, o regime do ónus da prova da culpa deve ser sempre o da responsabilidade extracontratual”. No mesmo sentido, MANUEL ROSÁRIO NUNES, *O Ónus da Prova nas Acções de Responsabilidade Civil por Actos Médicos*, 2005, pp. 48 a 56: “não recai sobre o médico, em regra, qualquer obrigação de resultado, pelo que o ónus da prova da culpa é determinado exclusivamente pelo regime da responsabilidade extracontratual”; as excepções seriam certas obrigações de resultado, com nas cirurgias estéticas (*ibidem*, 55) Na jurisprudência, RL 24-Abr-2007/10328/2006-1 (RUI VOUGA).

Porém, tem havido vária jurisprudência que defende a natureza perigosa de *certos actos médicos*, sujeitando-os, a título excepcional⁴, ao regime da responsabilidade objectiva atenuada do art. 493º n.º 2 CC — v.g., transfusões de sangue⁵, operações cirúrgicas que envolvam a abertura do abdómen⁶. Para alguns, no entanto, a *actividade médico-cirúrgica em geral*⁷ seria sempre perigosa.

Assim, embora ainda em sede de responsabilidade extracontratual, já caberia ao réu alegar e provar que o cumprimento defeituoso não resultou de culpa sua como decorre da presunção estatuída nos arts. 493º n.º 2 CC⁸.

IV. Um segundo entendimento, que nos parece ser o jurisprudencialmente dominante pugna — eventualmente em cumulação com a responsabilidade extracontratual⁹, eventualmente a do art. 493º n.º 2¹⁰ — pela qualificação, *essencialmente, e em regra*, como de **responsabilidade contratual** nos termos do art. 798º CC¹¹. Existirá um contrato de prestação de serviços¹² nos termos do art. 1154º CC (“contrato médico”¹³ ou de “prestação de serviços médicos”¹⁴ ou “prestação de serviços médico-cirúrgicos”¹⁵) sujeito às regras do mandato¹⁶, entre o lesado e o médico ou entre o lesado a entidade hospital.

Por isso, o *médico-chefe de equipa* ou o *hospital* seriam responsáveis pelos seus auxiliares — respectivamente, os membros da sua equipa (anestesiastas e enfermeiros, instrumentistas¹⁷), ou os médicos e pessoal de enfermagem¹⁸ — nos termos do art. 800º CC¹⁹.

³ RP 2-Mar-2006/ 0630877 (OLIVEIRA VASCONCELOS)

⁴ RL 24-Abr-2007/10328/2006-1 (RUI VOUGA).

⁵ Há especial periculosidade pela possibilidade de contaminação viral (RC 11-Jul-2006/ 3529/05 (VIRGÍLIO MATEUS)).

⁶ STJ 9-Dez-2008/ 08A3323 (MÁRIO CRUZ).

⁷ RC 6-Mai-2008/1594/04.7TBLRA.C1 (JAIME FERREIRA). Já não reveste especial periculosidade a actividade de prestação de cuidados fisiátricos e serviços relacionados (RP 24-Mai-2011/ 1224/09.0TJPRT.P1 (JOÃO PROENÇA)).

⁸ RC 6-Mai-2008/1594/04.7TBLRA.C1 (JAIME FERREIRA) e STJ 30-Jun-2011/3252/05TVLSB.L1.S1 (SÉRGIO POÇAS).

⁹ STJ 27-Nov-2007/07A3426 (RUI MAURÍCIO) e RL 8-Jan-2008/ 7365/2007-7 (ANA RESENDE).

¹⁰ RC 6-Mai-2008/1594/04.7TBLRA.C1 (JAIME FERREIRA).

¹¹ STJ 18-Set-2007/07A2334 (ALVES VELHO), STJ 27-Nov-2007/07A3426 (RUI MAURÍCIO), RL 8-Jan-2008/ 7365/2007-7 (ANA RESENDE), RL 28-Out-2008/7563/2008-1 (ROSÁRIO GONÇALVES) e STJ 7-Out-2010/1364/05.5TBBCL.G1 (FERREIRA DE ALMEIDA). Na doutrina, de modo eventual, TEIXEIRA DE SOUSA *Sobre o ónus* cit., 127; de modo geral, HENRIQUES GASPARGAR, *A Responsabilidade Civil do Médico*, CJ 3/I, 341 e JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, 1996, 221-222. Ver ainda, FERREIRA DE ALMEIDA, *Os Contratos Cívicos de Prestação de Serviço Médico*, Direito da Saúde e Bioética, AAFDUL, 1996, 80.

¹² RP 20-Jul-2006/ 0633598 (GONÇALO SILVANO) e RP 1-Mar-2012/ 674/ 9434/06.6TBMST.P1 (FILIPE CAROÇO).

¹³ ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES, *Reflexões em Torno da Responsabilidade Civil dos Médicos*, Direito e Justiça. Revista da Faculdade de Direito de Universidade Católica Portuguesa XIV/3, 2000, 180.

¹⁴ STJ 4-Mar-2008/ 08A183 (FONSECA RAMOS).

¹⁵ STJ 15-Dez-2011/209/06.3TVPRP.P1.S1 (GREGÓRIO DA SILVA JESUS).

¹⁶ RP 24-Fev-2011/ 674/2001.P1 (FILIPE CAROÇO).

¹⁷ RL 24-Abr-2007/10328/2006-1 (RUI VOUGA). Mas, como bem sumaria esse acórdão, a responsabilidade do chefe de equipa é somente quanto aos actos praticados no cumprimento da prestação devida — não abrangendo os praticados por *ocasião* do cumprimento mas que nada tenham a ver com este — e desde que, por sua vez, o auxiliar responda (*i.e.*, o acto lhe seja imputável e haja culpa), “a não ser que [o chefe de equipa] tenha culpa directa, por ter sido negligente na escolha do auxiliar, nas deficientes instruções que lhe deu ou na forma como acompanhou a sua actuação (arts. 798º, 801º, n.º 1, e 500º, do Código Civil)” (JOÃO ÁLVARO DIAS, *Procriação* cit., 245). Isto sem prejuízo dos casos especiais do médico anestesista ou outros especialistas que intervenham em relação de paridade com o cirurgião: aqui já estariam fora do âmbito do art. 800º, sendo *autónomos* e respondendo também por si só nos termos do art. 483º, (cf. MANUEL CARNEIRO DA FRADA *Direito Civil. Responsabilidade Civil. O método do Caso*, 2006, 117) embora o médico-cirurgião responda (eventualmente) enquanto responsável pela escolha daquele colega.

¹⁸ STJ 18-Set-2007/07A2334, em regra.

¹⁹ RL 24-Abr-2007/10328/2006-1 (RUI VOUGA) e STJ 18-Set-2007/07A2334).

Mas mesmo nesta tese não se exclui que a actuação ilícita do médico possa, em certas situações, configurar apenas e só uma situação de responsabilidade extracontratual.

Exemplo ²⁰: prestação de assistência a uma pessoa inanimada ou a um incapaz cujo representante legal não conhece ou, de todo, não pode contactar; médico é agente de um serviço público (caso não se aceite a natureza contratual da responsabilidade das instituições e serviços públicos de saúde ²¹); a actuação médica, por força da ilicitude do acto e da culpa do agente, que configure determinado tipo legal de crime (v.g., ofensas corporais, homicídio negligente, prática ilegal de aborto, revelação de sigilo profissional); inexistência de contrato médico, por nulidade *por ex.* ²²

Além disso, quando estejam envolvidas entidades hospitalares públicas o Estado também responderia extracontratualmente, por estarem em causa actos de gestão pública ²³.

V. Finalmente, há uma *solução mista no sentido do concurso* entre regimes: “na actuação do médico, o não cumprimento pelo mesmo dos deveres de cuidado e protecção a que está obrigado, pode ser causa de *responsabilidade contratual*, na medida em que viola deveres laterais a que contratualmente está obrigado, mas também de *responsabilidade delitual*, na medida em que a referida violação represente igualmente um facto lícito extracontratual”, por violar direitos absolutos de personalidade (vida, saúde), podendo o *lesado* “*optar* pela tutela contratual ou extracontratual, consoante a que julgue mais favorável em concreto” (STJ 19-Jun-2001/ 01A1008 (PINTO MONTEIRO) = STJ 7-Out-2010/1364/05.5TBBCL.G1 (FERREIRA DE ALMEIDA)).

Trata-se de um entendimento com apoio significativo na doutrina²⁴.

VI. Ora, em qualquer caso, o objecto da prova do lado do lesado é paradoxal.

Por um lado, “**são [sempre] os mesmos os elementos constitutivos da responsabilidade civil, provenha ela de um facto ilícito ou de um contrato**, a saber: o *facto*

²⁰ São exemplos de JOÃO ÁLVARO DIAS *ob. cit.*, 226 ss

²¹ Efectivamente, quantos aos *serviços prestados por entidades que operem ao abrigo do Serviço Nacional de Saúde ou que com ele tenham protocolo*, ao lado de quem vê nela uma natureza contratual, há quem entenda que a responsabilidade civil operará para com o utente ao nível da responsabilidade extra-contratual (assim, STJ 9-Dez-2008/ 08A3323 (MÁRIO CRUZ) e STJ 24-Mai-2011/1347/04.2TBPNF.P1.S1 (HÉLDER ROQUE)). Pelo contrário, nas *instituições ou consultórios em que não haja protocolo com o SNS*, ou seja, em que o utente pague o custo ou preço efectivo, a responsabilidade civil operará ao nível da responsabilidade civil contratual (ver STJ 9-Dez-2008/ 08A3323 (MÁRIO CRUZ)).

²² STJ 27-Nov-2007/07A3426 (RUI MAURÍCIO).

²³ *Responsabilidade Civil dos Médicos – 11*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, vários autores.

²⁴ Assim, MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, 2003 (reimp.), 411; RUI ALARCÃO, *Direito das Obrigações*, 1994 (reimp.), 209; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 4ª ed., 356; PINTO MONTEIRO, *Cláusulas Limitativas e Exclusão de Responsabilidade Civil*, 2011 (2ª reimp.), 425/437; TEIXEIRA DE SOUSA, *O Concurso dos Títulos de Aquisição da Prestação*, 1988, 136.

(controlável pela vontade do homem); a *ilicitude*; a *culpa*; o *dano*; e o *nexo de causalidade* entre o facto e o dano” (STJ 27-Nov-2007/07A3426 (RUI MAURÍCIO)).

Por outro lado, e todavia, esses factos assumem uma **densidade técnica muito grande** que assenta na aferição do padrão da *arte legis* e do *desvio concreto* a esse padrão.

Citando o ac. RE 19-Abr-2007/ 2403/06-2 (SÉRGIO ABRANTES MENDES) “o ponto de partida essencial para qualquer acção de responsabilidade médica é (...) a desconformidade da concreta actuação do agente, no confronto com aquele padrão de conduta profissional que um médico medianamente competente, prudente e sensato, com os mesmos graus académicos e profissionais, teria tido em circunstâncias semelhantes na altura”

Exemplo: se uma compressa é deixada no interior do corpo de um paciente sujeito a uma intervenção cirúrgica, verificar-se-á sempre negligência do médico cirurgião, na medida em que lhe compete cumprir e fazer cumprir os procedimentos impostos pelas regras da arte e designadamente verificar se nenhuma anomalia ocorreu no decurso da operação, se por si ou por outrem havia sido deixado qualquer objecto no corpo do paciente ²⁵.

(Continuação). — B. Ónus subjectivo da prova. I. Finalmente, em termos de correlativa distribuição subjectiva do ónus da prova tudo dependente do regime da responsabilidade civil aplicável ao caso.

Sendo *responsabilidade extra-contratual* todos os factos constitutivos do direito à indemnização devem ser provados pelo lesado: *o facto voluntário, a ilicitude; a culpa, o dano, e o nexo causal entre o facto e o dano*. Nenhuma presunção de culpa, *maxime*, do art. 799º CC, recairia sobre o profissional médico, como se defende no ac. RL 24-Abr-2007/10328/2006-1 (RUI VOUGA). O funcionamento do art. 493º nº 3, embora alterando o ónus da prova, será excepcional ²⁶.

Todavia, quando se trate de “um erro grosseiro – isto é, uma violação *indiscutível* segundo o estado de conhecimento da ciência médica no momento do diagnóstico ou do tratamento – é suficiente o lesado indiciar, através de uma presunção judicial ou prova *prima facie*, a negligência do médico (RL 24-Abr-2007/10328/2006-1 (RUI VOUGA))²⁷.

II. Sendo *responsabilidade contratual*, os factos constitutivos do direito à indemnização são os mesmos — que “o devedor da prestação (*in casu*, o médico) tenha agido voluntariamente, com culpa, tenha havido dano e exista nexo de causalidade entre o facto

²⁵ RE 19-Abr-2007/ 2403/06-2 (SÉRGIO ABRANTES MENDES)

²⁶ RL 24-Abr-2007/10328/2006-1 (RUI VOUGA).

²⁷ O qual acrescenta: “se o dano sofrido for imputável, segundo a normalidade das coisas, a uma actuação negligente do médico, é a este que incumbe a prova de que, no caso concreto, não há qualquer nexo de causalidade entre esse dano e qualquer erro de diagnóstico ou de tratamento”.

culposo e este” (STJ 1-Jul-2010/ 398/1999.E1.S1 (SERRA BAPTISTA) — porém, por força da presunção legal de culpa do devedor do art. 799º nº 1 CC fica o lesado *dispensado de provar a culpa* no primeiro caso, havendo *inversão do ónus da prova*, conforme o art. 344 nº 1²⁸.

Será o médico ou profissional médico que terá o ónus de demonstrar que actuou sem culpa, por ter empregue todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de evitar danos a outrem²⁹. Se não o fizer “impõe sobre si a obrigação de indemnizar” (STJ 27-Nov-2007/07A3426 (RUI MAURÍCIO))³⁰.

III. No entanto, há jurisprudência mais restritiva que faz depender a dispensa de culpa da *prova pelo lesado* — o credor³¹ — *da falta de cumprimento ou do cumprimento defeituoso*, justamente a condição daquela à luz do art. 799 nº 1 CC.

Essa falta de cumprimento ou cumprimento defeituoso consiste numa desconformidade objectiva entre o acto praticado e as *leges artes ou “regras da arte”*³² — “padrão de conduta profissional que um médico medianamente competente, prudente e sensato, com os mesmos graus académicos e profissionais, teria tido em circunstâncias semelhantes na altura” (RE 19-Abr-2007/ 2403/06-2 (SÉRGIO ABRANTES MENDES) = RP 1-Mar-2012/ 674/9434/06.6TBMTS.P1 (FILIPE CAROÇO))³³ — *i.e.*, que o médico não cumpriu a sua *obrigação de meios*³⁴ — não de *resultado, salvo certos casos*³⁵. Só depois, funcionando a presunção de culpa, o médico ou profissional médico terá o ónus de demonstrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de evitar danos a outrem³⁶.

Em suma, como bem cristaliza o ac. RP 17-Nov-2005/0534727 (MÁRIO FIGUEIREDO): “por princípio, caberá ao doente demonstrar que existiu actuação deficiente na intervenção cirúrgica (...) enquanto ao médico, ainda que de obrigação de meios se trate, sempre caberá demonstrar que utilizou as técnicas adequadas, com recurso às regras da arte médica e meios técnicos de que razoavelmente dispunha, ou seja, cumprir-lhe-á demonstrar que

²⁸ Defendendo a aplicação dessa presunção, por ex., STJ 17-Dez-2002 (AFONSO DE MELO), RL 11-Set-2007/1360/2007-7 (ROSA RIBEIRO COELHO) e RL 15-Dez-2011/5485/09.7TVLSB.L1-2 (PEDRO MARTINS).

²⁹ Na doutrina, no sentido da aplicação da presunção de culpa sediada no art. 799º nº 1 CC, ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUE, *Reflexões* cit., 180.

³⁰ Portanto, a “tutela contratual é, em regra, a que mais favorece o lesado na sua pretensão indemnizatória, face às regras legais em matéria de ónus da prova da culpa (art.ºs 344.º, 487.º, n.º 1 e 799.º, n.º 1, todos do CC)” (STJ 7-Out-2010/1364/05.5TBBCL.G1 (FERREIRA DE ALMEIDA)).

³¹ “Nas acções de responsabilidade civil contratual, por cumprimento defeituoso de obrigação médica, recai sobre o credor o ónus da prova de que o devedor não cumpriu a *legis artis* da sua profissão” (RP 7-Abr-2011/5239/07.5TVLSB.L1-2 (JORGE LEAL)).

³² RL 24-Abr-2006/ 2491/2006-6 (OLINDO GERALDES).

³³ RP 17-Nov-1998/ 0065395 (GASPAR DE ALMEIDA): “não ter sido usado o instrumental de conhecimentos e o esforço técnico que se pode esperar de qualquer médico numa certa época e lugar”.

³⁴ STJ 17-Dez-2002 (AFONSO DE MELO), RP 20-Jul-2006/ 0633598 (GONÇALO SILVANO), RL 24-Abr-2007/10328/2006-1 (RUI VOUGA), RL 23-Out-2007/6068/2007-7 ISABEL SALGADO) e RL 26-Jun-2008/4450/2008-2 (EZAGUY MARTINS).

³⁵ Por ex., as cirurgias estéticas (MANUEL ROSÁRIO NUNES, *O Ónus da Prova* cit., 55), a realização de um exame ou de uma análise para apurar se existe ou não certa doença ou o real estado de saúde (RL 11-Set-2007/1360/2007-7 (ROSA RIBEIRO COELHO) e STJ 4-Mar-2008/08A183 (FONSECA RAMOS)). Já para o ac. STJ 17-Dez-2009/ 544/09.9YFLSB (PIRES DA ROSA) a cirurgia estética é uma obrigação de quase resultado: “A ausência de resultado ou um resultado inteiramente desajustado são a evidência de um incumprimento ou de um cumprimento defeituoso da prestação por parte do médico devedor. Ao médico compete, por isso, em termos de responsabilidade contratual, o ónus da prova de que o resultado não cumprido ou cumprido defeituosamente não procede de culpa sua, tal como o impõe o n.º1 do art.799º do CCivil.”.

³⁶ STJ 18-Set-2007/07A2334 = STJ 15-Out-2009/08B1800 (RODRIGUES DOS SANTOS)

não teve actuação culposa (art. 799, n.º 1 do CC)³⁷. Ou, ainda, “ao lesado compete fazer a prova da violação das *leges artis*, por parte do médico, ou seja, da ilicitude da sua conduta, enquanto a este cabe demonstrar que não teve actuação culposa” (RP 1-Mar-2012/ 674/9434/06.6TBMTS.P1 (FILIPE CAROÇO))³⁸

(Continuação). 2. Dedução do pedido indemnizatório. I. O pedido de indemnização cível pode ser deduzido em *acção autónoma* ou *cumulado* ao pedido crime no processo penal.

Como se sabe, a regra é a da *adesão*: havendo *causa penal pendente* o pedido de indemnização civil fundado na prática do crime deverá ser deduzido no processo penal respectivo, de acordo com o art. 71º CPP. E é irrelevante, para a dedução e mesmo procedência do pedido civil, a sorte do pedido criminal: “a sentença, ainda que absolutória, condena [*rectius*, pode condenar] o arguido em indemnização civil” lê-se no ac. RL 18-Mar-1998/0069863 (ADELINO SALVADO)³⁹.

II. Porém, o pedido civil poderá ser deduzido em *separado* nos casos do art. 72º CPP.

III. Deste modo, temos de considerar dois procedimentos diferentes, consoante tenha havido pedido cível cumulado ou separado: o *procedimento declarativo especial* que está nos arts. 77º ss. CPP, sem prejuízo da subsidiariedade do processo civil, *ex vi* art. 4º CPP, e o *processo comum civil* do Código de Processo Civil.

IV. Por outro, independentemente de ter havido ou não responsabilidade penal, pode ter havido *responsabilidade disciplinar*, nos termos, no caso dos médicos, do Decreto-Lei nº 217/94, de 20 de Agosto.

Os respectivos órgãos disciplinares da Ordem dos Médicos, não têm, por não serem tribunais, competências em matéria de indemnização.

V. Daqui resulta o seguinte: se houve responsabilidade disciplinar (somente) o pedido indemnizatório corre nos tribunais cíveis; se houve responsabilidade criminal o pedido indemnizatório corre nos tribunais criminais, em regra.

³⁷ Identicamente, RP 17-Nov-2005/0534727 (MÁRIO FERNANDES).

³⁸ Também: “provado o cumprimento defeituoso, cabe ao médico o ónus da prova de que o defeito não procede de culpa sua, por força da presunção do art. 799/1 do CPC” (RL 15/Dez/2011/5485/09.7TVLSB.L1-2 (PEDRO MARTINS)).

³⁹ O qual acrescenta: “Para esse efeito, não basta que se provem factos que consubstanciem uma obrigação de natureza civil, sendo necessário que se esteja perante um ilícito civil que produza o dever de indemnizar”.

(Continuação). 3. Utilidade da prova emprestada. Soluções possíveis. I. Vimos como, seja qual for o regime de responsabilidade aplicável, o ónus probatório do lesado tende a ser, como escrevemos, de *grande densidade técnica*.

Isso sucede porque *girando a prova, essencialmente à volta do erro médico* — a “conduta profissional inadequada resultante da utilização de uma técnica médica ou terapêutica incorrectas que se revelam lesivas para a saúde ou vida de um doente”, por imperícia, inconsideração ou negligência⁴⁰ — *o lesado quer provar a sua ocorrência; o réu quer negar essa mesma ocorrência*.

Ora, quanto mais exigente for o ónus seja do lado do lesado, mas também do lado médico, maior interesse haverá em fazer uso cível dos resultados probatórios produzidos no processo penal.

Exemplo: fazer uso de "declarações confessórias" da arguida que a criança (vítima) ao ser observada pela médica apresentava febre⁴¹.

O uso de prova emprestada pelo processo penal seria uma real economia processual para o lesado, em especial para a prova da ilicitude e da culpa.

Além disso, potenciar-se-ia uma *uniformidade decisória* entre ambos os julgados, penal e cível.

II. Em abstracto o transporte de resultados probatórios entre causas poderia apoiar-se numa de duas soluções.

A primeira consistiria em ser a *decisão probatória* que teria eficácia extraprocessual — os *factos* provados. *Por ex.*, a (re) utilização das *prévias respostas* a quesitos ou dos fundamentos de facto da sentença final.

A segunda consistiria em ser o *teor da prova* produzida que teria eficácia extraprocessual, dispensando-se alguma ou toda a instrução — a *prova* dos factos. *Por ex.*, não ser necessário ter ouvir novamente as mesmas testemunhas ou de ignorar uma confissão que uma parte já fizera noutro processo.

III. Na ausência de previsão no Código de Processo Penal, há que buscar a eventual positivação dessas soluções no Código de Processo Civil.

Para tal devemos considerar os arts. 289º nº4, 522º, 674º-A e 674º-B.

⁴⁰ Identicamente, RL 19-Abr-2005/10341/2004-7 (PIMENTEL MARCOS).

⁴¹ Cf. RL 14-10-1998/ 0013853 (SANTOS CARVALHO).

§ 2º Valor extraprocessual da decisão probatória. 1. Regra da não eficácia extra-processual.

I. O regime de limites objectivos do caso julgado exclui a *importação sem mais e de modo vinculado de uma decisão probatória*.

Efectivamente, qualquer decisão sobre matéria de facto, i.e., sobre se a realidade de um facto está ou não demonstrada (cf. art. 341º CC), não vale autonomamente mas sim como condição necessária de construção da *fundamentação de facto*, nos termos do art. 659º nº 3 CPC.

Nesse sentido, ANTUNES VARELA/MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO E NORA escrevem que “a força do caso julgado não se estende (...) aos fundamentos da sentença” pelo que “os factos considerados como provados nos fundamentos da sentença não podem considerar-se isoladamente cobertos pela eficácia do caso julgado, para o efeito de extrair deles outras consequências, além dos contidos na decisão final”⁴². Por isso, a decisão sobre a matéria de facto começa por apenas valer para o concreto processo em que foi produzida e perde depois autonomia sendo adquirida pela sentença final.

Por outras palavras, a decisão de dar certo facto como assente (cf. art. 511º CPC) ou a decisão sobre a matéria de facto (cf. art. 653º nº 2) não têm eficácia jurídica senão no *concreto processo* para o que foram produzidas.

II. Tal é o sentido unânime da jurisprudência: o da eficácia extraprocessual da *prova*, não o da eficácia extraprocessual dos factos *tidos* como provados⁴³.

Justamente, o ac. RP 4-Out-2010/2906/08.0TJVN.F.P1 (ANTÓNIO EULEUTÉRIO) decidiu que “a matéria de facto provada nessa [primeira] acção não tem força de caso julgado nesta” e o ac. RP 4-Jan-2011/3492/09.9TBVNG-C. (GUERRA BANHA) veio dizer que “O caso julgado resultante do trânsito em julgado de sentença proferida em anterior acção não se estende aos factos aí declarados provados para efeitos desses”.

Por outras palavras: não se importam factos *provados*⁴⁴.

Exemplos: não pode numa acção ser reconhecida ao autor/trabalhador determinada categoria profissional, com base em factos que nela não se encontram provados, mas numa outra acção, de que o tribunal teve conhecimento por virtude do exercício das suas funções⁴⁵; nada impede que

⁴² *Manual de Processo Civil*, 1985, 711. Na jurisprudência, STJ 3-Nov-2009/3931/03.2TVPR.T.S1 (MOREIRA ALVES).

⁴³ RE 29-Set-1994 (CORTEZ NEVES), BMJ 439, 667, STJ 20-Abr-2004/3513/04 (ARAÚJO BARROS), STJ 5-Mai-2005/05B691ARAÚJO BARROS), RP 9-Out-2008/0834784 (TELES DE MENEZES) e RL 24-03-2009/ 9251/2008-7 (CONCEIÇÃO SAAVEDRA).

e RL 26-05-2011/ 1193/05.6TCSNT.L1-2 (MARIA JOSÉ MOURO).

⁴⁴ “Não são os factos (provados ou não) numa acção que podem ser invocados noutra, antes e apenas pode o tribunal, nesta segunda acção, servir-se dos meios de prova (depoimentos e arbitramentos) que foram utilizados na anterior” (RE 26-Abr-2007/2750/06-3 (ASSUNÇÃO RAIMUNDO)).

⁴⁵ STJ 19-12-2007/ 07S1614 (DINIS VASQUES).

no processo penal o facto X se tenha decidido como provado e no processo civil o mesmo facto X, ainda que com o mesmo meio probatório, seja tido como não provado ⁴⁶.

III. Qual o valor, então, das decisões sobre a matéria de facto em outro processo?

O juiz conhecerá o juízo probatório de provado/não provado: nesse caso escreve LEBRE DE FREITAS a “sujeita à *livre apreciação da prova* (...) no novo processo, a resposta deve ser valorada em conjunto com os meios de prova com que ele é *directamente* confrontado” valerá como *princípio de prova* como quando o primeiro processo tem menores garantias.

Isto porque “não podendo o juiz apreciar o conteúdo do depoimento, à livre formação da sua convicção substituir-se-ia o exercício dum poder vinculado (se se entendesse que *teria* de concluir como no processo anterior) ou discricionário (se se entendesse que apenas *podia* fazê-lo), que, em qualquer dos casos, a lei não lhe atribui e que teria como base a formação da convicção *de outrem*, se lhe fosse consentido assentar uma decisão de facto na mera resposta de outro tribunal a um quesito” e “isto mesmo pressupondo a total identidade da configuração do facto em causa e a não produção sobre ele de outras provas no segundo processo” ⁴⁷.

Neste sentido, em sede de art. 712º CPC foi declarado pelo STJ 3-Nov-2009/3931/03.2TVPRT.S1 (MOREIRA ALVES) que se o autor/recorrente se limitou a oferecer como meio de prova as *certidões das decisões* proferidas numa primeira acção, “as ditas decisões judiciais, apenas constituem documentos cuja força provatória se limita a um princípio de prova, a valorar livremente pelo julgador, em conjugação com a demais prova directamente produzida perante ele”.

(Continuação). 2. Primeira excepção: o art. 289º nº 4 CPC. No entanto, o sistema processual parece contemplar desvios à regra anterior.

Antes de mais, o art. 289º nº 4 relativo ao *Alcance e efeitos da absolvição da instância* autoriza a que “se o réu tiver sido absolvido [da instância] por qualquer dos fundamentos compreendidos na alínea e) do nº 1 do artigo 288º”, ou seja por excepção dilatória menos grave do que as das als. a) e d) do mesmo número,” na nova acção que corra entre as mesmas partes podem ser aproveitadas as *provas produzidas* no primeiro processo e têm valor *as decisões* aí proferidas”.

É um caso restrito que não parece ter aplicação no processo penal, mas ao qual voltaremos mais adiante.

⁴⁶ Daí a ilegalidade da decisão em sede de segunda causa que deu como matéria de facto assente a sonegação de bens de herança para efeitos do art. 2096º CC, após importação de factos dados como provados no primeiro processo (RP 19-Out-2010/RP20101019154/03.4TBVLC.C.P1 (MARIA GRAÇA MIRA))

⁴⁷ *CPCanot* II, 2001, 418.

(Continuação). 3. Segunda exceção: os arts. 674º-A e 674º-B CPC. — A. Enunciados e conteúdo. I. Já o mesmo não se pode dizer quanto aos arts. 674º-A e 674º-B CPC.

O primeiro trata da *Oponibilidade a terceiros da decisão penal condenatória* e dita que

“A condenação *definitiva* proferida no processo penal constitui, em *relação a terceiros, presunção ilidível* no que se refere à existência dos *factos que integram os pressupostos da punição e os elementos do tipo legal*, bem como dos que respeitam às *formas do crime*, em *quaisquer acções civis* em que se discutam relações jurídicas dependentes da prática da infracção”.

O segundo trata da *Eficácia da decisão penal absolutória*, nos seguintes termos:

“A decisão penal, *transitada em julgado*, que *haja absolvido* o arguido com fundamento em não ter praticado os factos que lhe eram imputados, constitui, em quaisquer *acções de natureza civil*, simples *presunção legal da inexistência desses factos*, ilidível mediante prova em contrário. A presunção prevalece sobre quaisquer presunções de culpa estabelecidas na lei civil”

Trata-se, pois, de procurar *alguma coerência decisória entre julgado penal e julgado civil* ⁴⁸, como no passado constituía objecto dos arts. 153º e 154º CPP/1929 ⁴⁹.

II. Repare-se que concluímos já que as decisões sobre a matéria de facto em outro processo estão sujeitas à *livre apreciação da prova* no novo processo e valem neste como *princípio de prova*. Não têm força de caso julgado

Ora, justamente os preceitos dos arts. 674º-A e B *fogem* a essa solução. Ambos estatuem que a sentença penal, seja condenatória, seja absolutória, tem *força probatória plena* quanto a certos factos, em resultado de atribuição de valor de *presunção legal ilidível* ao que nela foi decidido a esse respeito.

Recorde-se que o art. 350º CC dita que “Quem tem a seu favor a presunção legal escusa de provar o facto a que ela conduz”, mas que “as presunções legais podem, todavia, ser ilididas

⁴⁸ Como consta do relatório do Decreto-Lei n. 329-A/95, “no que se refere à disciplina dos efeitos da sentença, assume-se a regulamentação dos efeitos do caso julgado penal, quer condenatório, quer absolutório, por acções civis conexas com as penais, retomando um regime que, constando originariamente do Código de Processo Penal de 1929 não figura no actualmente em vigor; adequa-se, todavia, o âmbito da eficácia *erga omnes* da decisão penal condenatória às exigências decorrentes do princípio do contraditório, transformando a absoluta e total indiscutibilidade da decisão penal em mera presunção, ilidível por terceiros, da existência do facto e respectiva autoria”.

⁴⁹ “A condenação definitiva proferida na acção penal constituirá caso julgado, quanto à existência e qualificação facto punível e quanto à determinação dos seus agentes, mesmo nas acções não penais em que se discutem direitos que dependam da existência da infracção” e “A sentença *absolutória*, proferida em matéria penal e com trânsito em julgado, constituirá nas acções não penais simples presunção legal da inexistência dos factos que constituem a infracção, ou de que os arguidos a não praticaram, conforme o que se tenha julgado, presunção que pode ser ilidida por prova em contrário”.

mediante prova em contrário”. Trata-se, agora, de fazer uso dos factos assim presumidos em acções civis.

III. Deste modo, seja o paciente (no caso de sentença condenatória), seja o profissional médico (no caso de sentença absolutória) ficam dispensados de provar o facto abrangido pelas presunções⁵⁰.

Caberá à parte contrária — profissional médico e paciente, respectivamente — de fazer a prova do facto contrário⁵¹.

Exemplo: declarada provada a ilicitude do acto médico o paciente pode usar a sentença penal para ficar dispensado da prova da mesma ilicitude, agora em sede civil.

E, naturalmente, que se trata de prova cujo grau é de prova *stricto sensu* e não de mero princípio de prova: o facto considera-se *provado*, não sendo necessária mais prova que confirme o sentido probatório.

(Continuação). — **B. Âmbito objectivo. I.** Quanto ao âmbito dos arts. 674º-A e 674º-B importa ainda fazer algumas precisões.

Em primeiro lugar, no caso da *sentença penal condenatória* os factos presumidos — na letra da lei os “*factos que integram os pressupostos da punição e os elementos do tipo legal, bem como dos que respeitam às formas do crime*”⁵² — são os **factos constitutivos** em que se tenha baseado a condenação, como escrevem LEBRE DE FREITAS *et alia*⁵³.

Esses factos quando transplantados para uma acção/pedido cível não vão cobrir a totalidade dos pressupostos da responsabilidade civil, mas sim cobrir a *ilicitude* e a *culpa* e, mais duvidosamente, o *nexo causal*.

Esse é o entendimento, *em parte*, de LEBRE DE FREITAS: “provada, no processo penal, a prática dum acto criminoso que constitua ilícito civil, o titular do interesse ofendido não tem o ónus de provar na acção civil subsequente o *acto ilícito* praticado nem a *culpa* de quem o praticou, sem prejuízo de continuar onerado com a prova do *dano* sofrido e do *nexo de causalidade*”⁵⁴.

⁵⁰ STJ 30-Abr-2003/03B931 (SOUSA INÊS): “O que está em causa é a admissibilidade da decisão condenatória definitiva, proferida em processo penal, como meio de prova da existência dos factos que integram os pressupostos da punição e os elementos do tipo legal, bem como dos que respeitam às formas do crime”.

⁵¹ Assim, para os factos presumidos a partir da sentença absolutória (art. 674º-B), RE 28-Set-2006/ 1207/06-2 (GAITO DAS NEVES).

⁵² Afirmando este objecto de prova, STJ 23-Mai-2000/00A397 (TOMÉ DE CARVALHO) e STJ 30-Abr-2003/03B931 (SOUSA INÊS).

⁵³ *CPCanot* II cit., 691.

⁵⁴ *CPCanot* II cit., 691

II. Em segundo lugar, pode fazer-se uma restrição: deve ser excluído do âmbito de funcionamento do art. 674º-A a sentença penal que considera verificada a ocorrência do ilícito criminal, mas que não aplica qualquer pena, por considerar ter *caducado o respectivo direito de queixa*, pois o arguido não pode levar a respectiva discussão até ao fim (RG 30-Jun-2011/420-B/2000.G1 (MANUEL BARGADO)).

Já se o arguido foi efectivamente condenado mas beneficiou, depois, de uma amnistia não deixa de funcionar o regime do art. 674º-A.

Exemplo: a matéria factual dada como provada num processo de natureza penal, que originou a condenação dum arguido, que, posteriormente, beneficiou de uma amnistia, há que ser tida como assente e integrada na Especificação numa acção cível, onde aquele arguido agora é Réu e que surge por força daquela amnistia ⁵⁵.

III. Em terceiro lugar, no caso da *sentença penal absolutória* importa distinguir se a absolvição foi fundada em *prova positiva* ou em *prova negativa*: o preceito apenas se aplica à absolvição fundada na prova positiva.

Se a absolvição penal tiver por fundamento a **falta de prova** dos factos imputados ao arguido — a chamada absolvição pela *prova negativa* (com base no princípio *in dubio pro reo*) — o arguido não foi “absolvido (...) com fundamento em não ter praticado os factos que lhe eram imputados”, como exige o art. 674º-B.

Pelo contrário, “nesta situação a absolvição se baseia na *falta de prova* dos factos imputados ao arguido, não dispensando, por isso, aquele que invoca os factos em que se alicerçou a acusação no processo-crime do ónus de os demonstrar na acção civil se deles quiser tirar proveito” (RL 1-Jul-2010/4817/04.9YXLSB.L1-6 (FERNANDA ISABEL PEREIRA) ⁵⁶.

Como escreve LEBRE DE FREITAS, “não provado o facto em processo penal, não se constitui a presunção do art. 674º-A e o autor da acção civil continua onerado [nos termos gerais] com a prova dos factos constitutivos do seu direito” ⁵⁷.

Diversamente, se a absolvição teve lugar com fundamento em **prova de que o arguido não praticou os factos** de que estava acusado — a chamada *absolvição pela prova positiva* — tem-se por adquirido (*rectius*, presumido) que ele actuou correctamente, de modo diligente”, nos termos do art. 674º-B.

É o que sucede quando é feita

⁵⁵ RE 3-Abr-2003/2092/02-3 (GAITO DAS NEVES).

⁵⁶ No mesmo sentido, RL 12-Dez-2006/9192/2006-7 (GRAÇA AMARAL).

⁵⁷ *CPCanot* II cit., 692. Já o ac. RL 29-Jun-2010/10435/03.1TBOER.L1-7 (ROQUE NOGUEIRA), parece enunciar a doutrina contrária: “Vigorando no processo penal o princípio «in dubio pro reo», a absolvição penal não poderá precluir a reapreciação, em acções de natureza civil, dos factos integradores da infracção imputada ao arguido absolvido, constituindo tal absolvição *simples presunção*, ilidível mediante prova em contrário pelo interessado. Se a decisão penal absolutória assentou na verificação de que o arguido praticou certos factos, não se verifica a presunção estabelecida no art.674º-B, do C.P.C., devendo valer inteiramente as *regras gerais* sobre o ónus da prova na acção em causa”.

- a. “prova de que (...) *factos [imputados ao arguido] não foram praticados*” (RL 12-Dez-2006 /9192/2006-7 (GRAÇA AMARAL)) pelo arguido ⁵⁸ ou de que nem sequer ocorreram (v.g., a ofensa corporal)
- b. prova de um *facto impeditivo*⁵⁹ ou *facto excludente* da culpa ou de que o facto danoso (morte, ofensa) nem sequer ocorreu

Exemplo: facto de que a manobra de recurso que originou o despiste do veículo foi provocada pela condução negligente de um outro condutor (STJ 21-Out-2010/95/04.8TBCCR.P1.S1 (ALBERTO SOBRINHO)).

Por isso, irá recair, nas acções de natureza civil, sobre a parte que não tem a seu favor a presunção — i.e., o paciente — o ónus da prova do contrário. (RL 1-Jul-2010/4817/04.9YXLSB.L1-6 (FERNANDA ISABEL PEREIRA)).

Exemplo: caberá ao autor da acção civil o ónus de provar o facto contrário ao presumido facto impeditivo ou desculpante (*in casu*, a manobra de recurso)

IV. Finalmente, o que é a lei quer dizer ao estatuir no art. 674º-B que “a previsão referida (...) prevalece sobre quaisquer presunções de culpa estabelecidas na lei civil”?

Quer dizer que o respectivo sentido probatório prevalece sobre sentido probatório contrário fundado em outra presunção.

Suponha-se que se alinha pela tese da natureza, por regra, contratual da relação paciente/médico. Já sabemos que o paciente tem provar a desconformidade com a *legis artis* para beneficiar da presunção de que o médico actuou com culpa, nos termos do art. 799º nº 1 CC.

Todavia há que distinguir:

- a. Se o médico fora já *condenado* criminalmente, há uma dupla presunção de culpa: a decorrente do art. 674º-A e a decorrente do art. 799º nº 1 CC;
- b. Se o médico fora *absolvido* criminalmente por prova positiva de que actuou com a diligência devida, tal constitui presunção de não culpa nos termos do art. 674º-B que se sobrepõe à presunção de culpa do art. 799º nº 1; fica o paciente onerado “com a prova de que assim não foi e a actuação foi culposa” ⁶⁰

⁵⁸ “Nada mais pode significar que uma mera presunção da inexistência dos factos que constituíam a infracção penal, ou de que o arguido a não praticou” (STJ 3-Jun-1997/ 816/96 (LOPES PINTO)).

⁵⁹ LEBRE DE FREITAS *et alia*, *CPCanot II* cit., 692.

⁶⁰ LEBRE DE FREITAS *et alia*, *CPCanot II* cit., 693.

(Continuação). — **C. Âmbito subjectivo. I.** Já quanto ao âmbito *subjectivo* das presunções levantam-se algumas dúvidas.

No caso da sentença penal *absolutória* a eficácia probatória extra-processual é somente entre as partes.

No caso da sentença penal *condenatória* a eficácia probatória extraprocessual da decisão penal é *em face de terceiros*, antes de mais.

Exemplo: a condenação criminal da *segurada* constitui em relação à *seguradora*, demandada em acção cível ou em acção executiva (*e terceira no processo crime*), uma presunção ilidível, sem “eficácia erga omnes”⁶¹ ou de caso julgado⁶², podendo a seguradora afastar o resultado probatório presumido por prova do facto contrário⁶³, alegado em contestação ou em oposição à execução, respectivamente.

Mas note-se que o que é oponível *erga omnes* é o *valor* probatório da sentença condenatória e não o caso julgado, i.e., o *sentido* decisório.

II. Porém, tem-se discutido se também *entre as partes* o que ficou provado penalmente vale como mera presunção ilidível no campo cível ou se, mais do que isso, as vincula, com valor de caso julgado.

Ora, justamente, há jurisprudência que defende que a sentença penal condenatória “no respeitante ao autor e à ré, que intervieram na acção penal, na qualidade, respectivamente, de arguido e de assistente, tem *eficácia absoluta* no tocante aos factos constitutivos da infracção, que *não poderão*, assim, *voltar a ser discutidos dentro ou fora do processo penal*, sendo o julgamento desses factos definitivos quanto ao arguido” (STJ 13-Jan-2010/1164/07.8TTPRT.S1 (PINTO HESPANHOL)). Isto é: haveria entre arguido e assistente um caso julgado quanto aos factos provados; não apenas uma presunção. A presunção legal, essa, valeria, sim, em face dos terceiros, ausentes do contraditório.

Por isso, prossegue o mesmo acórdão “a possibilidade de ilidir a presunção *juris tantum* estabelecida no artigo 674.º-A do Código de Processo Civil, conferida a terceiros, nunca é concedida ao arguido condenado, mas apenas aos sujeitos processuais não intervenientes no processo criminal, em homenagem ao princípio do contraditório”.

Trata-se, afinal, da doutrina do art. 153º CPP/1929, salvo quanto ao terceiro.

⁶¹ STJ 23-Mai-2000/00A397 (TOMÉ DE CARVALHO)

⁶² STJ 27-Jan-1993/082472 (ZEFERINO FARIA) e RP 4-Mar-1997/ 9620791 (PELAYO GONÇALVES).

⁶³ STJ 23-Mai-2000/00A397 (TOMÉ DE CARVALHO)

Já para LEBRE DE FREITAS *et alia* não parece ser assim ⁶⁴ e o mesmo (talvez) se diga, por exemplo do ac. RL 17-Mai-2007/ 2600/2007-2 (LÚCIA SOUSA), que declarou que “Após a inclusão do artigo 674-A no Código de Processo Civil, a decisão penal condenatória deixou de ter eficácia *erga omnes*, passando a uma mera presunção *iuris tantum*, portanto ilidível mediante prova em contrário”.

III. Sejam claros: o art. 674º-A expressamente apenas regula o valor probatório cível da sentença penal condenatória em face de terceiros. Nada diz quanto à eficácia perante as partes civis. No pretérito art. 153º CPP/29 é que se enunciava um valor de “caso julgado, quanto à existência e qualificação *facto punível* e quanto à determinação dos seus agentes, mesmo nas acções não penais” sem restrições subjectivas.

No entanto, a clara omissão do legislador hodierno *pode* pretender significar que a sentença penal foi tida como vinculando as partes também quanto aos fundamentos decisórios, ou seja, os factos constitutivos da infracção.

(Continuação). 4. Conclusões. I. Do que se acabou de dizer resulta que pode haver transporte probatório

- a. Fundado em sentença penal condenatória e relativamente aos factos da ilicitude e da culpa (e talvez nexos causal) em favor do lesado, mesmo perante terceiros
- b. Fundado em sentença penal absolutória relativamente a factos atinentes aos mesmos pressupostos em favor do agente, apenas entre partes

Todavia este transporte ao pressupor uma “condenação definitiva” (art. 674º-A) ou uma “decisão penal transitada em julgado” (art. 674º-B nº 1) apenas se torna admissível, parece-nos, para uma acção cível que, cumulativamente, corra em *separado* e que *não termine antes* do trânsito em julgado da sentença em processo crime. É que se o pedido cível for apreciado em *adesão* ao processo penal não há espaço processual para se fazer a importação; de igual modo se foi objecto de acção cível *separada* e ainda não foi proferida a sentença penal também não se pode importar a prova por esta via.

Por outro lado, também não cobre todas as questões da responsabilidade civil.

II. Em síntese, o mecanismo dos arts. 674º-A e 674º-B CPC está excluído

⁶⁴ *CPCanot* II cit., 691.

- a. se já *houve sentença penal definitiva*
 - i. Condenatória, quanto aos *factos integrantes do dano* (e talvez o nexo causal);
 - ii. Absolutória,
 - 1. por prova negativa, quanto a *todos os factos da responsabilidade*;
 - 2. por prova positiva, quanto aos *factos não provados favoravelmente ao arguido* e quanto a *todos os factos* se a acção for dirigida contra terceiro;
- b. se *não houve ainda sentença definitiva* (seja porque correu por adesão ao processo crime, seja porque correu mais rapidamente em acção cível separada) quanto a *todo e qualquer facto*

§ 3º Valor extraprocessual da prova. 1. Introdução. I. Pergunta-se agora, se pode haver transporte probatório mesmo naquele âmbito objectivo *não coberto* pelos arts. 674º-A e 674º-B.

A resposta implica agora buscar em que medida pode ser importado para a apreciação do pedido cível já não o *conteúdo probatório* da sentença penal mas o *resultado instrutório* desse processo prévio. Citando o ac. RP 9-Out-2008/0834784 (TELES DE MENEZES) “não são os factos [dados como] *provados* numa acção que, ao abrigo do valor extraprocessual das provas, podem ser invocados noutra, antes e apenas pode, por norma, o tribunal, nesta segunda acção, servir-se dos *meios* de prova (depoimentos e arbitramentos) que foram utilizados na anterior”.

II. Para tanto devemos considerar as regras que se acham no art. 522º CPC, com a epígrafe *Valor extraprocessual das provas*, e, mais residualmente, a primeira parte do art. 289º nº 4 CPC, ao estatuir o aproveitamento das “provas produzidas no primeiro processo

Vamos dar de barato que estas normas do processo civil, feitas a pensar no transporte de prova de uma *causa cível* para outra *causa cível*, cabem no âmbito remissivo do art. 4º CPP. Isto é: são normas do processo civil que se harmonizam com o processo penal, pelo que permitem o transporte de prova de uma *causa crime* para uma *causa cível*.

(Continuação). 2. Primeira regra: transportabilidade de depoimento ou arbitramento. — A. Âmbito positivo. I. A regra é central do art. 522º CPC é a de que, segundo o seu nº1, “os *depoimentos e arbitramentos produzidos num processo com audiência contraditória da parte*

podem ser invocados noutro processo contra a mesma parte”. ALBERTO DOS REIS fala em “princípio da eficácia extraprocessual das provas”⁶⁵.

O preceito apenas se refere à (*alguma*⁶⁶ da) prova constituenda⁶⁷

- a. *prestação de depoimentos*, i.e., declarações efectivas sobre factos prestadas em tribunal, pelas partes ou por testemunhas; portanto, prova por *confissão* e prova *testemunhal*;
- b. *verificação de certos factos* por meio de *arbitramento de perito* em exame, vistoria ou avaliação⁶⁸.

Com isto o legislador consagrou uma *faculdade*, dentro de certos requisitos, em favor de autor e réu, e que lhe permite, querendo, ficar *dispensado* de nova produção de depoimentos, tanto de parte, como de testemunhas.

II. Mas no *caso da prova por confissão*, tem sido discutido se a norma abrange toda e qualquer confissão, seja em *articulado*, seja em *depoimento oral*, seja na *prestação de informações ou esclarecimentos* ao tribunal (cf. art. 356º CC).

No Código de Processo Civil de 1939 dizia-se expressamente no § 1º do art. 526º que “as confissões feitas nos *articulados* podem ser opostas noutro processo”. Na doutrina de então MANUEL DE ANDRADE e ALBERTO DOS REIS entendiam que essas *confissões articuladas* valeriam sempre, pois que a exigência de audiência preliminar — então, como agora — nada teria que ver com esta confissão e a restrição da não anulação da prova somente remetia na altura para o corpo daquele art. 526º. Se o segundo aspecto mudou, já o primeiro talvez ainda faça sentido: o contraditório, i.e., a participação da parte confitente ocorreu.

Actualmente, LEBRE DE FREITAS toma posição ampla no sentido da plena abrangência⁶⁹. Por nós, vamos no mesmo sentido: o termo *depoimento* abrange, de modo indistinto, tanto o oral, como o escrito.

III. Por outro lado, é pacífico que a confissão *facta* por revelia (cf. art. 484º nº1) ou a admissão de factos por *acordo* (cf. art. 490º nº 2) não constituem depoimentos, estando excluídos do aproveitamento abrigado no art. 522º CPC⁷⁰.

⁶⁵ *CPCanot* III, 4ª ed., s.d. (reimp. 1985), 344.

⁶⁶ ALBERTO DOS REIS, *CPCAnot* III cit., 344.

⁶⁷ Assim, LEBRE DE FREITAS *et alia*, *CPCanot* II cit., 417.

⁶⁸ ALBERTO DOS REIS, *CPCAnot* III cit., 344.

⁶⁹ Assim, *A confissão no direito probatório*, 1991, 22.3.3., *A acção declarativa comum. À luz do Código revisto*, 2010 (reimp.), 7 (11) e *CPCanot* II cit., 417.

⁷⁰ ALBERTO DOS REIS, *CPCanot* III cit., 348.

Tampouco nele cabe a *confissão do pedido*, pois este tem a natureza de negócio processual de auto-composição da lide (cf. art. 293º nº 1 segunda parte CPC), e não de reconhecimento de factos desfavoráveis ao depoente (cf. art. 352º CC)⁷¹.

(Continuação). — B. Âmbito negativo. I. De fora do âmbito da regra enunciada no nº 1 do art. 522º CPC estão as provas cujo teor pode ser facilmente repetido, como a prova *documental*. Efectivamente, *o documento basta-se a si mesmo*, nada dele se podendo retirar que seja único e específico para um dado processo⁷².

Naturalmente que, no plano concreto, se a parte que precisa do documento for a mesma do primeiro processo bastará apresentá-lo de novo após o uso da faculdade prevista no art. 542º nº 3 CPC, sem prejuízo de poder também pedir nova certidão de documento autêntico.

Se for outra parte a pretender usar o documento terá de usar de outros instrumentos processuais⁷³.

II. Mas fora do âmbito do nº 1 do art. 522º CPC está ainda a prova por inspecção judicial porquanto a qualidade e conteúdo da prova constituem um *enunciado pessoal* do concreto juiz.

Por isto, é ilegal qualquer decisão judicial suportada numa pretensa eficácia extraprocessual, sem mais, destes dois tipos probatórios⁷⁴.

(Continuação). — C. Pressupostos. I. O art. 522º CPC faz depender o funcionamento da regra da transportabilidade de depoimentos e arbitramentos de quatro pressupostos: (1) *identidade da parte* contra quem a prova é por segunda vez invocada; (2) *ocorrência de audiência contraditória* no primeiro processo; (3) *vontade* da parte beneficiada pela prova; (4) *natureza jurisdicional* do primeiro procedimento.

Quanto ao *primeiro pressuposto*, fala-se em invocação “contra a mesma parte”, *i.e.*, exige-se uma *identidade de partes* não no sentido de da sua qualidade jurídica (cf. art. 498º nº 2), mas entre os *sujeitos concretos* dos diferentes processos.

Por outras palavras, o que se pede é que o sujeito processual concreto *contra quem* a prova é apresentada tenha sido parte na primeira causa⁷⁵.

⁷¹ ALBERTO DOS REIS, *CPCanot* III cit., 348. O mesmo AUTOR dá como exemplo a confissão de servidão por A titular do prédio onerado em petição de acção de preferência por ele colocada contra B, não pode ser invocada numa acção confessória de servidão posteriormente colocada pelo B contra A. Tratar-se-ia do reconhecimento de uma situação de direito e não de um facto. O ponto permanece controverso, porventura.

⁷² Diversamente, LEBRE DE FREITAS *et alia*, *CPCanot* II cit., 417: a “prova pré-constituída admitida em determinado processo, pode, em princípio, ser, sem problema, também proposta em outro processo, sem prejuízo da reforma de documentos”.

⁷³ Neste caso terá de requerer à parte do primeiro processo que consiga retirar o documento particular desse processo nos termos do art. 542º nº 3 ou pedir exame ao processo para ver o seu conteúdo ou requerer ao juiz que inste a parte desse processo a apresentá-los (cf. art. 535º); sendo o caso, requerer certidão de documento autêntico (ALBERTO DOS REIS, *CPCanot* III cit., 345).

⁷⁴ Veja-se o ac. RP 15-Jul-2009/3981/07.0TVPR.T.P1 (ANABELA SILVA DIAS). 8AN8Aaa

Exemplos em sentido negativo por falta de identidade da parte: (1) “não pode ser utilizado como meio de prova depoimento de testemunha prestado num outro processo, em que não foi parte a parte contra a qual se pretende usar esse depoimento, sendo irrelevante que essa parte (uma sociedade comercial) pertença ao mesmo grupo económico que uma das partes do primeiro processo”⁷⁶; (2) não pode o direito de uma parte de acção de investigação da paternidade a requerer o exame hematológico ser coarctado ao réu, com o fundamento de idêntico exame ter tido lugar na acção de impugnação da paternidade, nomeadamente quando nesta não interveio, como parte, o pretense pai⁷⁷.

Exemplos em sentido positivo: (1) o depoimento testemunhal feito em desfavor do arguido pode ser novamente usado contra ele como réu no processo civil; não pode ser usado contra uma seguradora sua; (2) na comarca de....., o Mº Pº requereu o julgamento de CARLOS....., identificado nos autos, pela prática, em concurso real de um crime de homicídio por negligência, p. e p. pelo artº 137º, nº 1 e 2, do C. Penal e dois crimes de ofensas à integridade física por negligência, p. e p. pelo artº 148º, nº 1, do mesmo diploma e, ainda, por contra-ordenações ao C. Estrada e seu Regulamento. ANA....., representante legal de seu filho menor Óscar....., assistente nos autos, declarou aderir à acusação do Mº Pº e deduziu pedido de indemnização civil contra o arguido e contra o Fundo de Garantia Automóvel. O arguido contestou o pedido de indemnização, invocando a excepção da litispendência com fundamento em acção cível pendente no -º Juízo Cível daquela comarca. Também o Fundo de Garantia Automóvel contestou, invocando, além daquela excepção de litispendência, também a da sua própria ilegitimidade e a ilegitimidade do demandante (...). E, notificado das contestações do arguido e do Fundo de Garantia, apresentou resposta - que foi admitida ao abrigo do princípio do contraditório - na qual, além do mais que ora não importa, requereu o chamamento de Elisa....., esposa do arguido Carlos....., pois que, a proceder a invocada excepção de litispendência, pretende que a prova produzida no presente processo crime seja aproveitada, ao abrigo do disposto no artº 522º do C. P. Civil, na acção cível supra referida, onde a esposa do arguido é co-ré, nos termos do artº 28º-A do C. P. Civil⁷⁸

Já o sujeito *por quem* a prova é apresentada pode ser diverso.

Exemplo: o depoimento testemunhal apresentado a requerimento do Ministério Público pode ser novamente usado no processo civil a requerimento do lesado.

⁷⁵ LEBRE DE FREITAS *et alia*, *CPCanot II* cit., 418.

⁷⁶ RL 15-Dez-2011/3163/08.3TVLSB.L1-2 (JORGE LEAL).

⁷⁷ RL 8-Mar-2007/1355/2007-6 (OLINDO GERALDES).

⁷⁸ Caso tratado no ac. RP 7-Nov-2001/0010936 (MARQUES SALGUEIRO).

II. Mas também não constitui pressuposto da transportabilidade da prova a identidade — ou, pelo contrário, a sua falta — entre *objectos processuais* das causas em presença. Como nota LEBRE DE FREITAS “o processo em que a prova é invocada *pode ter o mesmo objecto* que aquele em que ela tenha sido produzida”, *maxime*, por aquele ter terminado com absolvição da instância ⁷⁹.

O que há é uma *comunhão*, maior ou menor, entre a base factual que suporta duas ou mais causas, próxima daquela prevista no art. 30º nº 2 primeira parte CPC. Daí ter sido decidido (embora em sede de art. 712º CPC) que “não constitui violação do caso julgado a consagração de factos com base em documentos oriundos de acções apensas, já decididas com trânsito em julgado, entre as mesmas partes a que a causa respeita” (STJ 21-Mai-2009/367/1999.C1.S1 (HÉLDER ROQUE)).

Veja-se o seguinte exemplo (situação “eu tinha dois amores”), retirado do RP 4-Out-2010/2906/08.0TJVN.F.P1 (ANTÓNIO ELEUTÉRIO):

Em acção declarativa ordinária, na qual A pede que seja reconhecido que é titular das prestações por morte, no âmbito dos regimes da Segurança Social, o tribunal (P2), ao abrigo do art. 522º CPC, poderia em abstracto fundamentar as respostas dadas à Base Instrutória recorrendo a prova produzida num outro processo (P1) em que era autora L e réu o demandado em P2 (aquela alegava, também, ter vivido em união de facto com o falecido C e formulava pedido semelhante ao do P2); todavia há um obstáculo: a autora de P2, contra quem a prova foi invocada não era parte no processo P1 cuja prova foi considerada relevante para responder à Base Instrutória de P2 ⁸⁰.

III. Quanto ao *segundo pressuposto*, exige-se o respeito na primeira causa da regra da *audiência contraditória* (cf. art. 517º) — “isto é, a parte tenha sido convocada para os actos de preparação e produção da prova e admitida a neles intervir, independentemente de *ter estado efectivamente presente* e ter tido intervenção efectiva”, no dizer de LEBRE DE FREITAS ⁸¹. Ou seja: “o que importa essencialmente (...) é que, pela notificação, tenha [a parte] sido colocada em condições de poder intervir”, como explicava ALBERTO DOS REIS ⁸²; em condições de se poder *defender* ⁸³. Por isto, se o *réu foi revel* não pode ter lugar a invocabilidade pois não teve lugar o acto processual da audiência contraditória.

⁷⁹ *CPCanot II* cit., 418.

⁸⁰ RP 4-Out-2010/2906/08.0TJVN.F.P1 (ANTÓNIO ELEUTÉRIO)

⁸¹ *CPCanot II* cit., 418. No mesmo sentido, MONTALVÃO MACHADO/PAULO PIMENTA, *O Novo Processo Civil*, 6ª ed., 2004, 227.

⁸² *CPCanot III* cit., 345.

⁸³ ANTUNES VARELA *et alia*, *Manual* cit., 492, “desde que na produção da prova se tenham concedido às partes as garantias essenciais à sua defesa, nada repugna, com efeito, aceitar que a prova possa ser utilizada contra a mesma pessoa num outro processo”

Ora, no processo penal são dadas ao arguido na produção da prova as garantias essenciais à sua defesa. Como tal cumpre-se o requisito da audiência contraditória sem qual a prova assim produzida não poderia ser emprestada ao processo cível.

IV. Em *terceiro lugar*, esta transportabilidade da prova não pode ter lugar por iniciativa oficiosa do tribunal, mas sempre e somente por “*invocação*” das partes. Trata-se, pois, de uma sua faculdade processual⁸⁴.

Neste sentido, concluiu o ac. RL 16-Jun-2004/8740/2003-4 (DURO MATEUS CARDOSO) que “para que possa operar o disposto no art. 522º-1 do CPC (valor extraprocessual da prova), em que é admissível a intervenção de juízes diversos, a parte que dela queira aproveitar tem de invocar e alegar, no 2º processo, os meios de prova produzidos no 1º processo”.

V. No entanto, não se deve esquecer a eventual atendibilidade oficiosa de factos que o juiz haja conhecido no primeiro processo “por virtude do exercício das suas funções”, ao abrigo do art. 514º nº2 CPC.

Justamente, a este propósito LEBRE DE FREITAS *et alia* escrevem que “*se no mesmo tribunal tiver sido proferida, em processo diverso, mas desfavoravelmente à mesma parte, decisão de facto baseada em depoimentos ou arbitramentos produzidos em audiência contraditória e sem menores garantias processuais, pode o juiz servir-se dos factos que foram objecto de tal decisão*”⁸⁵. Naturalmente que o juiz concreto terá de ser o mesmo nas duas causas: “os factos de que o tribunal se pode servir por deles ter conhecimento no exercício das suas funções, a que alude o n.º 2 do art. 514.º do CPC, são apenas os factos já *julgados* pelo mesmo juiz noutro processo, ficando excluídos os factos julgados [provados] por *juiz diferente* em tribunal diferente” (RP 4-Jan-2011/3492/09.9TBVNG-C. (GUERRA BANHA)).

Abre-se aqui uma porta para a importação oficiosa de prova mas que se deve usar com a maior das cautelas.

Terá de ser sempre com respeito pelos limites ao objecto probatório decorrentes do princípio do dispositivo (cf. art. 264º CPC), pelo dever de fundamentação das decisões (cf. art. 158º CPC) e, necessariamente, com respeito pelo princípio do contraditório, do art. 3º nº 3 CPC. Neste sentido, foi já decidido que ao juiz que quer trazer factos que conheceu em outro processo “não bastando a afirmação que tem/há esse conhecimento, é necessário e indispensável demonstrá-lo” (RL 2-Jul-2009/ 72/1999-8 (CARLA MENDES)).

⁸⁴ RP 19-Out-2010/ RP20101019154/03.4TBVLC.C.P1 (MARIA GRAÇA MIRA)

⁸⁵ *CPCanot* II cit., 399. Na jurisprudência, RL 29-Mai-2008/ 1548/2008-2 (JORGE LEAL).

VI. Finalmente, em *quarto lugar*, há um pressuposto implícito, mas de grande importância: o processo de onde provêm os depoimentos e perícias há-de ser *jurisdicional*. Naturalmente que a circunstância do preceito do art. 522º ser, digamos, *interno* aos procedimentos registos pelo Código de Processo Civil faz esquecer que o preceito não admite, por si, transporte de prova de um “não processo” jurisdicional para um processo jurisdicional.

O *processo penal* é jurisdicional pelo que este requisito está satisfeito.

Mas, pelo contrário, quer o art. 522º, quer o art. 289º n.º 4, não são aplicáveis *qual tale* ao *processo disciplinar* médico, já que este reveste natureza administrativa.

Por isso, e similarmente, o ac. RP 15-Mar-2012/6584/09.0TBVNG.P1 (DEOLINDA VARÃO) concluiu que “o processo de averiguação oficiosa de maternidade ou de paternidade previsto nos art.ºs 202º e seguintes da OTM não é um processo judicial, mas sim um processo administrativo que tem como único objectivo habilitar a formação de um juízo de viabilidade da acção a propor”, pelo que “as declarações nele prestadas – que, ademais, são secretas (art.º 203º, n.º 1 da OTM) – não implicam presunção de paternidade, nem constituem princípio de prova, não podendo ser atendidas nos presentes autos, em favor ou desfavor de qualquer uma das partes”.

No entanto nada impede, pensamos, que tanto o *conteúdo* da prova apresentada, como a *respectiva valoração* probatória, produzidas administrativamente, possam ser livremente apreciadas pelo juiz cível e como mero princípio de prova.

Precisamente, podemos adoptar a regra decorrente da segunda parte do n.º 1 do art. 522º e também enunciada pelo STJ 3-Nov-2009/3931/03.2TVPRT.S1 (MOREIRA ALVES) de que esses elementos probatórios serão livremente apreciados pelo juiz, como mero princípio de prova. Se parte que a apresenta quiser mais e melhor prova, então nessa eventualidade terá repetir a prova.

(Continuação). 3. Segunda regra: manutenção do valor probatório. — A. Enunciado. I. A prova assim transplantada é-o com o seu inerente valor probatório. Isto tanto quanto ao *grau de prova*, como à sua *força probatória*.

Quanto ao **grau de prova**, uma prova *stricto sensu* numa causa é-o ainda em outra.

No entanto, se o regime de produção da prova do primeiro processo oferecer às partes garantias inferiores às do segundo, os depoimentos e arbitramentos produzidos no primeiro só valem no segundo como *princípio de prova*.

Exemplo: os depoimentos produzidos em sede de providência cautelar só podem valer como princípio de prova na acção principal; se a prova pericial tiver sido realizada num processo sumaríssimo, no qual é feito por um único perito (art. 796.º, n.º 5 *in fine*), ela vale apenas como

princípio de prova num processo ordinário, dado que neste último a perícia pode ser realizada por três peritos (art. 569.º, n.º 1)⁸⁶; a produção de prova testemunhal em processo sumaríssimo em que não tenha sido constituído mandatário judicial (cf. art. 796º nº 3) oferece menos garantias do que a produzida em processo ordinário (cf. art. 638º nº 4)⁸⁷; a sentença proferida em acção com processo especial de consignação em depósito (cf. arts. 1024º CPC/1961, em especial o art. 1028º, nº 1 CPC/1961 que mandava seguir o processo sumário, sem possibilidades de intervenção do tribunal colectivo ou de recurso dado o valor da causa nos termos do artº 678º CPC/1961) foi proferida em processo que ofereceu menos garantias que as do segundo processo, acção declarativa com processo comum na forma ordinária⁸⁸

Portanto, esse elemento de prova é “insuficiente, por si só, para provar o facto e só susceptível de o conseguir quando conjugado com outros meios”⁸⁹; *i.e.*, um contributo “sem força autónoma”, mas que vai completar para o resultado de outras provas que seriam insuficientes só por si⁹⁰.

Terá o processo penal garantias inferiores às do processo civil? Não.

II. Quanto ao **valor probatório** a prova emprestada *será tratada como a demais prova do segundo processo*, não sendo nem valorizada, nem desvalorizada⁹¹.

Assim, tanto a prova *testemunhal* como pericial estão sujeitas na causa cível ao princípio da apreciação da prova segundo a livre convicção do juiz do art. 655º o que não muda com o processo ser penal⁹².

Já, por seu lado, a *confissão judicial escrita* (cf. arts. 358º nº1 e 563º) é prova tarifada (força probatória plena) e valeria ainda como tal no segundo processo⁹³. Todavia, no seu caso há que lidar com os efeitos da primeira parte do art. 522º nº 1 CPC a que aludiremos já de seguida.

III. No entanto, haverá uma perda de imediação de prova, em maior ou menor grau no caso dos depoimentos, ainda que *reduzidos a escrito*.

Vale, afinal, o que LEBRE DE FREITAS explica, de modo diferenciado.

Assim, se os *depoimentos tiverem sido gravados ou registados por escrito*, o juiz da segunda causa irá conhecer da reprodução do seu *conteúdo* que “pode valorar de acordo com a sua convicção e tal como faz o tribunal da relação em instância de recurso — incluindo a

⁸⁶ ALBERTO DOS REIS, *CPCanot III* cit., 346.

⁸⁷ *CPCanot II* cit., 419.

⁸⁸ STJ 18-Fev-1999/ 99B040 (SOUSA INÊS).

⁸⁹ *CPCanot II* cit., 419.

⁹⁰ *CPCanot II* cit., 419.

⁹¹ Diversamente, o ac. RP 19-Out-2010/ RP20101019154/03.4TBVLC.C.P1 (MARIA GRAÇA MIRA) entende que fica “sujeita à livre apreciação pelo Julgador, nos termos do art. 655.º do C.P.C.”, por ser prova com eficácia extraprocessual. Identicamente, STJ 20-Mar-2003/02B4563 (ABÍLIO VASCONCELOS).

⁹² Neste sentido, ALBERTO DOS REIS, *CPCanot III* cit., 344-345.

⁹³ LEBRE DE FREITAS *et alia*, *CPCanot II* cit., 419.

possibilidade, paralela à do art. 712º nº 3 CPC, de ouvir a parte ou a testemunha em renovação de depoimento prestado”; também se o relatório pericial dos arts. 586º e 587º nº 3 está escrito ⁹⁴.

Já se *os depoimentos não foram gravados* o juiz só conhecerá o juízo probatório de provado/não provado do quesito, valendo o que se disse preliminarmente sobre a eficácia extraprocessual das decisões probatórias: ficam sujeitos à livre apreciação da prova do juiz no novo processo como *princípio de prova* ⁹⁵.

IV. Ora, justamente, nesse caso a regra de conservação do valor probatório conhece uma expressa excepção legal quanto depoimento de *confissão*: o art. 522º nº 1 primeira parte CPC ressalva o disposto no art. 355º nº 3 CC, ou seja, que “a confissão feita num processo só vale como judicial nesse processo; a realizada em qualquer procedimento preliminar ou incidental só vale como confissão judicial na acção correspondente”. Por isso, a confissão *judicial* produzida numa causa vale como confissão *extrajudicial* em outro processo ou acção.

Esta *despromoção* significa que se originariamente a confissão teve força probatória plena contra o confitente (quando *escrita*, cf. art. 358º nº 1 CC), no novo processo só a poder *manter se tiver sido feita* “feita à parte contrária ou a quem a represente”, nos termos do art. 358º nº 2 CC. Ou seja, e citando LEBRE DE FREITAS, é necessário que “a pessoa a quem a declaração confessoria aproveita tenha sido contraparte do confitente no processo em que a confissão foi produzida” ⁹⁶.

Se não foi assim, ao valer como mera confissão extrajudicial terá a força do documento particular ou autêntico que lhe dê corpo (cf. art. 358º nº1 primeira parte), salvo se não for confissão escrita caso em será de livre apreciação e objecto de confirmação testemunhal se esta não for vedada (cf. art. 358º nºs 3 e 4) ⁹⁷.

V. Por isto, não acompanhamos o ac. RP 4-Out-2010/2906/08.0TJVN.F.P1 (ANTÓNIO EULEUTÉRIO) quando decidiu que “os depoimentos em causa (produzidos no outro processo) estão *sempre* sujeitos ao princípio da livre apreciação da prova”, por “a respectiva decisão não ter força de caso julgado noutro processo”.

Se for um depoimento confessorio *escrito* (caso em que valeria o art. 358º nº 4 CC) não poderá ser assim, como se acaba de observar.

⁹⁴ *CPCanot* II cit., 418-419.

⁹⁵ *CPCanot* II cit., 418.

⁹⁶ *A confissão* cit., 322-323 e *CPCanot* II cit., 419.

⁹⁷ STJ 15-Mar-2005/ 05A513 (LOPES PINTO).

(Continuação) — B. Exclusão. I. O regime descrito não tem aplicação quando o primeiro processo *tiver sido anulado, na parte relativa à produção da prova* que se pretende invocar, dita o n.º 2 do art. 522.º.

É indiferente se foi anulada *só a respectiva instrução* (anulação *directa*) ou *todo o processo* (anulação *indirecta*) pois neste caso, como escrevia ALBERTO DOS REIS, “anulado o processo, devem considerar-se sem efeitos todos os actos abrangidos pela anulação”⁹⁸, mormente os de prova.

Situações de *anulação directa* da produção de prova em si mesma são, por exemplo, as consideradas no art. 712.º n.º 4 CPC e 410 n.º 2 e 426.º n.º 1 CPP. Situações de *anulação indirecta* da produção de prova são, em especial, as decorrentes do efeito de dominó imposto pelos regimes de nulidades atípicas, *maxime* do art. 201.º n.º 2 CPP⁹⁹.

II. Mas e os casos em que o processo termina por absolvição da instância? Podem ainda as provas ser aproveitadas, ao abrigo do art. 522.º CPC, mas desde que: a respectiva causa de absolvição *não haja sido a nulidade do processo* e o pressuposto processual em falta *não haja tolhido a capacidade probatória da parte*. Ademais temos de ter ainda, em linha de conta, o disposto no art. 289.º n.º 4 CPC.

Por isso, devem considerar-se as diferentes causas que levaram à absolvição da instância:

- a. se foi por *falta de legitimidade*¹⁰⁰ a prova *pode ser aproveitada*;
- b. se foi por *falta de personalidade ou capacidade* houve *de facto* prova produzida em face de uma parte sem condições de defesa; por isso, como já defendia ALBERTO DOS REIS¹⁰¹, a prova *não pode ser aproveitada*;
- c. se foi por *ineptidão da petição* já *não pode ser aproveitada*, pois é anulado todo o processado (cf. art. 193.º n.º 1 CPC);
- d. se foi por *incompetência absoluta*, a prova *pode ser aproveitada*, sem prejuízo do art. 105.º n.º 2 quanto ao aproveitamento dos articulados¹⁰²

Finalmente, se o réu tiver sido absolvido por *qualquer dos fundamentos compreendidos na alínea e) do n.º 1 do art. 288.º CPC, i.e.*, qualquer outra excepção dilatória nominada — *por*

⁹⁸ *CPCanot III cit.*, 346.

⁹⁹ *CPCanot II cit.*, 417.

¹⁰⁰ Mas ALBERTO DOS REIS, *CPCanot III cit.*, 347, entende que se o réu não apresentou prova por cuidar que seria, precisamente, absolvido da instância por ilegitimidade, “a prova foi produzida sem audiência contraditória”. Ou seja: o réu não se defendeu probatoriamente e deixou que o autor produzisse a prova.

¹⁰¹ *CPCanot III cit.*, 347.

¹⁰² “Se a incompetência só for decretada depois de findos os articulados, podem estes aproveitar-se desde que, estando as partes de acordo sobre o aproveitamento, o autor requeira a remessa do processo ao tribunal em que a acção deveria ter sido proposta”. Esta regra não lida com a questão da admissão e apreciação da prova que pudesse ter sido feita (neste sentido, ALBERTO DOS REIS, *CPCanot III cit.*, 347; contra, MANUEL DE ANDRADE, *Do processo declarativo II*, 21).

ex., falta de conexão para um dos pedidos cumulados em coligação, falta de constituição de advogado por parte do autor nos processos a que se refere o n.º 1 do art. 32.º CPC, litispendência, caso julgado, preterição do tribunal arbitral necessário, violação de convenção de arbitragem — ou inominada, determina-se no art. 289º n.º4 que “na nova acção que corra entre as mesmas partes podem ser aproveitadas as *provas* produzidas no primeiro processo e têm valor as *decisões* aí proferidas”. Não pode deixar de se notar como aqui se permite uma ampla eficácia extraprocessual porquanto atinente tanto à *produção* de prova como à *avaliação* que o juiz haja feito dessa mesma prova, como aliás já perfunctoriamente assinalámos.

No entanto, este conjunto de soluções respeitantes à absolvição da instância só muito residualmente se poderão configurar na acção penal para efeitos de aproveitamento probatório para o processo civil. Elas pressupõem conceitos e regimes que podem não estar presentes em processo penal.

III. Por outro lado, a possibilidade de prova emprestada também pode ser afastada por regimes especiais.

É o que sucede, até certo ponto, nas providências cautelares, nos termos do art. 383º n.º 4: o julgamento da matéria de facto não tem “qualquer influência no julgamento da acção principal”. O ponto é duvidoso: para TEIXEIRA DE SOUSA há uma inaproveitabilidade absoluta ¹⁰³, mas em nosso entendimento ela abrange o juízo probatório, mas não conteúdo probatório obtido. Este, como já se disse vale como princípio de prova na acção principal, ao abrigo do art. 522º n.º 1 segunda parte CC ¹⁰⁴.

§ 4º Procedimento de invocação de prova emprestada. I. A possibilidade de prova emprestada pressupõe alguma actuação no primeiro processo.

Como bem nota LEBRE DE FREITAS *et alia* foi com consagração legal da possibilidade de gravação da audiência final e dos depoimentos, prevista nos arts. 522º-A e 522º-B, que o preceito passou a ter “condições de aplicação que anteriormente não dispunha” ¹⁰⁵.

No processo civil a parte deveria requerer essa gravação na audiência preliminar (cf. art. 508º-A n.º 1 al. c), no prazo disposto no art. 512º n.º 1 ou no início da audiência final, nos termos do art. 651º n.º 2, sem prejuízo de a gravação poder, ainda, ser determinada officiosamente pelo

¹⁰³ *Estudos sobre o novo processo civil*, 1997.

¹⁰⁴ Em todo o caso, transporte probatório em sentido inverso tem sido admitido mesmo fora do art. 522º, com fundamento na instrumentalidade entre julgados cautelar e principal: num procedimento cautelar pode ter-se em conta elementos constantes da acção definitiva ou de anterior procedimento cautelar, proposto no domínio da mesma acção principal e em que haja identidade de partes (RL 23-Abr-2008/9242/2008-6 (MANUEL GONÇALVES)).

¹⁰⁵ *CPCanot II*, 2001, 417.

tribunal e nos casos legalmente estatuídos, como no de falta de advogado que não determine o adiamento da audiência (cf. art. 651º nº 5).

No caso, que nos interessa, do processo penal a gravação segue os termos do art. 364º CPP.

II. No segundo processo (processo cível) a prova emprestada — gravação ou registo escrito — será apresentada no momento *normal* em que se faria ou requereria a respectiva produção ¹⁰⁶.

Se for uma *causa autónoma*, a prova deverá acompanhar o respectivo articulado (cf. art. 467º nº 2), ou ser indicada na audiência preliminar (cf. art. 508º-A nº 2 al. a)) ou apresentadas em 15 dias depois da notificação do saneador (cf. art. 512º nº 1).

Exemplo: a parte requer a apreciação de prova testemunhal de causa prévia juntando certidão da prova produzida no primeiro processo. A não admissão, sem fundamento legal válido, da certidão que contém esse elemento probatório, pode determinar a anulação da audiência de julgamento com repetição do julgamento, admitindo-se a prova corporizada nessa certidão ¹⁰⁷

Se for um *pedido cível por adesão*, a prova emprestada deve acompanhar os articulados, conforme o disposto no art. 79º nº 1 CPP.

§ 5º Conclusões finais. O sistema de aproveitamento da prova penal para o processo cível apresenta alguma complexidade.

Antes de mais supõe a aplicabilidade das soluções civis, feitas a pensar no processo civil, para o campo penal. Depois, convocam-se três grupos de normas, com as inerentes dificuldades de articulação: os arts. 289º nº 4, 522º, 674º-A e 674º-B do Código de Processo Civil.

Os arts. 674º-A e 674º-B CPC permitem a eficácia extraprocessual penal das *decisões* probatórias proferidas na sentença penal condenatória e na sentença penal absolutória. No entanto, não se podem descurar as condições e limites dessa eficácia.

Por seu turno, no campo não coberto por aqueles artigos, o art. 522º CPC vem permitir a eficácia extraprocessual penal tão somente da *produção* probatória de depoimentos e

¹⁰⁶ Por isso, quando se faça uso do art. 674º-A “a certidão da sentença crime releva apenas como meio de prova, não havendo lugar à apresentação de articulado superveniente, nem constituindo alteração da causa de pedir” (RL 17-Mai-2007/ 2600/2007-2 (LÚCIA SOUSA)).

¹⁰⁷ RL 8-Jun-2000/0000796 (FERNANDA ISABEL PEREIRA).

arbitramentos. Mais longe o art. 289º nº 4, permitirá uma e outra eficácia no caso restrito de absolvição de instância em sede de art. 288º nº 1 al. e)

O sistema é absolutamente casuístico no plano normativo mas poderá, ainda assim, auxiliar o exercício do direito de acção ou do direito de defesa das partes nas acções de responsabilidade civil médica.